

Droit des affaires

Dimension processuelle de la clause statutaire d'exclusion :
les précisions de la Cour de cassation

Par Thierry FAVARIO

Remise en question des tribunaux de commerce :
un mal pour un bien

Entretien avec Jean-Bertrand DRUMMEN

Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité

Par Jean-Luc VALLENS

La mutation accélérée du marché des paiements
par le règlement n° 260/2012/UE du Parlement européen
et du Conseil du 14 mars 2012

Par Laurent ABADIE

Les obstacles juridiques au droit à rémunération
de l'agent immobilier

Par Moussa THIOYE

Licenciement disciplinaire pour un motif tiré
de la vie personnelle du salarié : nouvelle illustration

Par Florence GANUIT

ETUDES

Le contrat d'abonnement de téléphonie mobile et la subvention
opérateur : une opération de crédit à la consommation ?

Par Francis LIMBACH

Comment préserver les produits européens d'une concurrence faussée
en provenance des pays tiers ?

Par Jean-Paul MINGASSON et Frédéric PUEL

RÉFLEXIONS CROISÉES

L'éthique et le droit des affaires

Le droit, la morale et l'éthique dans la gestion des entreprises

Par Daniel Arthur LAPRÉS

La démarche éthique de L'Oréal

Par Emmanuel LULLIN

COLLOQUE

La délégation de pouvoirs dans l'entreprise : nécessité et dangers

*Par Christophe BOMBAARD, Vincent CUISINIER, Nicolas GERBAY, Sylvie HANS, Caroline HENRY,
David JACOTOT, Laurence JOFFROY, Pauline CANNU, Arlette MARTIN-SERF, Haritini MATSOPOULOU,
Vincent THOMAS, Daniel TIRICOT et Tony VEDIE*

Collection
LAMY
DROIT DES
AFFAIRES

L'éthique et le droit des affaires

Tours, 19 janvier 2012

La conférence sur « L'éthique et le droit des affaires », organisée par le Master 2 Juriste d'Entreprise s'est déroulée le 19 janvier 2012 à la Faculté de droit d'économie et des sciences sociales de Tours.

À la suite de la projection du film « Enron, le casse du siècle », Maître Laprès, avocat au Barreau de Paris, revient sur la notion et les limites de l'éthique alors que Monsieur Lulin, Directeur de l'Éthique du Groupe L'Oréal, nous explique qu'il est possible d'adopter une démarche éthique dans le monde de l'entreprise.

Regard croisés entre professionnels du droit et de l'entreprise.

RIDA 4099

Par Daniel Arthur LAPRÈS
Avocat au Barreau de Paris
Barrister and Solicitor, Nova Scotia, Canada
Conseiller spécial auprès de Kurlun Law Firm, Beijing Chine
Professeur de droit et de finance
(Faculté Libre de Droit d'Économie et de Gestion, Paris)

Le droit, la morale et l'éthique dans la gestion des entreprises

INTRODUCTION

Dans la littérature contemporaine, le mot « éthique » a pratiquement perdu son identité à force d'être confondu avec d'autres notions. On trouve des discussions des éthiques de l'immanence, de la transcendance religieuse, de l'activité communicationnelle, de la civilisation technique, de l'environnement, sans compter celles gréco-romaine, naturelle, politique, bio (Pesqueux Y., La politique responsable de l'éthique dans le capitalisme, in Dupré D. (dir.), Éthique et capitalisme, Economica, Paris, 2002, pp. 183-184).

Pour grand nombre d'observateurs, la question des relations tripartites entre droit, morale et éthique ne se pose même pas car ils télescopent la morale et l'éthique (d'autres réduisent l'éthique à l'obéissance à la loi : « Faire de l'éthique c'est aussi considérer que la délinquance financière est un crime », Dupré D. et Girerd-Potin I., Essor d'une consommation éthique, in Dupré D. (dir.), Éthique et capitalisme, préc., p. 118). Tantôt, « il n'existe en effet aucune différence entre le mot "éthique" et le mot "morale" » (Pesqueux Y., La politique responsable de l'éthique dans le capitalisme, in Dupré D. (dir.), Éthique et capitalisme, préc., p. 189). Ou encore, « la quasi-disparition du discours moral a aujourd'hui laissé le champ libre à l'éthique » (Véra G., Les ennemis de l'éthique, in Dupré D. (dir.), Éthique et capitalisme, préc., p. 37). D'autres réduisent l'éthique à l'obéissance à la loi : « Faire de l'éthique c'est aussi considérer que la délinquance financière est un crime » (Dupré D. et Girerd-Potin I., préc., p. 118).

