

VALEURS MARCHANDES ET ORDRE CONCURRENTIEL

par **Marie-Anne Frison-Roche**, professeur de droit à Sciences-Po, directeur du Forum de la régulation

Pour s'en tenir à la formule classique, la réflexion consiste à poser les mots et à les remplir d'une part de réalité ainsi normativement distinguée de ses autres parts. Selon la formule platonicienne, celui qui réfléchit est le « législateur des mots ». Prenons cela à la lettre : les mots ici posés – « valeurs marchandes », « ordre concurrentiel » – suffisent à créer un heureux embarras.

« Ordre concurrentiel ». On ne s'y attardera pas parce que la notion d'ordre concurrentiel, idée même de l'ouvrage, a déjà été formulée par Antoine Pirovano¹, sur un mode critique, presque sarcastique, non seulement pour évoquer l'idée d'un ensemble cohérent fonctionnant autour de principes fondateurs, autoréférentiels² et institutionnalisés³, mais encore pour dénoncer la prétention du mécanisme de compétition concurrentielle à résoudre la réalité, à contenir le monde tout entier. L'idée a été déjà sillonnée⁴. Reprenons-la par provision.

1. Par les chemins de traverse, par exemple dans « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », in *Justice et économie*, Justices n° 1, 1995, p. 15-31, ou dans « Les transformations de l'ordre privé économique : l'exemple des réseaux de distribution sélective », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges G. Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 211-223, ou dans « Logique concurrentielle et logique contractuelle (à propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles) », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 293-312. D'une façon plus directe dans *Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001)*, D.2002, chron., p. 62-70. Frontalement dans « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in *L'Algérie en mutation. Les instruments de passage à l'économie de marché*, L'Harmattan, 2001, p. 129-142. Les articles successifs constatent la pression concurrentielle qui s'exerce sur un ordre juridique, produisant une sorte d'avalement des préoccupations a-économiques par le droit économique car celui-ci seul disposerait de l'efficacité de ses prescriptions, pour conclure non sans amertume que désormais le droit de la concurrence ne serait plus que la forme la plus immédiatement repérable d'un « système de régulation sociale plus vaste que ce droit lui-même, l'ordre concurrentiel » (in *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne*, préc., p. 129).

2. N. Luhmann, *Die Einheit des Rechtssystems*, traduit par J. Dagory, L'unité du système juridique, in *Le système juridique*, Archives de Philosophie du Droit, t.31, Sirey, 1986, p. 163-188.

3. S. Romano, *Ordinamento giuridico*, 1946, trad. fr. *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

4. L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept*, cet ouvrage, notamment les développements relatifs à l'hypothèse d'un « ordre juridique concurrentiel ».

« Valeurs marchandes ». Elles sont moins explicitées. On penserait plus volontiers que l'exercice est peu requis si l'on présume que valeurs marchandes et marché sont synonymes, le marché étant constitué par les valeurs marchandes qui y circulent. « Valeurs marchandes » ne serait qu'un pléonisme de l'« ordre concurrentiel ». Évoquer les valeurs marchandes, ce serait simplement viser un ordre concurrentiel content de lui parce que les biens sont en harmonie avec leur mode de circulation, en ce qu'ils se prêtent sans difficulté à la quantification monétaire et à l'échange.

Si c'est cela, « valeurs marchandes » est une référence dont le seul intérêt serait de préparer la considération des « valeurs non marchandes »⁵, établies par réaction et identifiées notamment par la référence aux personnes, pour lesquelles le marché serait alors par définition contre-indiqué, puisque contradictoire. On procède ainsi à une articulation entre une tautologie – valeurs marchandes/marché – et une contradiction – valeurs non marchandes/marché.

Ce mode de distribution facile des mots et des réalités suppose la référence à une sorte de nature des choses. Il vise l'existence de valeurs marchandes dont l'évidence s'imposerait, correspondant à peu près aux frontières du droit commercial, espace où le marché est à son aise, valeurs pour l'offre et la demande desquelles la compétition concurrentielle se construit et s'organise sans obstacle conceptuel. Il se réfère en symétrie à l'existence de valeurs non marchandes qui tourneraient davantage autour des personnes, pour lesquelles l'ordre concurrentiel non seulement poserait problème mais serait contre-nature en ce qu'il suppose tout d'abord le statut de marchandise, auquel la personne ne peut se réduire⁶.

