

Ethique et droit dans les affaires⁽¹⁾

Par Dr. Nasri Antoine DIAB
Avocat à la Cour
Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université Saint-Joseph

Dans sa toute récente autobiographie, l'ancien président de la Réserve Fédérale américaine, Alan Greenspan, constate qu'après le scandale d'Enron, le public américain considère l'éthique dans les affaires comme un «oxymoron» (une antinomie)⁽²⁾.

Parler d'éthique dans les affaires revient à s'aventurer dans une zone grise⁽³⁾, dans un monde de «non-droit» selon l'heureuse mais tellement galvaudée expression du Doyen Carbonnier⁽⁴⁾, où l'homme de loi se sent démuné face à l'absence de textes normatifs d'application obligatoire, et où l'homme d'affaires se sent esseulé puisque rares sont ses concurrents qui l'y accompagnent. Mais, ici la «grisaille» et le «non-droit» sont pris dans le sens positif, puisque, comme nous le verrons, ce n'est pas d'absence de droit qu'il s'agit mais d'un complément au droit.

Alors, l'homme de loi est poussé à se demander qu'est-ce que l'éthique dans les affaires: est-ce du droit en devenir (c'est-à-dire des principes non encore obligatoires qui finiront par être absorbés par le droit positif et donc devenir contraignants), ou est-ce de la morale qui ne sera jamais codifiée ?

Et pour sa part, l'homme d'affaires, auquel son conseil juridique n'est donc pas d'un grand secours en la matière, est en droit de se poser une question plus importante, plus provocatrice, mais tellement légitime: pourquoi l'éthique dans les affaires ? En d'autres termes, pourquoi s'engager à aller au-delà des réglementations applicables ? Pourquoi poursuivre la course alors que la ligne d'arrivée officielle est franchie ?

Deux questions doivent donc être examinées: qu'est-ce que l'éthique dans les affaires ? Et, pourquoi l'éthique dans les affaires ? Une précision liminaire s'impose: par hommes d'affaires, nous entendons à la fois les personnes

(1) Ce texte est basé sur une conférence donnée, le 21 décembre 2007, à l'Hôtel-Dieu de France dans le cadre d'une Table ronde présidée par le R.P. Jean Ducruet sur le thème: «Peut-on parler d'éthique aujourd'hui ?», à l'occasion de l'inauguration de l'Auditorium «Nadège et Henry Obégi».

(2) A. Greenspan, *The Age of Turbulence - Adventures in a New World*, The Penguin Press, 2007, p.424.

(3) Ph. Scaletta & G. Cameron III, *Foundation of Business Law*, BPI Irwin, (undated), p.909.

(4) J. Carbonnier, *Flexible droit*, L.G.D.J., 1991, p.23.

physiques (les individus) et les personnes morales (les entreprises)⁽¹⁾, l'éthique s'étant remarquablement développée dans le cadre du fonctionnement de ces dernières, même si parfois elle suit d'autres chemins passant par la gouvernance de l'entreprise⁽²⁾ ou la culture de l'entreprise⁽³⁾.

I- Qu'est-ce que l'éthique dans les affaires ?

Normalement, l'homme d'affaires qui souhaite être informé des règles obligatoires qui lui sont applicables et qui réglementent son secteur d'activité se tourne vers un homme de loi qui le conseille. Or, celui-ci peut l'accompagner jusqu'à la frontière extrême des règles obligatoires concernées, mais pas au-delà; l'homme d'affaires est alors livré à son propre sort.

Le praticien se sent déjà mal à l'aise face à l'obligation que le législateur qualifie, à l'article 2 du Code des Obligations et des Contrats, de «naturelle» et qui trouve parfois sa source dans un «devoir moral» aux termes de l'article 3. L'obligation naturelle est définie, à l'article 2, comme étant un devoir juridique dont l'exécution ne peut pas être exigée mais qui, si elle intervient sur une base strictement volontaire, produit les mêmes effets que ceux d'une obligation civile dont l'exécution peut être imposée au débiteur⁽⁴⁾. Cette injection de la morale dans la norme juridique est riche en valeur mais tellement inquiétante par l'élément subjectif qu'elle apporte dans un monde où l'aspect objectif de la règle rassure.