S'agissant de l'approche française du rôle du droit dans cette conjugaison tripartite, Lévi-Strauss relègue le droit à une « forme assez basse de technologie » (Lévi-Strauss Cl., Les critères scientifiques dans les sciences sociales et humaines, in la Revue internationale des sciences sociales, vol. XVI, 1964, n° 4, p. 579). Le débat, courant dans les cercles juridiques anglo-américains, sur les valeurs susceptibles d'influencer les contenus du droit a ainsi été esquivé jusqu'à récemment (« jusqu'à une date très récente, il n'y a guère dans le milieu parisien des sciences sociales que Michel Foucault pour avoir considéré que l'étude du droit participait du savoir sur l'homme, renouant ainsi avec la tradition intellectuelle inaugurée en France par des auteurs comme Durkheim ou Mauss », Supiot A., Critique du droit du travail, PUF, Paris, 2007, p. 193).

Quand les commentateurs ont cherché un fondement au droit au-delà du respect des impérieuses règles de la nature, le plus souvent ils ont invoqué la raison. Mais la confusion naît de l'interposition entre le droit et la raison de la morale ou de l'éthique. Par exemple, selon Kant, la raison détermine la moralité qui inspire le droit (Kant E., Philosophy of Law, General Introduction to the Metaphysics of Law, Section 1, reprinted in Clarence Morris (ed.) The Great Legal Philosophers, U. Pennsylvania, 1979, p. 240).

C'est dans ce contexte que je propose un modèle comportant une combinaison originale de définitions destinées à servir pour l'analyse de problèmes survenant dans le monde des affaires, ainsi que pour la détermination de so-

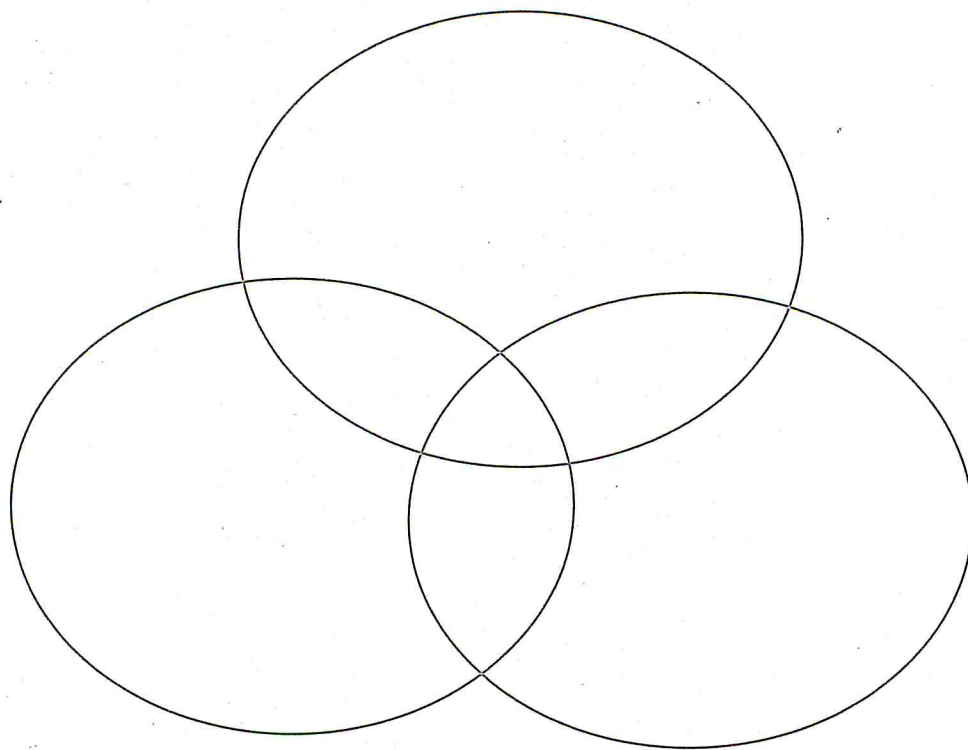
lutions équilibrées. Ces combinaisons sont susceptibles d'être représentées sous la forme d'un diagramme Euler-Venn.

Je distingue les domaines d'application des trois notions que sont le droit, la morale et l'éthique, en fonction de deux critères :

1. la justification des contenus de leurs règles et ;
2. la nature des sanctions applicables en cas de leur violation.

Chaque cercle représente un domaine : le droit, la morale et l'éthique. L'espace propre de chaque domaine illustre sa distinction des autres et circonscrit sa zone d'autonomie. Les zones de recoupement à deux ou trois des domaines représentent la coïncidence de normes relevant de plusieurs domaines. Certaines normes sont incluses dans tous les domaines, par exemple, l'interdiction des meurtres. Mais d'autres ne relèvent que de deux domaines. Dans une société totalitaire, les trois domaines tendraient à se superposer. La disparition de toute zone de recoupement des trois domaines représenterait le chaos. Les évolutions sociales peuvent être illustrées par des déplacements des contours des domaines. Dans les zones de recoupement, les normes et les sanctions peuvent se compléter et se renforcer, mais dans d'autres cas des conflits surviennent. Le travailleur participant à une grève illégale s'expose à des sanctions légales, mais satisfait éventuellement les exigences de son groupe social et de sa conscience.

