

## PRÉSENTATION

François TERRÉ et Marie-Anne FRISON-ROCHE

Le droit économique peut se définir comme l'ensemble des règles juridiques ayant pour objet l'activité économique au sens large, aussi bien l'activité des agents que l'organisation des marchés des biens et services ou des marchés financiers, la réglementation étatique, la redistribution des richesses par la tarification ou la fiscalité, la répression des comportements économiquement nocifs, l'organisation des rapports de pouvoir au sein de l'entreprise, etc. En cela, il ne constitue pas vraiment une nouvelle branche du droit : il est plutôt une manière de concevoir des règles juridiques telles qu'elles sont habituellement constituées et rassemblées, en analysant et en utilisant d'une autre façon le droit commercial, le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit boursier, le droit public des affaires, le droit fiscal, le droit pénal des affaires ou le droit du travail.

Si l'on cherche davantage à dégager la différence entre le droit commercial et le droit économique, on peut dire que le premier reste dans la perspective classique d'un droit dont le sens et le fonctionnement sont autonomes quant à l'objet sur lequel il porte mais dépend fortement du système juridique dans lequel il s'insère. Le droit des sociétés fonctionne donc dans une relative indépendance quant à la considération de l'entreprise, mais reste localisé dans le droit privé, par opposition au droit public qui lui reste étranger. Le droit économique au contraire repose sur un lien de dépendance beaucoup plus fort avec une réalité économique, qu'il sert ou régule, voire qu'il régent, mais il est autonome par rapport à la structure interne du système juridique. Ainsi le droit de la concurrence prétend réguler directement le marché concurrentiel et déve-

loppe ses règles aussi bien sur les entreprises privées que les entreprises publiques, leur infligeant à l'occasion des sanctions, sans grand souci pour l'autonomie aussi bien du droit public que du droit pénal.

On peut certes trouver une ligne de partage entre les branches du droit restées dans l'organisation juridique classique – comme le droit des sociétés – et les branches du droit inscrites sans ambiguïté dans le droit économique – comme le droit des marchés financiers ; il demeure que le droit économique est davantage une méthode qu'une substance juridique. De la sorte, on pourrait très bien transformer le droit des sociétés en droit économique si l'évolution le poussait à devenir le droit de l'entreprise. Par exemple, si l'on retient plus nettement la perspective de *Corporate Governance* dans le droit des sociétés, on transforme celui-ci en droit du *management*, forme de droit économique. Mieux : puisque la spécificité du droit économique réside dans son déplacement par rapport au système juridique – dont il se détache – et à la réalité économique, on peut dire qu'il est, en quelque sorte, un droit commercial dégagé de tout formalisme, voire de quelque dogmatisme, et dans cette perspective, particulièrement inspiré de considérations concrètes et sociologiques. Ainsi la proximité et le souci de la réalité le constituent, en réduisant l'écart souvent constaté entre le droit et le fait et favorise entre eux un singulier jeu de miroirs. A ce titre, il est essentiellement sociologique. Pourtant, si l'on peut trouver quelques travaux de sociologie du droit des affaires, la sociologie du droit économique n'existe guère en tant que *corpus* disponible de contributions théoriques et d'études pratiques appliquant les méthodes et les cadres de pensée de la sociologie juridique au droit économique. Sans doute est-elle peu à peu cernée par des branches de la sociologie non juridique, par exemple la sociologie économique, la sociologie des organisations ou la sociologie des professions.

Ce qui motive le présent numéro de *L'Année sociologique*, c'est une approche proprement de sociologie juridique. Si elle a été jusqu'ici peu entreprise, cela tient sans doute en premier lieu à des éléments de psychologie sociale, par exemple au fait que la pensée juridique est demeurée longtemps réfractaire au rapport à l'argent. Or, si le droit des affaires reste construit sur des notions traditionnelles de personne, de contrat, etc., le droit économique a l'ambition d'avoir une prise directe sur les échanges ou les stratégies économiques et de faire apparaître la pertinence des montants échangés. En cela, il présente un caractère relativement inhabituel et favorise une démarche

