

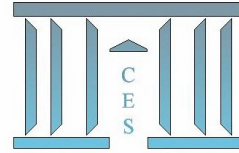


Documents de Travail du Centre d'Économie de la Sorbonne

C
E
S

W
o
r
k
i
n
g

P
a
p
e
r
s



Potentiel réglementaire, Société et Légitimité

Jean-Pierre GALAVIELLE

2009.44



Potentiel réglementaire, Société et Légitimité*

Jean-Pierre Galavielle*

Résumé

La crise financière et économique pose la question d'un retour à une régulation sociétale organisée. Après trente ans de marginalisation de la puissance publique, le monde de la finance implore un retour à un certain ordre. La question qui est posée est donc celle de savoir qui est légitime pour détenir ce potentiel réglementaire nécessaire : la société civile, les experts, les autorités administratives indépendantes ou le politique ?

Mots clés : régulation sociétale, société civile, experts, légitimité, ingouvernabilité, citoyenneté.

Regulatory Potential, Society and Legitimacy.

Abstract

The financial and economic crisis entails the question of a return to organized societal regulation. After 30 years during which public authority occupied a marginal position, the financial world is begging for a return to some order. Thus, the question to be asked is that of the legitimate holder of this necessary regulation potential: Civil Society, experts, independent authorities, the market or the political body?

Key-words: societal regulation, civil society, legitimacy, experts, ungovernability, citizenship.

Classification JEL: A13, G38, M14, M48, P48

* Communication présentée au 4^e congrès du RIODD, Lille, 25-27 juin 2009.

* Chercheur associé au Centre d'Économie de la Sorbonne. Jean-Pierre.Galavielle@univ-paris1.fr

RIODD 2009

Potentiel régulateur, Société et Légitimité

Introduction : De l'ingouvernabilité à l' *horror vacui*

La nature a horreur du vide, affirmaient les anciens. Torricelli puis Pascal ont apporté la preuve de l'inexactitude de ce postulat devenu dogme par l'approbation de l'Église. Leur démonstration a donné naissance à l'altimètre, plus prosaïquement le baromètre. Il reste que le vieil adage trouve une perpétuelle validation dès lors qu'il s'agit de l'organisation des sociétés, végétales, animales et ...humaines. Dès qu'un élément du puzzle vacille ou disparaît, l'*horror vacui* est à l'œuvre et substitue un moyen de combler le vide laissé.

Dès 2002 P. Jacquet, J. Pisani-Ferry et L. Tubiana, constataient dans un rapport au CAE le rétrécissement progressif du champ de compétence des puissances publiques. Ils évoquaient alors la question de savoir « *comment gouverner sans gouvernement ?* » [CAE 2002. p 12] et posaient comme corollaire, quelques pages plus avant, le problème de la « *légitimité démocratique d'autorités non élues qui reçoivent un mandat par délégation publique* » [CAE 2002 p 47].

La question du « potentiel régulateur » ne se limite donc pas aux seules entreprises. Elle concerne le politique (la puissance publique), la société civile (dont les entreprises), les experts, les Autorités Administratives Indépendantes, et au-delà, la très hypothétique loi du marché. Elle suggère donc une réflexion de dimension macroéconomique, conduite dans l'esprit de l'Économie Politique centrée autour du thème nodal de la légitimité. En clair la problématique est : qui est légitime à assumer la régulation sociétale ? Celle-ci étant ici définie comme « *la conception et la mise en œuvre de l'ensemble des dispositifs et des arbitrages nécessaires à la réalisation du bien-être durable du corps social, dans le respect des générations futures* ».

Progressivement, à partir du début des années 1970, se construit le dogme d'ingouvernabilité aux termes duquel les puissances publiques seraient devenues incapables d'assurer la régulation sociétale.

D'inspiration anglo-saxonne, l'ingouvernabilité nourrit une pensée néo-conservatrice qui, en 1979, installera Margaret Thatcher aux commandes d'une Angleterre déclinante, en proie à des conflits sociaux quasi permanents et, qui plus est, au hooliganisme.

L'Italie connaît une très grande instabilité politique, un degré élevé de corruption et la violence des brigades rouges [P. Ingrao 1996].

La Grèce à nouveau en proie à la violence, rencontre une grande difficulté à assurer la continuité territoriale sur l'archipel de la mer Égée.

L'Amérique latine, doit supporter les conséquences du rétablissement progressif d'une démocratie qui nourrit, après de longues années d'absence, un faisceau impressionnant d'exigences de la part des populations [A. Touraine 2001].

A partir de la fin des années 80, le dogme de l'ingouvernabilité est omniprésent. Il s'étendra aux grands services publics qui seront progressivement privatisés.

De manière plus générale, l'ingouvernabilité trouve ses sources dans un large éventail de mécanismes : rupture des ancrages idéologiques ; instabilité et/ou violences politiques ; violences financières ; violences urbaines et émeutes de la faim ; déstabilisations liées à la mondialisation ; appauvrissement des classes moyennes dont l'ascenseur social est bloqué ; abandon de la politique économique au profit d'une supposée loi du marché ; remise en cause de l'idée selon la quelle les échanges internationaux sont générateurs de développement;

enfin, échec des grandes organisations internationales alors que « *La banque Mondiale n'est pas parvenue à tirer de la pauvreté un grand nombre de pays en développement.* » [CAE (2002) p.37].

Ce lent processus de délitement des puissances publiques suscite en retour une forte exigence d'identification des responsabilités. D'où une extrême judiciarisation qui se traduit par un développement considérable de la pratique du contrat comme substitut à une loi forcément générale et incomplète, comme le souligne en 2002, Marie-Françoise Bechtel, alors directrice de l'ENA, en ouverture du colloque " L'administrateur et l'expert": « *Une troisième caractéristique, [s'agissant de l'évolution de la société contemporaine] est la montée de la demande de justice...de réparation dans la société contemporaine. Et cette question est douloureusement liée à un certain rejet du politique. Il y a indiscutablement une tendance croissante du citoyen...à conduire soit le politique, soit l'administrateur devant les tribunaux et parmi les raisons, il y a... une forme d'exaspération du citoyen devant l'absence ou le rétrécissement de la prise de décision politique à l'échelon où celle-ci devrait être prise.* » [Bechtel]. Le politique porte effectivement la responsabilité de ses renoncements passés.

