

La sanction du marché : une tentative d'analyse microscopique du droit économique

Roman AYDOGDU, Quentin DETIENNE, Guillaume GRÉGOIRE & Nicolas THIRION (ULiège)

Introduction

1. En droit économique, la sanction est généralement présentée sous un double mode, qui renverrait à deux « mondes » distincts : la sanction « juridique » de l'État, exercée par les autorités publiques qui l'incarnent ; celle, « factuelle », du marché, par l'entremise des agents privés qui le composent.

Le refus de penser la sanction du marché en termes proprement juridiques apparaît tant au niveau *micro* du droit des affaires (à destination des entreprises) qu'à celui, *macro*, du droit (international) des finances publiques (à destination des États). Sur le premier plan, les entreprises engagées dans une démarche de responsabilité sociale (*Corporate Social Responsibility*) seraient incitées à respecter ces corps de règles non pas tant à cause d'obligations issues des droits étatiques (ou interétatiques) ou garanties par eux, qu'en raison de la menace économique de fait que feraient peser sur eux certains investisseurs institutionnels et autres groupements de consommateurs. Sur le second plan, l'absence de sanctions institutionnelles crédibles en cas de non-respect par les États des règles de discipline budgétaire et d'orthodoxie monétaire serait compensée par la contrainte factuelle exercée par les marchés, *via* le mécanisme de la dette publique. Même dans l'Union économique et monétaire, l'un des ordres juridiques internationaux pourtant les plus avancés dans la tentative de juridification des principes et règles économiques, la pression exercée par le marché ou par les pairs se substituerait à la contrainte spécifiquement juridique, de sorte que les règles de droit intégrées dans les traités auraient pour fonction essentielle d'explicitier une « contrainte *de fait*¹ imposée par l'économie »².

Faut-il donc conclure que la sanction du marché serait par hypothèse irréductible au droit ou, en d'autres termes, que la normativité sous-jacente aux transactions économiques serait intrinsèquement extra-juridique ? Une telle vision conforterait-il est vrai la barrière épistémologique profondément ancrée dans les mentalités aussi bien des économistes que des juristes : aux premiers, l'étude des rouages internes au marché proprement dit ; aux seconds, l'analyse des contraintes externes imposées par les pouvoirs publics.

2. L'hypothèse que nous privilégions dans les pages qui suivent consiste au contraire à essayer de penser la sanction du marché sous un angle proprement juridique. Encore faut-il, pour ce faire, bénéficier des outils conceptuels idoines – en l'occurrence, d'un modèle théorique à la fois centré sur la sanction comme critère déterminant de la juridicité et capable de penser celle-ci (et par extension le droit) en dehors, voire contre l'État, ses démembrements et ses alliances avec d'autres États. Nous nous proposons d'utiliser à cet effet l'« analyse microscopique du droit » du juriste belge Lucien François³ qui, privilégiant un positionnement juspositiviste radical, dévoile la diversité insoupçonnée des manifestations du phénomène juridique. C'est à la présentation synthétique de cette théorie que sera donc consacrée la première partie de la présente contribution (section 1). Dans la seconde partie, nous essaierons de démontrer que la microscopie du droit permet une approche renouvelée de la sanction du marché et des interactions qui se nouent entre cette dernière et celles consacrées dans des règles étatiques ou interétatiques (section 2). En

¹ C'est nous qui soulignons, *NdA*.

² F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 1098-1099.

³ L. FRANÇOIS, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, 2^e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant/LGDJ, 2012 [2001] (ci-après, *CT*).

conclusion, nous soulignerons la fécondité de l'approche microscopique en vue d'éclairer un débat fondamental pour le droit économique.

Section 1. L'analyse microscopique du droit : de la mauvaise rencontre à la communauté internationale

3. La question de la nature du droit est probablement la plus débattue de l'histoire de la pensée juridique. De ce phénomène social, il existe en effet presque autant de représentations que d'auteurs qui se sont efforcés d'en rendre compte. Il en résulte une irritante indétermination du concept de droit qui obscurcit constamment les discussions puisque, sous couvert d'un même mot (« droit »), c'est rarement de la même chose que parlent les locuteurs. Cette ambiguïté foncière tient sans doute aux origines mêmes du débat qui, dès l'Antiquité, a assimilé tout phénomène juridique à l'organisation politique dans lequel il est censé s'insérer (Cité, Empire, État), c'est-à-dire à une structure sociale déjà marquée par un haut degré de complexité. De cette assimilation, la plupart des théories du droit ne se sont jamais départies, abordant la question de la définition du droit à un stade d'emblée caractérisé par une extrême sophistication. À rebours d'une telle approche, la théorie de Lucien François repose sur deux présupposés épistémologiques empruntés à la conception moderne des sciences de la matière et de la vie : d'une part, l'étude scientifique d'un phénomène gagne en précision en allant du plus simple au plus complexe ; d'autre part, pour désigner les particules élémentaires à partir desquels diverses combinaisons conduisent à des manifestations de plus en plus composites, il n'est pas inutile de recourir à des néologismes, faute de mots pertinents ou suffisamment dépourvus d'ambiguïté dans le langage courant.

Sur la base de ces présupposés, l'analyse microscopique aborde successivement certaines situations dans un ordre croissant de complexité et, faisant fi – en raison de l'irréductible polysémie qui frappe des expressions telles que « droit », « norme juridique » ou bien encore « ordre juridique » – du langage traditionnel des juristes durant une bonne partie de la démonstration, lui substitue une batterie de néologismes assurant une plus grande rigueur et une plus grande précision à ses développements. Ces innovations terminologiques conduisent à mettre en lumière une technique spécifique de pouvoir (§ 1.) et une série de procédés destinés à faciliter l'obéissance à ceux qui recourent à cette technique (§ 2.). Une fois menés à terme, ces développements autorisent un retour vers cette réalité sociale si malaisée à appréhender jusqu'à présent : le droit.

§ 1. Une certaine technique de pouvoir : le jurème et ses complexifications

4. Figure pour ainsi dire imposée de la théorie du droit, l'anecdote de la mauvaise rencontre permet d'emblée d'isoler une structure de pouvoir élémentaire : soit un brigand dans une ruelle isolée qui, une nuit, barre le passage à un passant en le menaçant d'une arme à feu et lui enjoint « jette ton portefeuille et tire-toi ». D'un point de vue analytique, une telle situation se caractérise par cinq éléments constitutifs :

- un *certain type de pouvoir* qui consiste, pour l'émetteur de l'injonction, à être capable d'exercer sur le destinataire une pression par menace de sanction – et peu importe que cette capacité soit le fruit de l'illusion du destinataire (à supposer, par exemple, que l'arme brandie soit un pistolet factice, il suffit que la victime *croie* à la possibilité que le brigand mette sa menace à exécution pour que ce dernier dispose du pouvoir requis) ;

- une *conscience*, une *sensibilité* et une *exposition* du destinataire au pouvoir qui s'exerce sur lui : celui-ci doit comprendre à la fois ce qui est exigé de lui et la sanction qui le menace en cas de désobéissance, ne pas être indifférent à cette dernière et rester sous la coupe de ce pouvoir (et non fuir pour y échapper, par exemple) ;

- un *dispositif de pression destiné à combattre la résistance à un vœu* : la menace de sanction ne se réduit pas à un pur exercice de cruauté mais poursuit une finalité déterminée – en l'occurrence, amener le destinataire à adopter la conduite exigée ;

- un *vœu perçu comme impératif et, partant, catégorique* : la conduite exigée n'est en aucun cas tributaire du bon vouloir du destinataire. Son consentement est indifférent même si, dans des situations moins désagréables que la mauvaise rencontre, l'auteur de l'injonction ne demande pas mieux que d'être obéi de plein gré. Tel serait le cas, par exemple, d'un ordre perçu par le destinataire comme allant de soi ou honorable à ses yeux. L'objectif de l'émetteur consiste en tout état de cause à être obéi « de gré ou de force » (et tant mieux si c'est immédiatement de plein gré) ;

- *L'évidence ou, à défaut, la communication du vœu et de la menace* : le destinataire doit connaître à la fois la conduite exigée de lui et la sanction qu'il encourrait en cas de désobéissance. Il reste que les moyens de communication mobilisés à cet effet sont potentiellement innombrables : oraux ou écrits ; par gestes ou par insignes ; explicites ou implicites. La communication peut au reste avoir été préparée par des messages antérieurs ou des informations que l'émetteur peut tenir pour acquises par le destinataire. Ainsi, dans le cas de la mauvaise rencontre, il n'est pas nécessaire au brigand de préciser que l'arme qu'il a entre les mains est susceptible de blesser, voire de tuer, car le destinataire le sait pertinemment bien. En d'autres termes, la communication peut s'appuyer sur les connaissances préalablement accumulées par le destinataire.

Schématiquement, on peut alors définir la situation observée dans la mauvaise rencontre comme « une apparence, produite par un humain, du vœu d'obtenir une conduite humaine, apparence de vœu munie d'un dispositif tel que la résistance d'un des destinataires déclenche une pression en sens contraire par menace de sanction »⁴. Afin d'éviter, dans la suite des développements, de devoir répéter systématiquement cette périphrase pour désigner la technique de pouvoir ainsi isolée dans sa forme la plus pure, Lucien François utilise un néologisme construit par analogie avec les termes employés en linguistique pour désigner les plus petites unités de son (« phonème ») et d'écriture (« graphème ») d'une langue : le *jurème*. Chacun d'entre nous se trouve pris quotidiennement dans des situations de type « jurémique » – que nous soyons exposés à des êtres humains exigeant de nous un comportement en nous menaçant d'un désagrément en cas de désobéissance (à l'exemple d'un adolescent confronté à des ordres parentaux accompagnés de menaces de punitions en vue de faire échec à toute résistance de sa part) ou bien, à l'inverse, que nous soyons nous-mêmes en mesure d'émettre des injonctions à destination d'un individu que nous sommes capables de persuader qu'en cas de résistance à nos injonctions, il subira de notre part un mal auquel il serait, par hypothèse, sensible. Alternativement, nous sommes ainsi sujets *actifs* ou *passifs* de quantité de jurèmes.

Insistons sur le fait que la volonté d'obtenir une certaine conduite peut être simplement *apparente* et que cette apparence suffit pour donner naissance à une situation de type jurémique. Il se peut en effet qu'un sujet *croie* que l'être humain disposant à son égard d'une capacité de pression par menace de sanction exige quelque chose de lui alors même que ce dernier n'y aurait pas pensé lui-même (par exemple, un adolescent est persuadé par des indices mal interprétés que ses parents exigent de lui qu'il range sa chambre, sous peine de se voir privé de son argent de poche). Prenant acte de cette croyance, le détenteur du pouvoir peut certes détromper *a posteriori* le sujet mais ne peut faire que la situation jurémique n'ait pas existé ; il peut aussi considérer la conduite du sujet comme souhaitable et profiter de l'occasion pour faire comme s'il avait bel et bien exigé cette conduite auparavant mais, ici encore, le jurème préexistait à cette prise de position opportuniste.

On notera en outre que la volonté d'un être humain d'obtenir d'un autre être humain une conduite déterminée peut se concrétiser par bien d'autres techniques que le jurème : conditionnement, persuasion, pression par promesse de récompense etc. Mieux même : dès lors que les relations de pouvoir se complexifient au point de former, comme nous le développerons ci-dessous, des

⁴ CT, p. 325.

structures durables de domination, ces diverses techniques sont généralement combinées afin d'obtenir un maximum de chances d'obtenir les conduites attendues.

5. Chaque être humain, pourvu qu'il se trouve dans une certaine position « de force » vis-à-vis d'un autre, est susceptible de produire à destination de ce dernier des messages jurémiques sans avoir reçu la moindre habilitation pour ce faire : il exerce un pouvoir non délégué par quiconque, grâce auquel il est en mesure d'établir un rapport de pouvoir durable, au cours duquel les jurèmes se succèdent dans le temps. Pour ce faire, il peut, à l'avance, indiquer ce qu'il attend du destinataire dans l'hypothèse où telle circonstance se produit (ses messages prennent alors la forme de jurèmes *virtuels*, ou d'*expectatives de jurème*, qui ne deviendront des jurèmes actifs, ou *demeures*, que lorsque la circonstance invoquée a lieu) ; il peut également communiquer le sens qu'il entend donner à certains des termes qu'il emploie afin de faciliter la compréhension des injonctions ou bien encore fournir l'interprétation adéquate d'un terme antérieurement employé mais sur lequel le sujet passif s'était mépris : autant de messages *préparatoires* ou *constituants* qui s'ajoutent aux précédents pour perfectionner son système de pouvoir (qu'il s'agisse, par exemple, de celui d'un père ou d'une mère à l'égard de l'adolescent récalcitrant ou du racket pratiqué par un malfrat sur un commerçant). Le système de communication des informations s'en trouve donc fragmenté dans le temps. À cette structure inscrite dans la temporalité, Lucien François accole le néologisme d'*archème*, qu'il définit comme « l'ensemble formé par les messages constituants déterminant des expectatives ou des demeures avec le soutien d'un dispositif de pression par menace dont une même personne a la maîtrise indépendamment de toute délégation »⁵.

Le maître d'un tel archème peut au reste user de son pouvoir à l'égard d'une pluralité de sujets et non d'un seul (qu'il s'agisse, par exemple, du père ou de la mère à l'égard de tous leurs enfants ou d'un racketteur à l'égard de plusieurs commerçants d'un même quartier). Dans ce cas, certains de ses messages jurémiques peuvent produire un *effet latéral* en ce sens qu'« il suffit souvent que quelqu'un reçoive un ordre devant quelqu'un d'autre pour que celui-ci se tienne pour dit qu'on n'admettrait pas qu'il contrecarre cet ordre, et il suffit souvent de punir quelqu'un en faisant savoir à d'autres quelle conduite est ainsi sanctionnée, pour que ceux-ci comprennent que cette même conduite serait, chez eux aussi, fautive, autrement dit qu'eux non plus ne pourraient l'adopter impunément ». Dans ce cas, à partir d'un jurème explicite ou d'une punition ostentatoire, d'autres jurèmes surgissent *par induction* ou *par dérivation*.

Il est vrai que, pour gouverner efficacement une collectivité de plus en plus vaste de sujets passifs, le maître d'un archème peut recourir au service de collaborateurs qui, tantôt, incarnent la force brute au service du maître (à l'instar d'une garde prétorienne, de gardes du corps et autres gorilles patibulaires) ou qui, tantôt, sont censés préciser ou individualiser les ordres du chef au moyen de jurèmes que ce dernier les a autorisés à produire à destination des sujets passifs. Dans le premier cas, les collaborateurs n'expriment aucune volonté propre mais contribuent, par leur visibilité, à renforcer la capacité de pression par menace de sanction du maître ; dans le second, ils sont habilités à formuler des impératifs bien que, en cas de désobéissance des destinataires, ils ne puissent en principe user de leur force propre pour les sanctionner eux-mêmes, à moins qu'ils en aient reçu l'autorisation explicite du maître de l'archème. D'un côté, il est question d'*acolytes* et, de l'autre, de *lieutenants*. L'archème se complexifie et s'étend donc, s'agissant des seconds, au moyen de jurèmes *habilitants* : par ce biais, le maître de l'archème fait savoir aux sujets passifs « qu'il entend que s'articulent des messages émis non seulement par lui-même, mais aussi par une ou plusieurs autres personnes »⁶. À la différence du pouvoir du maître de l'archème, qui est non délégué, celui des lieutenants est donc habilité et, en principe, enserré dans les limites de l'habilitation originaire. Le jurème habilitant a donc pour destinataires les sujets passifs, puisque l'habilitation consiste à

⁵ CT, p. 323.

⁶ CT, p. 324.

exiger d'eux qu'ils se conforment aux injonctions de l'habilité comme si ces injonctions émanaient directement de l'habilitant. Un tel jurème est toutefois incomplet, puisque les destinataires ne seront en mesure de prendre la mesure de la conduite exigée d'eux que lorsque l'habilité aura fait usage de son habilitation en formulant une injonction précise à leur égard. S'ensuit une nouvelle fragmentation dans le temps du système de communication.

6. Bien que l'archème, à l'origine structure de pouvoir très simple, se complexifie au fil des habilitations et de la participation de lieutenants à l'exercice du pouvoir du maître et donne ainsi naissance à une collaboration *monarchémique* (c'est-à-dire un système de pouvoir exercé par une pluralité d'êtres humains mais concentrée au sein d'un seul archème), certaines affaires, en raison de leur complexité ou du nombre de sujets passifs à gouverner, requièrent une structure plus puissante (en apparence, du moins) et plus sophistiquée encore. Plusieurs pouvoirs non délégués (archèmes) peuvent ainsi convenir de s'associer pour former une structure tantôt hiérarchisée, tantôt égalitaire, au terme d'un processus que Lucien François appelle *agglutination* (« cohésion de plusieurs archèmes, résultant de ce que le maître de chacun d'eux fait savoir qu'il coopère avec les autres et que les jurèmes et messages jurémiques de ceux-ci sont pertinents pour lui »⁷). C'est que chaque maître d'archème, en tant que détenteur d'un pouvoir non délégué, peut décider de considérer comme irrelevantes pour son système « des exigences, des convenances, des décisions ou des valeurs d'autrui, c'est-à-dire de n'en tenir aucun compte »⁸. Il s'agit là d'un *pouvoir d'étanchéité* auquel, précisément, il lui est possible de renoncer en acceptant, au contraire, de tenir compte de situations jurémiques produites par d'autres archèmes, sous réserve, la plupart du temps, de réciprocité : on parle alors, à la suite de Santi Romano⁹, de « relevance », aménagement majeur du pouvoir d'étanchéité. Telle est la finalité propre de l'agglutination qui rend possible, du côté du pouvoir, une collaboration désormais *polyarchémique*.

De cette agglutination d'archèmes naît alors un *agrégat*. Dans cette nouvelle structure de pouvoir, les participants peuvent parfois se présenter au service les uns des autres, sur un strict pied d'égalité : il s'agira alors d'un agrégat dit *symétrique*. On peut citer, en guise d'exemple, la collaboration implicite mais certaine entre les membres d'une file d'attente afin de faire respecter au besoin l'obligation d'attendre son tour ; cette collaboration permet notamment à la personne sur le point d'accéder au guichet et qui en serait privée par l'attitude grossière du contrevenant de compter, dans l'hypothèse où elle-même serait d'apparence chétive et donc peu susceptible d'impressionner le malotru, sur l'appui des suivants afin de faire pression sur ce dernier^{10/11}. Dans d'autres circonstances, certains maîtres d'archème acceptent de se mettre au service d'un autre, donnant ainsi naissance à une structure de pouvoir hiérarchisée : il s'agira dans ce cas d'un agrégat *polarisé*. Tel sera le cas d'une organisation criminelle strictement pyramidale¹², dans laquelle les maîtres d'archème qui consentent à se mettre au service d'un chef ou d'une équipe dirigeante sont appelés *agents*¹³.

⁷ CT, p. 323.

⁸ CT, p. 325.

⁹ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002 (traduction française par L. FRANÇOIS et P. GOTHOT).

¹⁰ À la vérité, c'est déjà une commodité de langage d'affirmer qu'une file d'attente donne naissance à *un* (et un seul) agrégat symétrique. Le microscope permet plutôt d'observer des collaborations égalitaires de plus en plus vastes : par exemple, l'agrégat symétrique composé des deux premiers membres de la file d'attente destiné à faire pression sur les suivants, puis celui composé des trois premiers membres à l'égard des suivants, puis celui composé des quatre premiers membres vis-à-vis des suivants, et ainsi de suite. Il s'agit donc bien plutôt d'une *superposition* d'agrégats symétriques de composition différente que d'un seul agrégat symétrique.

¹¹ CT, pp. 198-199. Ainsi, même un maître d'archème aussi peu terrifiant qu'une vieille dame en passe d'être dépassée dans une file d'attente dispose-t-elle au moins d'un pouvoir réel : celui d'*amener*.

¹² On peut penser à la *Mafia* sicilienne, que ses origines ont amenée à se présenter sous la forme d'une structure hiérarchisée à l'image de l'État italien honni : un contre-État, en somme.

¹³ Ici aussi, le langage simplifie la réalité sociale : vu que, dans une organisation criminelle hiérarchisée, les individus qui la composent ou les sujets passifs qu'elle prétend gouverner changent au fil du temps (certains mafieux sont arrêtés et ne peuvent plus servir l'organisation, d'autres, ayant accepté de collaborer avec la police, sont « éliminés », de nouvelles

Une même situation peut, au reste, donner naissance à la fois à un (ou plusieurs) agrégats polarisés et à un (ou plusieurs) agrégats symétriques. Si, d'un point de vue *externe* (vis-à-vis des sujets passifs), le rapport de forces prend le cas échéant la forme d'un agrégat polarisé (par exemple, une mafia vis-à-vis de la population qu'elle rackette), il n'en existe pas moins, d'un point de vue *interne*, des rapports de forces autrement configurés : par exemple, l'exigence de fidélité absolue à *Cosa Nostra* et de prohibition de toute collaboration avec la police et la justice étatiques crée une situation complexe dans laquelle chaque membre de l'organisation criminelle est à la fois destinataire d'un faisceau convergent de jurèmes de même contenu (appelés pour la cause *jurèmes transversaux de renforcement*), produits par les autres réunis sous la forme d'un agrégat symétrique et lui enjoignant de ne jamais trahir l'organisation, *et* partie prenante des agrégats symétriques pesant sur les autres membres. Il en résulte une superposition d'agrégats symétriques destiné à renforcer la cohésion du groupe ; ces agrégats forment ainsi un *cercle d'exigence mutuelle* grâce auquel les individus d'un même groupe font valoir entre eux la même exigence.