concrète qu'explicite une approche sociologique et anthropologique. L'obstacle tient en deuxième lieu à la dogmatique juridique. Par l'effet de miroir déjà évoqué, une sociologie du droit économique est une illustration particulièrement significative de la sociologie juridique. L'appel au savoir sociologique comme au savoir économique – et sans insister sur les rapports qui existent entre eux – émane en quelque sorte du droit lui-même. Dans une relation bien comprise entre les disciplines de l'esprit, on voit bien la nécessité d'une coopération accrue entre connaisseurs du droit et connaisseurs de la sociologie, qu'il s'agisse d'élaboration, de réflexion, d'application ou de réforme des règles et des solutions juridiques. D'ores et déjà, dans les divers secteurs du droit économique, par exemple en droit de la concurrence, on discerne les signes de cette coopération, génératrice du droit économique. Et l'on peut alors remarquer que le sens de la démarche intellectuelle se manifeste bien moins dans la nature et le caractère des comportements appréhendés par le juridique que par le point de départ et le point d'arrivée de la pensée et de la construction du droit.

L'intérêt qui s'attache à ces obstacles ou même à ces résistances – rapport avec l'argent, dogmatique juridique – explique l'entreprise d'une sociologie du droit économique. Au-delà même de cet objet, de prime abord limité, on peut observer que, par effet de prisme, s'exprime une compréhension d'un système juridique envisagé dans toutes ses composantes. On dépasse de la sorte une sociologie du droit sectorielle, si riche et fondamentale qu'elle puisse être, tout spécialement la sociologie du droit de la famille.

Ce rétrécissement de l'objet étudié pour mieux aller vers le général se vérifie à propos du droit économique de deux façons. Tout d'abord, qu'on s'en plaigne ou non, le droit subit comme tous les autres systèmes de pensée l'influence d'une sorte d'obsession économique actuelle, conduisant à appréhender tout objet à travers les catégories et les valeurs économiques. En cela, parce que tout deviendrait économique, tout droit se transformerait en droit économique, par le jeu de cette force extérieure et des cadres mentaux à l'œuvre. Après avoir dégagé du droit pénal général un droit pénal économique, ne commence-t-on pas à évoquer l'existence d'un droit civil économique ? Ensuite, si l'on admet que le droit économique se caractérise par un souci sociologique, ne peut-on dire qu'il exprime plus nettement une évolution par ailleurs générale du droit qui s'attache de plus en plus à une réalité concrète et s'articule à elle en référence à des notions sociologiques, comme l'efficacité,

l'effectivité, à la croisée de la notion économique d'efficacité ? Parce que ces notions sont inhérentes à la perspective du droit économique, l'étude de leur place en son sein permet ainsi de prendre mieux la mesure de l'évolution d'un système juridique qui se veut de plus en plus proche de la réalité concrète. Dès lors, le droit économique français, si étrange par certains côtés pour le juriste, si bâtard à première vue dans sa proximité avec l'économie, ou avec le droit anglo-saxon, pourrait bien constituer l'une des formes prédominantes du droit français de demain. Cela ne va pas sans tension, en raison des bouleversements qui sont ainsi à l'œuvre, remettant en cause les notions et les *a priori* de base. On assiste ainsi à ce que l'on peut appeler une « bataille » de lieux communs. Ces contradictions n'entravent pas, au contraire, les mouvements sociologiques que l'on peut alors observer à travers l'évolution du droit économique ; elles en sont le puissant moteur.

De ces conflits de lieux communs, on peut relever plusieurs catégories. Non seulement ces oppositions sont souvent analysées dans les contributions qui suivent, mais encore la lecture successive de ces articles sur un même objet les met naturellement en valeur. Il en est particulièrement ainsi du rapport que le droit entretient avec l'argent. On y mesure ce mouvement bien connu de réticence et d'attrance, de contradiction interne, de transparence et d'enjeu de possession d'un média devenu ultime. Le droit suit le mouvement. Même s'il le fait avec bonne volonté, ce sera avec peine, ne serait-ce que parce que le temps de circulation de l'argent et des titres est fulgurant par rapport au temps du droit, temps de la loi ou temps de l'application de la loi.