L'Horror Vacui ouvre alors le bal des prétendants organisé au profit d'une Société civile, d'experts, d'institutions indépendantes et d'un marché, apparemment peu préoccupés par la difficile question de la légitimité d'une régulation sociétale sous-traitée voire simplement abandonnée au fil des ans par le politique.

I Quelles légitimités ?

En quoi consiste la légitimité ? Existe-t-il une ou plusieurs légitimités ? Ce mot, légitimité, est ce que les linguistes appellent un "faux ami" tant il est évocateur en surface mais très difficile à définir quant au fond.

La première définition qui vient à l'esprit est de dire qu'est légitime ce qui est admis et/ ou consacré par la loi. La légitimité dit que le décideur est habilité à décider. Elle ne dit rien quant à la justesse de la décision prise [Volle]. La tentation est donc grande de limiter la légitimité à la stricte légalité. Si la légitimité, considérée par ailleurs comme fondement du pouvoir justifie l'obéissance qui lui est due, l'histoire est riche d'exemples de pouvoirs légaux bien qu'illégitimes. Dans des circonstances très particulières une action illégale peut n'être pas illégitime comme se plaît à le rappeler Frédéric Lordon : « *le droit c'est Pétain et la légitimité c'est de Gaulle!* » [Lordon 2006]. Mais plus généralement, « *la légitimité démocratique d'un pouvoir politique ne lui donne pas tous les droits... [elle] ne donne en particulier aucun droit sur le savoir, ni sur sa production ni sur sa transmission. Mieux, l'intervention dans ces domaines transforme la légitimité démocratique en tyrannie* » écrit le philosophe Yves-Charles Zarka [Zarka 2008], qui précise qu'il en est de même pour l'art, la morale, le goût etc. On le voit, la légitimité se fonde sur le respect de certaines règles qui se situent bien au-delà du droit pur.

En matière scientifique, la légitimité évoque la compétence, la démonstration rigoureuse, la conformité à la perception du réel et la reconnaissance par les pairs, en gros la scientificité. C'est là une *légitimité de résultat*. Toutefois, l'actuelle profusion des prétendants ne doit pas masquer la question de la légitimité de leurs éventuelles interventions dans le champ de la régulation sociétale. La légitimité de la mise en œuvre d'un potentiel régulateur repose-t-elle sur des sources juridiques, et/ou sur des sources socio-politiques ?

I-1 Les Sources juridico-institutionnelles de la légitimité.

La loi est un fruit du politique, lui-même légitimé par l'élection, y compris au travers de stratégies de maintien au pouvoir. En démocratie, la loi tire sa légitimité première de son universalité c'est-à-dire de sa capacité à établir l'égalité en droits et devoirs de tous les

citoyens. La légitimité caractérise un pouvoir conféré par la loi. Traditionnellement, ce pouvoir repose sur deux piliers que sont, le suffrage universel et l'administration publique [Rosanvallon 2008], laquelle constitue l'épine dorsale de l'État et en assure la continuité. Force est cependant de constater que depuis le début des années 1980, la légitimité du binôme Suffrage-Administration tend à s'estomper. L'administration cède le pas à la gouvernance et à la multiplication des parties prenantes : les parents d'élèves vont bientôt prétendre à la direction des établissements scolaires voire universitaires. Le fonctionnaire n'est plus le gardien de l'intérêt général. Buchanan et sa théorie de la bureaucratie sont passés par là !

Le PNUD définit ainsi la gouvernance : « *l'exercice d'une autorité publique, économique et administrative aux fins de gérer les affaires d'un pays. Elle repose sur des mécanismes, des processus et des institutions qui permettent aux citoyens et aux groupes d'exprimer des intérêts, de régler des litiges, et d'avoir des droits et des obligations* ». Selon le PNUD, la gouvernance s'articule autour de trois pôles : l'État, le secteur privé et la société civile. [UNDP 2001].

L'État, fût-il démocratique, est censé partager le pouvoir. Mieux, la gouvernance devient "mondiale" et se définit selon Pascal Lamy comme : « *l'ensemble des transactions par lesquelles des règles collectives sont élaborées, décidées, légitimées, mises en œuvre et contrôlées* » [C.A.E. (2002)]. Les États ne sont pas même mentionnés. Mieux encore, la gouvernance vue par le FMI se doit d'être bonne. Les critères d'une *bonne gouvernance* sont bien connus : un État de droit, une administration impartiale, une gestion équitable des finances publiques, la responsabilité devant la population et la transparence. Pour résumer à l'extrême, *la gouvernance est un concept à géométrie variable*.

Dans le même temps, l'élection se trouve "désacralisée". Le fait majoritaire s'estompe au profit de la prise en compte d'une foule d'individualismes qui constituent le « *peuple invisible* » [Rosanvallon 2008 p 116-117].

S'agissant plus particulièrement de la législation, sa richesse ne parvient pas à combler certains vides, y compris à l'heure de la construction européenne. Plus la loi se développe, plus elle crée des zones d'ombres, de « vide juridique », autour d'elle-même, de sorte que la totalité du champ des possibles n'est jamais couvert. La *Common Law*, a le mérite de la souplesse mais souffre du conservatisme de la règle précédente. De son côté, la loi légiférée est taxée d'incomplétude et de rigidité, toutes deux contraires à l'efficacité [Danet, 2001]. Dans un cas comme dans l'autre, le rôle du juge ne peut se limiter à la simple application du droit. Il est aussi appelé à dire le « *droit applicable à l'espèce (Juris dictio)* », c'est le « *pouvoir créateur du juge* » [Danet, 2001].