Le juriste se sent assez à l'aise dans l'opposition parce qu'elle évoque la *summa divisio* entre choses et personnes, dont le droit est gardien. Le devoir – il faut parler en termes de devoirs puisque le sujet est posé en terme de valeurs – serait alors de résister à un ordre concurrentiel qui force, qui viole la nature. « Valeurs marchandes » et « valeurs non marchandes », c'est plus qu'une opposition, c'est une bataille. *Expect no mercy*.

La clarté de ce mode d'opposition est trompeuse.

L'insuffisance d'une telle présentation vient tout d'abord de la difficulté grandissante à distinguer entre la chose et la personne. Cela tient à ce que les deux termes non seulement ne renvoient pas aux mêmes réalités, mais encore pas au même type de réalité : la chose renvoie à une réalité matérielle alors que la personne, notion juridique, renvoie à l'abstraction. Cela rend incertain le statut du corps, parce qu'il est tout autant lié à la réalité concrète des choses qu'à l'idée abstraite de personne⁷. De cette opposition, la notion de bien en est le troisième terme puisqu'il désigne précisément ce qui est mis sur le marché, pouvant conceptuellement être aussi bien une chose qu'un être humain. Ainsi,

5. B. Edelman, Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel, cet ouvrage.

6. *La vie humaine mise sur le marché ?*, n° spéc. *Petites Affiches*, 5 décembre 2002, spéc. X. Labbé, La personne, l'âme et le corps, p. 5-8 et J. Hauser, La vie humaine est-elle hors du commerce ?, p. 19-23.

7. Les travaux sont très nombreux. Il suffit de citer ici les réflexions essentielles de Jean-Pierre Baud, par ex. Le corps, personne par destination, in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges D. Huet-Weiller*, PUS-LGDJ, 1994, p. 13-17.

l'esclave n'a jamais eu le statut d'une chose, il a toujours été considéré comme une personne, mais une personne mise en circulation sur le marché, c'est-à-dire un bien⁸.

En dehors même de cette immense question et plus encore, les personnes peuvent être directement – c'est-à-dire sans passer par le *media* du travail – les matrices de biens : du nom patronyme naît le nom commercial, de l'inspiration naît le livre, du plaisir du sport naît le spectacle, de la valeur non marchande naît la valeur marchande. L'inverse s'opère tout aussi bien : du marché naît l'accroissement des richesses distribuables, y compris au profit des personnes qui ne sont pas agents actifs sur le marché – dans une conception rawlsienne de la justice –, ce qui permet l'effectivité des valeurs non marchandes. Dans le même mouvement, du marché naît le développement, lequel passe désormais sur une solvabilisation de la demande : du marché naît la possibilité et la qualité de vie.

Dès lors, les « valeurs marchandes » perdent leur définition pléonastique, le marché ne s'y réduisant pas. Plus encore, les valeurs marchandes ne correspondent pas nécessairement au droit commercial et à ses branches. Bernard Remiche montre que le droit de la propriété industrielle, en ce qu'il organise par les licences l'accès des personnes à des biens, licence qui peut devenir obligatoire si le bien est crucial, comme en matière de médicament, peut revendiquer le service de valeurs non marchandes⁹. Yves Chapat met en valeur un autre exemple à travers le droit des procédures collectives, qui ne s'est jamais cantonné à une perspective de pur marché¹⁰. Celle-ci lui aurait pourtant permis de mieux réussir s'il ne s'était agi que d'éliminer les entreprises improductives et d'organiser au prix du marché la vente des dépouilles. Mais le droit des procédures collectives a toujours intégré un souci des hommes, des salariés notamment, ce qui rend sa mise en œuvre plus difficile. Le droit des sociétés n'est pas plus mécanique, pas plus désincarné.

Le résultat de ces réflexions est que l'on passe d'une tautologie reposante, « valeurs marchandes » comme synonyme du marché, avec les branches du droit qui en seraient l'accessoire nécessaire, à une sorte de terrain vague où l'on doit rechercher les valeurs marchandes sans pouvoir s'appuyer plus que cela sur la classification des branches du droit.

* * *

Cela acquis, repassons au point de départ et mélangeons les termes du sujet. Empruntons à « valeurs marchandes » et à « ordre concurrentiel » pour repartir sur la notion d'« ordre marchand », susceptible de former le lien.