Maurice Nussenbaum, dès le début de son analyse, insère le droit dans la définition économique de l'optimum dans l'allocation des ressources. Le droit financier intériorise cette exigence formulée par une autre science, évolue, renforce sa position dans la finance en se constituant comme le garant de l'intégrité des marchés et de l'équité des transactions, diversifie ses institutions, y donne place au savoir financier et à l'expérience professionnelle et accepte d'interférer avec la fixation des prix, etc. Il se distingue alors du droit commun ; droit et finance s'ajustent ainsi dans un fonctionnalisme partagé, dans ce que l'auteur désigne comme un « mariage de raison », avec, semble-t-il la part de déception et d'absence d'élan vers l'autre que cela suggère. La réticence est effectivement grande par rapport au droit qu'on laisse s'essouffler dans un rythme qui lui

est étranger, s'arracher à des frontières territoriales et politiques qui lui étaient naturelles, pour mieux servir le dynamisme de l'économie financière mondialisée. Qu'est-ce qui peut s'opposer à cela et utiliser le droit comme une sorte de rempart face à une nouvelle société mondiale, réduite à un marché ? André-Jean Arnaud et Beinan Xue-Bacquet montrent parfaitement qu'au cœur de la tourmente se situe l'État. L'État est tout à la fois la force légitime qui peut s'opposer à un mouvement économique en utilisant contre celui-ci le droit. Mais les auteurs remarquent alors que l'État ne parvient à défendre, voire à restaurer sa souveraineté qu'à travers le marché et ses lois. L'accroissement de sa puissance et celui de son impuissance se manifestent et se réalisent dans le même temps.

Ce constat révèle d'autres contradictions dans les perspectives. Tout d'abord, celle de la puissance et de l'impuissance. En effet, une série d'observations tendrait à montrer que le droit s'est en quelque sorte aliéné dans l'économie, troquant par un nouvel « arbitrage », notamment législatif, sa dénaturation contre son efficacité. En cela, il a perdu la puissance qu'il tenait tautologiquement de sa juridicité, par la perte de sa distance par rapport à la rationalité économique. L'État survit en se désétatisant : c'est ce qu'André-Jean Arnaud et Beinan Xue-Bacquet désignent comme son « hyper-modernité ». Mais dans le même temps, le droit n'a jamais été aussi puissant en économie. En effet, Dominique Terré montre que les pouvoirs économiques eux-mêmes, opérateurs et institutions, requièrent la protection et la sécurité d'une régulation juridique. La juridicisation est alors la marque de la maturité de la puissance économique.

En outre, par un phénomène d'appel d'air, l'impuissance de l'État dans l'exercice de son pouvoir régalién engendre une extension du pouvoir juridique. Là où l'État exprimait sa volonté pure à travers l'emprise d'une politique industrielle sur une organisation économique dont il restait le maître, s'est substitué en une dizaine d'années un usage plus servile mais aussi plus modéré du pouvoir de contrainte. Cela est particulièrement vrai des secteurs bouleversés par une technologie mondialisée, par exemple celui des télécommunications. Élie Cohen, partant d'une étude faite pour *L'Année sociologique* il y a dix ans, montre que, si la politique économique peut ainsi être plus légère, plus guidée notamment par le droit, c'est précisément parce que, dans un temps précédent, un État sûr de lui, de ses choix et de ses finances, a pu construire une organisation économique que, dans un second temps, les opérateurs privés lui