La pluralité des niveaux de production de la loi et la hiérarchisation des productions juridiques sont souvent sources d'incohérence et de faible lisibilité. Plusieurs raisons à cela parmi lesquelles notamment, le foisonnement législatif (en France 7000 lois se côtoient) qui conduit à ce que le principe selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* » devient abusif. A l'inverse, le recours à l'appareil judiciaire est souvent décourageant en cas de pratiques illicites, de sorte qu'il devient, à son tour, un moyen aisé de contourner la loi. C'est dans ce contexte que s'ouvre le vaste champ du contrat. Soit il comble un vide laissé par la loi, soit il la contourne pour ouvrir une voie nouvelle et individuelle.

Toutefois, la prolifération des contrats autorise des déviances notoires : élaboration de contrats quasi léonins ; contrats de garantie très limitée (matériel informatique, téléphonie) ; contrats dont la complexité est telle que leur compréhension nécessite des connaissances juridiques approfondies (opérateurs de téléphones portables, packages bancaires etc..). Si bien que la transparence si souvent invoquée est illusoire si elle n'est pas assortie d'une clause d'intelligibilité.

On conçoit donc aisément que les limites de la loi et de la réglementation constituent autant d'opportunités pour que des organisations de droit privé se glissent dans ces espaces

laissés vacants au travers de la production d'une *Soft Law* qui, selon les cas, comble les vides ou anticipe la production législative potentielle.

Toutefois lorsque celle-ci se traduit par l'élaboration de chartes ou de codes qui ont pour objet de contourner la loi, en matière notamment de droit du travail, la question de la légitimation du potentiel réglementaire de l'entité concernée est posée.

Cette question est d'autant plus brûlante qu'elle concerne une situation où domine une économie de l'offre très décentralisée, notamment dans les rapports entre l'entreprise et le citoyen, qu'il soit considéré comme travailleur, consommateur final ou épargnant. Mais au delà des formes les plus connues de l'abus de position dominante couramment évoquées, la principale déviance des marchés consiste dans la mise en œuvre par les offreurs d'une distanciation maximale entre eux-mêmes et leurs clients finaux. Par ailleurs, nombreux sont les domaines dans les quels l'inventivité des agents privés profite de la permissivité des lois et règlements pour aller bien au-delà de ce qui pourrait être admis comme « *Soft Law* ». La légitimité est plus souvent une quête qu'un acquis.

I-2 Les Sources socio-politiques de la légitimité.

En matière politique, J.J. Rousseau, affirme que la légitimité repose sur deux piliers : la *Puissance législative*, qu'il nomme le Souverain et la *Puissance exécutive* qu'il désigne par le Gouvernement. La Puissance législative « *appartient au peuple et ne peut appartenir qu'à lui* » [Rousseau III, 1, p 123] car « *Le peuple soumis aux lois en doit être l'auteur* » [Rousseau II, 6, p79]. La puissance exécutive applique les lois. C'est une force d'application [Lenoir]. La seconde étant supposée naturellement soumise à la première. Toutefois, le Gouvernement est animé par une propre dynamique qui le pousse à s'affranchir de la domination du Souverain. C'est pourquoi Rousseau propose l'institution d'un Tribunal chargé de modérer les ardeurs de la "dynamique des institutions". Il fait en cela référence aux tribuns de la Rome antique dont l'action a été louée en son temps par Machiavel, « *Si les troubles de Rome ont occasionné la création des tribuns, on ne saurait trop les louer. Outre qu'ils mirent le peuple à même d'avoir sa part dans l'administration publique, ils furent établis comme les gardiens les plus assurés de la liberté Romaine* » [Machiavel].

Beaucoup plus tard, s'agissant de l'exercice du pouvoir, Max Weber fait référence à la reconnaissance sociale comme fondement de la légitimité de la domination, qu'elle soit *classique* (respect des normes et des traditions), *charismatique* ou *légale* (respect de la loi) [Weber p 289].

Il entendait qualifier de charismatique, un individu à tendance mystique, dégageant un certain magnétisme au travers de la manifestation de ses convictions. C'est le contraire de l'autorité traditionnelle qui repose plutôt sur la gérontocratie, le patriarcat ou le patrimoine. En situation de crise, la tentation du recours à l'homme providentiel est grande et le leader se trouve, par la force de la crise, propulsé vers des solutions qui conditionnent à la fois son succès et sa survie. C'est la version contextuelle et circonstancielle du leader. Il tire sa providentialité, de sa capacité supposée à dénouer la crise. Il l'endosse et le conflit lui devient propre. C'est alors la question des limites acceptables de l'exemplarité qui est posée : C'est moi ou le chaos !

Cette providentialité s'est souvent combinée avec l'archétype de la légitimité démocratique : l'élection. On se contentera de rappeler que nombreux sont les exemples de déviation ou de captation de la démocratie électorale à des fins dramatiques.

Il reste que le principe de l'élection demeure, avec celui de la multiplicité des candidatures, le critère de base qui permet de répondre à la question de savoir si un régime est démocratique ou ne l'est pas. Il faut cependant être attentif au fait qu'une majorité acquise, tend à se transformer rapidement en unanimité de sorte que le fait majoritaire lamine le "résidu" minoritaire. Comme l'exprime très clairement P. Rosanvallon : «...on a seulement

fait comme si le plus grand nombre valait pour la totalité...Première assimilation doublée d'une seconde : l'identification de la nature d'un régime à ses conditions d'établissement. La partie valant pour le tout et le moment électoral valant pour le durée du mandat : tels ont été les deux présupposés sur lesquels a été assise la légitimité d'un régime démocratique » [Rosanvallon 2008 p 11]. Ceci explique le développement progressif du rôle des minorités agissantes et que, le suffrage universel ne soit plus le seul et unique support de la légitimité, au profit de la prise en compte des *singularités sociales*.