Or, cet élément moral est directement pris en compte par le législateur dans le droit des affaires au Liban. En effet, cette matière est constituée de dispositions législatives ou réglementaires situées essentiellement dans le Code de Commerce, mais aussi dans un volume considérable de textes spéciaux applicables aux diverses branches, que ce soit des codes (Code de Commerce Maritime; Code de la Monnaie et du Crédit; etc.) ou des lois et décrets plus spécifiques régissant par exemple la représentation commerciale; les assurances; la protection du consommateur; les médias; les transports, etc. A ces textes, s'ajoutent la jurisprudence, les usages de la profession et ce que l'article 3 du Code de Commerce appelle les «*exigences de l'équité et de la loyauté commerciale*».

L'homme d'affaires libanais est donc confronté à une myriade de sources du droit, comportant des règles obligatoires, qu'il est possible de regrouper en deux grandes catégories: une première catégorie de sources, à caractère «technique» et aux contours bien déterminés, composée du Code de Commerce, de codes et textes

(1) M. Velsasquez, *Business Ethics - Concepts and Cases*, Prentice Hall, 2002, p.16.

(2) F. Bancel, *La gouvernance des entreprises*, Economica, 1997. Pour le Moyen-Orient, voir: N. Saidi, *Corporate Governance in MENA Countries: Transparency and Disclosure*, The Lebanese Transparency Association, 2004.

(3) M. Thévenet, *La culture d'entreprise*, PUF, 1993.

(4) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, notamment: n°186.

spéciaux, de la jurisprudence et des usages de la profession; et une seconde catégorie de sources, à caractère «moral» et aux contours mal déterminés qui comprend l'équité et la loyauté commerciale.

La question qui se pose est de savoir si l'éthique, qui, par nature, n'est pas une source directe du droit -en ce sens qu'elle ne crée pas des obligations à la charge de l'homme d'affaires dont l'inexécution par celui-ci serait source de recours judiciaire et de sanctions-, ne fait pas double emploi avec cette seconde catégorie. Si les deux notions d'équité et de loyauté s'identifient à l'éthique, ou si elles y sont incorporées, nous nous retrouverons devant la quadrature du cercle: d'une part, l'éthique sort renforcée dans sa substance, puisqu'elle est promue au rang de norme juridique au même titre que les autres sources du droit, et elle est donc susceptible de sanction en justice; mais, d'autre part, l'éthique sort affaiblie dans sa forme, puisque ce qui devient norme n'est plus techniquement de l'éthique. C'est à ce dilemme qu'est confronté le juriste face à des textes législatifs qui portent le titre de code ou loi d'éthique (surtout en matière médicale: lois dites «d'éthique biomédicale»). Il s'agit de notions antinomiques.

D'où, à nouveau, la question: qu'est-ce que l'éthique ? Il serait intéressant de se pencher sur trois définitions proposées par un juriste, un philosophe et des spécialistes du droit médical. Le professeur Philippe Malaurie qualifie d'éthique le rapprochement du droit et de la morale⁽¹⁾. Pour sa part, le philosophe André Lalande définit l'éthique comme étant «*la science ayant pour objet le jugement d'appréciation en tant qu'il s'applique à la distinction du bien et du mal*»⁽²⁾; cette idée de distinction entre le bien et le mal dans les affaires est adoptée par les auteurs américains qui se penchent sur les «*Business Ethics*»⁽³⁾. Enfin, en matière médicale, la définition est inversée par rapport à celle donnée par le philosophe: si, comme nous venons de le voir, le philosophe parle en quelque sorte de science de la morale, les spécialistes du droit médical parlent de morale des sciences biologiques et médicales quand ils veulent définir l'éthique biomédicale (ou bioéthique)⁽⁴⁾.

A partir de là, il est possible de définir l'éthique des affaires comme étant la morale des affaires, ou le rapprochement de la morale et de la pratique des affaires. Il est alors indéniable que, ce que l'article 3 du Code de Commerce impose comme étant du droit et non seulement de la morale, à savoir l'équité et la loyauté, gravite dans la sphère de l'éthique s'il ne se confond tout simplement pas avec elle.

(1) Ph. Malaurie, *Droit civil - Introduction générale*, Ed. Cujas, 1996, n°29.

(2) A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1996, p.305.

(3) M. Velsasquez, *Business Ethics - Concepts and Cases*, op.cit., p.13.