retirent. Plus encore, l'auteur montre que, contrairement à la première impression que confère la technologie lorsqu'elle paraît exprimer la mondialisation, il y a place pour une politique économique parce que la dimension culturelle, et donc nationale, reste essentielle même dans ce type d'industrie. On aborde ainsi un couple puissant de contraires : celui d'un droit qui suit la mondialisation, et notamment s'uniformise en se vassalisant, ou celui d'un droit qui défend – ou à tout le moins fait perdurer – ce que la théorie historique du droit désignait comme « l'esprit des peuples », ces absents de la mondialisation. Enfin, sans vouloir épuiser cette évocation de ces couples de contraires engendrant le mouvement général du droit, on peut observer d'autres tensions, cette fois-ci dans les relations entretenues par le droit avec les objets qu'il régit : celles de l'extériorité et de l'intimité du droit par rapport à son objet. Comme précédemment, ces deux positions contraires sont également vraies, ce qui explique que, comme le disent André-Jean Arnaud et Beinan Xue-Bacquet, le droit cesse d'être simple ; en tout cas, il ne peut plus même rêver de l'être.

Le droit a toujours essayé de ménager un équilibre dans une juste distance avec l'objet. C'est d'ordinaire l'abstraction qui permet celle-ci. Mais la sociologie juridique a montré l'importance grandissante, dans toutes les branches du droit, d'un souci de proximité – du juge et du justiciable par exemple. Le droit économique le réalise à sa façon par une même récusation de l'abstraction, en retenant des règles de plus en plus finement adaptées aux objets économiques particuliers. Le droit communautaire a donné le « la » de ce type de législations sectorielles, voire produit par produit, que suit aujourd'hui, de force, le parlement français. S'il est aujourd'hui particulièrement marqué dans les droits économiques de la concurrence, de la régulation, des marchés financiers, ce mouvement est observé de longue date lorsque le droit a été requis pour traiter les difficultés des entreprises.

Comme le montre Yves Chaput, cela fait plus de trente ans que, de législations en innovations jurisprudentielles, on est passé d'une simple voie d'exécution pour des faillis présumés fautifs à un système complet de gestion du surendettement. Mais où se trouve alors cette distance dans un droit qui cherche à suivre au plus près son objet, en changeant sans cesse comme lui, en se démultipliant sans cesse comme lui ? Cette distance existe tout d'abord par défaillance : le droit peut échouer dans cette volonté de rendre service au système économique en se glissant en son sein. Yves

Chaput rappelle la constance des échecs du droit lorsqu'il veut redresser les entreprises. L'espace entre le droit et son objet peut prendre un tour plus positif. Le droit a en charge de mettre une distance, non plus entre lui et l'objet, mais entre l'objet et l'opérateur économique, en interférant avec l'immédiateté économique de ce rapport ; c'est alors l'éthique des affaires dont le droit assure l'élaboration et le respect, en brisant la disponibilité des richesses et en obligeant les libertés économiques à trouver leur limite dans une loi a-économique : celle de la morale.

Dès l'instant où ces contradictions s'établissent entre ces différents termes, sans que cela se traduise par la victoire de l'un ou de l'autre, par exemple parce que le droit devient à la fois plus puissant et moins puissant, parce qu'on exige de lui qu'il soit à la fois intime par rapport à son objet et distant de lui, des changements profonds s'opèrent. Élie Cohen montre que celui du contexte de l'action de l'État, engendré en partie par l'État lui-même, entraîne une substitution de paradigme par le passage à la régulation.

Les contributions au présent volume dessinent les mouvements du droit économique tels que la sociologie peut les saisir. Certes, le prisme de la nouveauté est toujours déformant, déformé, et c'est souvent pour la satisfaction de l'observateur que l'objet présente en reflet l'attrait de l'innovation... Il est vrai que si l'on cherche à mesurer la façon dont les intérêts corporatistes arrivent à être servis par le droit, sous couvert des plus nobles idéaux juridiques, on observe une grande constante chez les acteurs, les discours et les bons résultats. Il n'est pour s'en convaincre que de lire la description que Maurice Cozian fait des différentes tactiques rhétoriques dont certaines professions usent pour maintenir, au nom de l'égalité républicaine, des niches fiscales exclusivement à leur profit. Mais des changements sont tout de même effectifs dans et par le droit économique. Dans cette direction, on peut observer des transformations dans les rôles affectés aux différents acteurs. Dans une organisation classique du droit des sociétés, la loi exigeait de l'extérieur le respect d'un certain nombre de règles, essentiellement le principe de la majorité des votes dans l'adoption des décisions sociales. Michel Germain et Véronique Magnier montrent le mouvement qui s'opère lorsqu'on s'emploie à dégager un « gouvernement d'entreprise ». Le droit s'accroît en complexité, puisqu'il doit prendre en charge la *Corporate Governance*, véritable idéologie qui plus est d'origine américaine, l'acclimater, et traduire aussi la part de