Il est en effet, des légitimités qui reposent sur des traditions ancestrales (territoriales, claniques, ethniques, religieuses), sur des idéologies ou des circonstances (légitime défense, « *Mesures nécessaires pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales* » ONU). Au-delà, et de manière plus contemporaine, sont apparues comme de "nouvelles" sources de légitimité d'intervention, la défense de l'environnement (éventuellement constitutionnalisée), le respect des droits humains, voire le devoir d'ingérence humanitaire. La légitimité s'appuie alors sur des systèmes de valeurs.

Il est, par ailleurs, admis que l'action illégale volontaire peut n'être pas illégitime. Elle puise alors sa légitimité dans l'expression d'une volonté d'alerte, d'indignation ou de révolte. Cela peut être le devoir de désobéissance ou la révolte à force ouverte pour obtenir le rétablissement de la République ou plus simplement de l'ordre républicain : « *Des mesures non constitutionnelles peuvent devenir légitimes quand elles sont indispensables* » [A. Lincoln].

Enfin, depuis quelques années, la question de la légitimité économique du droit du travail est posée. Certains économistes¹, proposent d'imposer une taxe sur les licenciements en remplacement de l'arsenal du droit du travail. A l'inverse, l'OCDE considère que la "législation de l'emploi" est économiquement légitime pour trois raisons :

1) « *Les travailleurs ne disposant pas de possibilités de d'assurer à titre privé contre les "aléas du marché du travail", la protection de l'emploi (en l'occurrence l'indemnisation du licenciement) permettrait aux salariés de lisser les fluctuations de leurs revenus en cas de licenciement...*

2) *Des suppressions d'emploi par des licenciements peuvent être socialement inefficaces, la valeur sociale d'un emploi pouvant être supérieure à sa valeur privée : la fiscalité et le financement des prestations de chômage étant assis sur les salaires, un emploi génère des ressources pour la collectivité même si il devient improductif pour un employeur...*

3) *la protection de l'emploi contribue assez bien à la stabilité de l'emploi qui, encourageant l'effort productif et la coopération des travailleurs, peut accroître la productivité en encourageant l'investissement en capital humain... »* . [Kirat 2006]

On le pressent, s'agissant de légitimité, l'éventail des possibles est très vaste. Il s'étend de la simple légalité à la résistance et au devoir de désobéissance. La multiplicité de ses facettes conduit tout naturellement à s'interroger sur son opérationnalité. Ce que n'hésite pas à faire F.Lordon lorsqu'il qualifie la légitimité d'*aporétique* pour finalement conclure qu'elle n'existe pas [Lordon 2006]. Faut-il pour autant s'interdire d'y avoir recours ? Ce serait probablement faire la part belle à l'*horror vacui* .

¹T.Kirat évoque les rapports suivants:- Blanchard O. et J. Tirole, 2003, Protection de l'emploi et procédures de licenciement, rapport du Centre d'analyse économique, Paris, La Documentation française. Cahuc P., 2003, Pour une meilleure protection de l'emploi, rapport au Centre d'organisation économique, Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

-Cahuc P. et F. Kramarz, 2004, De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, rapport au Ministre de l'économie et des finances et au Ministre de l'emploi.

II-L'*Horror vacui* ouvre le bal des prétendants : Société civile, Experts, Autorités administratives indépendantes et... loi du marché.

II-1 La Société civile : troisième force mondiale ?

La réémergence de la Société Civile (après de nombreuses phases d'absence), est très cohérente avec le mouvement idéologique général tourné vers la marginalisation des puissances publiques. Ce faisant, elle abrite souvent l'individualisme et son principal avatar, le communautarisme.

Certes, dans la pensée aristotélicienne, la société civile correspond-elle à « *une communauté de citoyens politiquement organisée* » [Pirotte 2007, p. 7] ! Il reste que, beaucoup plus tard, chez B. Mandeville comme plus tard encore chez A. Smith, fondée sur la propriété privée, « *elle se crée par la simple poursuite des intérêts privés* » génératrice de l'intérêt général [Pirotte 2007, p. 16]. Tocqueville, lui attribue une vertu de renforcement de la démocratie. L'Église elle-même s'y réfère : Jean-Paul II, dans son encyclique 'Centesimus annus' de 1991, rappelle les principes énoncés... de la primauté de la société civile sur l'État [Encyclique 1991 p. 541-542].

L'internationalisation de la Société Civile en fait aujourd'hui un immense espace de débat public au sens de J. Habermas [Habermas 1997-p387]. S'il admet volontiers que la Société Civile, en tant qu'espace public constitue une caisse de résonance, « *un système d'alerte doté d'antennes peu spécifiques mais sensibles à l'échelle de la société dans son ensemble* » [Habermas 1997, p. 386], Habermas n'en considère pas moins que : « *Dans l'espace public...les acteurs ne peuvent acquérir que de l'influence à l'exclusion de tout pouvoir politique* » [Habermas 1997, p. 399].

Par ailleurs, l'émergence et la dissémination du thème de la responsabilité sont la conséquence de la perte de confiance des sociétés envers les institutions habituellement chargées de la régulation publique, tandis que le développement des nouvelles technologies accrédite l'idée du risque zéro.

Cette défiance à l'égard des institutions publiques constitue le terreau sur lequel se développent très rapidement d'autres prétendants à la régulation sociétale : ONG, entreprises, associations caritatives de tous ordres, nouveaux mouvements sociaux économiques, communautarismes, etc. Toutes ces organisations sont volontairement situées à l'écart de tout contrôle politique légitime externe.

En 2003, N. Perlas affirme : « *A l'issue de la bataille de Seattle, il était clair que la Société civile était devenue une troisième force mondiale. Elle prenait sa place à côté des gouvernements et des instances du marché dans le cénacle des institutions clefs qui déterminent aujourd'hui l'orientation et la nature de la mondialisation* »² [Perlas 2003-p31].