Beaucoup d'agrégats naissent de la conviction, partagée par un nombre plus ou moins grand d'individus, que telle ou telle conduite est requise ou, au contraire, à proscrire : la file d'attente ne donnerait pas naissance à une superposition d'agrégats symétriques si n'était pas répandue, dans la population, l'idée suivant laquelle « on doit attendre son tour dans une file d'attente » ; de même, dans une mafia, sans l'assurance partagée que l'on doit, en tant que membre, une fidélité absolue à l'organisation, aucun cercle d'exigence mutuelle ne se mettrait en place. Ces convictions normatives sont appelées *homodoxies* et peuvent être tantôt diffuses au sein d'une large population provenant des milieux les plus divers (elles sont dites alors « données » par commodité de langage, bien qu'elles soient également le fruit d'un certain conditionnement social), tantôt propres à un milieu, une organisation, une catégorie de la population spécifique (elles sont qualifiées alors de « construites »). Par exemple, la conviction normative selon laquelle « on attend son tour dans la file d'attente » constitue une homodoxie donnée ; celle qui unit les mafieux est une homodoxie construite. Les personnes qui, à un moment donné, partagent sur un point une même conviction normative ou veulent qu'on croie qu'elles la partagent, sont donc des *homodoxes* qui, lorsqu'elles entendent que tous se soumettent à cette conviction, s'agglutinent pour former des agrégats symétriques d'où part un faisceau de jurèmes convergents de même contenu (en ce sens, on parlera de jurèmes *homonomes*), tels que « Il est interdit de dépasser dans une file d'attente sous peine de s'exposer à des représailles »... Pour le dire autrement, le conformisme ou, plus exactement, les conformismes sont de puissants moteurs dans le surgissement de telles structures de pouvoir au sein des groupes sociaux les plus divers.

7. Sur un territoire déterminé, peuvent donc cohabiter de multiples structures de pouvoir (archèmes « simples », archèmes étendus par habilitation, agrégats polarisés, agrégats symétriques, cercles d'exigence mutuelle) entre lesquels règnent, dans certains cas, une parfaite indifférence et, dans d'autres, des rapports d'entente, de complicité, de soutien réciproque ou conditionnel, de rivalité, d'hostilité, voire de franche détestation – rapports qui sont réglés par le jeu des pouvoirs d'étanchéité et de relevance (*supra*, n°6). La population de ce territoire (les sujets passifs) se trouve donc exposée au risque de faire au moins les frais des luttes qui opposent certaines factions à d'autres, dans une surenchère qui peut aller jusqu'aux violences physiques, voire à la mort pure et simple. C'est là l'occasion, pour un ensemble de maîtres d'archème, de s'arroger le pouvoir de faire régner une sécurité minimale sur le territoire, qui prend en l'occurrence la forme d'une interdiction, sur ce territoire, de « toute violence physique majeure non autorisée »¹⁴. Concrètement, ce pouvoir est accaparé par un agrégat parvenu à concentrer entre ses mains le maximum de force et qui peut ainsi, dans une très large mesure, tenir en respect les autres agrégats, dont la plupart

recrues l'intègrent, certains sujets passifs disparaissent et d'autres apparaissent), il serait plus exact de parler d'une *succession* d'agrégats polarisés.

¹⁴ CT, p. 323.

acceptent dès lors de renoncer à toute (menace de) violence physique majeure qui ne serait pas autorisée par la première : on l'appellera en conséquence *agrégat dominateur*. Ce dernier se caractérise donc par un jurème ou, plus exactement, un faisceau de jurèmes convergents émanant de la collectivité anonyme et toujours changeante des divers membres qui le composent envers l'ensemble de la population du territoire sur lequel l'agrégat dominateur prétend imposer son monopole de la violence – et que Lucien François qualifie de *jurème de suprématie*.

En tant qu'il revendique le monopole de la violence physique majeure sur un territoire donné, l'agrégat dominateur correspond à ce que les juristes appellent généralement *État*. Celui-ci ne se caractérise donc pas par autre chose que cette prétention et ne conduit en aucun cas à faire table rase des autres structures de pouvoir actives sur son territoire : celles-ci continuent d'exister et elles sont même toujours autorisées à produire des situations jurémiques, pourvu qu'elles ne recourent pas à une violence physique majeure non autorisée par lui. Peuvent dès lors se tisser, entre l'agrégat dominateur et ces autres structures de pouvoir, des relations diverses, qui peuvent à nouveau aller de l'indifférence totale au soutien le plus enthousiaste. De même, l'agrégat dominateur ne se différenciant des autres agrégats que par le jurème de suprématie, il utilise les procédés précédemment découverts dans les structures plus simples (jurèmes « simple », jurèmes virtuels, demeures, jurèmes par dérivation, jurèmes habilitants, jurèmes transversaux de renforcement, etc.) – procédés désormais employés de façon beaucoup plus sophistiquée sans pour autant changer de nature.

En ce que le jurème de suprématie recouvre une *prétention* au monopole de la violence physique majeure, rien ne garantit par ailleurs que l'agrégat dominateur possède *effectivement* un tel monopole. D'une part, certains actes de violences physiques majeure continuent d'être accomplis sur le territoire de l'agrégat dominateur, qu'il qualifiera dès lors d'assassinats, d'homicides ou bien encore de coups et blessures. D'autre part – et plus fondamentalement –, il peut se trouver confronté, sur le territoire qu'il prétend régir, à d'autres agrégats qui ont recours à une violence physique majeure non autorisée, que celles-ci le fassent sans en revendiquer nécessairement elles-mêmes le monopole (dans le cas d'une mafia par exemple) ou, au contraire, en y prétendant (dans le cas d'une tentative de révolution en vue de renverser le pouvoir en place). En tout état de cause, l'agrégat dominateur aura alors tendance à combattre de tels concurrents, sans garantie, ici non plus, de les éradiquer totalement ou définitivement.

8. Il arrive enfin que plusieurs agrégats dominateurs s'associent pour former des structures plus complexes encore. Celles-ci sont la résultante de ce que les juristes appellent *traités internationaux*. Ceux-ci donnent en effet naissance à des cercles d'exigence mutuelle entre agrégats dominateurs. Ainsi, se forment, au gré des intérêts des États – qui peuvent toujours décider, quand ces mêmes intérêts les y incitent, de s'en retirer –, des organisations interétatiques, qui donnent parfois même lieu à des mécanismes juridictionnels engageant la responsabilité des États parties et leur imposant, le cas échéant, des condamnations pécuniaires susceptibles d'exécution forcée. Comme nous le verrons (*infra*, n°53), l'Union européenne en est un exemple éclairant. À la différence toutefois des agrégats dominateurs entrés dans le cercle d'exigence mutuelle issu de la conclusion d'un traité, les organisations mises en place par ce dernier ne disposent pas, à proprement parler, d'une force coercitive propre. Il en résulte que l'affirmation récurrente de la supériorité (sur le plan de la hiérarchie des normes) de ces organisations sur les États parties se heurte à l'objection suivante : c'est que leur bon fonctionnement – en particulier, la possibilité d'écarter une norme étatique au profit d'une norme produite en leur sein – dépend, en dernière instance, du bon vouloir des États eux-mêmes et de leurs organes (voy. aussi, *infra*, n° 17).

Il en est plus encore ainsi pour les organisations prétendument universelles, telles que l'Organisation des Nations Unies : faute de disposer d'une force propre et obligée de dépendre, pour l'essentiel, du bon vouloir des États et des moyens mis en place par ceux-ci pour faire respecter les injonctions émanant de ses organes (Conseil de sécurité, Assemblée générale, Cour internationale de justice, en particulier), l'uniformité alléguée cache en réalité de multiples agrégats

symétriques composés d'agréats dominateurs évoluant au gré des coalitions d'intérêts entre États, de sorte que la puissance jurémique de l'ONU en tant qu'entité autonome relève davantage, selon l'approche microscopique, du vœu pieux que de la réalité observable.

Si donc, il existe bel et bien des collaborations interétatiques susceptibles d'être recodées dans les termes de la théorie microscopique du droit, l'idée d'une « communauté internationale » arrimée à un et un seul « droit international » ne semble guère ouverte à un tel recodage.

9. Une dernière précision s'impose : c'est que les sujets passifs ne sont pas de purs objets sur lesquels il serait possible d'agir de n'importe quelle façon. Au-delà d'un certain degré d'exigence et de sévérité, variable dans le temps et dans l'espace, les sujets passifs d'une collectivité humaine peuvent refuser de continuer à jouer le jeu, tantôt en rompant l'exposition, tantôt en renversant purement et simplement le pouvoir devenu insupportable à leurs yeux. Ainsi s'expliquent, entre autres, les rébellions, insurrections et autres révolutions ayant ponctué l'Histoire humaine. En d'autres termes, les sujets passifs peuvent à leur tour former, dans certaines circonstances, des agrégats, polarisés ou symétriques, destinés à adresser aux structures de pouvoir auxquelles ils avaient jusqu'alors accepté de rester exposés des injonctions assorties d'une pression par menace de sanction. Au reste, certains collaborateurs du pouvoir en place peuvent – peu importe que ce soit par conviction ou par opportunisme – s'en désolidariser et rejoindre les insurgés en vue de former avec eux de tels agrégats « contestataires ». Cette possibilité permet d'apercevoir en quoi, en un sens très restreint, tout pouvoir résulte du consentement de ses sujets : ce consentement ne porte que sur *l'acceptation de rester exposé* et est réversible en permanence.

10. Ainsi donc, la démarche engagée par Lucien François permet d'étudier un éventail très large de situations, *a priori* parfaitement étrangères les unes aux autres, au moyen d'une grille d'analyse où se donne à voir, dans des configurations de plus en plus complexes et sous les formes les plus variées, une figure commune élémentaire : le *jurème*. Celui-ci entre dans la composition d'un grand nombre de phénomènes sociaux, dont l'État – souvent perçu aujourd'hui comme source principale, voire exclusive, de normativité juridique – n'est, en fin de compte, qu'une illustration parmi d'autres.

§ 2. Un arsenal de procédés rhétoriques : le nimbe

11. Nous l'avons noté d'emblée (*supra*, n°5), le jurème est une situation en grande partie tributaire du psychisme du (ou des) destinataire(s) : la capacité de pression par menace de sanction s'appuie en partie au moins sur des effets de croyance ; le sujet peut croire à l'existence d'un vœu impératif qui ne serait qu'apparence ; il doit en outre être conscient et sensible ; il est d'autant plus aisé à l'émetteur de l'injonction d'obtenir satisfaction si le sujet passif obéit de plein gré.

Afin de vaincre le maximum de résistance, un pouvoir de type « jurémique », *a fortiori* si ceux qui l'exercent entendent s'inscrire dans la durée et gouverner un grand nombre d'individus, ne saurait jouer sur le seul affect de la peur – en l'occurrence, peur de la sanction dont on menacerait tout contrevenant – ; il est dans son intérêt de favoriser l'obéissance des destinataires par des moyens qui, précisément, contribuent à façonner leur psychisme. Aussi voit-on se déployer la plupart du temps des artifices rhétoriques dans les messages que ce pouvoir communique à ses sujets. Le but principal de ces artifices consiste à persuader ces derniers que l'autorité qui s'exerce sur eux ou que l'injonction qui leur est adressée est, de quelque façon, « légitime » (en d'autres termes, acceptable, honorable, respectable, voire louable). Encore faut-il préciser ce que Lucien François entend par là : non pas l'idée naïve que certaines personnes ou certains faits seraient *en eux-mêmes* légitimes mais bien qu'ils soient *tenus pour tels*. La légitimité n'est en rien une qualité *intrinsèque* aux entités que l'on qualifie comme telles mais une évaluation *extrinsèque* portée sur elles. Rien n'est légitime *en soi*, tout est légitime *aux yeux de quelqu'un* : une même bande armée peut ainsi être qualifiée d'« organisation de résistance » par les uns et de « groupe terroriste » par les autres.

L'obéissance des sujets passifs dans une situation jurémique sera d'autant plus aisée à obtenir si, à leurs yeux, le pouvoir qui s'exerce sur eux apparaît donc légitime. D'où l'importance de « fabriquer » la légitimité ainsi entendue par une propagande, plus ou moins subtile, destinée à pénétrer les esprits et qui prend la forme de procédés de communication caractérisés par le souci constant d'autopromotion du pouvoir qui y recourt. Plutôt que de créer un nouveau néologisme, Lucien François désigne l'ensemble de ces procédés par le terme de *nimbe* – faisant ainsi référence au procédé iconographique développé dans l'art byzantin par lequel le Christ, les saints et même certains dignitaires politiques sont représentés auréolés d'un cercle doré ou lumineux autour de la tête. Les techniques de nimbe sont potentiellement innombrables mais *Le cap des Tempêtes* en fournit les usages les plus fréquents.

12. Dès le stade de la brève rencontre, le malfaiteur peut accompagner la communication de son injonction et de sa menace d'une justification qui, sans ôter le désagrément procuré au destinataire, vise à conférer, aux yeux de ce dernier, un minimum de cette légitimité destinée à faciliter l'obéissance : « Jette ton portefeuille par terre et tire-toi ; *je n'ai plus mangé depuis trois jours* ».

13. Lorsqu'un pouvoir souhaite s'exercer dans la durée, les artifices rhétoriques se multiplient. Ainsi, plutôt que de parler en simple tyran, soucieux de ses seuls intérêts égoïstes, il peut *se présenter en premier serviteur* (d'une religion, d'une philosophie, d'une doctrine, d'une idéologie, etc.). S'auréolant d'une fidélité à des entités, à des valeurs, à des principes, etc. qu'il prétend humblement servir, il encourage l'obéissance des sujets passifs aux injonctions d'un maître si pieux. Ainsi pratiquent le gourou d'une secte, le monarque de droit divin, le chef religieux, le dirigeant d'un État visant à réaliser une doctrine politique donnée (à l'instar des États socialistes d'Europe centrale et orientale antérieurement à la chute du Mur de Berlin), voire le chef d'État ou de gouvernement d'une démocratie libérale affichant son attachement aux libertés fondamentales et à la prospérité économique garantie par un marché supposément efficace. Non pas nécessairement que ces pouvoirs ne soient jamais sincères quand ils s'affichent de la sorte mais, quand bien même ils ne le seraient pas¹⁵, l'essentiel est que les sujets passifs le croient.

Il existe toutefois un revers de la médaille à l'usage d'un tel procédé : si, de façon trop voyante ou trop cynique, de tels pouvoirs s'éloignent des préceptes qu'ils prétendent servir et manifestaient ainsi une contradiction trop ostentatoire entre leur discours officiel et leur action, une telle inconséquence risquerait d'accélérer l'effondrement de l'obéissance attendue.

14. Il est également dans l'intérêt d'un pouvoir voué à s'exercer dans la durée de mettre en place une *police du langage*, le cas échéant au moyen de jurèmes, destinée à auréoler la personne du (ou des) maître(s) ou de ses (leurs) actes.

Il peut ainsi être fait interdiction aux gouvernés, sous peine de sanction, de parler en termes péjoratifs ou insultants des gouvernants : ainsi s'expliquent, par exemple, certaines incriminations telles que l'offense au chef de l'État ou l'outrage à agent dépositaire de la force publique ; ceci étant, même certains brigands organisés sous formes de gangs exigent que leur soient témoignées des manifestations extérieures de respect. Quand bien même certains sujets passifs, dans leur for intérieur, n'en penseraient pas moins, l'essentiel est que, dans l'espace public, la désignation du pouvoir en termes dégradants ne soit pas sans risque et se trouve dès lors réduite à la portion congrue.

De tels pouvoirs entendent également que leurs actes soient identifiés au moyen de vocables honorables, à la différence des actes qui, *fussent-ils matériellement identiques*, seraient commis par d'autres qu'eux ou sans leur autorisation. Même une organisation criminelle voudra, à un moment

¹⁵ Si, par exemple, sous couvert de servir une doctrine quelconque, ce pouvoir ne cherchait en réalité qu'à bénéficier des privilèges de sa position.

donné, imposer de qualifier d'« impôt » (et non de « racket ») le prélèvement monétaire qu'elle opère sur ses sujets ou de « peine capitale » (et non d'« assassinat ») l'élimination physique d'un mafieux félon. En somme, il s'agit de « donner à un même fait de l'homme un nom différent selon le pouvoir qui l'ordonne (*assassinat* ou *exécution capitale*, *rapt* ou *arrestation*, *séquestration* ou *emprisonnement*, *cambrilage* ou *saisie*, *extorsion* ou *impôt*) »¹⁶. Tout est ainsi exprimé comme si les choses changeaient de nature pour peu qu'elles passent par les mains d'un pouvoir déterminé.

Certes, tout le monde n'est pas dupe de ces artifices langagiers mais, plus le temps passe et plus se creuse, à tout le moins dans l'esprit des sujets les plus crédules, l'oubli de ce que les qualifications données aux êtres humains exerçant un pouvoir jurémique ou à leurs actes sont le fruit d'une propagande imposée, au moins à l'origine, par la menace. À force d'être répétées dans l'espace public, ces qualifications laudatives œuvrent elles aussi au renforcement de la légitimité du pouvoir aux yeux de ceux sur qui il s'exerce.

15. Essentielle aussi est la communication aux gouvernés de la conviction que le pouvoir qui s'inscrit dans la durée est toujours identique à lui-même et d'une solidité à toute épreuve.

C'est que, d'une part, les agrégats, polarisés (y compris les dominateurs) ou symétriques, sont constamment mouvants : au fur et à mesure des changements dans la composition de l'ensemble des gouvernants et de celui des gouvernés, des configurations différentes se succèdent à un rythme rapide même si, à l'œil nu, les modifications entre deux configurations successives ne sont pas perceptibles. De proche en proche, la composition des deux ensembles a pu, au fil du temps, changer du tout au tout. Grâce au microscope, il apparaît alors que chaque agrégat a une durée de vie très brève et que, à chaque nouvel agrégat qui succède au précédent, ce n'est plus exactement le même pouvoir qui s'exerce dans les mêmes conditions. Or un pouvoir, quel qu'il soit, est d'autant plus accepté qu'il apparaît issu d'une origine lointaine et auréolé du prestige de la tradition. Il convient donc de masquer les constantes fluctuations auxquelles tout groupe humain de quelque importance est nécessairement soumis et de créer au contraire l'*illusion d'une permanence et d'une stabilité séculaires du pouvoir*. Ainsi il n'est pas jusqu'aux États, même démocratiques, qui ne pratiquent de la sorte à travers l'éducation officielle dispensée aux enfants et aux adolescents. Dans l'école républicaine, l'invocation de « nos ancêtres les Gaulois » (comme si, entre les peuplades de l'Antiquité romaine et les Français d'aujourd'hui, une continuité parfaite pouvait être établie) ou bien, dans les classes de latin encore présentes sur le territoire belge, le rappel autosatisfait d'un passage de la *Guerre des Gaules* (*Horum omnium fortissimi sunt Belgae*) – sous-entendu : ces Belges que nous sommes nous-mêmes – illustrent le même stratagème : il s'agit de mettre en place une « mythistoire »¹⁷ destinée à conférer à des groupes humains pourtant soumis à d'incessantes discontinuités la légitimité prétendument issue de la longue durée.

D'autre part, les agrégats étant en réalité très fragiles puisque, issus d'un processus d'agglutination entre différents pouvoirs non délégués, ils peuvent à tout moment se désagréger en tout ou en partie par leur « désagglutination », il apparaît essentiel de masquer cette faiblesse en créant une *apparence de solidité à toute épreuve* de ces agrégats. Faute d'une telle apparence, les sujets passifs risqueraient de prendre conscience d'une telle fragilité et, dans la foulée, de concéder moins facilement l'obéissance.

S'agissant des agrégats polarisés (y compris les dominateurs), il s'agit donc de présenter le(s) chef(s) comme doté(s) de plus de pouvoir qu'il n'en a (ont) en réalité et, à l'inverse, de présenter les agents comme moins autonomes qu'ils ne sont en vérité. On fait dès lors comme si le(s) chef(s) d'un agrégat polarisé se trouvai(en)t vis-à-vis de ses (leurs) agents dans la même position qu'un maître

¹⁶ CT, p. 175.