L'ordre marchand renvoie au commerce, c'est-à-dire à l'échange de biens contre d'autres biens, grâce à une personne – le marchand – et grâce à un instrument – la monnaie. La monnaie est le *media* qui transforme la somme des échanges de biens en ordre organisé. Tout devient interchangeable puisque tout est évaluable en monnaie. Le fait que la monnaie ne soit pas seulement un *media* mais encore une chose qui peut avoir la matérialité

8. Pour la démonstration, v. J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps humain*, Le Seuil, 1993.

9. L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC, cet ouvrage.

10. L'ordre concurrentiel et le désordre du droit des défaillances d'entreprises, cet ouvrage.

et le symbolisme de l'argent¹¹ et qui elle-même tout à la fois se conserve et s'échange¹², ne modifie pas la pertinence de cette fonction : la monnaie est corrélée au pouvoir d'échange, c'est-à-dire de rendre des biens différents échangeables entre eux, parce qu'elle est le moyen de valoriser les choses, c'est-à-dire de les quantifier et de les transformer en chiffres, à travers la quotité de monnaie requise pour l'échange. Thierry Kirat associe étroitement la « marchandisation » et l'évaluation économique, évoquant les « valeurs en monnaie »¹³. Il est vrai, comme il le souligne, que cette évaluation ne produit pas en elle-même l'échange marchand mais il faut reconnaître qu'elle le rend possible, voire qu'elle y incite.

Ainsi, la monnaie permet la neutralisation de la spécificité des choses échangées par la traduction préalable de chacune des choses échangées par une évaluation monétaire. La performance tient précisément à ce que, grâce à cette indifférence de l'objet le temps de l'échange, l'acheteur va se saisir de l'objet dans toute sa spécificité, spécificité même pour laquelle il a recherché l'échange.

Cet ordre marchand peut se suffire à lui-même. Le Moyen Âge était marchand et n'était pas concurrentiel. Mais à l'ordre marchand peut aussi s'articuler l'ordre concurrentiel, qui est celui de la compétition entre les offreurs de biens marchands dans leur rapport à ceux qui désirent l'acquisition. L'ordre concurrentiel crée le marché, c'est-à-dire le moyen efficace de satisfaire les désirs de vendre et d'acheter, deux faces du désir d'avoir.

Il n'y a de rapport entre les « valeurs marchandes » et l'ordre concurrentiel qu'en ce que l'ordre concurrentiel est la seconde étape de l'ordre marchand. La « marchandisation » du monde est ainsi la condition pour offrir celui-ci à la compétition concurrentielle.

Ce point acquis ne dévoile toujours pas ce que sont les « valeurs marchandes ».

La difficulté à les trouver engendre le soupçon que les « valeurs marchandes » pourraient ne pas exister, parce que l'ordre marchand serait un ordre sans valeurs, en cela un ordre inhumain, faisant passer ses qualités – notamment l'efficacité – pour une valeur. Cette absence de valeur viendrait justement de la puissance d'indifférenciation de la monnaie. Mais ne nous limitons pas à cette valeur a-morale, ne renonçons pas si vite aux valeurs que vise la perspective morale, elle n'est pas si absente que cela de l'ordre concurrentiel. Reprenons ces trois temps, celui de la réduction de la valeur marchande aux qualités de l'ordre marchand, puis celui de la construction de l'ordre marchand sur les contre-valeurs, pour aboutir à celui de l'efficacité marchande au service des valeurs humaines.

* * *

Le principe de l'ordre marchand tient donc dans l'échange entre des choses-les services étant ici à considérer comme des choses. En cela, l'efficacité de cet échange est la qualité de l'ordre marchand.

11. F. Terré, L'argent ? Remarques de sociologie et d'anthropologie juridiques, in *Sociologie du droit économique*, L'Année Sociologique, vol. 49, n° 2, PUF, 1999, p. 291-303.

12. J. Clam, Monnaie et circulation, in *L'argent et le droit*, Archives de Philosophie du Droit, t. 42, Sirey, 1998, p. 153-174.

13. L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit, cet ouvrage.

Il faut tenir fermement la distinction entre les qualités d'un système et les valeurs d'un système. Ainsi, l'efficacité n'est pas une valeur de l'ordre marchand et concurrentiel, c'est sa qualité, ce que Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siirainen désignent comme sa « vertu »¹⁴, ou Antoine Pirovano comme son « gage »¹⁵. Cette qualité permet à l'échange marchand de fonctionner au mieux, par la satisfaction de chacune des parties de se saisir de la chose convoitée. L'ordre concurrentiel accroît cette efficacité, la compétition permettant de mieux ajuster les prix pour la meilleure qualité possible.