Deux ans plus tard, Laurence Parisot, dans l'allocution prononcée à l'occasion de son élection à la présidence du MEDEF et après avoir plaidé pour « *un reformatage de l'État, plus mince, plus performant, plus performant parce que plus mince* », affirmait : « *Parce que l'entreprise est un des principaux piliers de la société civile, pour ne pas dire le principal, elle doit s'adresser à toutes ses composantes. Nous jetterons des ponts vers des publics historiquement éloignés de nous, magistrats, médecins, artistes...Et parce que les règles du jeu sont nouvelles, le MEDEF ne refusera pas le débat avec les ONG ou les associations qui sont déjà le monde de demain* ». Le MEDEF choisit ses interlocuteurs : tout sauf l'État ! L'*horror vacui* est à l'œuvre. La vieille thèse du dépérissement de l'État aurait-elle revêtu les oripeaux du néolibéralisme ?

² Propos cité par G. Pirotte in *La société civile*, La Découverte, coll. « Repères », 2007.

II-2 L'entreprise, principal pilier de la société civile ?

A partir du moment où s'ouvrent de nouvelles perspectives libérales, dans lesquelles les entreprises affirment pouvoir prendre en charge volontairement la formulation puis la mise en oeuvre d'une certaine éthique, elles affirment leur **citoyenneté**. « (...) en France, on assiste à un transfert de responsabilité de l'État à l'entreprise en ce qui concerne les emplois : on demande à l'entreprise d'assumer des plans sociaux, contribuant ainsi à la réduction du chômage » [Even-Grandboulan 1998].

L'entreprise citoyenne devient acteur dans la cité. Elle affirme encourir en cela des responsabilités économiques, financières, fiscales, sociales et sociétales qui lui permettent de prétendre légitimement se substituer à l'action publique. En fait, plus l'État abandonne ses prérogatives en matière d'intérêt général, plus les entreprises sont à l'affût d'occasions de substitution : l'entreprise citoyenne, apparaît comme soucieuse du bien public et des causes d'intérêt général.

C'est précisément ce que conteste déjà, W. Baumol [1991] lorsqu'il explique en substance qu'il ne faut pas se tromper ! Si la fonction première de l'entreprise est de faire gagner de l'argent à ses actionnaires, en revanche, il appartient à la société d'avoir des exigences envers ces entreprises en matière d'environnement ou de respect du consommateur. De même, il n'est pas de la compétence de l'entreprise de s'arroger le droit de définir la politique étrangère de son pays.

Une autre thèse souvent développée par le patronat est de dire qu'après une longue parenthèse de keynesianisme, les entreprises auraient été à nouveau rattrapées voire « happées » [F. Tiberghien 2006] par la responsabilité sociétale qu'elles exerçaient depuis le XIX^e siècle jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale. A cette époque, les entreprises prenaient en charge la mise en oeuvre et la gestion de nombreuses tâches collectives insuffisamment ou pas du tout assumées par la puissance publique : santé, formation, protection sociale, logement etc. Aujourd'hui, les désengagements successifs des États consécutifs au creusement des déficits publics et l'échec des politiques publiques d'emploi et d'éducation, incitent les entreprises à reprendre leur place dans la régulation sociétale, le tout dans le respect des recommandations de l'OIT et de l'OCDE. Les abandons de compétences de la puissance publique décidés par le politique, poussent à la légitimation d'une régulation privée.

On perçoit aisément que la revendication de citoyenneté pose problème. Si le terme de citoyen signifie simplement "qui fait partie de la cité", il est difficile de contester que l'entreprise soit citoyenne du lieu de son implantation. Elle paie des impôts, donne du travail, produit des biens et des services etc. C'est une version a minima de la citoyenneté. Il s'agit là de domiciliation plutôt que de citoyenneté.

La citoyenneté recouvre une dimension politique beaucoup plus vaste : le citoyen est détenteur d'une part de la souveraineté politique collective. C'est l'ensemble de cette collectivité de citoyens qui, par l'élection, contrôle et sanctionne les gouvernants qu'il a élus. Le droit de vote étant la concrétisation de la souveraineté du citoyen.

Dans cette perspective, l'entreprise qui, comme toute autre organisation en tant que telle, ne dispose pas du droit de vote politique, ne peut être assimilée à un citoyen y compris lorsqu'elle est, aux termes de la loi, pénalement responsable. La responsabilité pénale n'implique pas la citoyenneté.

II-3 L'expert géniteur du gouvernement des choses.

Depuis quelques années, l'évaluation s'est installée dans tous les champs possibles. Il n'est plus une activité qui ne lui soit soumise au point d'être devenue un « *mode de fonctionnement de l'État* ». Elle permettrait même, selon certains, d'établir une démarcation entre *démocraties fondées sur la loi* et *démocraties fondées sur le contrat*. La raison en est

simple : « *dans les premières on peut se révolter contre la loi ; tandis que dans les secondes, le citoyen a consenti au processus, donc il ne peut se révolter* » [Ruby 2004].

Par ailleurs, cette sorte de frénésie de la mesure constitue un encouragement à faire reposer toute appréciation et/ou décision, sur le principe de la loi du plus fort. La diffusion des appréciations et la formulation des jugements de valeur ne portent plus sur la qualité intrinsèque d'une prestation mais sur son succès commercial estimé en parts de marché ou en volume de ventes.

Imperceptiblement se diffuse donc l'emprise de l'évaluation « *généralisée [qui] met la main sur tout* » et devient « *expertise suprême* ». L'évaluateur est alors « *porte parole des choses* », [Milner 2005]. Si bien que « *le gouvernement des choses offre effectivement de grands avantages. Il dispense de toute politique* » [Milner 2005].

C'est ce que pressentait Weber lorsqu'il décrivait l'évolution du statut de conseiller de l'expert vers celui de décideur : « *Le conseiller privé spécialisé finit le plus souvent par l'emporter sur le ministre non spécialiste dans l'exercice de sa volonté* » [Weber p. 299].