¹⁷ Néologisme forgé par l'historien israélien Shlomo SAND (*L'invention du peuple juif*, Paris, Flammarion, 2008).

d'archème délégrant à l'égard de ses délégués et comme si l'agrégat lui-même n'était qu'un (quasi-)archème : telle est la signification de la *fiction de l'aliénation*, que l'on retrouve aussi bien dans les États, dont le discours officiel vise à présenter la force publique comme strictement au service des pouvoirs constitués. Or que serait une déclaration de guerre d'un gouvernement si l'armée décidait de se croiser les bras ou une décision judiciaire que la force publique refuserait d'appliquer, si ce n'est de simples chiffons de papier ? D'où le constat, posé par Lucien François, qu'il importe de distinguer, parmi les rôles endossés par ceux qui contribuent à l'agrégat dominateur, celui de « commander » et celui de « faire obéir » – ce dernier étant, en dernière instance, le plus fondamental car, sans lui, celui de commander s'effondre. Au reste, la fiction de l'aliénation est d'autant plus aisément crue par les gouvernés qu'un même être humain peut endosser alternativement plusieurs rôles : simple acolyte, délégué, agent, voire sujet passif. Ainsi, dans un État, même démocratique, un policier est tantôt acolyte (quand, par exemple, il constitue le bras armé du ministre de l'Intérieur à l'occasion d'une manifestation de quelque importance et, ensemble avec ses collègues, incarne la capacité de pression par menace de sanction de ce dernier), tantôt délégué (ainsi, quand il règle la circulation en application du Code de la route), tantôt agent (ainsi, quand, surprenant une agression sur un passant en pleine nuit lors d'une ronde, il s'écrie : « Arrêtez ou je tire ! » et, en cas de résistance, tire effectivement sur l'agresseur), tantôt sujet, dans la sphère de sa vie privée. Toutefois, on n'aura de cesse de braquer le projecteur sur les fonctions les moins autonomes (acolyte ou délégué) pour mieux laisser dans l'ombre les plus délicates¹⁸, afin de donner de la force publique l'image d'une instance strictement soumise aux pouvoirs constitués.

Dans les agrégats symétriques, le voilement de la polyarchémie et, par conséquent, de leur fragilité intrinsèque est tout autant à l'œuvre. Il s'agit de conférer à une structure de pouvoir égalitaire une *apparence de cohésion* indestructible afin de persuader les sujets passifs, voire les membres coalisés eux-mêmes parfois – tant il est vrai qu'à force d'être utilisées, les techniques de nimbe peuvent aller jusqu'à forger des croyances dans l'esprit de ceux-là mêmes qui exercent le pouvoir –, qu'il est inimaginable qu'ils se dissocient. Ainsi, « tout procédé d'expression qui estompe leur [celle des maîtres d'archème coalisés, *NdA*] indépendance mutuelle et le risque de démission que celle-ci contient est propre à renforcer la confiance entre eux, en même temps qu'à décourager la résistance aux exigences que la coalition fait valoir »¹⁹.

16. Un pouvoir apparaît d'autant plus acceptable aux yeux des sujets passifs qu'il semble imperméable à l'arbitraire et aux vicissitudes de l'âme humaine. D'où l'intérêt que ceux qui l'exercent ont à en communiquer une représentation impersonnelle, détachée en quelque sorte des êtres humains, *a fortiori* à la mort de ceux-ci. Les États modernes l'ont bien compris, qui tendent à se représenter comme des entités strictement impersonnelles, pour ainsi dire indépendantes des individus qui les incarnent à un moment donné et leur survivant pour poursuivre leur existence « éternelle ». « Le Roi est mort ! Vive le Roi ! » : l'interjection, dont Kantorowicz attribue la paternité aux juristes anglais de l'époque des Tudor²⁰, exprime à la perfection ce processus de dépersonnalisation de l'État. Le corps biologique est mortel mais le corps mystique, lui, est immortel et se perpétue à travers les générations. La représentation de l'État comme personne morale stable, impersonnelle et potentiellement immortelle constitue en soi une technique de nimbe parmi les plus perfectionnées.

¹⁸ D'où le caractère très désagréable, pour ceux qui se sont évertués à véhiculer la fiction de l'aliénation, de ce qu'on appelle les « bavures policières », en tant qu'elles dévoilent la puissance réelle des « forces de l'ordre », et la tentation consécutive de les nier (le policier aurait eu le droit de tirer et donc, il aurait bel et bien été habilité à le faire et se serait donc en fin de compte cantonné, malgré les apparences, à un rôle de délégué) ou de les minimiser (le policier serait la brebis galeuse d'un troupeau par ailleurs parfaitement sain).

¹⁹ *CT*, p. 237.

²⁰ E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du Roi*, trad. fr., Paris, Gallimard, 2020, coll. *Folio Histoire*.

À cela s'ajoute, en outre, le fait que l'État moderne, tout au moins sous la forme de la démocratie libérale privilégiée dans l'Histoire occidentale récente, se présente comme un pouvoir au service de ceux sur qui il s'exerce, que ce soit au nom de la « souveraineté nationale », de « l'intérêt général », des « droits fondamentaux » ou de l'efficacité économique nécessaire au « bien-être de la population ». Comment ne pas céder à un pouvoir aussi bienveillant, fût-il contraint de recourir, pour ce faire, à des jurèmes adressés à ses sujets ?

17. Est-il besoin de souligner, pour terminer sur ce point, que l'*idéalisation de la communauté internationale* par les États eux-mêmes constitue une ultime manifestation du nimbe ? Alors que les relations internationales sont essentiellement mues par les intérêts et les rapports de forces, l'affirmation, par chaque État, qu'il respecte le droit international – fût-ce en donnant à ce dernier le sens qu'il lui plaît de lui donner – tend à transfigurer la réalité pour attribuer à la structure étatique en cause un surcroît de cette légitimité, déjà patiemment façonnée à l'intérieur de ses frontières, sans laquelle le gouvernement des hommes serait bien moins aisé.

En outre, en présentant comme « supranationales » certaines organisations interétatiques – suggérant par là qu'elles seraient *nécessairement* supérieures aux agrégats dominateurs qui les ont constitués et s'imposeraient *ipso facto* à eux –, les protagonistes de ces organisations recourent à leur tour à une technique de nimbe : celle qui consiste, en l'occurrence, à représenter sous une forme verticale et hiérarchisée des relations en réalité horizontales et égalitaires. Un tel nimbe contribue à renforcer la cohésion et, par voie de conséquence, à accroître l'efficacité des jurèmes transversaux de renforcement que s'adressent mutuellement les États parties à un traité international. L'Union européenne est probablement l'illustration la plus éclairante d'une telle rhétorique.



18. Sans épuiser le débat sur la nature du droit, la démarche microscopique de Lucien François autorise un certain nombre de conclusions provisoires.

D'abord, l'approche par ordre de complexité croissante permet de montrer que ce qui est généralement tenu, à l'époque contemporaine, comme la source exclusive de la normativité juridique – en l'occurrence, l'État, le cas échéant en association avec d'autres États – présente des similitudes structurelles étonnantes avec une multitude d'autres phénomènes sociaux auxquels on refuse pourtant toute juridicité. En décomposant ce qui est tenu « évidemment » pour du droit (les lois, les règlements, les décisions juridictionnelles) en particules fines préalablement découvertes à l'occasion de l'étude de structures de pouvoir plus élémentaires (jurèmes, jurèmes virtuels, demeures, jurèmes par dérivation, jurèmes habilitants, jurèmes transversaux de renforcement, cercles d'exigence mutuelles), il ne reste de spécifiquement étatique que la prétention au monopole de la violence physique majeure (jurème de suprématie).

Ensuite, dans la mesure où le jurème suppose la détention d'un certain pouvoir – en l'occurrence, une capacité de pression par menace de sanction – afin d'obtenir du destinataire d'une injonction une certaine conduite, l'obéissance de ce dernier est facilitée par toute une série de procédés rhétoriques destinées à fabriquer, dans l'esprit du destinataire – mais aussi dans celui de l'émetteur, à un certain degré –, la légitimité de l'individu qui ordonne ou de l'ordre émis. Ce nimbe qui auréole la plupart des pouvoirs jurémiques n'est donc pas plus l'apanage de l'État que le jurème proprement dit.

Enfin, en opérant de tels rapprochements, la démarche microscopique doit-elle amener à conclure que la particule élémentaire du phénomène juridique serait le jurème et que, entre l'ordre du brigand (« Jette ton portefeuille et tire-toi ») et le commandement de l'État (« Payez vos impôts »), la différence ne serait pas de nature mais de complexité ? Beaucoup le contestent : les uns, juspositivistes, refusent généralement toute juridicité à l'ordre du brigand au motif que le phénomène juridique ne peut advenir que dans une situation plus complexe ; les autres, jusnaturalistes, aboutissent à la même conclusion pour la raison, toute différente il est vrai, qu'il ne

peut y avoir de normativité juridique que dans le respect de principes supérieurs qui lui seraient consubstantiels. Si tel est le cas, quel serait alors le degré minimal de complexité à partir duquel il y aurait du droit et pourquoi pas avant ? Si même il ne faut admettre le droit qu'à partir de l'État, quelle raison convaincante donner à cette restriction qui ne soit pas purement conventionnelle ou dogmatique ? Et, s'il s'agit de n'attribuer un label de juridicité qu'à des ordres normatifs respectant certaines valeurs préalablement établies, comment se fait-il que nul n'a pu, jusqu'à présent, déterminer une valeur ou un ensemble de valeurs commun à tous les ordres normatifs qui, au fil de l'Histoire, ont été considérés comme juridiques par les juristes contemporains de ces ordres mêmes ?

Convenons donc que la théorie de Lucien François est scientifique en un sens poppérien puisque, fondée sur des observations empiriques, elle conclut à l'existence d'une structure de pouvoir présente dans tout rapport humain – le jurème – et qu'elle s'expose à être réfutée dès lors que l'observation empirique permettrait de contredire l'affirmation suivant laquelle cette structure et ses diverses complexifications sont susceptibles de rendre compte de l'ensemble des ordres de contrainte auxquels a été reconnue jusqu'à présent la qualité d'ordre juridique. Aussi longtemps que cette réfutation n'a pas eu lieu et abstraction faite des jugements de valeur personnels de chacun, on peut considérer comme équivalents quant aux moyens employés des ordres de contrainte *a priori* aussi différents que les mauvaises rencontres, les gangs, les sectes, les cercles de jeu, les communautés religieuses, les entreprises, les syndicats, les multinationales et les États. On peut ainsi, pour la suite de l'exposé, extrapoler et considérer que le jurème constitue bel et bien, jusqu'à preuve du contraire, la particule élémentaire de toute expérience juridique – ce qui permet d'ouvrir des perspectives insoupçonnées quant à la thématique de la sanction du marché.

Section 2. L'analyse microscopique appliquée au droit économique

19. Par son insistance sur la *menace de sanction*, l'analyse microscopique appliquée au droit économique permet en effet de reformuler la question décisive des relations entre les sphères du marché et de l'État.

La frontière, certes, s'est quelque peu brouillée depuis les années 1980 et la mise en lumière d'instances privées plus ou moins formalisées, dont les normes relèveraient de ce qu'il est convenu d'appeler le *soft law*. Néanmoins, dans l'opinion généralement reçue, le degré de juridicité de ces normes continue de dépendre de leur réception et de leur protection par les autorités publiques, en particulier les cours et tribunaux étatiques – dit autrement, de leur intégration dans le *hard law*, dont l'État conserverait le monopole. Le *soft law* serait donc éventuellement du droit, mais un droit qui, en l'absence de toute sanction étatique, resterait de second rang, ou inachevé. La sanction propre du *soft law*, opérée spécialement à travers la contrainte économique, relèverait d'une nature « extra-juridique ». Sous couvert de remise en cause du monopole étatique dans la production des normes, la *summa divisio* entre sanction publique (de l'État), proprement juridique, et sanction privée (du marché), seulement « factuelle », en sort donc paradoxalement réaffirmée.

À l'inverse, si l'analyse microscopique refuse la distinction entre *soft* et *hard law*, elle prend paradoxalement plus au sérieux l'idée d'une sanction du marché. D'un côté, la précision des outils conceptuels qu'elle déploie conduit en effet à réfuter l'existence d'un hypothétique « *soft* » *law* dépourvu de sanction « juridique » : si l'on peut dégager la présence d'une situation jurémique, il y a du droit ; sinon, il n'y en a pas. De l'autre, l'attention à des phénomènes et groupements existant en-dehors ou en marge de l'État emporte pour l'analyse microscopique la possibilité de penser les marchés également sous un prisme juridique : c'est précisément la mise en évidence (ou non) de l'existence des éléments constitutifs d'une situation jurémique au sein de ces marchés qui permettra d'en évaluer la consistance juridique. Déniant la frontière épistémologique postulée d'avance entre les « faits économiques » et les « normes juridiques », il est alors possible de renverser la perspective et d'examiner les présupposés et les implications de la sanction du marché, ainsi que les relations qu'elle entretient non seulement avec ces autres groupements existant en

dehors ou en marge de l'État, en particulier les entreprises (§ 1.), mais également vis-à-vis des États eux-mêmes (§ 2.).

§ 1. Les entreprises face à la sanction du marché : le cas de la Corporate Social Responsibility

20. Pour appréhender la question de la sanction du marché vis-à-vis des entreprises, un cas d'étude apparaît particulièrement riche d'enseignements : celui de la *Corporate Social Responsibility* (ci-après « CSR ») – qui présente du reste, par bien des aspects, des affinités avec les problématiques propres à ce qu'il est convenu d'appeler la *Corporate Governance*²¹.

21. Il n'existe pas de définition consacrée de la CSR. Si l'on s'en tient aux opinions qui prévalent à ce sujet, telles qu'elles se reflètent dans les prises de position officielles de la Commission européenne, la CSR se définit comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »²². Elle est centrée sur le traitement des externalités négatives et des injustices (sociales) qui découlent des activités des entreprises, principalement sous l'angle du respect des droits de l'homme, des droits des travailleurs et de l'environnement²³.

22. À compter des années 1980, un processus de déréglementation, de libéralisation et de privatisation réduisit substantiellement l'intervention de l'État dans l'économie²⁴. La mondialisation contribuait simultanément à une concurrence réglementaire entre les économies développées ou en développement, amplifiée par le *lobbying* des entreprises ; à cet affaiblissement des États s'ajouta la création de véritables « zones de non-droit étatique » (« *governance gaps* ») : la délocalisation des activités de production des entreprises multinationales sur le territoire d'États qui n'avaient pas les moyens ou la volonté de réglementer celles-ci permit en effet aux entreprises de se soustraire aux droits de leurs États d'origine, également incapables ou non désireux d'assurer, par l'intervention de leurs juridictions ou l'application de leurs lois, la réglementation des activités de leurs entreprises à l'étranger²⁵. Le reflux de l'État sous l'effet conjugué de ces différents facteurs donna à la CSR sa forme contemporaine, dans laquelle le comportement éthique des entreprises doit être assuré par la discipline du marché. Toutefois, une analyse microscopique de cette « discipline de marché » dévoile l'existence non seulement de ce qui s'apparente bel et bien à un droit – certes non étatique – de la CSR (1°), mais également de ce qui relève de rapports complexes de relevance et d'étanchéité réciproques entre ce droit non étatique et le droit produit par les États eux-mêmes (2°).

A. Le droit non étatique de la CSR

23. Nombre de théories de la CSR avancent les raisons pour lesquelles les entreprises devraient, sur un plan moral, se comporter de manière responsable à l'égard de la société, faisant de la CSR une des manifestations de l'« éthique des affaires » (« *business ethics* »). Cette conception de la CSR, qui plonge ses racines dans la philanthropie d'entreprise des origines, met l'accent sur le « leadership moral » des dirigeants, la conscience individuelle des travailleurs et la culture

²¹ Pour une analyse plus approfondie de ces relations, voy. : R. AYDOGDU, *La sanction des sociétés par l'État et le Marché, Une analyse microscopique de la « régulation » dans le droit des affaires contemporain*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, Université de Liège, 14 juin 2017, disponible sur <https://hdl.handle.net/2268/212273>.

²² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011 - Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final, p. 7.

²³ Voy. notamment R. AYDOGDU, « La *Corporate Social Responsibility*, le droit par-delà l'État et le marché (partie 1) », *T.R.V.-R.P.S.*, 2016, pp. 669-704.

²⁴ D. HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; R. LANNEAU, « Néolibéralisme, droit et marchés », in *Droit et marché*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, pp. 47 et s.

d'entreprise, qui serait le substrat sur lequel imputer une moralité au groupe d'individus que constitue l'entreprise.

Parallèlement à ces théories morales, le fondement le plus communément donné à la CSR dans les études scientifiques et les discours officiels réside dans l'intérêt économique des entreprises, ramassé dans la formule « *doing well by doing good* ». Cette conception peut étonner au regard des enjeux de la CSR tenant aux droits de l'homme, aux droits fondamentaux des travailleurs ou au respect de l'environnement. Toutefois, bien loin d'être stigmatisée comme une motivation honteuse des entreprises, elle est défendue et abondamment argumentée dans les instruments de référence de la CSR, notamment ceux qui résultent d'initiatives publiques comme le Pacte mondial de l'ONU et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

Le « *Business Case for CSR* » se décline sous d'innombrables formes, qui ont fait l'objet de diverses tentatives de classification. Nous retiendrons pour notre part que les entreprises qui adoptent un comportement socialement responsable pourraient en obtenir des avantages mais surtout, pour les besoins de notre contribution, éviter des désagréments.

24. L'élément central du « *Business Case for CSR* », qui concerne un actif immatériel essentiel pour de nombreuses entreprises multinationales : la réputation, associée au pouvoir des marques²⁶. L'adoption d'une politique de CSR entretiendrait en effet un lien étroit avec la réputation des entreprises, à laquelle deux catégories principales d'acteurs seraient sensibles dans la détermination de leurs choix économiques : les consommateurs (*infra*, n°27) et les investisseurs (*infra*, n°28), qui font dès lors figures de « *drivers* » de la CSR (on y ajoute, de manière plus accessoire, les travailleurs de l'entreprise, que celle-ci doit attirer sur le marché du travail et maintenir ensuite à son service). Ce « *Market for CSR* » serait à la fois source d'avantages et de désagréments puisque les entreprises socialement responsables seraient « récompensées » par de meilleures ventes, investissements ou recrutements, tandis que les entreprises pourvues d'une mauvaise image seraient à l'inverse « sanctionnées » sur ces trois plans.

Des entreprises peuvent ainsi intégrer les critères de la CSR dans leurs décisions pour améliorer à la fois leurs investissements et leur propre réputation à l'égard des autres acteurs. D'autres entreprises ont, quant à elles, pour activité de proposer aux épargnants de participer, à travers des fonds de placement, à des investissements éthiques. Ces fonds, qui se sont développés au départ des États-Unis d'Amérique pour représenter aujourd'hui une partie notable de l'activité financière mondiale, peuvent promouvoir l'investissement éthique de manière intéressée (*Responsible Investment*, en abrégé RI) ou engagée (*Social Responsible Investment*, en abrégé SRI). Leur politique d'investissement, qui fixe notamment les critères de sélection des entreprises qui sont admises ou exclues de leur portefeuille, représente un élément central pour les épargnants qui décident d'y investir pour leur attachement, quel qu'en soit le mobile ultime, à des thématiques de CSR. Un véritable marché de l'investissement éthique se développe ainsi progressivement avec de nombreux acteurs, parmi lesquels les éditeurs d'indices et les agences de notation jouent un rôle de premier plan. Si, en effet, certains investisseurs définissent leurs propres critères éthiques et procèdent eux-mêmes à la sélection des entreprises qui y satisfont, de nombreux autres se réfèrent à des indices et des évaluations établis par des entreprises spécialisées. La place centrale que ce marché a prise au sein du mouvement de la CSR, tant à l'égard des entreprises financées que des épargnants, a conduit au développement de codes de conduite pour ses propres acteurs, comme le *European SRI Transparency Code* adopté par le *European Sustainable Investment Forum* (Eurosif) depuis 2008, ou de labels, privés (comme les labels Ethibel en Belgique et Novethic en France) ou publics (comme le

²⁶ Voy. notamment E. KURUCZ, B.A. COLBERT et D. WHEELER, « The Business Case for Corporate Social Responsibility », in *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 90-91 et les nombreuses références citées.

label ISR adopté en France le 10 janvier 2016²⁷).

Certains investisseurs éthiques jouissent d'un pouvoir qui fait défaut au consommateur : au-delà du pouvoir de marché qui vient d'être décrit, les actionnaires peuvent en effet également influencer la gestion de l'entreprise à travers l'exercice de leurs droits de poser des questions, de délibérer et de voter à l'assemblée générale. Le « *shareholder activism* » est désormais consacré à travers le Deuxième Principe des *United Nations Principles for Responsible Investment*²⁸. Les entreprises pétrolières sont ainsi, depuis plusieurs années, confrontées, lors de leurs assemblées générales annuelles, à la formation de coalitions d'investisseurs institutionnels engagés, comme des fonds de pension ou des organisations religieuses, qui sollicitent que ces entreprises réduisent leurs activités d'extraction, qu'elles publient des rapports sur l'impact que la lutte contre le changement climatique pourrait avoir sur leurs activités ou encore qu'elles se dotent d'administrateurs spécialistes de cette thématique. Ce pouvoir particulier attaché à la qualité d'actionnaire a influencé la stratégie des activistes de la CSR, notamment les ONG, qui appuient désormais leur campagne de sensibilisation et de protestation contre les entreprises sur des interventions lors de leurs assemblées générales, dont ils se réservent l'accès en acquérant une participation, fût-elle dérisoire, dans leur capital.