La perversion a consisté à confondre la qualité de l'ordre marchand et concurrentiel et ce qui pourrait être des valeurs, à penser que la seule « valeur » de l'ordre concurrentiel est sa qualité d'efficacité¹⁶. Alors qu'il ne faut jamais confondre qualités et valeurs. Cela est notamment vrai pour le droit de la concurrence car celui-ci sert l'efficacité économique et se prête aisément lui-même à un souci d'efficacité¹⁷, ce qui ne répond pas pour autant à la question des finalités servies par le droit de la concurrence, c'est-à-dire à la question des valeurs, parce que les deux perspectives sont distinctes. Loïc Azoulay démontre que le droit communautaire ne peut se reposer sur l'homothétie du droit et du marché concurrentiel et n'échappe pas à cet inconfort de poser des fins, c'est-à-dire des valeurs¹⁸.

Il y a perversion lorsque la recherche d'efficacité devient une valeur en soi, ce qui fait passer la qualité de l'instrument pour un principe fondateur de son usage. Martine Behar-Touchais montre à quel point cette considération d'efficacité de l'échange économique peut faire changer le droit des contrats¹⁹.

Cela ne signifie pas pour autant que l'efficacité soit une valeur ; elle n'est qu'une qualité du droit. Lui assigner le statut de valeur, c'est évidemment nuire à l'idée d'un ordre concurrentiel : si celui-ci n'a pour valeur que sa propre performance, alors il détruit les autres valeurs. Dès lors, on en arrive à penser que la défense des valeurs, notamment des valeurs morales, de l'idée de l'incommensurabilité de l'être humain, etc., est contrariée par la recherche d'efficacité. C'est ainsi qu'on dresse les valeurs contre le marché.

En l'exprimant différemment, cela revient à affirmer que l'efficacité serait une valeur suffisante, rendant inutiles et contradictoires d'autres valeurs, prémisses dont on pourrait déduire que la préservation des valeurs suppose une négation morale de la recherche d'efficacité.

Le paralogsme est patent : tout repose sur l'idée que l'efficacité est une valeur alors qu'elle n'est qu'une qualité, qui n'étouffe pas en elle-même les valeurs parce qu'elle est

14. L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept*, préc.

15. Logique concurrentielle et logique contractuelle (à propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles), préc., p. 295.

16. A. Pirovano *Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel*, préc., p. 16.

17. *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence*, n° spécial des *Petites Affiches*, 28 décembre 2000 ; v. aussi *L'efficacité de la politique de la concurrence*, *Gaz. Pal.*, 28 et 29 janvier 2003.

18. *L'ordre concurrentiel et le droit communautaire*, cet ouvrage. V. aussi L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept*, préc., à propos de « la place des objectifs non directement marchands dans l'ordre concurrentiel ».

19. *L'ordre concurrentiel et le droit des contrats*, cet ouvrage.

précisément d'une autre nature. Les économistes ne s'y méprennent d'ailleurs pas puisqu'à les lire, ils ne prétendent pas exprimer les valeurs communes d'une société mais seulement les procédés de concrétisation des objectifs dont la détermination ne relève pas de leur science mais du contrat social²⁰.

Plus encore, l'efficacité, c'est la qualité même de l'action : toute action se doit d'être efficace parce qu'il s'agit de déployer un effort pour obtenir un résultat. L'atteinte du résultat, l'obtention du meilleur effet possible pour le moindre effort fourni, définit le principe d'efficacité. Le plus obtenu pour le moins donné, cela s'appelle aussi le principe d'économie. Même si l'on pense l'obtention des résultats recherchés sur le mode de la non-action²¹, dans la pensée taoïste ou zen notamment, on y procède toujours en termes de lien entre l'attitude et l'effet, c'est-à-dire en termes d'efficacité.

Ainsi, l'erreur logique est double : en associant l'efficacité comme valeur de l'ordre marchand et concurrentiel, dans une dérive souvent qualifiée d'« économisme », on confond valeur et qualité, et en croyant que l'efficacité est un souci propre à l'ordre marchand, on oublie que toute action sur le monde a souci de sa réussite. L'action morale a aussi pour but sa réussite, l'efficacité étant un mode de concrétisation des visées morales. L'efficacité est neutre par rapport à l'objectif poursuivi.

Plus encore, le droit n'est-il pas souvent défini comme ce qui a la force de transformer les préceptes moraux en règles civiles, c'est-à-dire d'associer l'efficacité à la valeur ? Ainsi, le droit, par nature, parce qu'il est un instrument, doit être efficace²². Philippe Coppens appuie ces considérations en montrant que le droit et l'économie expriment tous les deux « une relation entre des fins et des moyens rares »²³. Ces fins peuvent être morales ou liées à l'utilité collective. Pour ne prendre qu'un exemple, on a montré que l'efficacité du fonctionnement de l'institution judiciaire est une voie pour que celle-ci satisfasse l'impératif juridique et moral de tenir la balance égale entre les parties au procès et de replacer chacun dans son droit²⁴.