L'expert-décideur (le manager) met en œuvre une batterie d'instruments de mesure dont la scientificité n'est que très rarement contestée. Ils deviennent très rapidement des normes. Lesquelles sont d'autant plus rassurantes que l'affichage de leur scientificité induit la fiabilité et la crédibilité des annonces qu'elles véhiculent [Marchesnay (1998)]. Elles inspirent confiance.

Cette démarche a conduit au creusement d'un abîme entre la réalité productive et financière et celle des comptes qui sont sensés la traduire en raison de l'extraordinaire variété de leurs conventions d'écriture (*special purpose entities, fair value, EBITDA, etc.*).

Le 17 janvier 2002, Harvey Pitt³, Président de la SEC, à l'occasion d'un important discours, critique violemment le fonctionnement de la profession comptable : « [...] *enfin, la réglementation de notre profession comptable doit être réformée. Nous ne pouvons pas nous permettre de maintenir le système actuel qui facilite plus l'échec que le succès. Les sociétés de comptabilité endossent une responsabilité publique très importante. Nous avons connu beaucoup trop de fiascos financiers et comptables. La Commission ne pourra, en tout état de cause, tolérer ces répétitions croissantes de défaillances d'audit, de défaillances d'entreprises, et de pertes pour les investisseurs. D'une manière ou d'une autre nous devons mettre un coup d'arrêt à un cycle infernal qui s'est pérennisé pendant trop d'année* ». Ce propos vaudra à son auteur un concert de protestations considérable ainsi qu'une campagne de dénigrement qui le conduira à démissionner de ses fonctions, considérant que « *l'agitation autour de sa présidence* » l'empêchait de poursuivre sa mission dans la sérénité.

Plus généralement et dans une perspective plus théorique, Michel Capron écrit : « *Sous les apparences d'une technique...la comptabilité est en fait un ensemble de constructions sociales, historiquement datées et génératrices d'effets économiques. ...Si la comptabilité a une histoire liée aux conditions économiques et sociales, cela signifie qu'elle ne peut prétendre fournir des produits scientifiques, qu'elle ne peut être figée dans une atemporalité sans limites et qu'elle ne peut revêtir un caractère universel* » [Capron, 2005].

Curieusement, depuis le début de la crise financière, tout le monde réclame une révision des règles d'enregistrement comptable et l'abandon des *fair values*.

Certes l'expert, lorsqu'il est manager est habilité à décider du fait de sa désignation par le conseil d'administration de son entreprise. Il est de ce point de vue légitime. Que devient sa légitimité lorsqu'il produit une *technologie invisible*, « *élément décisif de la structuration du réel, engendrant des choix et des comportements échappant aux prises des hommes, parfois à leur conscience* » [Merry, (1983)] ? Ces documents apparemment très savants sont souvent particulièrement opaques et comme le souligne Harvey Pitt lui-même :

³Harvey L. Pitt : Président (2001-2003) de la United States Securities and Exchange Commission.(SEC). Discours du 17/01/02 « Regulation of the accounting profession », www.sec.gov/news/speech/spch535.htm .

« Le développement d'une comptabilité fondée sur des règles a eu pour résultat l'utilisation de techniques financières définies seulement pour atteindre certains objectifs comptables ». La légitimité de l'expert-décideur est très fragile. Elle est « contestable » ! Il est difficile de ne pas penser, en cette période de crise, aux agences de notation, à certains prix Nobel d'économie et de manière générale aux champions des modèles mathématiques boursiers.

II-4 Les Autorités administratives indépendantes : une forme d'expertise très particulière

Les Autorités Administratives Indépendantes sont autant d'abandons de souveraineté des puissances publiques et plus généralement du politique, au nom d'un principe d'impartialité : « Elles ont été soit des créations du pouvoir législatif soucieux de limiter et d'encadrer un pouvoir exécutif jugé trop partisan, soit suscitées par le pouvoir exécutif lui-même, prêt à se dépouiller d'un certain nombre de ses attributions pour restaurer une crédibilité affaiblie ou se décharger de tâches pour la gestion desquelles il n'estime pas disposer des compétences nécessaires » [Rosanvallon, 2008, p. 22].

En France, ces organismes, au nombre de 39 (Cnil, CSA, AMF, Halde, etc.), représentent une forme collégiale de l'expertise. Créés par le vote d'une loi, elles constituent autant de sources d'ambiguïté, au point d'être qualifiés d' « objets juridiques non identifiés » par le Sénateur Patrice Gélard chargé d'un rapport d'évaluation à leur sujet en 2006 [Gélard, 2006].

Le motif majeur invoqué pour en justifier la création à la demande du pouvoir politique est l'impartialité, laquelle reposerait sur l'indépendance. Il y a là une première ambiguïté dans la mesure où celle-ci peut favoriser l'impartialité mais en aucun cas la garantir. D'autre part, le même rapport souligne qu'outre l'absence de définitions des AAI, ces dernières se voient confier des compétences très hétéroclites. Les unes ont un pouvoir d'alerte ou simplement d'influence, tandis que d'autres exercent un pouvoir de sanction et donc empiètent sur l'autorité judiciaire.

Une troisième "originalité" tient au fait que si dans l'esprit du législateur les AAI sont totalement indépendantes, le Conseil Constitutionnel considère qu'elles appartiennent à l'appareil administratif et qu'elles sont soumises au contrôle du juge administratif. C'est là une difficulté de fond. L'indépendance des AAI, implique l'absence de toute tutelle hiérarchique alors qu'elles agissent au nom de l'État tant en matière de régulation économique que pour ce qui concerne la protection des droits et libertés fondamentaux. Ainsi ces Autorités, au nom de l'expertise et de l'impartialité, bousculent les frontières, traditionnelles en démocratie, de la séparation des pouvoirs.