Le « *Market for CSR* » présente sans conteste des traits spécifiques par rapport aux mécanismes de marché classiques, dont le principal est qu'une partie de ses agents – consommateurs, investisseurs, travailleurs ou ONG – agissent sur la base de convictions morales, et non de préoccupations économiques. Il n'en demeure pas moins que les entreprises sont conduites à adopter un comportement socialement responsable en vue d'obtenir des avantages ou, à tout le moins, d'éviter des désagréments sur le marché des produits et le marché des capitaux, dans un objectif de maximisation de la richesse.

25. Le droit non étatique de la CSR que nous allons mettre au jour découle exclusivement d'exigences assorties d'une menace de sanction, qui reposent sur ces mécanismes de marché.

Cela ne signifie pas que la perspective d'avantages, le cas échéant sous la forme de promesses de récompenses, ou d'autres désagréments que ces sanctions, ne joue aucun rôle dans le droit non étatique de la CSR. L'observation a déjà été faite que tout pouvoir peut, pour obtenir l'obéissance des destinataires de ses jurèmes, combiner la menace de la sanction avec la promesse d'une récompense ou d'autres modalités d'interférence dans la conduite d'autrui, comme le conditionnement, la séduction, le conseil, etc. (*supra*, n°4). La place que réservent les discours officiels aux avantages et désagréments liés à la CSR relève assurément de ce phénomène.

L'existence de véritables sanctions et, partant, d'un droit non étatique de la CSR pourrait cependant paraître contestable, dès lors que le « *Business Case for CSR* » reste scientifiquement contesté. Les discours officiels qui invoquent les répercussions économiques de la CSR tendent donc au moins autant à informer les entreprises qu'à les convaincre de l'existence des mécanismes de marché qui seraient à l'œuvre dans ces domaines.

L'ineffectivité des instruments de *soft law* constitue le principal argument des partisans d'un (retour à l') interventionnisme étatique dans les thématiques de la CSR. La CSR non étatique est perçue, dans cette perspective, comme une manière pour les entreprises de lutter contre la réglementation de leurs activités, en faisant du *soft law* et des mécanismes de marché des instruments de *lobbying* auprès des États. Cette stratégie apparaît assez clairement lorsque les initiatives de CSR émanent des milieux d'affaires eux-mêmes, notamment à la suite de scandales susceptibles de déclencher des interventions étatiques. Il apparaît ainsi que la CSR trouve non seulement son origine mais

²⁷ Décret n° 2016-10 du 8 janvier 2016 relatif au label « investissement socialement responsable ».

²⁸ « *We will be active owners and incorporate ESG issues into our ownership policies and practices* » : <https://www.unpri.org/about-us/what-are-the-principles-for-responsible-investment>.

également les principales causes de son renforcement dans la crainte d'une intervention publique face aux défaillances des entreprises et du marché.

Les doutes émis sur le « *Business Case for CSR* », d'une part, et l'examen des enjeux de pouvoir derrière l'adoption des instruments de *soft law*, d'autre part, commandent dès lors la prudence sur la réalité des sanctions et l'identification d'un droit non étatique de la CSR. Ils suscitent cependant deux observations complémentaires tirées de l'analyse microscopique du droit.

D'une part, le dispositif de pression par menace de sanction repose souvent pour une part importante sur le psychisme du destinataire et la représentation que celui-ci se fait de la menace ne doit donc pas nécessairement être vraie pour être efficace (*supra*, n°4). L'omniprésence du « *Business Case for CSR* » dans les études scientifiques et les discours officiels peut ainsi formater les connaissances, voire les croyances, d'une manière qui rend la menace efficace, quoique le risque de sanction soit exagéré ou inexistant. Les initiatives préconisées sur le plan de l'éducation, de la formation et de la recherche en matière de CSR par l'ONU²⁹ ou l'Union européenne³⁰ peuvent être considérées sous cet angle.

D'autre part, l'invocation des vertus économiques du « *Business Case for CSR* » dans les instruments de référence internationaux pourrait participer du nimbe souvent présent dans le système de notification des jurèmes afin de convaincre les destinataires d'obéir « de gré » ou de renforcer le dispositif de pression pour qu'ils s'exécutent « de force » (*supra*, n° 11). Les deux procédés se retrouvent en matière de CSR, où l'on cherche tant à convaincre les entreprises, leurs dirigeants et les investisseurs, des avantages ou des désagréments qui pourraient résulter de leurs choix qu'à leur détailler les sanctions qu'ils encourent en tout état de cause.

Nous distinguerons dans ce contexte deux catégories de jurèmes : ceux qui sont adressés aux entreprises pour qu'elles adoptent un comportement socialement responsable (a.) et ceux qui sont émis par ou au sein des entreprises dans le cadre de la mise en œuvre de leur politique de CSR (b.).

1. Les jurèmes adressés aux entreprises

26. Au-delà des effets économiques qu'elles peuvent en attendre, les entreprises sont destinataires d'innombrables jurèmes non étatiques par lesquelles elles sont mises en demeure de se conduire d'une manière conforme à l'éthique, sous l'angle d'une ou plusieurs des thématiques qui relèvent de la CSR. Dans les limites de la présente contribution, nous n'en donnerons que quelques illustrations et renvoyons à de précédents travaux pour une analyse plus systématique³¹.

27. Un droit non étatique de la CSR se développe à l'initiative des consommateurs éthiques qui menacent de ne plus se fournir auprès d'une entreprise si celle-ci ne se plie pas à l'obligation ou l'interdiction qu'ils lui font. Si le comportement individuel d'un consommateur peut paraître insusceptible de faire fléchir une entreprise qui en compte plusieurs milliers ou millions, la situation de l'entreprise se trouve sensiblement plus affectée lorsqu'elle est la destinataire de nombreux jurèmes individuels au contenu identique.

L'action des consommateurs peut ne pas être coordonnée et résulter d'une convergence spontanée. Un tel phénomène peut se produire lorsqu'une homodoxie donnée existe de manière latente dans un groupe diffus, de laquelle jaillissent spontanément des jurèmes homonomes mais indépendants (*supra*, n° 6). Cette homodoxie se nourrit notamment de l'éducation, de la couverture médiatique, des campagnes de sensibilisation ou de dénonciation menées par les ONG ou encore de l'adoption

²⁹ Voy. les *Principles for Responsible Management Education*, consultable sur le site <http://www.unprme.org/>.

³⁰ Voy. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011 - Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final, p. 15.

³¹ R. AYDOĞDU, « *La Corporate Social Responsibility*, le droit par-delà l'État et le marché (partie 2) », *T.R.V.-R.P.S.*, 2016, pp. 868-908.

des instruments de référence de la CSR. Nourrie de leurs connaissances ou croyances relatives au « *Business Case for CSR* » et à l'état de l'opinion, ainsi que de l'expérience de jurèmes précédemment dirigés contre d'autres entreprises dans des circonstances similaires, qui représentent pour elles autant (d'expectatives) de jurèmes par induction (*supra*, n°5), les entreprises peuvent déduire de cette homodoxie la probabilité d'une réaction hostile des consommateurs, suffisante pour faire naître, fût-ce dans leur seul esprit, des (expectatives de) jurèmes. La CSR fonctionne, sous cet angle, d'une manière comparable à la coutume ou aux usages³².

L'organisation collective de l'action des consommateurs, spécialement sous la forme d'un boycottage, modifie la situation juridique. Les jurèmes homonomes des consommateurs sont en effet agglutinés pour former un agrégat symétrique animé d'une homodoxie construite. L'entreprise fait alors face à un vœu et une menace précis, qui lui sont expressément notifiés. Les études empiriques sur le boycottage montrent que son efficacité repose, pour partie, sur la pression sociale qui s'exerce entre les participants pour poursuivre leur action³³, phénomène qui fait de l'agrégat un cercle d'exigence mutuelle animé de jurèmes transversaux de renforcement (*supra*, n° 6).

Le mouvement de la CSR a été jalonné de boycottages particulièrement marquants, comme celui de *Dow Chemical* dans les années 1960 pour faire cesser la fabrication du napalm utilisée dans la guerre du Vietnam, celui de *Shell* en 1995 pour empêcher le sabordage de la plateforme Brent Spar en Mer du Nord, celui de *Nike* dans les années 1990 pour obtenir l'amélioration des conditions de travail indignes chez ses sous-traitants, ou encore celui mené dans les années 2000 contre les entreprises actives au Myanmar³⁴.

De telles actions mettent en lumière un nouveau rôle des ONG : celles-ci assument en effet, seules ou en coalition, le rôle d'initiateur et d'organisateur des boycottages³⁵. Ceci leur confère un pouvoir sur lequel elles peuvent appuyer leurs propres jurèmes à l'égard des entreprises : un *pouvoir d'ameuter*, comparable, sous cet angle, à celui d'une vieille dame bousculée dans une file d'attente et qui peut, par ses caractéristiques personnelles, fédérer autour d'elles d'autres membres de la file (plus jeunes ou plus forts qu'elle) pour créer un agrégat d'où part un faisceau de jurèmes convergents à destination du malotru qui n'aurait manifesté le désir de ne pas attendre son tour (*supra*, n°6).

28. Les entreprises sont également les destinataires de jurèmes adressés par les investisseurs qui appuient leurs vœux de la menace de désinvestir. Comme pour la consommation, ces jurèmes sont susceptibles de manifestations individuelles ou collectives, indépendantes ou coordonnées.

La force du désinvestissement est naturellement plus grande lorsqu'il prend un caractère collectif, *a fortiori* lorsque celui-ci est coordonné. Tel fut le cas de la campagne de désinvestissement qui a ciblé, dans les années 1980, les sociétés actives dans l'Afrique du Sud de l'apartheid, au départ d'investisseurs institutionnels comme de nombreuses universités américaines. De telles coalitions peuvent, ici encore, être initiées et organisées par des ONG, comme c'est le cas pour la campagne de désinvestissement « Fossil Free » contre les entreprises actives dans les énergies fossiles, qu'un rapport de 2013 issu de l'Université d'Oxford a jugée très préjudiciable pour les entreprises concernées³⁶ et qui est menée par l'organisation « 350 ».

29. Les entreprises elles-mêmes peuvent former entre elles, pour diverses raisons, des cercles d'exigence mutuelle au sein desquels se forment autant d'agrégats qu'il y a de membres. Les

³² CT, pp. 81-89.

³³ S. SEN, Z. GURHAN-CANLI et V. MORWITZ, « Withholding Consumption : A Social Dilemma Perspective on Consumer Boycotts », *Journal of Consumer Research*, 2001, pp. 399-417.

³⁴ Voy. notamment A. CRANE et D. MATTEN, *Business Ethics*, 3^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp.459-460.

³⁵ *Ibid.*, pp. 457-461.

³⁶ Voy. <http://www.smithschool.ox.ac.uk/research-programmes/stranded-assets/SAP-divestment-report-final.pdf>.

règles que les entreprises se donnent sont sanctionnées par la désapprobation du groupe (« *peer group pressure* »), laquelle peut aller jusqu'à l'exclusion du contrevenant, qui perd alors les avantages liés à cette appartenance, notamment à l'égard du public. De nombreux exemples illustrent ce phénomène en matière de CSR.

Les entreprises des secteurs dans lesquels le pouvoir discriminant des marques est moins affirmé – notamment parce que leurs produits entrent dans une chaîne d'approvisionnement et ne sont pas vendus aux consommateurs finals – ont fait le constat qu'elles partageaient une identité collective, qui les exposait dès lors à une sanction collective en cas de comportement critiquable d'un de leurs membres³⁷. Tel a notamment été le cas, à la suite de la catastrophe de Bhopal, de l'industrie chimique, qui a réagi en initiant le programme *Responsible Care*, aujourd'hui coordonné par l'*International Council of Chemical Associations*.

Dans le secteur financier, le risque de crédit et de réputation a également amené les entreprises à prendre en considération le respect des droits de l'homme, des droits fondamentaux des travailleurs et de l'environnement dans le financement de projets. La concurrence entre les entreprises les empêchait toutefois d'atteindre un niveau de gestion de risque optimal, raison pour laquelle celles-ci ont adopté en 2003, au niveau mondial, les Principes de l'Equateur, qui comptent aujourd'hui plus de 130 signataires sur tous les continents. Les *Governance Rules* de l'association prévoient expressément l'exclusion, publiée sur le site internet de l'association, des membres qui ne respectent pas leurs obligations³⁸.

30. La profusion (d'expectatives) de jurèmes dont les entreprises sont destinataires en matière de CSR les expose à des exigences très diverses et, le cas échéant, contradictoires³⁹. Ce constat ne doit toutefois pas masquer la tendance marquée à une standardisation de la CSR, qui trouve son expression la plus achevée dans l'élaboration de modèles de référence pour les entreprises.

31. Les modèles de référence de la CSR sont extrêmement nombreux et variés, tant sur le plan de leur origine (publique ou privée, professionnelle ou mixte) que sur celui de leurs champs d'application matériel (une ou plusieurs thématiques de la CSR étant couvertes), personnel (au sein d'une industrie ou général) ou territorial (national, régional ou mondial). Ils puisent cependant le plus souvent aux mêmes sources, en s'inspirant d'un certain nombre d'instruments de droit international, qu'il s'agisse de traités (comme le Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et ses deux Protocoles facultatifs de 1966 et 1989, ou de nombreuses conventions de l'OIT) ou d'instruments de *soft law* (comme la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail adoptée de 1998 ou encore les différentes déclarations adoptées à l'issue des principales conférences internationales sur l'environnement)⁴⁰.

Ces instruments internationaux et modèles de référence acquièrent un caractère juridique s'ils font l'objet des jurèmes émis à destination des entreprises. C'est ainsi par le biais du droit non étatique de la CSR que de nombreux instruments accèdent à la juridicité, alors qu'ils sont dépourvus de cette qualité au regard du droit étatique ou international, faute qu'ils reçoivent une sanction à ces

³⁷ N. GUNNINGHAM, « Corporate Environmental Responsibility : Law and the Limits of Voluntarism », in *The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 488-490.

³⁸ *Governance Rules*, version mai 2022, art. 5j, 5k et 6g, consultable sur le site https://equator-principles.com/app/uploads/EPA_Governance_Rules_May_2022-.pdf.

³⁹ Voy. not. A. CRANE et D. MATTEN, *Business Ethics*, *op. cit.*, pp. 482-483.

⁴⁰ Pour une présentation des principaux instruments de droit international qui inspirent les modèles de référence de la CSR, voy. notamment R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà l'État et le marché (partie 1) », *op. cit.*, pp. 700-704.

niveaux. Ce phénomène prend son expression la plus évidente dans le cadre de dispositifs de CSR qui ont pour objet ou pour effet d'assortir de sanctions un modèle de référence, le plus souvent inspiré – au moins partiellement – d'instruments internationaux : certification (de produits ou de services), indices ou notations éthiques, ainsi que les initiatives volontaires de CSR, émanant d'autorités publiques ou privées, professionnelles ou mixtes, dans le cadre desquelles les entreprises participantes sont soumises à des sanctions en cas de non-respect de leurs engagements. On le retrouve également dans le cadre d'actions lancées par des ONG, dont les actions sont d'autant plus susceptibles d'être considérées comme légitimes et leurs menaces, prises au sérieux, qu'elles appuient des exigences issues d'instruments internationaux ou des modèles de référence en matière de CSR⁴¹.

32. La standardisation permet en outre une légitimation des exigences de CSR qui opère à un double niveau. D'une part, les institutions internationales sous l'égide desquelles certains instruments de droit international ou modèles de référence sont adoptés, sont certes dépourvues d'un pouvoir de sanction ou renoncent à en faire usage pour appuyer ceux-ci, mais elles disposent néanmoins d'une autorité morale qu'elles leur communiquent. D'autre part, tous ces instruments ou modèles, quelle qu'en soit l'origine, en ce compris lorsqu'il s'agit d'initiatives professionnelles (comme les Principes de l'Equateur ou le *Responsible Care*) se caractérisent par une méthode d'élaboration qui associe – par la participation ou, à tout le moins, la consultation – tous les acteurs du monde de la CSR : entreprises, syndicats, ONG, ou autres représentants de la « société civile » en général.

Standardisation et légitimation contribuent à faire des instruments de droit international ou des modèles de référence en matière de CSR un puissant moyen de création ou de renforcement d'une homodoxie sur laquelle peuvent naître de nombreux jurèmes : ils peuvent, dans cette mesure, s'analyser, d'une manière générale, comme autant d'expectatives de jurèmes non étatiques, à la manière d'une coutume ou d'usages transnationaux (*supra*, n° 27).

33. La standardisation traduit également la nécessité d'une concrétisation des principes ou valeurs proclamés par les instruments de droit international qui inspirent les modèles de référence de la CSR. Cette nécessité résulte principalement de leur caractère extrêmement vague et du fait qu'ils n'ont généralement pas été conçus à destination des entreprises. L'association des entreprises et des autres acteurs non étatiques de la CSR dans l'élaboration des modèles de référence s'analyse dès lors non seulement comme un mode de légitimation de ceux-ci mais également comme le moyen pour ces différents acteurs de tenter d'influencer le contenu réel de ce droit non étatique de la CSR, en même temps que d'assurer, autant que faire se peut, une prévisibilité de celui-ci, embryon de sécurité juridique dans un phénomène marqué par le foisonnement de jurèmes variés, voire contradictoires. Ce travail de concrétisation a ainsi fait émerger une série de dispositifs similaires ou identiques dans de nombreuses initiatives, qui peuvent s'analyser en un droit commun de la CSR. Il s'agit notamment de l'exercice d'une diligence raisonnable (« *due diligence* »)⁴², de l'instauration de mécanismes extrajudiciaires de réclamation par les entreprises elles-mêmes (« *grievance mechanism* »), de la responsabilisation des entreprises pour la violation des principes ou valeurs de la CSR dans le contexte de groupes de sociétés ou de chaînes d'approvisionnement (*infra*, n°37) ou encore de la transparence des entreprises sur leurs activités.

⁴¹ Voy. par exemple le rapport établi en 2015 par Amnesty International sur les atteintes aux droits de l'homme dans la filière de l'extraction du cobalt en RDC (« *Voilà pourquoi on meurt* ». *Les atteintes aux droits humains en République Démocratique du Congo*, consultable sur le site <https://www.amnesty.org/fr/documents/afr62/3183/2016/fr/>).

⁴² La diligence raisonnable s'entend comme « le processus qui, en tant que partie intégrante de leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question » (Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, « Commentaires sur les principes généraux », point 14., p. 27).

34. Cette dernière est présentée, dans les études et les discours officiels, comme un paramètre majeur du « *Business case for CSR* » et apparaît en outre de manière systématique dans les modèles de référence comme une exigence fondamentale de la CSR. Malgré l'extrême diversité des formes de transparence recommandées et pratiquées par les entreprises, celles-ci sont amenées à publier à tout le moins une déclaration de principe sur leurs engagements en matière de CSR et des rapports réguliers sur la mise en œuvre de ceux-ci.

La déclaration de principe, qui doit être adoptée au plus haut niveau de l'entreprise, a, selon les modèles de référence, un double objectif⁴³. D'une part, elle consacre, à l'attention de l'ensemble des acteurs du « *Market for CSR* » et du public en général, la politique que l'entreprise a adoptée en matière de CSR en réponse à leurs attentes et sur laquelle elle entend construire sa réputation en la matière. D'autre part, elle constitue, pour les travailleurs de l'entreprise (quelle que soit la structure juridique qui les emploie au sein du groupe) et, le plus souvent, ses partenaires commerciaux – spécialement les fournisseurs de sa chaîne d'approvisionnement –, l'expression générale de ses exigences relativement à l'exécution de leurs prestations (*infra*, n°37).

Compte tenu de la variété des problématiques de la CSR et des initiatives auxquelles les entreprises prennent part dans ce cadre, une entreprise peut établir plusieurs déclarations ou les réunir dans un seul code de conduite. Ces déclarations intègrent ou renvoient aux engagements pris en application d'un ou plusieurs modèles de référence, que l'entreprise concrétise ou complète par des engagements propres. Elles peuvent présenter un caractère général ou plus détaillé, étant entendu que, dans le premier cas, elles sont fréquemment complétées par des directives plus précises à l'égard des travailleurs et des partenaires commerciaux, qui ne seront pas nécessairement accessibles au public.

Que ces déclarations de principe soient adoptées par conviction morale, intérêt économique ou par l'effet (d'expectatives) de jurèmes qui sont adressés à l'entreprise, celle-ci s'expose à ce que des tiers en exigent le respect et la mise en œuvre par de nouveaux jurèmes⁴⁴.

En tant que mode de communication aux acteurs du « *Market for CSR* » et au public, les déclarations de principe sont ouvertement conçues, dans les modèles de référence, comme des textes promotionnels, qui contribuent à la réputation des entreprises. Le constat a toutefois été fait qu'elles peuvent, à défaut d'être suivies d'effets, confiner à du « *greenwashing* » et qu'elles ne satisfont donc plus à elles seules aux exigences actuelles de transparence. De là, les pratiques, complémentaires, de rapportage CSR et de contrôle externe de ces rapports, qui se sont également développées au départ d'initiatives prises sur le marché de la CSR.