* * *

Il ne faut pourtant pas nier que l'ordre marchand, parce qu'on lui fait jouer plus qu'il ne prétend engendrer, ses ennemis l'accusant volontiers de la rage d'omnipotence, finit par écraser les valeurs, par occultation et par transformation.

Par occultation tout d'abord. L'ordre marchand établit une sorte de « non-valeur » du fait de l'omniprésence de la seule « contre-valeur » monétaire. L'argent est une abstraction²⁵

20. V. not. J.-J. Laffont, Intérêt général et intérêts particuliers, in *L'intérêt général*, Rapport public 1999, Conseil d'État, p. 421-428.

21. F. Jullien, *Traité de l'efficacité*, Grasset, 1996.

22. J. Carbonnier, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, *Flexible droit*, LGDJ, p. 133 s. On retrouve cette assertion notamment sous la plume d'Antoine Pirovano, *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Economica, 1988, p. 4-5.

23. Abus de droit et ordre concurrentiel, cet ouvrage.

24. G. Canivet, *Économie de la justice et procès équitable*, JCP, 2001, I, 361, p. 2085-2093.

25. G. Simmel, *Philosophie de l'argent*, trad. française S. Cornille et Ph. Ivernel, PUF, Coll. Sociologies, 1987.

dont l'usage permet la circulation efficace des biens parce qu'il en masque un temps les spécificités concrètes. Dans cette perspective d'occultation, le moment-clé n'est pas celui où la chose est échangée contre une autre, c'est l'évaluation monétaire de celle-ci, condition nécessaire et préalable à l'échange marchand.

Le processus de marché dépasse cette chronologie marchande puisque c'est l'échange, par sa confrontation avec tous les autres échanges, qui produit l'évaluation monétaire des biens. De ce fait, l'instant d'évaluation neutralise la valeur de ce qui est réellement échangé. Le marché produisant un *continuum* d'évaluation, il transforme en « boîte noire » l'objet même qui s'échange, c'est-à-dire ôte pertinence aux caractéristiques intrinsèques de la chose.

On passe alors d'une situation où l'ordre marchand est étranger à la question des valeurs, ce qui permet à celles-ci de demeurer intactes, à un ordre concurrentiel qui écrase les valeurs puisque le marché produit en permanence une évaluation, grâce à l'argent qui est son fluide et qui ne met plus jamais l'objet à découvert. L'argent, c'est-à-dire la contre-valeur et le *media* de l'échange, devient la valeur et l'objet principal du système. C'est à juste titre que ce mouvement est dénoncé mais il est lui-même une perversion de l'ordre concurrentiel.

La transformation ensuite. Il a été précédemment souligné que le marché produit des valeurs non marchandes, par exemple de l'éducation ou de la qualité de vie, de la même façon que les valeurs non marchandes peuvent trouver non seulement leur place mais leur concrétisation dans le monde marchand. Il s'agit ici de développer la première affirmation, l'approfondissement de la seconde étant reportée à plus tard.

Les valeurs morales sont profitables à l'ordre marchand. Il en est ainsi de l'obligation de tenir sa parole, lorsqu'il y a contrat, ou de demeurer fidèle, lorsqu'il y a clientèle²⁶. De la même façon, elles sont nécessaires à l'ordre concurrentiel, par exemple à travers l'obligation de loyauté²⁷. La morale rend le fonctionnement du système économique moins coûteux pour chacun, directement, par exemple à travers l'obligation morale du créancier de minimiser son dommage²⁸, ou indirectement, notamment par l'éthique des intermédiaires marchands financiers²⁹. De nombreux travaux ont montré l'utilité des valeurs morales, ce qui renvoie au courant anglo-américain très puissant de l'utilitarisme moral³⁰.

Il est inutile de développer ici cette convergence bien connue entre utilitarisme et moralisme, marque du droit anglo-américain et dont on pressent en droit français l'acculturation³¹. Qu'il soit permis d'insister sur deux aspects moins soulignés. Le premier

26. V. par ex., *Clientèle et concurrence. Approche juridique du marché*, Travaux du CREDA, Litec, 2000.

27. L. Aynès, L'obligation de loyauté, in *L'obligation, Archives de Philosophie du Droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 195-204.

28. M. Behar-Touchais (dir.), *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, n° spéc. *Petites Affiches*, 20 novembre 2002.