(4) A. Laude et alii, *Lamy - Droit de la santé*, 2002, n°543-40.

L'homme d'affaires au Liban est donc tenu, de par la loi, de se conformer à l'équité et à la loyauté commerciale, et s'il le fait ce n'est pas pour être récompensé d'avoir été fidèle à une éthique subjective et facultative, mais pour ne pas être sanctionné d'avoir violé une source du droit des affaires objective et impérative. Comme l'a dit le Professeur Bruno Oppetit, dans ce cas la morale est prise en compte et, par le biais de l'éthique, elle pénètre le droit lui-même⁽¹⁾. Cette pénétration du droit par la morale n'est pas toujours indirecte, subtile, puisque le législateur a directement consacré et réglementé certaines facettes de l'éthique, de l'équité et de la loyauté dans des textes exprès. Il suffit de citer la prohibition de l'usure (le profit sur le prêt d'agent est admis, alors que l'abus constitue une infraction pénale)⁽²⁾ et celle de la publicité mensongère (le *bonus dolus* est admis, mais pas le *malus dolus* qui est la source d'un vice du consentement)⁽³⁾. A cela, il faut ajouter des solutions prétoriennes qui imposent la loyauté contractuelle dans la formation et l'exécution du contrat⁽⁴⁾, et la loyauté judiciaire dans la présentation de l'action en justice et dans le comportement au cours de l'instance⁽⁵⁾.

II- Pourquoi l'éthique dans les affaires ?

Il s'agit donc ici de la vraie éthique, celle qui est voulue, choisie et définie par l'homme d'affaires, et non pas celle qui lui est imposée et qui n'est plus de l'éthique *stricto sensu*. Le choix et la liberté sont consubstantiels à l'éthique. C'est donc la part d'éthique qui n'est pas prise en compte par le droit et qui suit un «*cheminement propre*»⁽⁶⁾ qu'il faut examiner.

Contraint par toutes sortes de textes, soumis à la jurisprudence, lié par les usages de la profession, tenu, de par un commandement législatif et non par choix, à l'équité et à la loyauté commerciale, que peut encore s'imposer l'homme d'affaires ? Et surtout pourquoi irait-il au-delà de tout cela ?

Deux exemples concrets, tirés de la pratique des affaires au Liban permettent d'aborder la question de savoir que faire de plus: le blanchiment d'argent, qui a commencé par être une question d'éthique avant d'être rejoint par le droit; et le délit d'initié, qui reste à ce jour une question purement éthique.

(1) B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n°131.

(2) Articles 661 et s. du Code Pénal.

(3) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 2002, n°232. De manière plus générale, sur la concurrence déloyale qui n'est pas encore visée par un texte, voir: J; Ajakah, «Domaine de l'action en concurrence déloyale», *Revue du Barreau de Beyrouth «Al Adl»*, 2007, p.1031 (en langue arabe).

(4) Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., 1989.

(5) M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.

(6) B. Oppetit, *ibid.*

Le premier exemple illustre un cas dans lequel l'éthique a été saisie par le droit, et n'est donc plus de l'éthique *stricto sensu*. Le blanchiment d'argent n'est devenu un délit au Liban qu'en 2001, lorsque le législateur a adopté une loi en ce sens, applicable en matière bancaire⁽¹⁾. Depuis cette loi, les banques ne peuvent plus participer à des opérations de blanchiment d'argent sous peine de sanctions pénales et disciplinaires. Auparavant, le banquier se demandait si, en l'absence de texte, il pouvait recevoir tous genres de dépôts d'argent, même de provenance suspecte, au risque de se prêter involontairement à une opération de blanchiment. En 1997, les banques libanaises s'étaient sérieusement penchées sur la question et avaient décidé, de manière conventionnelle et sans aucune contrainte législative ou réglementaire, de conclure entre elles sous les auspices de l'Association des Banques au Liban une «Convention de Diligence» ayant pour objet de lutter contre le blanchiment d'argent provenant du trafic illégal de stupéfiants (à l'exclusion d'autres crimes).