Les domaines du droit, de la morale et de l'éthique



I. – LES DOMAINES DU DROIT, DE LA MORALE ET DE L'ÉTHIQUE

Reprenant l'idée de John Stuart Mill (On Liberty, 1859, en particulier le chapitre IV, Of the Limits to the Authority of Society over the Individual, cf. : <www.utilitarianism.com/ol/five.html>), le domaine du droit est caractérisé par l'imposition de sanctions limitant la liberté ou par la confiscation de biens. Pour justifier la gravité de telles sanctions, les règles de droit doivent être fondées dans la « raison » (« reason ») et elles ne s'appliquent qu'aux comportements préjudiciables pour autrui (« Law is the reason of the thing », Hegel F., Philosophy of Right, Preface, reprinted in Clarence Morris (ed.) The Great Legal Philosophers, U. Pennsylvania, 1979, p. 304). Une règle de droit doit être « nécessaire » ou « utile » pour la gestion rationnelle de la société. Elle est appréciée téléologiquement à l'aune de critères tels que la proportionnalité. Le recours à la « raison » implique une argumentation logique appliquée à des situations de fait et infusée d'une objectivité susceptible d'attirer l'adhésion. Certaines règles juridiques existent sans qu'elles ne correspondent à toute valeur morale ou éthique et leurs contenus peuvent être plus ou moins arbitraires. Leur fonction peut n'être que d'assurer la prévisibilité

des comportements ; par exemple, on roule en voiture à gauche plutôt qu'à droite ; ou une forme de société est libellée « société privée limitée » plutôt que « société à responsabilité limitée », alors que leurs modalités de fonctionnement ne manifestent aucune différence.

La morale est animée par l'émotion, la croyance, ou d'autres facteurs, mais pas nécessairement par la raison, et peut même être contraire à ses exigences (Hume D., A Treatise of Human Nature, Vol. II, Book III, Of Morals, Part I, Of Virtue and Vice in General, Section 1, reprinted in Clarence Morris (ed.) The Great Legal Philosophers, U. Pennsylvania, 1979, p. 188). Corrélativement, la panoplie des sanctions morales ne comprend pas la privation de liberté ou la confiscation de biens, mais dans le pire des cas diverses formes d'ostracisme. Les exigences de la morale, qui ne sont pas appréciées à la lumière de la raison, ne justifient pas en soi l'application de sanctions légales. Le domaine de la morale couvre toutes les relations sociales. Les domaines du droit et de la morale certes se recoupent mais, en cas de règle morale rétrograde ou anachronique, la règle du droit fondée dans la raison doit prévaloir. Selon Jean Dabin,

« The jurist will retain only the rules of morals whose consecration or confir-

mation by the law will in fact under the circumstances be found useful to the public good and practicable with regard to the technical equipment of the jurist... » (Dabin J., General Theory of Law, 1944, Part Three, chapter Three, Section 1, § 251, reprinted in Clarence Morris (ed.) The Great Legal Philosophers, U. Pennsylvania, 1979, p. 492).

L'éthique relève de la conscience et se distingue des deux autres domaines par son intériorisation, sa totale subjectivité. Ce qui peut travailler l'esprit ne saurait être limité à la raison, à l'émotion ou à toute autre cause. Rudolf von Ihering a ainsi décrit le domaine que je qualifie d'éthique :

« What keeps a man from committing an injustice where he knows that he will not be found out and need not therefore fear compulsion ? » (Rudolf von Ihering, Law as a Means to an End, Part I, Chapter VIII, section 15, reprinted in Clarence Morris (ed.) The Great Legal Philosophers, U. Pennsylvania, Philadelphia, 1979, p. 240).

Les appréciations éthiques ne sauraient se porter au-delà de l'individu. Une règle d'éthique est personnelle, elle ne s'impose pas en tant que telle aux autres. Les manquements par autrui à ses propres règles d'éthique ne sauraient justifier l'application à leurs auteurs de sanctions morales ou légales.

Rien n'exclut que l'application de sanctions morales, éthiques ou déontologiques et légales s'additionnent lorsque les comportements contraires à la loi violent par la même occasion les croyances, les coutumes, les règles d'étiquette, les tabous, etc. de tout groupe social et/ou les règles de la raison articulées dans la norme juridique. Quand la violation de règles imposées dans le « *code de déontologie* » d'une profession peut entraîner l'application de sanctions professionnelles ou pécuniaires, la norme ne relève pas que de l'éthique mais aussi du droit. Quand une entreprise adopte un code qui ne fait que réitérer des obligations imposées par la loi, par exemple en ce qui concerne les conditions encadrant la gestion des ressources humaines ou exigeant le respect de normes de qualité de produit, la protection de l'environnement ou des intérêts des actionnaires, il n'y a pas lieu de la qualifier d'« *entreprise éthique* ».