29. V., par ex., *Rapport moral sur l'argent dans le monde - L'éthique financière face à la mondialisation*, Association d'économie financière, 1997.

30. V. par ex., M. Canto, *La philosophie morale britannique*, et B. Williams, *La fortune morale*, les deux dans la collection « Philosophie morale », PUF, 1994.

31. M. Behar-Touchais, *Ordre concurrentiel et droit des contrats*, cet ouvrage.

concerne la valeur économique d'une exigence morale dont le droit a fait sa valeur constitutive : l'impartialité³², le second concerne la vertu de fidélité.

L'impartialité vise l'aptitude morale d'une personne à juger d'une situation à partir des arguments échangés à propos des faits évoqués et non pas à partir de ses préjugés, non que ceux-ci disparaîtraient par on ne sait quel héroïsme magique mais du fait que la personne impartiale se refuse à attacher des conséquences à d'autres éléments que ceux articulés et prouvés par les parties intéressées. En cela, pour celui qui soumet une situation le concernant à une telle appréciation, l'impartialité du juge est un gage de pouvoir anticiper le sens du jugement. À ce titre, l'impartialité produit de la sécurité.

Or, la sécurité est un bien dont les opérateurs économiques sont plus que jamais demandeurs, ce qui explique le moindre attrait aujourd'hui des investisseurs étrangers pour les systèmes économiques corrompus, l'interdépendance des économies justifiant l'effort nouveau de lutter contre cette corrosion de plus en plus difficile à cantonner géographiquement.

L'impartialité est donc le bien sur lequel se développe un marché fiduciaire du droit et du jugement, marché dont l'arbitrage est la plus nette figure³³. Cette considération vise la même réalité que celle appréhendée par les théories économiques, à travers « l'économie de la notoriété », qui rend compte de l'efficacité des stratégies consistant à accumuler un crédit personnel auquel est attaché un mouvement de confiance. L'impartialité de l'arbitre, la rectitude d'une institution judiciaire, peuvent se traduire en ces termes.

La valeur morale contraire à l'impartialité, c'est la fidélité. Elle a aussi son rôle à tenir dans l'efficacité de l'ordre marchand. En effet, la fidélité consiste à rester attaché à une personne ou à une chose alors qu'une autre personne ou une autre chose est dans l'instant donné plus attractive. En cela, la fidélité constitue la forme morale de la partialité car l'objectivité obligerait à changer son attachement : elle est la première valeur du service, qu'il s'agisse du service du Roi ou du service de l'État³⁴. L'affrontement de ces deux valeurs morales, l'opposition entre l'impartialité, comme distance, et la fidélité, comme proximité, explique que dans l'organisation des professions comptables, il n'est pas sage de permettre à une même personne d'être à la fois auditeur et conseil, car si en tant qu'auditeur son devoir moral est l'impartialité par rapport aux intérêts des managers, en tant que conseil son devoir est la fidélité par rapport à ceux-ci.

Les mots mériteraient ici de retrouver un bon législateur³⁵ qui distingue les mots et les sens car quand on demande aux comptables de produire une « image fidèle » de la société à travers les comptes³⁶, et aux auditeurs de se porter garants à leur suite, on exige d'eux une fidélité par rapport à l'ordre du monde, par rapport à l'état réel de la société :

32. A. Kojève, *Phénoménologie du droit*, Gallimard, 1983.

33. V., par ex., Le droit comme source et forme de régulation mondiale, in *Gouvernance mondiale*, Rapport du Conseil d'analyse économique, La documentation française, 2002, p. 313-330.

34. Cette opposition explique les difficultés de l'administration à passer d'une logique de la fidélité à une logique de l'impartialité.

35. V. *supra* introduction.

36. Dans sa dimension morale, et notamment son rapport à la mémoire, v. *La fidélité. Un horizon, un échange, une mémoire*, Éd. Autrement, Coll. « Morales », 1992. Dans sa dimension technique, v. F. Pasqualini, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, préf. E. du Pontavice, Litec, 1992.

l'exigence vise donc une impartialité. C'est justement parce qu'ils peuvent vouloir par ailleurs être fidèles aux dirigeants sociaux qu'ils sont en conflit d'intérêts, la fidélité aux hommes étant alors incompatible avec la fidélité aux choses.

La fidélité est particulièrement mise à l'épreuve lorsque la personne qui paraît plus attractive et qu'on servirait volontiers plutôt que celle de la première allégeance, c'est soi-même. La fidélité implique une prévalence de l'autre sur soi-même, ce qui met en relief son lien avec la loyauté.