Le second exemple est plus intéressant encore, car l'éthique n'y a pas encore été saisie par le droit. En effet, le délit d'initié n'est pas encore un délit au Liban. Toute personne qui est en possession d'une information privilégiée obtenue dans le cadre de son travail peut donc en faire usage pour en tirer un profit personnel sans craindre une sanction. Ainsi, le dirigeant d'entreprise qui prépare une fusion avec une autre entreprise, peut acheter ou vendre les actions qu'il détient dans l'une ou l'autre de ces deux entreprises, pour tirer profit de la plus-value ou pour éviter la moins-value éventuelles. Ceci porte inéluctablement préjudice à l'acheteur ou au vendeur de ces actions qui n'avait pas accès à cette information, et contrevient à la règle fondamentale selon laquelle, sur le marché financier comme ailleurs, «*tous les joueurs doivent être à égalité*»⁽²⁾. Là, et du fait de l'absence d'une loi, la question de savoir si le dirigeant peut agir ou pas reste du domaine de la pure éthique, de la conscience.

Se demander que faire de plus revient à se demander où trouver les standards qui ne sont pas dans le droit positif. Plusieurs axes ont été suivis au Liban par diverses entités privées et publiques. Ainsi, l'Association des Banques au Liban, le Rassemblement de Dirigeants et Chefs d'Entreprises Libanais (le RDCL) et la Banque du Liban avec la Commission de Contrôle des Banques ont, chacun de son côté, entamé une réflexion ou ont pris des mesures concrètes.

L'Association des Banques au Liban avait, comme nous l'avons vu plus haut, pris l'initiative, en l'absence de toute obligation légale, de lutter contre le blanchiment d'argent en donnant un caractère conventionnel à un principe éthique. Par ailleurs, en 2006 et en collaboration avec la Banque Mondiale, elle a lancé un grand chantier visant à compiler toute la réglementation existant en matière de

(1) Loi n°318 du 20 avril 2001.

(2) W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 1996, n°113 et s.

gouvernance de l'entreprise qui a abouti à un volumineux rapport⁽¹⁾. Comme nous le verrons plus loin, nous y trouvons établi, fort à propos, un lien entre l'éthique et l'équité d'une part, et la gouvernance de l'entreprise d'autre part.

De son côté, le Rassemblement de Dirigeants et Chefs d'Entreprises Libanais a formé un groupe de travail chargé de proposer des modes de développement des méthodes de management et de l'éthique dans les affaires. Le résultat du travail ainsi mené a été la publication, en 2004, d'un document intitulé «Code d'Ethique et Code de Conduite»⁽²⁾ comprenant un volet pour les individus et un autre pour les entreprises. Ces codes comportent des «valeurs» qui couvrent un très large spectre, allant de la transparence dans l'information au respect de la confidentialité et au refus des conflits d'intérêts, en passant par la reconnaissance de la valeur du travail d'autrui et le partage des compétences. L'éthique y est omniprésente: refus d'accepter un travail qui semble «contraire à l'éthique»; prise de mesures appropriées chaque fois qu'un collègue se conduit «contrairement à l'éthique»; etc. Mais, ces codes n'évitent pas de mélanger éthique et droit quand ils énoncent, par exemple, la nécessité de respecter les lois en vigueur, ce qui, comme nous l'avons vu, ne relève pas de l'éthique mais d'un devoir légal assorti de sanctions.

Enfin, la Banque du Liban a édicté, en 2006 et en application du document de travail de la Commission internationale de Bâle de la même année, une directive sur la «*Corporate Governance*»⁽³⁾ applicable aux banques et aux établissements financiers opérant au Liban. L'article 2 de cette directive énumère huit principes, le deuxième comprenant une notion qui intéresse notre sujet: les «*Corporate Values*»⁽⁴⁾, mais sans plus de précision. L'intérêt de ce deuxième principe est de relier directement la gouvernance de l'entreprise aux «valeurs» de l'entreprise, lesquelles relèvent, d'une manière ou d'une autre, de l'éthique.

Ces deux exemples et les actions menées par ces trois entités apportent des éléments de réponse à la question de savoir pourquoi aller au-delà du droit, sur les chemins incertains de l'éthique (non imposée). Pour revenir à l'exemple du blanchiment d'argent avant la loi de 2001, le banquier torturé par sa conscience savait que l'argent sale qu'il refusait de recevoir allait trouver preneur sur la place bancaire locale et augmenter les dépôts de la concurrence. Pourquoi alors aurait-il refusé de recevoir le dépôt ?