On peut enfin s'interroger sur la question des nominations. La grande majorité de celles-ci font l'objet de décrets de la Présidence de la République tandis que certains postes, dans des cas spécifiques, sont attribués de droit à de hauts magistrats.

En dépit de l'origine législative de leur création, la légitimité de ces instances n'est pas évidente. Que penser d'Autorités créées, à l'initiative du pouvoir, dont les membres sont nommés par ce dernier et qui, dans le même temps, sont supposées indépendantes et ce faisant impartiales ?

Il s'agit bien là d'une dérive du politique vers une version « Canada Dry » de la puissance publique fondée sur une légitimité de type « Ponce Pilate ». C'est en termes plus contenus ce qu'exprime J.-L. Debré lorsqu'il déclare : « Le développement de ce qu'on appelle pudiquement les autorités administratives indépendantes participe au déclin de l'autorité de nos assemblées » [J.L. Debré, 2006, Rosanvallon, 2008, p. 134] ⁴.

⁴ J.-L. Debré in *Le Monde*, 28/11/2006. Cité par P. Rosanvallon (2008), p. 134.

II-5 La loi du marché, toujours invoquée...jamais démontrée

Une autre facette du gouvernement des choses est la « Loi du Marché ». Dans un premier temps on peut la considérer comme étant une représentation de la confrontation de l'offre, de la demande et des prix qui en résultent. Elle tire sa scientificité de sa capacité à vérifier, expliquer et prévoir des situations ou des phénomènes en fonction des jeux d'hypothèses préalablement formulés. Elle prétend en cela à l'universalité. On peut toutefois se demander en ces temps de crise financière, quel est le sens de l'expression : « C'est la loi du marché » !

Le débat sur la question de la théorisation des marchés financiers est très significatif. On passe successivement d'une approche gaussienne (Quételet, Régnault⁵, Bachelier⁶) à une vision de mouvement brownien puis au chaos.

J.M. Keynes (1921) évoque volontiers le recours à la loi normale comme étant le fruit d'une convention de normalité qu'il baptise lui-même « convention financière » qui fait que l'ensemble des acteurs du marché reconnaît la légitimité du prix affiché [J.M. Keynes (1921)].

En 1959, l'astrophysicien M.F.M. Osborne, publie un article intitulé « Brownian Motion in the Stock Market ». Il montre que l'analyse statistique appliquée à l'étude d'un ensemble de molécules s'applique parfaitement aux cours boursiers !

Plus tard, Benoît Mandelbrot (1973) observe que ces mêmes cours boursiers fluctuent de manière si erratique qu'ils n'obéissent à aucune loi statistique identifiable du type loi normale [Mandelbrot (1973-2)]. C'est la base même de la célèbre théorie des fractales, voisine de la théorie du chaos.

La référence à la loi du marché laisse beaucoup de questions sans réponse :

- Quelle est la scientificité d'une convention ?
- Un marché efficient est-il nécessairement un marché rationnel [Aglietta 1995]?
- L'information qu'il affiche est-elle toujours pertinente, représentative de l'économie réelle ?
- Au nom de quoi la rationalité supposée des acteurs du marché peut-elle déboucher sur des résultats globaux browniens ?
- Comment expliquer les anomalies de prix ?, etc.

Le caractère scientifique de la Loi du marché est très discutabile et son universalité n'est pas démontrée. Il est difficile de ne pas penser, à ce sujet, à la « Main Invisible » à propos de laquelle J. Robinson écrivait qu'elle pouvait « agir par strangulation »⁷ [Robinson 1946].

W. Baumol [1991] ne s'y trompe pas non plus lorsque, dès les premières pages de *Perfect markets and easy virtue*, il s'interroge à propos de ces hypothétiques « vertus de la main invisible ». Il ne manque pas de rappeler que, dans l'esprit d'Adam Smith, l'homme d'affaires est *vertueux malgré lui*. Il montre que sous hypothèse de perfection du marché, ces vertus sont totalement étrangères aux préoccupations du pouvoir discrétionnaire des décideurs en dépit du développement éventuel d'activités alibis (token activities). Sa conclusion est sans appel : « **les marchés réputés parfaits imposent le vice plutôt que la vertu** » ! Il ne croyait pas si bien dire, alors qu'aujourd'hui, s'élèvent de toutes parts des voix pour exiger un retour à une certaine régulation publique !

La loi du marché est une construction intellectuelle. Ce n'est pas la gravitation universelle. Finalement, la question de sa légitimité n'a pas lieu d'être abordée, elle est "hors sujet". La loi du marché est a-légitime. On est loin de la légitimité de résultat.

⁵ J. Régnault: « *les variations de la bourse sont soumises à des lois mathématiques immuables !* »

⁶ L. Bachelier « *l'espérance mathématique du spéculateur est nulle* »

⁷ « *The hidden hand will always do its work, but it may work by strangulation* ».in « The pure theory of international trade », *Review of Economic Studies*, Vol. 14, No. 2. (1946-1947), p. 98-112.

Conclusion

Le champ d'un éventuel potentiel régulateur dépasse largement le domaine de l'entreprise. Pendant des lustres, la régulation sociétale a été confiée au politique. Les trente dernières années se sont acharnées à marginaliser le politique au profit d'une régulation supposée totalement assumée par le marché, la société civile, les experts et autres démembrements de la puissance publique.

On sait ce qu'il en est advenu. Les pourfendeurs de l'intervention publique exigent aujourd'hui qu'elle vole à leur secours. Après avoir privatisé les gains éphémères mais disproportionnés, on socialise les pertes non moins importantes, en Europe comme ailleurs ! S'il paraît clair que le politique est responsable du fatalisme de ses propres abandons, il n'est pas moins clair que l'idéologie ultra-libérale développée dès avant le premier choc pétrolier porte une lourde responsabilité à propos de la crise actuelle.