2. Les jurèmes émis par ou au sein des entreprises

35. Exposées aux jurèmes émis sur le marché, les entreprises émettent à leur tour des jurèmes qui prolongent les mécanismes de marché que l'on vient d'évoquer. Ces jurèmes se déploient schématiquement dans deux directions : d'une part, au sein des entreprises (*infra*, n°36) et, d'autre part, vers les autres entreprises qui font partie de leurs chaînes d'approvisionnement (*infra*, n°37).

36. Après avoir décidé, par conviction morale, intérêt économique ou par l'effet (d'expectatives) de jurèmes, d'adopter une politique de CSR, les entreprises doivent encore, sous

⁴³ Voy. notamment les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, point 16, pp. 18-20 ; les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2023, « III. Publication d'informations », point 3, p. 23.

⁴⁴ Ainsi, le rapport précité d'Amnesty International relatif à la filière du cobalt en République Démocratique du Congo appuie, entre autres griefs, sa mise en cause de nombreuses entreprises impliquées dans la filière sur l'absence de mise en œuvre de leurs déclarations de CSR (« *Voilà pourquoi on meurt* ». *Les atteintes aux droits humains en République Démocratique du Congo*, p. 9, consultable sur le site <https://www.amnesty.org/fr/documents/afr62/3183/2016/fr/>).

l'œil attentif des acteurs du « *Market for CSR* », prendre les mesures nécessaires à sa mise en œuvre. Sous cet angle, la CSR constitue avant tout une problématique de *management* et de « gestion des ressources humaines », qui s'est imposée comme une discipline à part entière des sciences de gestion.

S'agissant plus particulièrement du personnel, l'adoption et la communication des déclarations de principe et codes de conduite de CSR jouent un rôle central, souligné par l'ensemble des modèles de référence, en tant qu'expression des exigences de la haute direction à l'égard de l'ensemble des membres de l'entreprise. Le respect de ces codes de conduite au sein de l'entreprise peut être recherché par différents moyens, généralement combinés. Dans une approche morale de la CSR, l'engagement du *management* et les programmes de sensibilisation et d'apprentissage destinés au personnel tendent à influencer la conscience individuelle des travailleurs et à créer une culture d'entreprise qui refléterait la conscience collective de celle-ci (*supra*, n°23). Le code de conduite peut également être assorti de sanctions – allant de la réprimande au congédiement, en passant par la perte d'avantages pécuniaires et la suspension – qu'on retrouve dans de nombreux codes de conduite. Ces sanctions, qui fondent le pouvoir disciplinaire de l'entreprise, ne sont pas virtuelles, comme en témoigne par exemple l'annonce par BP qu'elle avait congédié, durant l'exercice 2007, quelque 1.500 membres du personnel pour cause de comportements non conformes à l'éthique⁴⁵.

En vue d'assurer l'exécution du code de conduite, deux dispositifs, recommandés par les modèles de référence au titre de la « diligence raisonnable » (*supra*, n°33), sont généralement instaurés au sein de l'entreprise : la fonction de *compliance*, dont les titulaires (au premier rang desquels le *Chief Compliance Officer*) administrent les différents aspects susmentionnés de l'éthique de l'entreprise, et le lancement d'alerte (« *whistleblowing* »), par lequel les membres de l'entreprise qui constatent de bonne foi une violation du code de conduite ou un comportement contraire à l'éthique ont la possibilité – et l'obligation – de le dénoncer au sein de l'entreprise, soit par la voie hiérarchique, soit – pour conserver la confidentialité – à travers une *helpline* mise à leur disposition par le service de *compliance*.

L'ensemble de ces éléments révèlent un nouvel aspect du droit non étatique de la CSR et, plus précisément, du caractère juridique des codes de conduite : s'ils peuvent être adoptés par les entreprises en réponse à des jurèmes qui leur sont adressés et servir ensuite de base à d'autres jurèmes qui les contraignent à les respecter (*supra*, n°34), ils contribuent également à la formation de nombreux jurèmes au sein de l'entreprise.

Le code de conduite s'analyse dès lors comme le message constituant (d'expectatives) de jurèmes dont l'employeur est l'auteur et les membres du personnel sont les destinataires et pour lesquels interviennent à titre délégués, entre autres, les titulaires de la fonction de *compliance* et ceux des membres du personnel qui lancent l'alerte au sein de l'entreprise. L'employeur peut évidemment aussi, comme tout détenteur de pouvoir, favoriser l'obéissance par des moyens non juridiques – l'approche morale (*supra*, n°23), qui suscite l'adhésion des membres du personnel – et les incitants économiques, qui s'analysent en des promesses de récompense.

Tous les jurèmes émis au sein de l'entreprise n'appartiennent cependant pas, tant s'en faut, à l'archème de l'employeur. Outre les jurèmes transversaux de renforcement émis entre délégués pour assurer leur fidélité à l'employeur, la création d'une culture d'entreprise favorable à l'éthique peut favoriser l'éclosion, au sein de tout ou partie du personnel – qu'ils soient délégués ou simples destinataires de jurèmes de l'employeur –, de cercles d'exigence mutuelle sur lesquels se forment de nombreux agrégats qui soutiennent les prescriptions du code de conduite de l'entreprise.

37. Les entreprises multinationales ne peuvent cependant plus limiter leur politique de CSR aux seules activités qui sont exercées au sein des entités qui, à quelque titre que ce soit, font

⁴⁵ A. CRANE et D. MATTEN, *Business Ethics*, op. cit., p. 140.

partie de leur groupe : leur responsabilité sociale, notamment leur devoir de « diligence raisonnable » (*supra*, n°33), s'étend aussi aux autres entités avec lesquelles elles ont une relation d'affaires (notamment les entreprises de leur chaîne d'approvisionnement), et sur les activités desquelles elles sont, au regard des rapports de force économiques qui animent la mondialisation des flux de production, en mesure d'exercer une « influence » (« *leverage* »), qui est définie comme la capacité de faire modifier les pratiques néfastes de l'entité⁴⁶.

Les modèles de référence prévoient dès lors que les entreprises utilisent cette influence en vue d'obtenir de ces autres entités un comportement conforme aux standards de la CSR, par exemple ceux qui figurent dans leurs déclarations de CSR – qui doivent être communiquées à toutes les entreprises de leur chaîne d'approvisionnement – ou dans les codes de conduite qu'elles adoptent spécifiquement à l'attention de celles-ci.

Une telle influence peut s'inscrire dans un esprit de partenariat, par exemple en s'engageant aux côtés des fournisseurs et d'autres entités de la chaîne d'approvisionnement pour améliorer leurs performances, notamment grâce à la formation du personnel ou à d'autres formes de renforcement des capacités, et pour les aider à intégrer, dans leurs pratiques professionnelles, des principes de conduite responsable⁴⁷. Elle peut également s'exercer, avant l'établissement de la relation, en conditionnant celle-ci à la réalisation par le contractant d'une diligence raisonnable et à la mise en place d'un système de gestion des problématiques de CSR, qui devront être respectées pendant la durée de la relation⁴⁸.

Les entreprises peuvent enfin avoir recours aux menaces de sanction, comme la suspension ou la rupture de la relation d'affaires. Cette pression nécessite, pour être crédible, une (volonté et) possibilité réelle(s) pour la multinationale de s'assurer du respect de ses exigences, ce qui peut passer par l'instauration de mécanismes d'audit, ainsi que le prévoit par exemple la norme de management social « SA 8000 » émises par l'organisation de droit privé *Social Accountability International*. Le « *contractual control* » que les entreprises sont amenées à exercer repose donc, au premier chef, sur leur pouvoir de marché et non sur l'existence de contrats dont elles pourraient faire sanctionner la violation par l'État, même si elles peuvent y avoir recours, le cas échéant sur la recommandation des modèles de référence. Dès lors que ce contrôle s'appuie, même partiellement, sur des menaces de sanction, il constitue une manifestation supplémentaire du droit non étatique de la CSR et, plus particulièrement, de la juridicité des codes de conduite des entreprises.

Les entreprises exposées au « *Market for CSR* » contribuent ainsi, par l'exercice de leur pouvoir de marché, au comblement du « *governance gap* » (*supra*, n°22) que les modèles de référence de la CSR comptent parmi leurs objectifs prioritaires.

B. Les rapports entre les droits étatique et non étatique de la CSR

38. L'examen du droit non étatique de la CSR vérifie ainsi le constat de l'analyse microscopique selon lequel il existe une « irréductible pluralité de réseaux de jurèmes »⁴⁹ au sein de

⁴⁶ Voy. notamment les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, point 19, p. 25 ; Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, « III. Publication d'informations », point 22, p. 20.

⁴⁷ Voy. par exemple les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, « III. Publication d'informations », point 26, pp. 21 ; voy. ég. D. MCBARNET et M. KURKCHIYAN, « Corporate Social Responsibility Through Contractual Control ? Global Supply Chains and 'Other-Regulation' », in *The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 59 et s., spec. pp. 73-74.

⁴⁸ Tel est l'objet des Principes de l'Equateur, qui prévoient que (i) les entreprises adhérentes ne peuvent financer des projets que si ces conditions sont respectées par leurs candidats emprunteurs (*Governance rules*, mai 2022, article 5d), (ii) qu'elles doivent prendre des mesures correctives, si leurs clients font défaut en cours de contrat, afin d'aider ceux-ci à se mettre en conformité (Principe 8, al. 2), et, enfin, (iii) qu'elles doivent se réserver le droit d'exercer tous recours appropriés si tel n'était pas le cas (Principe 8, al. 2).

⁴⁹ CT, p. 279.

toute société, même pourvue d'une organisation étatique. Ces réseaux ne forment aucun « ordre », si ce n'est lorsque l'on adopte le point de vue subjectif d'un système juridique qui classe les (jurèmes des) autres systèmes selon qu'il les combat, qu'il coopère avec eux ou qu'il y est indifférent⁵⁰. S'agissant des rapports les plus divers qui s'établissent ainsi entre les systèmes juridiques, l'analyse microscopique emploie, comme nous l'avons déjà mentionné (*supra*, n° 6), le terme de relevance pour en faire un corollaire du pouvoir d'étanchéité de tout archème.

A la lumière de l'analyse microscopique, les rapports entre droit étatique et droit non étatique de la CSR peuvent donc être analysés à deux points de vue : celui de la relevance ou de l'irrelevance du droit non étatique de la CSR pour les États (a.) et, inversement, celui de la relevance ou de l'irrelevance des droits étatiques pour les auteurs du droit non étatique de la CSR (b.).

1. Relevance et irrelevance du droit non étatique de la CSR pour l'État

39. Ébranlés dans leurs certitudes sur la nature du droit et son empire, les juristes confrontés aux manifestations du droit non étatique de la CSR sont essentiellement préoccupés par la qualification de celles-ci en *soft law* – qualification qui a pour principal effet (sinon pour principal objet) d'en masquer la nature proprement juridique à l'égal du droit étatique – et par les diverses modalités selon lesquelles l'État exerce son pouvoir de relevance pour réintégrer le *soft law* dans son ordre juridique – et partant, pensent-ils, lui conférer un caractère proprement juridique.

40. La CSR est certes le fruit de la marginalisation de l'État sous l'effet de la mondialisation, dans le cadre de laquelle la puissance publique perd la volonté ou les moyens de régler le fonctionnement des sociétés et de traiter les externalités négatives et les injustices (sociales) qui découlent des activités des entreprises. Sous cet angle, le droit étatique se caractérise par une indifférence de principe à l'égard du droit non étatique de la CSR, en ce sens que ces systèmes sont étrangers l'un à l'autre tant sur le plan des finalités qu'ils poursuivent (reflux de l'interventionnisme étatique causé par les politiques néolibérales, le *lobbying* des entreprises ou la concurrence réglementaire) que sur celui de leurs champs d'application personnel et géographique (création de « zones de non-droit étatique » en raison de la mondialisation des activités des entreprises multinationales et de leurs recours à la filialisation et à la sous-traitance).

41. Refoulé aux marches de la CSR, l'État fait néanmoins un éternel retour au gré des scandales et des crises qui secouent régulièrement les marchés financiers, comme des constats sans cesse renouvelés de la persistance des externalités négatives des activités des multinationales.

L'État donne ainsi relevance, selon des modalités abondamment commentées en doctrine, au droit non étatique de la CSR pour lui fournir un appui juridique, que ce soit pour assurer le bon fonctionnement des marchés de la CSR ou du pouvoir disciplinaire au sein de l'entreprise, ou, plus radicalement, pour intégrer dans le droit étatique les exigences substantielles de la CSR. Les limites de la présente contribution n'en permettent pas une étude approfondie, d'autant moins nécessaire qu'elle est l'objet de toutes les attentions des juristes à l'approche classique des mécanismes de CSR comme constitutifs de « *soft law* ».

La relevance étatique du droit non étatique de la CSR ne se manifeste pas seulement dans la coopération que l'État offre au marché, mais encore dans le combat qu'il mène contre certains aspects du droit non étatique, qui s'est notamment illustré dans le conflit ouvert, sur le Continent européen, entre les politiques de *whistleblowing* (*supra*, n°36), exportées des États-Unis d'Amérique par le biais du *Sarbanes-Oxley Act*, et le droit du travail, de la protection de la vie privée ou le droit

⁵⁰ Sur ce point, qui s'oppose au monisme hérité de la théorie kelsénienne, voy. O. PFERSMANN, « Monisme revisité contre juriglobisme incohérent », in *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 80-82.

pénal⁵¹.

Droit étatique et marchés de la CSR peuvent encore entrer en conflit sur un tout autre plan. Ainsi, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales disposent que « les mesures d'autorégulation et les mesures du même type, y compris les Principes directeurs, ne devraient pas restreindre illégalement la concurrence et ne devraient pas non plus être considérées comme se substituant à une législation ou une réglementation publique efficace. Il est entendu que les entreprises multinationales devraient éviter tout effet de distorsion des échanges et des investissements qui pourrait résulter des codes ou des pratiques d'autorégulation qu'elles mettent au point »⁵². Les initiatives de CSR organisées au niveau professionnel pourraient en effet être analysées, en droit de la concurrence, comme des ententes prohibées entre entreprises, qui détiennent parfois la majorité des parts du marché concerné⁵³.

2. Relevance et irrelevance du droit étatique pour les auteurs du droit non étatique de la CSR

42. Suscité par le refus ou l'incapacité des États à appuyer de leurs sanctions le contenu substantiel de la CSR, voire par la volonté des entreprises de les en dissuader, le droit non étatique de la CSR se place au-delà des exigences légales et en marge de l'État, et se caractérise dès lors par une indifférence de principe pour le droit étatique, dont il ne partage ni les finalités, ni le champ d'application personnel et géographique. Cette indifférence trouve notamment son expression dans le fait que le droit non étatique de la CSR, tout à fait autonome sur ce point à l'égard de nombreux droits étatiques, écarte toute considération tenant à la personnalité juridique distincte des différentes entités d'un groupe ou d'une chaîne d'approvisionnement en vue de saisir la réalité économique qui anime la mondialisation des flux de production. Les modèles de référence précisent dès lors qu'ils s'appliquent aux entreprises multinationales entendues au sens économique du terme – sans considération pour leur structure juridique précise et donc indépendamment du fait qu'une société ait recours à la filialisation pour ses activités dans l'État d'accueil – et où qu'elles exercent leurs activités⁵⁴. Les entreprises se voient dès lors imposer des obligations spécifiques liées à l'intervention des entités tierces dans leurs activités⁵⁵.

Cette indifférence de principe à l'égard du droit étatique est toutefois tempérée par le fait que les auteurs du droit non étatique de la CSR peuvent coopérer avec les États ou, au contraire, entrer en conflit avec ceux-ci.

43. La coopération des auteurs du droit non étatique de la CSR avec les États peut prendre deux formes, selon qu'ils appuient le droit étatique dans son champ d'application ou au-delà de celui-ci.

Dans sa définition de la CSR donnée en 2011 (*supra*, n°21), la Commission européenne insiste sur

⁵¹ Pour une analyse approfondie, voy. notamment R. AYDOGDU, « La *Corporate Social Responsibility*, le droit par-delà l'État et le marché (partie 2) », *op. cit.*

⁵² Principes directeurs 2023, « Commentaire sur le Chapitre II : principes généraux », point 29, p. 22.

⁵³ Les Principes de l'Equateur illustrent de manière frappante cette problématique. Face au constat que la concurrence entre elles les empêchait d'atteindre un niveau de gestion de risque optimal, les entreprises du secteur financier ont entendu harmoniser leurs pratiques dans une démarche collective mais en prenant le soin de préciser, dans l'article 4.d) des *Governance Rules*, mai 2022, de leur association, le respect de principe du droit de la concurrence et les dispositions à prendre par ses membres en vue de s'en assurer (consultable sur le site https://equator-principles.com/app/uploads/EPA_Governance_Rules_May_2022-.pdf).

⁵⁴ Voy. notamment la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale 2022, point 6, pp. 8-9 ; Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, « Concepts et principes », point 4., p. 13.

⁵⁵ Voy. les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2023, « Commentaires sur les principes généraux », point 17. à 26., pp. 19-21 ; Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, point 13, pp. 16-17, ainsi que les points 18. et 19., pp. 22-26.

ce que, pour assumer leur responsabilité vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société, « il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur ». Les modèles de référence, les initiatives de CSR, les labels et les codes de conduite individuels prévoient ainsi, le plus souvent, l'engagement de respecter le droit étatique applicable aux activités des entreprises⁵⁶. S'il ne s'agissait que de « parer des atours de la bonne volonté ce qui n'est qu'une obéissance minimale »⁵⁷, cet engagement paraîtrait, au mieux, inutile⁵⁸ et, au pire, choquant⁵⁹. Ce serait toutefois oublier que, d'une manière générale, le droit étatique repose sur les agrégats formés tant par les représentants des autorités qui veillent à l'application des jurèmes étatiques (policiers, militaires, fonctionnaires, juges, etc.) que par ceux des sujets qui, de manière systématique ou intermittente, leur apportent leur soutien par des jurèmes de renforcement. Que les acteurs des marchés de la CSR soutiennent, par leurs propres jurèmes, le contenu de ceux qui sont attribués aux États n'est, en dernière analyse, qu'une illustration de ce phénomène général décrit par Lucien François, certes plus souvent relevé par les sociologues que par les juristes et qui n'attire ici l'attention de ceux-ci que parce qu'il y est donné une publicité inhabituelle, liée à son exploitation commerciale.

La coopération avec le droit étatique prend une forme encore plus remarquable lorsque c'est l'entreprise qui se met, par conviction morale, intérêt (économique) ou par l'effet de jurèmes extérieurs, au service du droit étatique, que ce soit en exerçant son pouvoir disciplinaire à l'égard de ses travailleurs ou son pouvoir de marché sur ses sous-traitants. Si la communication du code de conduite au personnel et la formation de celui-ci peut déjà contribuer à l'effectivité du droit étatique en renforçant la connaissance de celui-ci⁶⁰, la coopération prend une nature juridique lorsque l'employeur exerce son pouvoir disciplinaire en vue d'assurer l'application du droit étatique. Les *US Federal Sentencing Guidelines* illustre cette relevance du droit étatique dans l'archème de l'employeur, dès lors que le programme effectif de *compliance* et d'éthique qu'elles incitent les entreprises à adopter a pour but d'assurer, notamment par la menace de sanction, la prévention, la détection et la répression au sein de l'entreprise des infractions interdites par le droit étatique. On ne doit donc pas conclure, comme certains auteurs⁶¹, à une perte d'hétéronomie du droit pénal vis-à-vis de ses destinataires, puisque les entreprises restent les destinataires des jurèmes étatiques pénaux – fussent-ils adoucis par une réduction de peines –, mais plutôt au développement parallèle de jurèmes non étatiques suscités par l'État pour assurer l'efficacité de son propre système juridique.

Cette coopération des auteurs du droit non étatique de la CSR, certainement utile dans les pays développés pour assurer la pleine effectivité de leurs droits, prend une importance majeure dans les pays en voie de développement, dont les autorités, en raison d'un manque de moyens humains ou financiers ou de la corruption, peinent à maintenir les jurèmes étatiques sur leurs territoires. Le « *contractual control* » exercé par les multinationales sur leurs sous-traitants étrangers en vue de leur faire appliquer le droit de l'État d'accueil peut alors constituer une garantie plus forte que celle offerte par l'appareil d'État et contribuer ainsi au comblement du « *governance gap* » (*supra*, n°22).

⁵⁶ Voy. par exemple P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *Dalloz*, 2013, pp. 1564 et s. ; D. MCBARNET, « Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, For Law : the New Corporate Accountability », in *The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 44-48.

⁵⁷ P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Code de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2007, p. 350.

⁵⁸ F.G. TRÉBULLE, « Quel droit pour la RSE ? », in F.G. TRÉBULLE et O. UZAN (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés Droit et Gestion*, Paris, Economica, 2011, p. 22.

⁵⁹ P. DEUMIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 351 ; F.G. TRÉBULLE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶¹ S. MANACORDA, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », in A. SUPLOT et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, pp. 204 et s.