II. – L'APPLICATION DU MODÈLE AU DROIT COMMERCIAL

La société commerciale, en tant que forme d'exploitation d'activités économiques, sert à inciter les investisseurs à financer des projets en faisant basculer sur les créanciers une part du risque assumée par un entrepreneur exploitant en nom propre. Généralement, l'objet d'une société commerciale est défini par la loi comme étant la réalisation de profits dans l'intérêt des actionnaires. La société commerciale ne doit donc pas être détournée de cet objet et toutes les activités doivent être justifiées par leur contribution aux profits des actionnaires. La poursuite d'activités économiques pour des buts non lucratifs n'est pas pour autant interdite. Elle s'accomplit en entreprenant des activités en nom

propre ou à travers une structure juridique dont l'objet n'est pas lucratif... ou pas uniquement lucratif. Les fonds d'investissement dits « *éthiques* » visent la rentabilité dans le respect de principes de gestion considérés comme éthiques. Selon le pays concerné, ils constituent des parts très variables des sommes totales placées entre les mains des fonds ; aux États-Unis, ils pourraient représenter plus de 10 % du total des sommes placées, en France seulement 1 % (Dupré D. et Girerd-Potin I., préc., pp. 93-94. La viabilité de ces fonds a été mise à l'épreuve par la crise financière globale de 2007-2008 car les performances de nombreux d'entre eux ont viré au rouge, Insley J. et Davey P., Why it can be hard to stick to your principles, 7 juin 2009, <www.guardian.co.uk/profile/jillinsley>).

Dans le droit des affaires en France, la morale et l'éthique ne prévalent pas sur la règle de droit lorsqu'il y a conflit. Ainsi, un Conseil de Prud'hommes ne peut pas augmenter la rémunération d'un salarié par rapport aux stipulations contractuelles en se fondant sur des considérations équitables (Cass. soc., 4 déc. 1996, nos 94-40.693 et n° 94-40.701 Bull. civ. V, n° 421, RTD civ. 1998, p. 221, Molfessis N.). Le respect de « *l'éthique des affaires* » n'est pas impliqué par l'obligation de « *bonne foi* » dans l'exécution de contrats (Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-17.289, Atlantica ; Cass. com., 27 avr. 1971, n° 70-10.824, Jamot et Rousseau ; Cass. com., 25 mai 1982, n° 80-13.397, Ibx). Les codes « *déontologiques* », notamment ceux applicables aux professions libérales, n'ont aucune valeur juridique en tant que tels. Leur opposabilité dépend de leur inclusion dans un cadre contractuel ou réglementaire (Cass. com., 6 déc. 1994, n° 92-21.335, Hebbrecht ; Cass. com., 6 avr. 1999, n° 96-21.084, Torlai). En 1998, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que les convictions personnelles ne constituent pas, pour un pharmacien,

un motif légitime du refus de vendre à un consommateur des contraceptifs hormonaux faisant l'objet d'une prescription médicale. Le refus de vente des médicaments contraceptifs ne procédait pas d'une impossibilité matérielle de satisfaire la demande en raison d'une indisponibilité des produits en stock, mais était motivé par des « *convictions personnelles qui ne peuvent constituer, pour les pharmaciens auxquels est réservée la vente des médicaments, un motif légitime pour le refus de vente* » (Cass. crim., 21 oct. 1998, n° 97-80.981, Bull. crim., n° 273, Bruno). Bien qu'« *une des règles essentielles de la morale des affaires [soit] de payer ses dettes à leur échéance* » (Armand-Prévost M. et Domain L., La morale des affaires, le plan de continuation et le plan de cession, Rev. proc. coll. 1989, p. 321), la réforme législative des procédures collectives adoptée en 1985 (L. n° 85-99, 25 janv. 1985, relative aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise, principalement en ses articles 37 ainsi que 101 et suivants) a admis des conditions dans lesquelles les conventions passées ne seront pas intégralement respectées (Lebel Ch., L'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire, Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille, 1996, p. 238).

CONCLUSION

L'originalité de mon modèle consiste en sa proposition de définitions laissant à chacune des notions que sont le droit, la morale et l'éthique un rôle au moins partiellement indépendant des rôles des deux autres domaines.

Dans la gestion des entreprises, les défis moraux ou éthiques surviennent lorsque le comportement imposé par la loi n'est pas celui qu'inspirerait la morale ou l'éthique, ou *a fortiori* lorsque l'action morale ou éthique attirerait des sanctions légales. ♦