Il faut toutefois savoir faire la part des choses. Si la régulation sociétale doit relever *in fine* du politique, l'alerte, voire l'indignation ou la révolte sont incontestablement du ressort de la société civile. Une différence fondamentale doit donc être faite entre le devoir d'alerte et de prise en compte des conséquences sociétales d'une décision et la prétention d'assumer la régulation sociétale.

Qu'en est-il aujourd'hui de la légitimité, cette *institution invisible* [Rosanvallon 2008 p. 21] ? Certes se confond-elle trop souvent en politique avec le rapport de forces. Mais il faut aussi reconnaître qu'au départ, l'alerte et la résistance sont toujours le fait d'une petite minorité bénéficiant ipso facto d'un rapport de force défavorable. Seuls l'action et les événements pourront renverser la situation. A l'inverse, un rapport favorable ne fonde pas nécessairement la légitimité. Le fait qu'un vieux maréchal, encore très populaire et apparaissant comme le sauveur du pays, fasse « le don de sa personne à la France » ne l'autorisait nullement à abandonner la République française au profit de l'État français, à remplacer la devise républicaine par « travail, famille, patrie », à rétablir les corporations au détriment des syndicats, à devancer les exigences de l'occupant, etc.

La multiplicité des facettes de la légitimité et l'extraordinaire variété de sa casuistique compromettent son opérationnalité. Faut-il pour autant laisser la part belle à l'*horror vacui* ?... Ou se tourner, bon gré mal gré, vers l'argument pascalien du pari en faveur du politique ?

En ces temps de grande crise financière et économique, le renversement est spectaculaire mais récurrent. Ceux-là même qui évacuaient le politique et plus particulièrement l'État vers les oubliettes, en réclament aujourd'hui le retour à grands cris : « Allo État bobo » ! Il est grand temps que le politique reprenne la maîtrise, sans esprit de retour, d'un potentiel régulateur trop facilement abandonné par le passé. Il ne faudrait pas qu'une fois le soufflet de la crise retombé, les leçons soient oubliées et que le chant des sirènes de la finance virtuelle hante à nouveau les salles de marché. Le politique saura-t-il en tirer les leçons une fois pour toutes ? Ce serait de bon goût.

BIBLIOGRAPHIE

- Bechtel M.-F. (2002), « Problématique générale et enjeux », *Revue française d'administration publique*, n° 103.
- Baumol W.J., Batey Blackman, S.A. (1991), *Perfect markets and easy virtue*. Blackwell, Oxford UK et Cambridge MA, coll. « Mitsui Lectures in Economics ».
- Jacquet P., Pisani-Ferry J., Tubiana L. (2002), *Gouvernance mondiale*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique. *La Documentation française*, mai.
- Danet D. (2001), « Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation », *Économie publique*, Vol 1.
- Encyclique Centesimus Annus (1991), *La documentation catholique*. n° 2029, juin.
- Even-Grandbouland G.(1998), *Éthique et Économie*, L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique ».
- Gelard P. (2006), Rapport sur les Autorités administratives indépendantes. *Office Parlementaire d'évaluation de la législation*. Sénat N° 404 et Assemblée Nationale n° 3166.
- Habermas J. (1997), *Droit et Démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, coll. « NRF essais ».
- Ingrao P. (1996), « Précaire recomposition politique en Italie », *Le Monde diplomatique*, avril.
- Kirat T. (2006), « Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ? », *Économie et institutions*, n° 9, 2^e trimestre.
- Lenoir N. (2000), « Un problème de légitimité politique dans la pensée de Rousseau », *Philosophiques*, 27/2, p. 323-350.
- Lipovetsky G. (1992), *Le crépuscule du devoir*. Gallimard.
- Lordon F. (2006), « La légitimité n'existe pas, Éléments pour une théorie des institutions », *WP Association Recherche et Régulation* I 1.
- Machiavel N. (1867), « Discours sur la dernière décade de Tite-Live » I, 4, in *Œuvres complètes de N. Machiavelli* par J.A.C. Buchon, t. 1, Garnier Frères Éditeurs, Paris, p. 432.
- Marchesnay M. (1998), « Confiances et logiques entrepreneuriales », *Économie et Sociétés, Sciences de Gestion*, série SG, n°8-9, p. 99-117.
- Merry. M. (1983), *L'impact des instruments de gestion sur l'évolution des systèmes humains*. <http://crg.polytechnique.fr/en/home/berry/EN>.
- Milner J-C, (2005), *La politique des choses*, Paris, Navarin.
- Perlas N. (2003), *La Société civile : le 3^e pouvoir. Changer la face de la mondialisation*, Paris, Yves Michel.
- Pirotte G. (2007), *La notion de société civile*, La Découverte, coll. « Repères ».
- Pitt H.L.(2002), Discours du 17janvier: *Regulation of the accounting profession*, www.sec.gov/news/speech/spch535.htm.
- Robinson J. (1946), « The pure theory of international trade ». *Review of Economic Studies*, 14(2), p. 98-112.
- Rosanvallon P. (2008), *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris, Éd. du Seuil.
- Tiberghien F. (2006), « Du social au sociétal, une question de légitimité » in *Éthique, Économie et Société : une affaire de politique ?* Galavielle J.-P. et Salmon A., (ed.), *European Journal of Economic and Social Systems (EJESS)*, vol. 19, n°1.
- Touraine A., (2001), *Les faiblesses institutionnelles et la Gouvernance*, Conseil permanent de l'organisation des États américains-Commission des questions juridiques et politiques Groupe de travail sur la démocratie représentative. OEA/Ser.GCP/CAJP-1786/01. 17 avril.
- UNDP (2001), « UNDP and governance, Experiences and Lessons Learned », *UNDP, Management Development and Governance, Lessons-Learned, Series*, n°1.
- Volle M. (2004), « Brève histoire de la légitimité » www.volle.com/opinion/legitimite.htm.
- Weber M. (1921), *Économie et Société*, Agora Plon 1971.
- Zarka Y.-C. (2008), « La fable du ministre et de l'historien », *Libération*, 13 novembre.