Le droit non étatique de la CSR peut également donner relevance aux droits étatiques au-delà du champ d'application qui leur est assigné par les États. Dans les pays développés, ce phénomène s'illustre notamment dans les jurèmes adressés aux entreprises pour qu'elles adoptent un comportement fiscalement responsable, c'est-à-dire exempt non seulement de fraude mais également de toute volonté d'évitement licite de l'impôt⁶², comme en témoignent les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales⁶³. Suscités par les révélations des lanceurs d'alerte, comme dans l'affaire des *Luxleaks*, et les campagnes d'ONG telles que le *Tax Justice Network*⁶⁴, les jurèmes des acteurs du « *Market for CSR* » tendent ainsi à faire respecter le droit fiscal au-delà de ses propres dispositions, en faisant primer l'esprit sur la lettre là où, sous réserve des dispositions anti-abus, le droit étatique fait de l'ingénierie fiscale l'expression de la liberté.

Dans les pays en voie de développement, un des objectifs prioritaires du droit non étatique de la CSR est de combler le « *governance gap* », en contraignant les entreprises exposées au « *Market for CSR* » à exercer leur pouvoir de marché sur leurs sous-traitants pour obtenir le respect des exigences substantielles de la CSR (*supra*, n°37). Dès lors que, par l'effet du processus de standardisation de la CSR, les modèles de référence, les initiatives de CSR ou les systèmes de certification sont inspirés d'un certain nombre d'instruments de droit international, qu'il s'agisse de traités ou d'instruments dits de *soft law*, le droit non étatique de la CSR a non seulement pour effet de conférer un caractère juridique à certains de ces instruments qui en sont dépourvus en droit international (*supra*, n°31), mais également, pour ceux qui présenteraient ce caractère dans les rapports entre États, d'en permettre l'application immédiate aux activités des entreprises, sans dépendre, pour ce faire, de jurèmes étatiques. Il s'observe en outre que nombre de codes de conduite émis par les multinationales à l'attention de leurs filiales ou sous-traitants étrangers contiennent des dispositions inspirées du droit des États d'origine. Les codes de conduite donnent, dans cette mesure, une portée extraterritoriale aux droits étatiques des pays développés, qui, voulue ou non par ceux-ci, n'aurait pu être imposée par les seuls moyens de ces États. Les codes de conduite des entreprises réalisent ainsi, tant à l'égard du droit international que du droit étatique des pays développés, une forme privée de « *legal transplant* »⁶⁵, dont les États avaient jusqu'ici gardé le monopole.

44. Dès lors que le droit non étatique de la CSR fait comme première obligation aux entreprises de respecter la loi où qu'elles opèrent (*supra*, n°43), il ne devrait pas, en principe, entrer en conflit avec le droit étatique. Toutefois, aucune morale n'étant universelle, les valeurs et principes de la CSR peuvent s'opposer à l'ordre moral qui inspire le droit de certains États et impose par exemple la discrimination ethnique (ségrégation raciale ou déplacement de populations indigènes) ou sexuelle (infériorité des femmes ou répression des sexualités minoritaires), ou encore la violation de la vie privée (surveillance informatique) ou de la liberté d'association (interdiction ou limitation des syndicats) dans les régimes à parti unique. Les modèles de référence et les initiatives volontaires de CSR résolvent généralement ce conflit par le principe de primauté de la loi⁶⁶. Sous la pression des acteurs du « *Market for CSR* », les entreprises qui souhaitent se conformer au droit non étatique de la CSR sans violer la loi n'ont alors d'autres choix que de cesser leurs activités dans le pays concerné, comme ce fut le cas pour l'Afrique du Sud de l'apartheid (*supra*,

⁶² Voy. notamment D. MCBARNET, « Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, For Law : the New Corporate Accountability », *op. cit.*, pp. 48-54.

⁶³ Principes directeurs 2023, « Commentaire sur la fiscalité », pp. 59 et s.

⁶⁴ Voy. <http://www.taxjustice.net/>

⁶⁵ Voy. notamment L.-W. LIN, « Legal Transplants Through Private Contracting : Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as an Example », *American Journal of Comparative Law*, 2009, pp. 711 et s. ; T. FERRANDO, « Codes of Conduct as Private Legal Transplants : the Case of European Extractive MNES », in *L'avenir du droit transnational*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 391 et s.

⁶⁶ Principes directeurs de l'OCDE, « Concepts et principes », point 2, p. 13 ; dans le même sens, Principes de l'Equateur 2020, p. 18, consultables sur le site http://equator-principles.com/resources/equator_principles_french_2013.pdf.

n°28), même s'il leur est conseillé, dans ce cas, d'évaluer si leur départ n'est pas plus préjudiciable que leur maintien pour les intérêts que la CSR entend protéger (*supra*, n°37)⁶⁷.

La prétention à l'universalité de certains instruments internationaux et des modèles de référence qui s'en inspirent, par exemple en matière de droits de l'homme, peut toutefois amener le droit non étatique de la CSR à combattre le droit étatique. Le Bureau des Nations-Unies pour le Pacte mondial a ainsi adopté un guide de bonnes pratiques, intitulé « *Meeting the Responsibility to Respect in Situations of Conflicting Legal Requirements* »⁶⁸, qui expose les différents moyens auxquels peuvent recourir les entreprises pour assumer leur responsabilité, prévue par les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, de rechercher les moyens d'honorer les principes des droits de l'homme internationalement reconnus lorsqu'elles se heurtent à des obligations contradictoires⁶⁹. D'une part, elles sont invitées à utiliser divers procédés pour mettre le droit étatique en conformité avec les standards de la CSR, en procédant à du *lobbying* pour obtenir le changement de la loi, en exerçant leur pouvoir de marché sur les États pour introduire des clauses de CSR dans les contrats d'investissement, ou encore en déclenchant des pressions sur l'État d'accueil par la sollicitation de la diplomatie de l'État d'origine, le financement des ONG dans l'État d'accueil, ou la publication des pratiques de l'État d'accueil⁷⁰. D'autre part, à défaut d'obtenir la modification du droit étatique, elles devraient tenter de le contourner pour réaliser les objectifs de la CSR tout en respectant la lettre (et non l'esprit – *supra*, n°43) de la loi, par exemple en établissant des structures parallèles de concertation avec le personnel dans les pays qui prohibent les syndicats⁷¹. Elles peuvent, dans un stade ultime, pratiquer la désobéissance civile, soit de manière clandestine (en permettant aux femmes de se découvrir une fois à l'abri des regards sur leur lieu de travail ou en passant sous silence l'orientation sexuelle de leurs travailleurs par l'application de la politique « *don't ask, don't tell* »), soit de manière revendiquée, comme ce fut le cas des entreprises adhérant aux Principes de Sullivan pour objecter à l'apartheid sud-africain⁷².

§ 2. Les États face à la sanction du marché : le cas de la « discipline budgétaire » dans l'Union économique et monétaire

45. Appliqué non plus au niveau des entreprises mais à celui des États, l'appareil conceptuel développé par Lucien François agit à nouveau comme un puissant instrument de dévoilement des mécaniques de pouvoir à l'œuvre, par-delà la clôture ontologique réputée hermétique entre l'univers des normes, décisions et institutions « juridiques » et le monde des faits et phénomènes « économiques ».

Si le rôle joué par l'État moderne dans la mise en place et le développement, par diverses réglementations, de marchés unifiés visant à régir les relations de production, de travail, d'échange de biens et de services et de distribution de richesses à l'intérieur des frontières nationales n'est plus à démontrer⁷³ et si l'essor de marchés financiers intégrés à un niveau international doit tout autant à une œuvre normative de ces mêmes institutions étatiques⁷⁴, il n'en demeure pas moins vrai que ces dispositifs ont acquis une importance et une consistance telles que leur existence tend à

⁶⁷ Voy. notamment les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principe 19, commentaire, p. 26.

⁶⁸ Consultable sur le site https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Human_Rights_Working_Group/Conflict_of_Laws_GPN.pdf.

⁶⁹ Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, principe 23, p. 29.

⁷⁰ Bureau des Nations-Unies pour le Pacte mondial, *Meeting the Responsibility to Respect in Situations of Conflicting Legal Requirements*, pp. 6-13.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁷² *Ibid.*, pp. 13-14.

⁷³ K. POLANYI, *La Grande Transformation: Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 2011 ; S.R. EPSTEIN, *Freedom and Growth. The Rise of States and Markets in Europe, 1300-1750*, London, Routledge, 2000.

⁷⁴ R. PELLET, *États et marchés financiers*, Paris, LGDJ, 2017.

apparaître objective et autonome. Que cette autonomie des marchés soit conçue comme le résultat d'un processus délibéré de désencastrement social ou comme la conséquence logique de l'existence d'un domaine régi par des mécanismes intangibles, hors de portée de l'action humaine, cela n'est pas ici décisif. Ce qui l'est, c'est que le fonctionnement des marchés est en tout cas aujourd'hui empiriquement observable et que les transactions qui s'y déroulent emportent un effet performatif en ce sens qu'elles ont la capacité d'affecter les relations entre individus, d'en modifier les configurations et, partant, d'agir sur l'organisation des sociétés qu'ils composent – organisation dont les États représentent la figure moderne. Non seulement les marchés échapperaient donc tendanciellement au contrôle des États mais ces derniers seraient dorénavant soumis à l'empire du marché. Les normes juridiques qu'ils adoptent subiraient une mise en concurrence opérée par les acteurs économiques privés attirés par l'environnement institutionnel le plus adapté à l'épanouissement de leurs activités, de sorte que les marchés seraient en capacité de récompenser les pratiques les meilleures et de sanctionner les plus néfastes.

46. Si ce processus touche l'ensemble des États, il se singularise au sein de l'Union européenne : la contrainte économique y fut en quelque sorte actée et consacrée par les États membres lorsqu'ils décidèrent d'édifier l'Union économique et monétaire autour de l'instance disciplinaire du marché. Néanmoins, lorsque l'on passe cette contrainte réputée objective du marché sur les États au tamis de l'analyse microscopique du droit, se révèle un agencement quelque peu différent de ce qui se laisse apercevoir au premier abord : non seulement la pression des marchés obligataires, loin d'être purement factuelle, peut s'analyser en termes jurémiques (1°), mais les jurèmes émis par l'entremise des marchés se trouvent par ailleurs pris dans un jeu complexe d'imbrication, d'intériorisation, d'appropriation et de réélaboration par les divers acteurs étatiques censés y être « soumis » (2°). L'effectivité des injonctions du marché dépend en réalité doublement des décideurs publics : en amont, c'est le cadre normatif de l'UEM qui produit les conditions d'existence d'une contrainte de marché ; en aval, ce sont les institutions européennes – donc aussi les représentants des États qui les composent – qui prolongent, renforcent et actualisent ces injonctions, jusqu'à se substituer aux marchés pour imposer les réformes structurelles supposées prescrites par ces derniers.

A. Le marché comme succession et superposition d'agrégats symétriques créateurs de jurèmes à destination des États

47. À la suite des travaux de Hayek, le marché est en particulier compris comme un processus de découverte, de connaissance et de sélection dans un monde d'informations nécessairement limitées, où les agents se trouvent placés derrière un « voile d'ignorance » que le marché a vocation à lever – mais toujours partiellement. Il en ressort certes une inflexion des grands postulats économiques néoclassiques, en particulier d'information et de rationalité supposées parfaites des agents économiques, mais pour insister d'autant plus sur l'importance de créer les conditions d'efficacité maximale du marché, c'est-à-dire les modalités institutionnelles qui donnent au marché la possibilité de déployer sa capacité de fléchage des comportements par la circulation des informations qu'il permet – informations qui se reflètent et se cristallisent dans le prix des biens et services échangés sur le marché. Adaptées à l'échelle macroéconomique des États, ces théories impliquent, comme nous l'avons déjà laissé entendre ci-dessus (n°45), que la mise en concurrence des normes produites par ces États permettra, par le processus de sélection du marché, de dégager les politiques les plus efficaces, d'éliminer les plus néfastes et dommageables et de maximiser ainsi le bien-être général global des ordres juridiques mis en concurrence. Comme l'exprima Hans Tietmeyer, alors président de la *Bundesbank* et l'un des grands architectes intellectuels de l'UEM :

« les marchés financiers assument le rôle de contrôleur. Ils peuvent sanctionner une politique monétaire laxiste ou une politique budgétaire indisciplinée. Ils retirent les capitaux d'un tel pays et exigent un supplément élevé en ce qui concerne les taux d'intérêt pratiqués sur le marché des capitaux [...] Tout compte fait, pour la politique nationale, la mondialisation signifie ce qui suit : – l'ensemble de l'économie, c'est-à-dire les systèmes sociaux, les réglementations concernant les

marchés des biens et du travail, la politique fiscale, l'ordre juridique, tout cela entre en jeu dans la concurrence des emplacements ; – la politique monétaire et financière est testée en permanence par les marchés financiers. »⁷⁵

Pour que la sélection opère, encore faut-il cependant que les États soient réellement mis en concurrence et que les informations les concernant soient véritablement disponibles pour les agents économiques agissant sur le marché. C'est là une condition indispensable pour que les marchés soient ainsi en capacité de se prononcer sur la plus ou moins grande conformité des politiques économiques à leurs attentes. Cela nécessite la mise en marché de l'État aux fins de sa valorisation, qui se réalise au travers du développement d'un instrument financier approprié : les titres de sa dette publique. Par la valeur des taux d'intérêt des emprunts d'État qu'ils énoncent, les marchés obligataires feraient advenir dans cette configuration à la fois un régime de vérité sur la « soutenabilité » des politiques publiques des États et un système de potentielles sanctions susceptibles de les contraindre à réformer celles-ci lorsqu'elles dévient des attentes des marchés.

48. En recodant ces premières observations dans la grammaire de la microscopie du droit, les choses se présentent cependant quelque peu différemment et il est alors possible de mieux saisir et éclairer les dynamiques et processus en jeu.

D'abord, le mécanisme des taux d'intérêt sur les marchés des obligations d'État crée bel et bien une situation *jurémique* (*supra*, n°4). Les éléments constitutifs du jurème se trouvent en effet réunis : la perspective d'une hausse des taux, voire d'une exclusion des marchés par l'application de taux prohibitifs ou par le refus pur et simple de continuer à prêter à l'État en difficulté financière, joue manifestement vis-à-vis de ce dernier comme une pression par menace de sanction (1°), à laquelle les destinataires que sont les décideurs publics ont conscience d'être potentiellement exposés (2°) s'ils ne se plient pas suffisamment, fût-ce contre leur gré (3°), aux attentes – aux « vœux » impératifs – des agents investissant leurs capitaux sur les marchés obligataires (4°).

Certes, si l'évidence de la menace paraît acquise, l'existence d'une potentielle communication de la conduite exigée – en l'occurrence des politiques budgétaires – par les émetteurs du jurème (5°) peut sembler moins évidente. Ce sont en réalité les agences de *notation* qui accomplissent cette fonction de *notification*⁷⁶. Fondée sur un ensemble d'indicateurs censés évaluer, entre autres choses, l'état des finances publiques (soutenabilité de la dette et du déficits publics, niveau d'imposition fiscale, etc.), les structures institutionnelles (stabilité politique, niveau de corruption, etc.), le contexte macroéconomique (croissance, chômage, inflation, etc.) et la capacité à mettre en œuvre les réformes structurelles jugées nécessaires pour le bon fonctionnement d'une économie de marché, ces notes peuvent être analysées sous deux aspects : du point de vue des investisseurs institutionnels (fonds d'investissement privés ou souverains, banques d'affaires, etc.), elles représentent des informations à obtenir, contre rémunération, pour objectiver le risque d'insolvabilité des institutions publiques et adapter le cas échéant la prime de risque (le taux d'intérêt) attachée aux titres de dette publique émis ou échangés. Du point de vue des États évalués en quête de (re)financement, les notes constituent alors autant d'avertissements quant aux réactions attendues de leur part et aux conséquences du respect ou du non-respect de telles expectatives.

Certes encore, la *réalité* de la sanction peut être discutée, notamment au regard de certaines études empiriques basées sur l'expérience pratique des marchés obligataires vis-à-vis des États ayant

⁷⁵ H. TIETMEYER, « L'économie européenne entre marchés globaux et défis internes », Dix-neuvième conférence Jean Monnet, Florence, Institut universitaire européen, 28 novembre 1996 (cité in F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 58).

⁷⁶ B. LEMOINE, « Quantifier et mettre en crise la dette souveraine. Agences de notation, techniques comptables et constructions privées de la valeur des États », *Politique européenne*, 2014, n° 2, pp. 24-51.

adopté l'euro⁷⁷. Il n'en reste pas moins vrai que l'*apparence* de la capacité de pression par menace de sanction des investisseurs peut suffire à affecter bien réellement les comportements des décideurs publics qui, lorsqu'ils ne se plient pas aux injonctions, cherchent encore à dissimuler ou à justifier leurs écarts vis-à-vis de la « norme économique »⁷⁸.

49. On observe par ailleurs que les jurèmes s'inscrivent ici dans un système de communication fragmenté dans le temps : la mise en place d'une grille de notation allant d'une sécurité maximale (AAA) au défaut de paiement (D) peut se concevoir comme l'émission de messages préparatoires (explicitant le sens à donner aux diverses notes) et de *jurèmes virtuels* sur le comportement à adopter en cas de dégradation de la note, qui ne deviennent *actifs* à l'égard d'un État particulier qu'une fois qu'une note lui est effectivement attribuée, puis modifiée (à la baisse). Au surplus, le déclassement d'un État (par exemple au motif d'un problème grave de soutenabilité du régime des pensions) peut produire des effets latéraux et agir comme autant de *jurèmes par induction* envers les autres États qui se trouveraient dans une situation comparable : ceux-ci sont en effet susceptibles de comprendre que cette épée de Damoclès risque de s'abattre sur eux aussi s'ils n'entreprennent pas les réformes dont l'absence est sanctionnée dans le chef de l'État « déclassé » et menacé d'un renchérissement du coût de son financement.

S'il est alors possible de rattacher ces ensembles de jurèmes, de messages préparatoires et de messages constitutifs à des *archèmes* dont les diverses agences de notation auraient chacune la maîtrise⁷⁹, on peut par extension se figurer la réunion et la collaboration de ces agences et des divers investisseurs institutionnels sur les marchés sous le prisme de l'*agglutination*, en tant qu'agrégat, voire plus précisément *agrégat d'agréats*. Pourtant, « le » marché – ou « les » marchés lorsqu'on les décline par exemple selon les actifs échangés (actions, obligations, devises, etc.) ou les lieux où se tiennent les échanges (les « places boursières ») – fonctionne(nt) d'un point de vue externe *comme s'il(s)* étai(en)t un sujet individuel, une entité matérielle uniforme à la volonté singulière propre. Or, un tel processus hypostatique n'est pas sans faire écho au phénomène de dépersonnalisation mentionné comme l'une des techniques de nimbe caractéristiques de l'État (*supra*, n°16). En mentionnant à diverses reprises les « agences », « investisseurs » et autres « décideurs publics », c'était en réalité déjà une invite à soulever le voile d'individualité et d'unité qui accompagne le phénomène d'agglutination que nous manifestions.

50. Si une telle fiction d'unité existe, c'est aussi en raison du degré de coalescence des agrégats formant le(s) marché(s), qui lui-même dépend en grande partie des convictions normatives partagées et intériorisées par les opérateurs qui le(s) composent sur la manière dont fonctionne (et doit fonctionner) l'économie. De telles *homodoxies* recouvrent en réalité ce qui a pu être qualifié, en sciences économiques, d'« orthodoxie »⁸⁰ ou, en sciences politiques, de « référentiel »⁸¹. Relativement stables, ces visions communes du monde (économique) sont

⁷⁷ M. ARGHYROU, and A. KONTONIKAS, *The EMU Sovereign-Debt Crisis: Fundamentals, Expectations and Contagion*, European Economy. Economic Papers, 436, February 2011, 45 p.

⁷⁸ C. ROMMERSKIRCHEN, « Debt and Punishment: Market Discipline in the Eurozone », *New Political Economy*, septembre 2015, vol. 20, n° 5, pp. 752-782.

⁷⁹ Si l'on ajuste encore la lentille du microscope, il est possible que ce qui apparaît à première vue comme un archème se révèle en réalité lui-même être un agrégat composé des divers détenteurs des parts sociales de la société sous laquelle agit une agence de notation. L'avantage de l'analyse microscopique du droit est qu'elle fournit les outils pour adapter la lentille au phénomène à analyser, de sorte que nous pouvons nous arrêter ici au constat que les agences de notation peuvent, pour notre propos, s'analyser de l'extérieur comme des archèmes, en laissant ouverte la question de savoir si, à l'occasion d'analyses plus poussées encore, telle ou telle société sous laquelle agit une agence de notation ne forme pas même un agrégat.

⁸⁰ R. BOYER, « Orthodoxie, hétérodoxies et capitalismes contemporains », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, 2017, n° 22, pp. 1-33.