Traduisons cela en droit des sociétés : la *corporate governance* tient dans cet impératif d'un mandataire social qui doit rester fidèle au service de l'intérêt de ses mandants alors qu'il est tenté de concrétiser son propre intérêt. Il doit préférer l'autre à lui-même. Le droit s'épuise à organiser la bonne gestion des conflits d'intérêts, soit par la méthode préventive des incompatibilités visant à empêcher la constitution même du conflit d'intérêts (méthode plutôt romaniste), soit par la méthode *a posteriori* visant à organiser la prévalence de l'intérêt pour lequel on a conféré à la personne en cause un pouvoir dont on sait qu'elle est en mesure de le détourner au profit d'elle-même (méthode plutôt anglo-américaine). L'affaire Enron est inquiétante parce que le fonctionnement suppose cette valeur morale de fidélité et de loyauté et que celle-ci apparaît aujourd'hui faible alors même que le droit ne peut pas pleinement la suppléer³⁷. C'est en effet en tant que loyauté et fidélité sont pleinement des valeurs morales qu'elles sont requises pour le fonctionnement confiant du marché dont le déploiement stable dépend en grande partie de la déontologie des intermédiaires qui en sont les garants³⁸.

* * *

Si l'on admet qu'il est grossier d'opposer « marché/valeurs marchandes » et « valeurs non marchandes/exclusion du marché », si l'on adopte donc une conception plus saine et plus exacte de l'ordre marchand et concurrentiel en récusant la thèse de l'occultation totale des valeurs de l'objet par leur contre-valeur monétaire, il demeure que cette neutralité économique doit s'articuler avec les valeurs qui existent par ailleurs. Cette articulation peut être analysée à travers ce que Niklas Luhmann désigne comme les codes binaires qui identifient, structurent et font fonctionner les sous-systèmes sociaux³⁹.

Le code binaire du sous-système juridique est constitué par l'opposition « légal/pas légal » (au sens général de conformité ou de compatibilité avec les premières règles fondatrices). Cela fournit aussi le mode d'appartenance et d'exclusion : dans l'ordre du droit, les comportements légaux doivent demeurer et les comportements illégaux doivent être contrariés. Le code binaire de l'ordre marchand repose sur le couple « échangeable/non échangeable » : ce qui est échangeable – grâce à la monnaie – est dans l'ordre marchand, ce qui n'est pas échangeable ne l'est pas. L'ordre concurrentiel, dont on a vu qu'il s'articule à l'ordre

37. *Les leçons d'Enron*, Éd. Autrement, 2003.

38. D. Gutmann, L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique, in *L'obligation*, préc., p. 115-127.

39. L'unité du système juridique, préc., spéc. p. 168 et p. 179 s. V. aussi et par ex., A.-J. Arnaud, N. Luhmann et P. Guibentif, *Niklas Luhmann, observateur du droit*, n° spéc. de la revue *Droit et société*, 1993.

marchand, repose sur un code secondaire « compétitif dans l'échange/non compétitif dans l'échange », le marché ayant pour effet d'accroître la compétitivité et d'exclure les agents non compétitifs. Ces codes binaires sont tautologiques, reflet simple du système lui-même. Ainsi et pour finir, le code binaire du monde moral est « moral/immoral ».

Les codes binaires peuvent entrer en conflit. Cela n'est pas le cas lorsque ce qui est objet du désir d'appropriation – subsumé de ce fait par le code « échangeable » – correspond au code « moral », la pluralité des désirs d'appropriation se traduisant en outre sans difficulté dans le code « compétitif dans l'échange » : l'apposition du code « légal » se fait sans heurt. L'ordre concurrentiel s'articule alors sans affres moraux sur l'ordre marchand et le droit commercial, dans l'organisation que celui-ci fait des activités et des organisations, comme Jean-Pierre Arrighi le montre pour les sociétés commerciales⁴⁰. L'articulation se fait par superposition et enchâssement de codes en harmonie les uns avec les autres.

L'articulation devient problématique lorsqu'il y a hiatus entre des codes. C'est le cas lorsqu'il y a une offre et une demande, une aptitude technique à l'évaluation monétaire, donc une satisfaction du code « échange », mais qu'on y associe le code « immoral », par exemple en cas de cession d'êtres humains.

La situation est plus complexe lorsque l'opposition des codes concerne non plus simplement les activités immédiatement confrontées mais celles sous-jacentes. Il en est ainsi par exemple lorsque on vend les images nées d'activités sportives désintéressées, le marché agissant alors par infiltration de ce sous-jacent. Cette porosité est perceptible lorsque la puissance du marché des notoriétés et des spectacles sportifs produit la mécanisation des corps notamment par le dopage.