(1) Association of Banks in Lebanon, *A Review of the Legal and Regulatory Framework Pertaining to the Corporate Governance of Banks in Lebanon*, ABL & IFC, 2006.

(2) Rassemblement de Dirigeants et Chefs d'Entreprises Libanais, *Code Ethique des Affaires*, Février 2004.

(3) Directive Principale de la Banque du Liban n°9382 du 26 juillet 2006 sur la Corporate Governance (en anglais dans le titre de la Directive qui est rédigée en langue arabe).

(4) Egalement en anglais dans le texte de la Directive.

L'œil rivé sur le compte de résultats (le «*bottom line*»), tenu à des performances par les différents «*stakeholders*» de l'entreprise dont il est le centre de gravité (c'est-à-dire les actionnaires; le conseil d'administration devant lequel il répond⁽¹⁾; les cadres et les salariés; les créanciers; les fournisseurs; les banquiers; etc.), l'homme d'affaires doit-il, ou même est-il en droit de s'imposer des contraintes auto-crées, au risque de détériorer le compte de résultats et de s'affaiblir par rapport aux concurrents moins rigoureux, moins regardants ?

La réponse ne saurait être seulement «morale», puisque l'homme d'affaires évolue par essence dans un milieu à but lucratif et non pas caritatif. Ce n'est pas pour faire le «bien» (par opposition au «mal» dans la définition de M. Lalande), pour se sentir «mieux» ou pour apaiser sa conscience, qu'il le fera. Dans une vision utilitariste, il le fera bien sûr pour cela, mais aussi en vue d'un plus grand profit potentiel. Il va sacrifier un peu de court terme pour, éventuellement, plus de long terme.

Dans son rapport de 2006, l'Association des Banques au Liban a adopté une vision utilitariste et a considéré que le «*rationale*» pour une gouvernance améliorée de l'entreprise réside dans la prévention de l'abus contre les actionnaires minoritaires, l'accroissement de la confiance entre les investisseurs et l'attraction qu'exerce alors sur les autres «*stakeholders*» l'entreprise devenue plus équitable (le terme «*fairer*» est utilisé dans ce rapport) et, par là, plus prospère que ses concurrentes⁽²⁾. L'éthique va, en quelque sorte, établir un équilibre entre les différents groupes de «*stakeholders*» et prévenir les conflits qui peuvent les opposer dans le partage des richesses générées par le travail de l'homme d'affaires⁽³⁾.

Celui-ci prend donc le risque d'affaiblir (légèrement) sa position aujourd'hui pour la renforcer à terme: en étant éthique avec ses salariés, il les mobilise et attire les meilleurs candidats; en étant éthique avec ses actionnaires et son conseil d'administration, il les contente et renforce la cohésion collective (et par là sa propre position); en étant éthique avec ses clients, il les fidélise; et enfin en étant éthique avec la collectivité à laquelle il appartient, il renforce son image de marque en créant une culture d'entreprise qui la distingue des autres, ce qui constitue la plus efficace des publicités.

*

* *

(1) F. Peltier, *La Corporate Governance au secours des conseils d'administration*, Dunod, 2004.

(2) Association of Banks in Lebanon, *A Review of the Legal and Regulatory Framework Pertaining to the Corporate Governance of Banks in Lebanon*, op.cit, p.1.

(3) F. Bancel, *La gouvernance des entreprises*, op.cit, , pp.7 et 12.

En définitive, pour veiller au respect de ces règles morales de conduite que l'homme d'affaires s'impose volontairement et spontanément, il n'existe pas de juge, mais deux arbitres suprêmes: il y a, d'abord, le regard des autres (qui sont collectivement réunis sous l'ombrelle du «marché»): «*Thus, the marketplace may be said to be the ultimate judge, jury, and executioner for enforcement of ethics in business*»⁽¹⁾; et il y a, surtout, le respect de soi.

Par l'éthique qu'il s'impose, l'homme d'affaires donne l'exemple aux autres «*stakeholders*» et, par contagion, au milieu des affaires et ce, pour son plus grand profit à terme et pour le bien-être collectif.

N.DIAB



(1) Ph. Scaletta & G. Cameron III, *Foundation of Business Law*, *op.cit.* p.912-913.