⁸¹ P. MULLER, « Référentiel », in *Dictionnaire des politiques publiques*, 5^e éd., Paris, Presses de Sciences Po, 2019, pp. 533-540. Voy. aussi, pour l'application du concept aux marchés financiers : F. LORDON, « Les apories de la politique économique à l'époque des marchés financiers », *Les Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1997, vol. 52, n° 1, pp. 157-187.

cependant susceptibles d'évolution sur le temps long, comme l'enseigne le passage du keynésianisme à la Nouvelle macroéconomie classique. Le premier était fondé sur la nécessité d'un fort interventionnisme étatique (budgétaire, monétaire, industriel, etc.) pour stabiliser les déséquilibres tendanciels des structures économiques et sur la possibilité d'arbitrer politiquement entre divers objectifs (croissance, plein-emploi, équilibre de la balance commerciale et stabilité des prix). La seconde fut développée à partir des théories monétaristes et du modèle des anticipations rationnelles et se focalisa sur la stabilité monétaire, l'équilibre budgétaire des États et la libéralisation maximales des échanges (en interne et au niveau international), desquels découleraient alors mécaniquement la croissance et le plein-emploi.

Or, si la première homodoxie était caractéristique des institutions de Bretton Woods, c'est la seconde qui sous-tend l'ensemble de l'architecture de l'Union économique et monétaire⁸². C'est à son aune que doit être lu le découplage de la politique monétaire (désormais européanisée et confiée à une instance indépendante soumise à un mandat « monétariste ») vis-à-vis des politiques économique-budgétaires, elles-mêmes maintenues au niveau étatique mais désormais enserrées dans un carcan de stabilité censé contraindre les États à délaissier les politiques conjoncturelles au profit des réformes structurelles⁸³. Aussi bien les marchés que les États et l'association spécifique d'États qu'est l'UEM se conçoivent en ce sens comme des agrégats (d'agrégats) appuyés, en partie du moins, sur une même homodoxie, en l'occurrence une même « vision du monde » économique.

B. Le double conditionnement de la sanction du marché au sein de l'UEM et la persistance de l'État par-delà la contrainte économique « objective »

51. En tant que ces deux structures que sont les marchés et l'UEM comme association intégrée d'États demeurent distincts, il n'en est pas moins nécessaire de penser leurs relations – d'*étanchéité* et de *relevance*, mais aussi de *conditionnement réciproque*.

52. La disciplinarisation par le marché des politiques économique-budgétaires des États *via* leurs dettes n'est pas, en effet, une donnée de nature. Elle dépend d'une configuration institutionnelle spécifique et nécessite en particulier, du moins selon la Nouvelle macroéconomie classique qui fait figure d'homodoxie, la réunion de quatre conditions⁸⁴ : d'abord, des marchés financiers ouverts et libres, c'est-à-dire la liberté de circulation des capitaux ; ensuite, une transparence maximale des informations concernant les dettes de l'État emprunteur, les perspectives de remboursement et, par extension, l'ensemble de l'environnement économique de l'État ; troisièmement, la responsabilité individuelle des États, qui ne peuvent, en théorie, être renfloués en cas de défaillance ; enfin, des réponses conformes des institutions étatiques aux signaux du marché – ou, en d'autres termes, une réaction concordante et en temps utile (c'est-à-dire avant d'en être exclus) des États à une dégradation des taux d'intérêt des obligations souveraines.

Or, c'est précisément à la production et à l'agencement de ces quatre conditions que tend le cadre normatif de l'Union économique et monétaire dès sa formulation originelle. Tout d'abord, le parachèvement, avec l'Acte unique européen, de la libre circulation des capitaux permet d'ouvrir et de libéraliser les marchés financiers (actuels art. 63 à 66 TFUE)⁸⁵ et d'ainsi remplir la condition première de fonctionnement efficient des mécanismes de marché, que renforce encore

⁸² M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom », *Common Market Law Review*, 1998, vol. 35, n° 1, pp. 9-32.

⁸³ F. MARTUCCI, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, vol. 78, n° 1, pp. 127-145 ; F. MARTUCCI, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire », in G. GRÉGOIRE et X. MINY (dir.), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2022, pp. 427-457, disponible sur <https://brill.com/view/title/63005>.

⁸⁴ T.D. LANE, « Market Discipline », *IMF Staff Papers*, 1993, vol. 40, n° 1, p. 53-88, spéc. p. 61.

⁸⁵ Les modalités de cette libre circulation sont détaillées dans la Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JOUE L 178, 8 juillet 1988, p. 5).

l'introduction de la monnaie unique, qui réduit les coûts de transaction et l'opacité des prix inhérents à l'existence d'une multitude de monnaies⁸⁶. La triple interdiction de financement monétaire par la banque centrale européenne (BCE) ou par les banques centrales nationales (art. 123 TFUE) (1°), d'accès privilégié aux institutions financières (art. 124 TFUE) (2°) et de solidarité interétatique (art. 125 TFUE) (3°) institue ensuite les marchés financiers comme source exclusive de financement des déficits et de l'endettement des États et consacre dans le même temps la responsabilité individuelle des États membres. Enfin, la coordination des politiques économiques et la discipline budgétaire, rassemblées dès 1997 au sein du Pacte de Stabilité et de Croissance (PSC), ont vocation à remplir les deux dernières conditions : d'une part, mettre en œuvre la transparence nécessaire à l'intégration de l'ensemble des informations pertinentes dans les « prix » des emprunts publics de l'État (les taux d'intérêt), et donc contribuer à exprimer leur « vérité » objective à travers leur valorisation ; d'autre part, prolonger, traduire et expliciter – en d'autres termes : *interpréter et faire respecter* – les injonctions du marché envoyées à l'État par la variation des taux d'intérêt, afin que ce dernier les intériorise en adoptant les réformes « structurelles » qui leur auront été réclamées par les institutions de l'UEM (Conseil ECOFIN, Commission, BCE), quoique « au nom » des marchés ou, du moins, en application d'une rationalité imputée au marché.

Les règles de coordination et d'encadrement des politiques économiques et les dispositions de discipline budgétaire contribuent ainsi à *produire* la discipline de marché présumée par l'homodoxie et à en déployer le maximum de potentialités. Elles s'y plient et s'y articulent pour rendre possible et perfectionner les injonctions du marché en établissant la transparence des informations et l'intériorisation des réformes jugées nécessaires à l'aune du marché. Il faut à cet égard bien analyser les sanctions prévues par le PSC qui, toutes, prennent sens à la lumière des mécanismes de marché. La première sanction réside dans la *publicité* des recommandations, dont la logique sous-jacente est d'envoyer aux marchés l'information d'une déviation des politiques poursuivies vis-à-vis des attentes (projetées) desdits marchés, afin que ces derniers puissent sanctionner l'incurie de l'État en adaptant à sa situation économique réelle les taux d'intérêt exigés. De même, les sanctions *pécuniaires*, en particulier les dépôts (portant intérêts ou non), peuvent s'analyser comme un incitant supplémentaire aux contraintes du marché, dans la mesure où le dépôt risque d'obliger l'État à creuser son déficit, donc à empirer sa situation économique et budgétaire et à subir par contrecoup, en principe, l'augmentation des taux d'intérêts exigés par les marchés.

53. Ce dispositif se présente finalement comme un ensemble de *jurèmes transversaux de renforcement* adossés à une *homodoxie* économique, émis par les membres d'un *cercle d'exigence mutuelle*, à savoir la superposition d'*agrégats* en apparence⁸⁷ *symétriques* qu'est l'UEM. Au-delà du voile juridique de la primauté du droit de l'Union, une institution aussi centrale que le Conseil ECOFIN ne constitue pas tant un organe hiérarchiquement supérieur imposant des volontés extérieures aux entités inférieures, les États membres, qui leur seraient donc soumis et se verraient ainsi imposer des commandements « hétéronomes », qu'un agrégat d'agrégats dominateurs *a priori* égaux (les États membres) et qui se trouvent agglutinés autour d'une homodoxie économique spécifique. Chaque État est en effet, au sein de l'UEM, à la fois destinataire d'un faisceau convergent de jurèmes de même contenu – qui touchent au respect de la discipline budgétaire et aux réformes structurelles des politiques économiques qui s'en déduisent – produits par les autres membres *et* partie prenante des agrégats-miroirs auxquels sont rattachés ces jurèmes de même contenu vis-à-vis des autres membres. De nouveau, on peut s'interroger sur la vraisemblance des sanctions

⁸⁶ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (DGEFIN), « One market, one money. An evaluation of the potential benefits and costs of forming an economic and monetary union (dit "Rapport Emerson") », *European Economy*, octobre 1990, n° 44, p. 63 et s.

⁸⁷ Nous parlons d'une « apparence » de symétrie de l'agrégat en ce sens que les membres, en tant qu'États souverains, sont réputés égaux en droit. Néanmoins, au-delà de ce nimbe d'égalité, les hiérarchies qui existent entre ces États (en termes de pondération des droits de vote par exemple) impliquent un certain degré de polarisation au sein de l'agrégat. Nous n'approfondirons cependant pas ici cette question qui déborde le sujet de notre étude.

annoncées mais il faut insister sur le fait que l'apparence suffit potentiellement à produire des effets dans le comportement des destinataires. Il ne manque d'ailleurs pas de décideurs publics ayant présenté des réformes importantes (des pensions ou du marché du travail par exemple) comme la conséquence des exigences de discipline budgétaire de l'UE, dont le respect serait lui-même nécessaire pour éviter un envol des taux d'intérêt sur les titres de dettes et un aggrèvement corrélatif de la situation financière de l'État. Au-delà de la question de son effectivité, la rhétorique du marché comme contrainte externe objective seulement actée et transcrite par les institutions de l'UEM agit dès lors en tout cas comme une technique de *nimbe* particulièrement puissante, susceptible d'emporter sinon l'adhésion à du moins l'acceptation des décideurs publics aux obligations qui leur sont imposées, en tant que ces décideurs sont destinataires des jurèmes *combinés* des agents du marché *et* des institutions de l'UEM.

54. Ceci donne déjà des indications sur la façon dont le dispositif de l'UEM interagit avec la sanction du marché non seulement *ex ante* – en établissant le cadre qui la rend possible – mais aussi *ex post* – en ouvrant à une réappropriation de la contrainte du marché par les États en vue d'adopter des réformes spécifiques et de (ré)orienter, ce faisant, les politiques publiques des États membres dans un sens (plus) conforme à la logique de concurrence censée régir l'économie de marché. Les modifications du dispositif adoptées en réponse aux crises financière, économique puis monétaire des années 2008-2012, qu'elles soient « législatives » (*Six-Pack* et *Two-Pack*), « constitutionnelles » (révision de l'article 136 TFUE) ou « conventionnelles » (Traité sur la Stabilité, la Coopération et la Gouvernance), confirment, s'il le fallait encore, ce double interface entre les agrégats constitués par les marchés et les agrégats dominateurs parties à l'UEM et achèvent, au passage, de démontrer à la fois le caractère *conditionné* de la sanction du marché et l'*interconnexion* profonde entre sanction du marché et (auto-)contraintes des États *via* les institutions de l'UEM. La « Nouvelle gouvernance économique » de l'UEM fut en effet fondée sur deux piliers intimement liés : d'une part, la consolidation et l'approfondissement du cadre de surveillance et de contrôle des politiques économiques et budgétaires des États membres de l'UEM ; d'autre part, la création de mécanismes d'assistance pour renflouer les États en difficulté financière et l'instauration d'une « surveillance renforcée » en compensation de l'activation de tels mécanismes.

Les réformes du Pacte de stabilité et de croissance (y compris celle de 2024, adoptée en réponse à la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19), l'adjonction d'un contrôle macroéconomique à la surveillance budgétaire et la mise en cohérence chronologique des différentes procédures à l'intérieur du Semestre européen affinent encore le cadre juridique produisant et instituant les marchés comme instance sanctionnatrice des politiques économiques et budgétaires des États membres, dans la mesure où elles améliorent deux des quatre conditions jugées nécessaires à la discipline du marché (*supra*, n°52). La mise en place du dispositif intégré de surveillance et de contrôle que forme désormais le Semestre européen accroît effectivement la *publicité* et la *transparence* des informations relatives aux politiques économiques et budgétaires des États membres et contribue donc au perfectionnement de leur valorisation par les marchés obligataires, à travers l'affinement des taux d'intérêt exigés en contrepartie des titres souverains – cette précision des taux constituant du même coup une amélioration des mécanismes d'injonction et de sanction. Par l'extension des mécanismes de pressions tant préventifs (recommandations, obligations de justification, soumission des projets budgétaires, etc.) que correctifs (*via* les plans de mesures correctives en cas de déséquilibres macroéconomiques excessifs ou les programmes de partenariat économique en cas de déficits excessifs), elle concourt également à une meilleure *intérieurisation en temps utile* par l'État – c'est-à-dire avant d'être exclu des mécanismes de financement des marchés – des réformes macroéconomiques et d'assainissement budgétaire conformes aux attentes des agents économiques investissant sur les marchés.

Si ces mécanismes préventifs et correctifs ne suffisent pas à garantir le caractère « soutenable » des politiques macroéconomiques et budgétaires étatiques et si un État en difficulté financière risque par conséquent de ne plus pouvoir emprunter sur les marchés obligataires en

raison des taux prohibitifs appliqués en sanction de l'incurie alléguée de l'État en cause (comme ce fut le cas au plus fort de la crise pour la Grèce, l'Irlande, l'Espagne ou le Portugal), un dispositif additionnel – second pilier de la Nouvelle gouvernance macroéconomique – fut déployé sous la forme d'une assistance financière *sous stricte conditionnalité* (prêts bilatéraux, Mécanisme européen d'assistance financière, Fonds européen de stabilité financière, puis Mécanisme européen de stabilité)⁸⁸. Cette dernière notion est tirée des pratiques du Fonds Monétaire International (FMI)⁸⁹ : un État reçoit une assistance financière *à la condition* sine qua non de prendre les mesures de politique économique fixées, en théorie, en concertation avec les bailleurs de fonds mais en pratique dictées le plus souvent unilatéralement par ceux-ci. Afin de s'assurer de la bonne application de ces mesures, l'assistance financière est fournie par tranches successives et est interrompue en cas de non-respect des engagements. En l'occurrence, dans la version pérennisée du Mécanisme européen de stabilité (MES), la stricte conditionnalité implique que, lorsque les ministres des finances des États de la zone euro, agissant collectivement en tant que « Conseil des gouverneurs » du Mécanisme, octroient un soutien à la stabilité d'un État membre du MES, il « charge la Commission – en liaison avec la BCE et (...) conjointement avec le FMI – de négocier avec le membre du MES concerné un protocole d'accord définissant précisément la conditionnalité dont est assortie cette facilité d'assistance financière »⁹⁰. Comme dans le cadre des pratiques du FMI, la conditionnalité repose alors sur des versements par tranches successives avec, à chaque fois, un contrôle, réalisé sur place, du respect des mesures prévues dans le protocole d'accord – ou *Memorandum of Understanding* – par ces trois institutions, connues sous l'appellation de *Troïka*. Si l'État en cause fait partie de la zone euro, la « surveillance renforcée » qui lui est imposée exprime très clairement les implications de la stricte conditionnalité – à savoir l'imposition d'une véritable tutelle matérielle et organique des institutions européennes sur l'État défaillant à travers l'adoption d'un « Programme d'ajustement macroéconomique », révisable en cas d'écart significatif entre les prévisions macroéconomiques et les résultats obtenus et dont le non-respect est sanctionné par la suspension du versement des tranches successives de l'assistance financière.

55. Certains ont pu avancer que ces mécanismes avaient pour effet de court-circuiter la contrainte du marché⁹¹, en ce que l'exclusion d'un des États membres du financement des marchés serait la sanction ultime des politiques économiques et budgétaires néfastes et que les possibilités de renflouement par intervention publique externe représentait donc une protection indue contre de telles sanctions et la logique de disciplinarisation par le marché qui y préside – ce qui risquait d'encourager les comportements de « passager clandestin » visant à profiter des avantages d'un système sans contribuer au maintien des conditions de viabilité dudit système. À rebours de cette interprétation, les lentilles de la microscopie du droit nous aident à comprendre en quoi ces mécanismes approfondissent au contraire la dynamique déjà partiellement à l'œuvre dans l'architecture originelle de l'UEM. Ici, les membres de trois institutions de l'UEM – la Commission, la BCE et le Conseil des gouverneurs du MES (qui n'est autre que la formation de l'Eurogroupe agissant sous un autre nom) – acceptent de collaborer, le cas échéant avec ceux du FMI, en formant par le truchement du mécanisme d'assistance financière sous stricte conditionnalité un *agrégat*

⁸⁸ Pour le Traité MES, cette conditionnalité est d'ailleurs répété à quinze reprises, à savoir dans les considérants (2), (6) et (12) et aux art. 3, art. 5, §6, f) et g), art. 12, §1^{er}, art. 13, §§3 et 7, art. 14, §2, art. 15, §2, art. 16, §2, art. 17, §2 et art. 18, §3 TMES.

⁸⁹ J. GOLD, « La conditionnalité du FMI », *Brochure du FMI*, 1979, n°31 ; J.-M. SOREL, « Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I. et leurs conséquences », *European Journal of International Law*, 1996, vol. 7, n° 1, pp. 42-66 ; M. GUTIÁN, « Ajustement structurel et conditionnalité », *Revue d'économie financière*, 1994, vol. 4, n° 1, pp. 345-353 ; A. DREHER, « IMF Conditionality: Theory and Evidence », *Public Choice*, 2009, vol. 141, n° 1/2, pp. 233-267.

⁹⁰ Considérants (2) et (6) et articles 3 et 12 TMES (en application de ce qui est exigé par le nouveau paragraphe 3 de l'article 136 TFUE).

⁹¹ Voy. par exemple : K. HENTSCHELMANN, « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel – Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion », *Europarecht*, 2011, vol. 46, n° 2, pp. 282-312 ; M. RUFFERT, « The European debt crisis and European Union law », *Common Market Law Review*, 2011, vol. 48, n° 6, pp. 1777-1805.

relativement *symétrique* qui émet à destination des États en difficulté, via les *Memoranda of Understanding*, des *jurèmes* très explicites quant aux réformes structurelles à adopter et dont la pression par menace de sanction réside dans la possibilité de suspendre, voire de cesser, les versements successifs – et de retomber ce faisant sous le coup des taux prohibitifs des marchés obligataires. Or, les réformes structurelles réclamées sont précisément celles censées résulter de la pression du marché via les instruments de la notation et des taux d'intérêt – injonctions aux réformes le plus souvent d'ailleurs déjà *notifiées* aux États membres aux stades précédents de la surveillance budgétaire et macroéconomique opérée par les institutions de l'UEM dans le cadre du Semestre européen.

Autrement dit, les jurèmes émis par les membres de l'agrégat à l'origine d'un mécanisme d'assistance financière sous stricte conditionnalité viennent non pas s'opposer à mais compléter et prolonger ceux émis au sein de l'agrégat formé des investisseurs agissant comme prêteurs sur les marchés obligataires. D'une certaine façon, ils témoignent d'une *relevance* accordée par cet agrégat d'agréats dominateurs qu'est l'UEM aux jurèmes émis par les agents agissant sur les marchés. Une telle relevance implique d'adjoindre à ces jurèmes les dispositifs de pression par menace de sanction qui sont propres à cet agrégat interétatique, en l'occurrence la stricte conditionnalité attachée à l'assistance financière. Ce mécanisme de conditionnalité s'interpose en réalité subtilement entre les menaces de sanction, aussi bien initiale (renchérissement du financement par l'augmentation des taux d'intérêt sur les titres de dettes publiques) qu'ultime (exclusion de fait des marchés obligataires par l'application de taux prohibitifs), émanant des agents économiques par l'entremise du marché lui-même. L'UEM permet ainsi de repousser l'hypothèse du défaut de paiement d'un de ses membres et de prolonger l'*exposition* des États au faisceau de jurèmes émis par les agents économiques présents sur les marchés, par la relevance qu'ils leur octroient et par le dispositif complémentaire de pression par menace de sanction qu'il y accole.

La possibilité de substituer temporairement aux marchés les mécanismes d'assistance financière sous stricte conditionnalité pour refinancer les États défaillants risquant d'être exclus de ces marchés permet en effet de concilier deux problématiques antinomiques : d'une part, le risque d'aléa moral d'après lequel un État assuré d'obtenir le soutien financier d'autres institutions risque de négliger l'assainissement budgétaire jugé nécessaire ; d'autre part, le risque d'anticipations auto-réalisatrices des marchés inhérentes à la spécificité de la sanction du marché. À partir d'un certain seuil, l'augmentation des taux d'intérêt des obligations d'un État, due en théorie à la non-conformité des politiques économico-budgétaires de cet État vis-à-vis des attentes des marchés, engendre en effet des problèmes de renchérissement des coûts de financement qui s'auto-alimentent. À politique économico-budgétaire inchangée, ce renchérissement grève de nouveau les déficits, renforçant du même coup les doutes sur la soutenabilité des finances publiques et justifiant alors une augmentation des taux d'intérêt. Même en cas de réformes annoncées visant à répondre aux attentes du marché, la spirale auto-entretenue (le fameux « effet boule de neige ») peut être telle que la sanction ultime du marché sera rapidement appliquée : l'exclusion de l'État des mécanismes de financement sur les marchés obligataires.