Dans de tels cas, le droit doit apposer un *imprimatur* de légalité ou d'illégalité et cela produira de toutes les façons un heurt avec l'un des deux codes en opposition. Le droit a le pouvoir de récuser la puissance de la contre-valeur monétaire en ne tolérant pas que tel ou tel phénomène soit anéanti dans sa nature par une neutralisation monétaire totale. Cela peut par exemple prendre la forme de l'interdiction juridique du clonage d'êtres humains.

Même si l'on prend cela pour acquis, deux perspectives s'ouvrent encore car la récusation peut être totale (par l'illégalité) ou partielle (par la régulation). Dans la première perspective, on peut refuser le principe de l'anéantissement de la valeur par la contre-valeur, en excluant la possibilité même d'une appréhension monétaire et d'un échange marchand. Le droit y procède par la qualification de « choses hors commerce ».

On peut faire ainsi, même si les contours de ce groupe des choses hors commerce sont devenus si incertains qu'il est difficile aujourd'hui d'y avoir recours. Mais ce qui fait fonctionner le marché, c'est le désir dont il est un mode pacifique de satisfaction et dont il permet les ajustements. Des désirs actifs (désirs d'enfants ? désirs d'organes ? désirs d'expériences de vies⁴¹ ?) qui sont niés, engendrent et alimentent le marché noir, dont la caractéristique est de considérablement faire monter les prix et baisser la qualité.

40. L'ordre concurrentiel et le droit des sociétés, cet ouvrage.

41. J. Rifkin, *The Age of access*, Penguin Books, 2000.

L'autre branche de l'alternative, c'est de récuser non pas l'échange, basé sur le désir d'offrir et le désir d'acquérir, mais de récuser le prix comme seul ajustement de ces désirs. C'est notamment dans ce sens qu'on réfléchit sur l'organisation des biens publics mondiaux⁴², la protection de l'environnement par exemple⁴³. Cela se traduit en deux façons.

En premier lieu, le principe est d'admettre une circulation marchande ajustée sur des marchés en refusant pourtant que le bien ainsi échangé subisse l'occultation totale de sa nature par l'évaluation monétaire. Celle-ci est admise mais la spécificité du bien demeure active, ce qui justifie une organisation particulière de sa circulation. Le marché se trouve ainsi « concrétisé » par l'objet qui y circule et affecté de ce fait dans son organisation. Cette re-concrétisation engendre une régulation de la circulation, dont les discussions sur les médicaments vitaux, les génériques et les licences légales les concernant, sont le meilleur exemple. Cette détermination des choses qui tout à la fois ne sont pas niées dans leur nature de biens mais dont les spécificités a-économiques doivent néanmoins enrayer le libre fonctionnement des marchés sur lesquels ils circulent est un exercice politique sur lequel est en train de se jouer la régulation de la mondialisation⁴⁴.

En second lieu, l'intervention se fait en aval car il ne s'agit plus tant de dénier l'évaluation monétaire que de contrer son effet naturellement excluant à l'encontre de ceux qui ne peuvent payer un tel prix. Le prix est alors calculé et imposé à partir de la situation concrète de celui qui doit accéder au bien, ce qui peut d'ailleurs conduire à la gratuité. Ce qui est récusé, ce n'est plus l'échange et le marché, c'est l'entière liberté de son fonctionnement, par la mise en place d'une régulation construite sur l'impératif d'accès aux biens. Le marché des biens culturels peut être appréhendé de cette façon-là.

Si l'on définit la régulation comme l'intervention juridique et politique ayant pour ambition de tenir en équilibre le principe de concurrence et un principe autre que la concurrence, la régulation permet d'utiliser l'ordre marchand et concurrentiel pour que demeurent des valeurs non marchandes, ce que Gérard Farjat désigne comme « l'essentiel »⁴⁵, valeurs qui tiennent en Occident à l'incommensurabilité de la personne et qui, dans une conception moins ethno centrée, tiennent à la préservation d'une vie humaine décente.

42. V., par ex. O. Young, *Gérer les biens communs planétaires*, Critique Internationale, oct. 2000, p. 9.

43. L. Tubiana et J.-M. Severino, Biens publics globaux, gouvernance mondiale et aide publique au développement, in *Gouvernance mondiale*, préc., p. 349-373.

44. Sur une tentative de catégorisation, v. M.-A. Frison-Roche, *Les biens d'humanité*, à paraître.

45. Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique), *Revue internationale de droit économique* 2002, p. 153 s.