Or, cette ultime sanction risque de pousser *de facto* l'État à entreprendre les politiques économiques, monétaires et budgétaires les moins conformes aux attentes du marché. Pour éviter la paralysie économique, l'État pourrait en effet se sentir contraint de prendre des mesures hétérodoxes telles que : un défaut sur sa dette ; le retour à une monnaie nationale et l'abolition de l'indépendance de la banque centrale nationale pour être en capacité de refinancer le déficit par la planche à billets et de procéder à une dévaluation monétaire afin de reconquérir – « artificiellement » et vainement, selon les théories de la Nouvelle macroéconomie classique – la compétitivité-prix des entreprises nationales vis-à-vis des entreprises étrangères (au lieu de s'en tenir à une « dévaluation interne » par la compression des salaires) ; des politiques budgétaires contra-cycliques et expansionnistes (nécessairement inflationnistes selon ces mêmes théories) pour relancer – toujours « artificiellement » et vainement dans ce système de pensées – la croissance ; etc. Si la crainte des

conséquences de l'absence d'un renflouement par un autre État peut constituer un incitant plus grand à la discipline budgétaire, eu égard aux conséquences sociales et politiques de l'exclusion de l'État des marchés de la dette publique, cette absence de renflouement *au moment critique de l'exclusion elle-même* aggravera la situation économique et budgétaire de l'État et constitue ainsi un risque sans doute plus grand encore de voir ce dernier s'écarter définitivement de ces politiques économiques et budgétaires « saines » au centre de l'architecture de l'UEM.

Le moyen le plus efficace d'éviter ces (més)aventures économiquement hétérodoxes consiste donc à court-circuiter de l'extérieur, via un autre *agrégat* possédant des mécanismes de pression complémentaires et acceptant de donner *relevance* aux injonctions du marché, ces anticipations auto-réalisatrices, ce qui nécessite alors pour les institutions de l'UEM – et, à travers elles, les États qui la constituent – de se substituer temporairement aux marchés financiers. Endiguant les phénomènes d'anticipations auto-réalisatrices, les mécanismes d'assistance financière établis sur le modèle du FMI permettent symétriquement d'éviter l'effet de l'aléa moral par le biais de la « stricte conditionnalité », qui permet d'enjoindre aux États de respecter la discipline (projetée) du marché même en dehors de la réalisation effective de la sanction du marché, comme le confirment les décisions *Pringle* et *Gauweiler* de la Cour de justice de l'UE⁹².

56. On pourrait finalement se demander si l'agglutination des États au sein de l'UEM et la *relevance* accordée par cette dernière aux jurèmes émis par l'entremise des marchés obligataires n'est pas si poussée qu'elle finirait par donner naissance à un *agrégat* (d'agréga^ts) doublement *polarisé* : d'une part, les États collaborant au sein de l'UEM auraient finalement accepté de se mettre au service d'une structure de pouvoir intégrée tenue pour supérieure (comme le laisse entendre la revendication d'une primauté du droit de l'Union, y compris de l'UEM, quand bien même cette primauté relèverait en partie d'une technique de nimbe – *supra*, n° 17)⁹³ ; d'autre part, les membres de cet *agrégat* *polarisé* se mettraient au service d'un autre *agrégat* *polarisé* à la tête duquel se trouverait la collectivité, anonyme et toujours mouvante, des agents économiques parties prenantes aux marchés. Indirectement, les agents du premier *agrégat* *polarisé* (en l'occurrence, les États) seraient donc, en fin de compte, les agents du second. Comme nous l'avons déjà mentionné précédemment (*supra*, n°53), cette impression peut être induite par la manière de certains décideurs publics de présenter leurs actions non comme la mise en œuvre d'un agenda politique assumé et d'un programme idéologique qu'ils endossent mais seulement comme la conséquence des injonctions des institutions européennes, qui seraient elles-mêmes déduites d'une contrainte économique objective exercée par les marchés. Un tel nimbe procède du reste peut-être moins d'une tentative de dissimulation des volontés politiques que d'une conviction normative intériorisée et partagée, à un degré plus ou moins élevé, au sein des divers niveaux de pouvoirs des États et des institutions de l'UEM – autrement dit, de l'homodoxie économique qui y règne.

57. Cependant, comme souvent, les situations de crise qui voient vaciller les configurations spécifiques par lesquels une conviction normative partagée acquiert et déploie sa puissance performative révèlent la dynamique plus complexe des irréductibles rapports de pouvoir jusque-là restés dissimulés derrière le voile d'un édifice normatif parfaitement agencé et dépersonnalisé. La « Grande récession » de 2008 et la crise des dettes souveraines qu'elle entraîna au sein de la zone euro en donne une illustration paradigmatique. Le 26 juillet 2012, au plus fort de la crise, le président de la BCE Mario Draghi énonça dans un temple de la finance de marché (la *Global Investment Conference*) la doctrine du « quoi qu'il en coûte » d'après laquelle « [d]ans le cadre de notre mandat, la BCE est prête à faire tout ce qui est nécessaire (*whatever it takes*) pour préserver l'euro » – quitte justement à réinterpréter très largement ledit mandat. Ensuite, il mit en œuvre cette

⁹² CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e.a.*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, pts. 58-59, 135, 137 et 143 ; CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. v. Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, pts. 111-121.

⁹³ À la différence d'un traité international classique, donnant naissance à un cercle d'exigence mutuelle composé d'agréga^ts symétriques d'agréga^ts dominateurs (*supra*, n°8).

doctrine par l'adoption de divers programmes de politique monétaire de rachat d'actifs, y compris de dettes publiques, dont l'activation était le cas échéant conditionnée au respect par les États concernés de la conditionnalité stricte liée à un mécanisme d'assistance financière. Or, ce faisant, il ne fait rien d'autre qu'enjoindre finalement aux marchés d'adapter à la baisse leurs sanctions appliquées aux États impécunieux, à défaut de quoi il menace de se substituer à ces marchés en assurant le financement des États concernés – bien qu'il se soit toujours défendu d'une telle position qui le mettait en porte-à-faux vis-à-vis de l'interdiction de financement monétaire consacrée dans les traités (art. 123 TFUE). La revendication du *Whatever it takes* agit donc en quelque sorte comme l'équivalent fonctionnel d'un jurème de suprématie par lequel le Président de la BCE se pose comme le détenteur en dernier ressort des dispositifs de pression par menace de sanction. Du même coup, c'est le nimbe d'une contrainte du marché objective, quasi-transcendante, qui se fissure et révèle son caractère profondément conditionné par d'autres instances, qui ne sont donc pas seulement privées mais aussi, et peut-être surtout, publiques.

De la même manière, lorsque la Cour constitutionnelle fédérale allemande entame un bras de fer judiciaire avec la Cour de justice de l'UE pour contester l'auto-proclamation de la BCE comme gardienne de l'intégrité de la zone euro (au mépris, selon les juges de Karlsruhe, de son mandat strictement orienté vers la stabilité des prix, fondé lui-même sur des arguments « scientifiquement prouvés ») et, par extension, sa prétention à décider de la situation exceptionnelle, le nimbe se fissure doublement. D'un côté, on assiste au délitement en actes d'une homodoxie que certains membres de l'agrégat tentent de maintenir et de défendre à tout prix, démontrant ainsi paradoxalement, mais à leur corps défendant, le caractère fondamentalement contingent et situé – donc non nécessaire et non purement objectif – d'une telle conception du fonctionnement de l'économie. De l'autre, la preuve est apportée que l'apparent édifice d'un agrégat bien organisé et hiérarchisé tel que le présentent les institutions de l'Union européenne – qui, suivant la position de la CJUE, revendiquent la primauté du droit de l'UE – cache en réalité des tensions fondamentales et la persistance de prétentions concurrentes au « pouvoir du dernier mot »⁹⁴, qui n'est finalement qu'un prolongement ou une déclinaison juridictionnel(le) du jurème de suprématie. C'est précisément parce que les autorités de l'agrégat dominateur continuent, en raison d'une légitimité démocratique alléguée, de poser cet État comme souverain, donc comme détenteur du monopole de la violence physique majeure sur son territoire, qu'elles refusent de reconnaître la primauté absolue du droit de l'Union européenne⁹⁵. Ces agrégats dominateurs ont certes accepté de donner une relevance très importante, *quasi* automatique, aux jurèmes issus des organes de l'agrégat de l'UEM (jurèmes qu'ils concourent du reste à produire *via* divers canaux et par le biais de leurs représentants au sein des instances de l'UEM), mais sans jamais avoir abdiqué leur pouvoir d'étanchéité.

Conclusion

58. De même que ce texte a commencé par une présentation de l'approche microscopique du droit en tant que telle avant d'illustrer sa force explicative dans le domaine du droit économique, nous commencerons en guise de conclusion par quelques réflexions générales au sujet de la théorie de Lucien François elle-même, en épingleant ses forces mais aussi ses limites, avant de tirer certains enseignements de son application à la « sanction du marché » quant aux rapports qu'entretiennent le droit et l'économie.

⁹⁴ A. SUPLOT, « La guerre du dernier mot », in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, 2019, pp. 489-503. Voy. aussi : G. GRÉGOIRE, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, avril 2021, vol. 2490-2491, n° 5-6, pp. 5-96.

⁹⁵ BVerfG, 12 octobre 1993, Maastricht, 2 BvR 2134/92 e.a., Rec. BVerfGE 89, p. 155 ; BVerfG, 30 juin 2009, Lisbonne, 2 BvE 2/08, Rec. BVerfGE, 123, p. 267.

59. La force explicative de l'approche microscopique du droit repose fondamentalement sur deux pieds : d'une part, l'analyse des moyens susceptibles d'être employés par tout pouvoir, quelle que soit sa nature et son degré de complexité, en vue de se faire obéir et, d'autre part, la mise en lumière des configurations diverses et variées que peuvent prendre les interactions entre différents pouvoirs. Elle se rend ainsi capable de penser les phénomènes de pouvoir dans leurs ramifications multiples au-delà des objets habituellement contenus dans des frontières disciplinaires bien délimitées (au juriste les normes étatiques, à l'économiste les lois du marché, au sociologue les rapports sociaux, etc.).

En se concentrant sur les moyens plutôt que les finalités du pouvoir, cette approche permet en outre d'étudier ce dernier de manière objective, en un double sens : le pouvoir y est appréhendé au travers de ses manifestations extérieures (en tant donc qu'il agit dans la réalité) et indépendamment de tout jugement de valeur subjectif sur ses réalisations. Qu'il agisse bien ou mal, un pouvoir empruntera en effet dans les deux cas au même répertoire de procédés visant à augmenter ses chances d'être obéi. Le chercheur qui se donne pour ambition de comprendre la réalité trouve dans cette théorie des outils appropriés pour la décrire sans *a priori*.

Fondamentalement, cette théorie invite ainsi tout simplement à ne pas se payer de mots. Puisque tout pouvoir bon ou mauvais, dès lors qu'il veut être obéi, cherche à convaincre ses sujets de sa légitimité – ou à tout le moins une partie d'entre eux : ceux nécessaires à son maintien –, puisque l'invocation de grandes valeurs et de principes fondamentaux peut donc n'être rien d'autre qu'une manière de nimber des rapports de pouvoir aux motivations moins recommandables, l'observateur averti réfléchira à deux fois avant d'accorder du crédit à ces derniers et de les admettre comme partie intégrante de la réalité à analyser (telle valeur, tel principe dont se réclame ce pouvoir a-t-il une quelconque effectivité, permet-il effectivement de comprendre le pouvoir et son action ou n'est-il qu'un voile pudiquement jeté sur une réalité moins amène ?).

Cette invitation au déniement est l'une des lignes de force de la théorie de Lucien François. On prendra garde cependant à ne pas en faire une faiblesse en l'absolutisant. Le doute n'est pas une fin en soi mais un moyen dans la recherche de la vérité. Quand des valeurs ont une effectivité, quand un maître ou ses sujets refusent de continuer de jouer le jeu parce que certaines principes fondamentaux sont bafoués, cette normativité propre des discours de justification du pouvoir doit être reconnue et appréhendée comme une composante de la réalité.

On admettra d'ailleurs que, pour comprendre cette dernière, la théorie du Cap des tempêtes n'offre pas de lumière particulière. Le cas échéant, qu'est-ce qui explique que telle parole soit tenue pour source de vérité et pas telle autre ? Quelles sont les contraintes inhérentes à tel principe de justification, autrement dit quel champ du justifiable trace-t-il entre ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas au regard de sa cohérence interne ? Quels liens entretient-il, sur le plan de son contenu, avec telle autre valeur ? Quelles sont ses effets prévisibles sur la représentation que se font les individus des liens qui les unissent ? Sur ces questions, l'approche microscopique du droit n'a pas de réponse à proposer⁹⁶. Sa puissance explicative s'épanouit dans la description des rapports extérieurs entre les pouvoirs eux-mêmes et entre les pouvoirs et les individus. C'est cette attention aux techniques indépendamment de leurs fins – et aux discours en tant seulement qu'ils font partie de ces techniques – qui la rend universalisable, c'est-à-dire éclairante dans tous les contextes⁹⁷. En revanche, quant au contenu des discours de nimbe, à leur nécessité, à leur portée, à leur éventuelle

⁹⁶ Pour un exemple d'étude ayant pour ambition d'éclairer de l'intérieur les discours de justification du pouvoir, leur cohérence interne et leurs effets sur la conception même des règles de droit, voy. l'excellent travail sur les fondements normatifs du régime nazi mené par J. CHAPOUTOT, *La loi du sang. Penser et agir en nazi*, Paris, Gallimard, 2014.

⁹⁷ R. JACOB, *Les formes premières du droit en Occident. I. La parole impériale*, Paris, PUF, 2020, p. 12 : la théorie de Lucien François « crée un lexique nouveau, exprimant des concepts nouveaux, dégagés de toute dépendance à l'égard de toute langue juridique particulière préexistante, susceptible donc de jeter enfin les bases d'une science juridique à vocation universelle ».

intériorisation par les sujets et à la force contraignante qui en découle, l'approche microscopique doit s'abreuer à d'autres pensées. Éclairante dans tous les contextes, elle n'éclaire donc pas le tout de chacun d'eux. Qui s'en offusquera ? Comme l'écrivait Marc Bloch, « [l]a science ne décompose le réel qu'afin de mieux l'observer, grâce à un jeu de feux croisés dont les rayons constamment se combinent et s'interpénètrent. Le danger commence seulement quand chaque projecteur prétend à lui seul tout voir ; quand chaque canton du savoir se prend pour une patrie »⁹⁸.

60. Venons-en aux enseignements tirés de l'application de l'approche microscopique au droit économique contemporain, organisé autour de l'institution faîtière du marché. Que retenir de nos développements relatifs à la CSR et à la discipline budgétaire ?

D'abord, l'image de la « sanction du marché » en ressort profondément transfigurée – non pas par la modification de sa substance, mais par le décalage de point de vue opéré. Le changement de perspectives auquel invite Lucien François amène en effet à saisir les contraintes exercées par les agents qui agissent sur et à travers les marchés comme des phénomènes proprement juridiques. Détenteurs d'une capacité de pression par menace de sanction, ces agents possèdent le pouvoir d'émettre des vœux impératifs à destination d'autres acteurs ; en cela, ils sont parfaitement comparables aux acteurs « du droit » communément admis comme tels.

La mise en relief du pouvoir de ces agents permet également de comprendre que, à l'instar de « l'État »⁹⁹, « le marché » n'est pas une entité uniforme existant à part de la société, mais une institution humaine composée d'individus multiples agissant et interagissant à travers des dispositifs nécessairement adossés à des mécanismes de contrainte. Consommateurs, investisseurs et autres (groupements d')entreprises sont soumis à des relations de pouvoir aussi omniprésentes qu'indénombrables. Ces rapports de domination ne sont par ailleurs pas fixes et arrêtés mais, au contraire, dynamiques et mouvants, faisant apparaître des possibilités de résistances et de subversions. Que l'on songe au cas des consommateurs qui, sortant de leur position d'individus atomisés soumis à la puissance de multinationales imposant leurs volontés à travers ce qui s'apparente à un « droit auto-fondé de l'économie »¹⁰⁰, déploient collectivement des campagnes de boycottage d'entreprises jugées coupables d'enfreindre les règles de responsabilité sociale minimale. Que l'on pense encore aux investisseurs qui usent de leur « pouvoir de la bourse » (la menace de (se) désinvestir) ou de leurs prérogatives d'actionnaires pour infléchir la gestion d'autres entreprises.

L'approche microscopique ne permet pas seulement de voir du droit là où l'on n'en cherche habituellement pas. Elle conduit en outre à reconsidérer le rôle et la place des États dans l'ensemble beaucoup plus large des productions juridiques. Ceux-ci sont impliqués dans la « sanction du marché » à plusieurs titres, comme acteurs et sujets mais aussi (et peut-être surtout) comme « configureurs ». Non seulement ils agissent comme des agents économiques susceptibles de mobiliser à leur avantage la (menace de) sanction du marché, que ce soit en tant que consommateurs, investisseurs ou producteurs, mais eux-mêmes ne sont pas à l'abri des injonctions émises par d'autres acteurs du marché (privés ou publics) et appuyées sur un dispositif de pression par menace de sanction. En l'occurrence, la menace est surtout financière, qu'elle soit adossée au mécanisme de la dette publique ou à la faculté qu'ont les investisseurs de retirer les capitaux d'un pays qui ne satisferait pas suffisamment leurs attentes. Plus fondamentalement, se défaire de la représentation de la sanction du marché comme d'un pur fait permet de comprendre tout ce que cette sanction doit à la configuration institutionnelle et normative déterminée par les États eux-

⁹⁸ M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*, Malakoff, Armand Colin, 2018 [1949], p. 131.

⁹⁹ P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992)*, Paris, Raisons d'agir, 2012.

¹⁰⁰ Pour reprendre l'expression, déjà presque centenaire, du juriste ordolibéral Hans Großmann-Doerth : H. GROßMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht (Antrittsvorlesung)*, Freiburg, Freiburg Wagner'sche Universität Buchhandlung, 1933.

mêmes¹⁰¹. Loin d'être seulement une réalité immanente avec laquelle les autorités publiques – étatiques et interétatiques – sont contraintes de composer, elle tire ses conditions de possibilité de configurations institutionnelles façonnées par ces autorités mêmes. La construction de la discipline de marché au sein de l'Union économique et monétaire offre une illustration particulièrement nette de cette « mise en pouvoir » d'acteurs économiques.

En renversant les termes marxistes consacrés, l'on serait presque tenté d'affirmer, à partir de ce dernier exemple, que le marché ne représente plus tant la base infrastructurelle sur laquelle s'édifie une superstructure juridique que, au contraire, une superstructure économique produite par l'infrastructure des droits (inter)étatiques. Toutefois, en remplaçant un rapport unilatéral par un autre, on manquerait l'essentiel, à savoir que le conditionnement est réciproque : il se matérialise continuellement et joue de manière réflexive. À rebours de la vision objectivante – sinon naturalisée – de l'économie que proposent la plupart des théoriciens du droit économique, depuis les marxistes les plus orthodoxes¹⁰² jusqu'aux ordo- et néolibéraux qui se voudraient les plus constructivistes¹⁰³, en passant par les tenants de l'« analyse substantielle » de l'école de Nice¹⁰⁴, il s'agit de comprendre ce fait essentiel que le domaine de la reproduction matérielle de la société, c'est-à-dire les relations de travail, la production et l'échange de biens et de services et la distribution des richesses, influe sur autant qu'il est conditionné par les normes impératives instituées au sein d'une société donnée par l'autorité dominante, en l'occurrence l'autorité étatique. Autrement dit, il faut travailler à appréhender et à restituer le caractère éminemment et irréductiblement dialectique des rapports entre l'économie et le droit, ainsi que les implications d'une telle dialectique.

Par sa capacité à déconstruire le voile d'objectivation et de transcendance qui entoure le fonctionnement du marché et par sa capacité à saisir sous un prisme juridique les injonctions émises et les sanctions appliquées par les individus et collectifs qui forment ledit marché, l'analyse microscopique du droit représente un précieux outil pour entamer un tel travail d'exploration et de figuration des rapports entre le droit, l'économie et, plus généralement, la société dans laquelle ils s'insèrent et qu'ils contribuent continuellement à (re)façonner. Ce n'est là, cependant, qu'un premier mouvement appelé à être prolongé, nourri et systématisé, notamment par l'attention aux fondements culturels sous-jacents à cette idée que le marché puisse être à la fois législateur et juge, source de normes qu'il lui appartient de « sanctionner ».

¹⁰¹ J.-M. SOREL, « Les États face aux marchés financiers », in C. LEBEN et M. SALEM (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 507-543.

¹⁰² Voy. not. : H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*, London, Stevens & Sons, 1955, not. pp. 118-121.

¹⁰³ Voy. not. : P. LÉGÉ, « Le mirage du libéralisme hayékien », *Revue Française de Socio-Economie*, avril 2009, n° 1, pp. 77-95 ; D. NIENTIEDT, « Metaphysical justification for an economic constitution? Franz Böhm and the concept of natural law », *Constitutional Political Economy*, 2019, vol. 30, n° 1, pp. 114-129.

¹⁰⁴ G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1986, n° 0, pp. 9-42 ; G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971. Le cœur de l'approche niçoise tient en effet dans une hypothétique normativité intrinsèque des « faits » (économiques), qui deviendraient des sources du droit à part entière, ce dernier étant contraint alors de s'adapter à la « substance » qui émanerait des premiers pour poursuivre un tout aussi évanescent « progrès » du droit. Voy. aussi : J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique*, 2007, n° 3, pp. 259-291.