théorie économique qui la fonde. Ce nouvel équilibre entre la liberté de gestion des dirigeants et le pouvoir de contrôle des actionnaires passe par une distribution des droits, c'est-à-dire des forces, au bénéfice des actionnaires et des institutions intermédiaires qui prennent en charge leurs intérêts, les fonds de pension au premier chef. Dès lors, le droit limite le pouvoir des dirigeants, mais ce n'est pas pour les soumettre directement aux associés. C'est une façon d'exprimer de nouvelle manière le lien entre le droit et la distance, la médiation. La figure du juge devient première, sans doute parce que le droit économique a fortement partie liée avec la *common law*, laquelle s'est construite sur le pouvoir et les créations juridiques des juges, mais aussi parce qu'il apparaît comme la source juridique vraiment disponible, au besoin sous la forme privée de l'arbitrage. En effet, si la législation nationale et le pouvoir régalién de l'État sont pris en porte-à-faux par les conflits et les contradictions précédemment décrits, le juge recueille alors le pouvoir juridique au sens large.

A partir de là, le deuxième mouvement concerne d'une façon plus large les sources du droit. On est habitué à la description du passage d'une conception française du droit légicentré à une sorte de triangle où la jurisprudence reprend droit de cité et où l'on reconnaît la puissance normative des acteurs juridiques particuliers, à travers les contrats notamment. Le droit économique offre tant de possibilités de création du droit et de lieux pour y parvenir qu'on passe à la figure du polyèdre, dans l'impression d'un certain désordre. Ainsi, le droit communautaire structure toutes les branches du droit économique non seulement le droit des marchés, mais encore désormais le droit pénal dont le lien avec l'idée de souveraineté punitive est donc brisé. Mais l'Europe n'est qu'une région du monde. S'il fallait trouver l'institution juridique qui corresponde à la nouvelle organisation économique, ce serait plutôt l'Organisation mondiale du commerce qui, pour la première fois dans l'histoire, exerce l'office d'un juge mondial des rapports économiques entre États. D'ailleurs, les différents droits régionaux interagissent entre eux, sans qu'il soit besoin d'une puissance supérieure pour les y contraindre. Dans cette perspective, le droit de la concurrence, interne ou communautaire, prend en considération la législation américaine *antitrust*, dans un ajustement si général qu'il est même difficile de localiser ce qui serait la source de droit première par rapport aux autres et l'origine du pouvoir de contrainte.

Le changement majeur réside sans doute dans le fait qu'il ne convient plus de penser le droit, en tout cas pas le droit économique, en termes de sources. Cela implique deux conséquences très importantes. En premier lieu, l'obsession de la légitimité des pouvoirs par l'autorité de leurs sources, la souveraineté pour le législateur notamment, n'a plus vraiment lieu d'être. Les critères économiques et sociologiques de l'adéquation et de l'efficacité des décisions juridiques destinés à servir des objectifs préétablis fournissent une nouvelle légitimité. Plus encore, quelle pertinence peut-on encore accorder au schéma de la hiérarchie des normes, comme légitimité procédurale du système juridique ? Le droit communautaire s'impose en France principalement parce qu'il représente une conception du droit plus axée sur l'économie et parce que le pouvoir politique s'accommode de feindre la contrainte d'exécuter des décisions prises à Bruxelles pour ne pas en subir l'impopularité. Le formalisme kelsenien rend compte de plus en plus difficilement du fonctionnement du système juridique. D'ailleurs, comment mettre en hiérarchie un droit économique qui donne si manifestement raison à la thèse du pluralisme juridique que défendit notamment Georges Gurvitch ? Les sources du droit manifestent une telle capillarité, les décisions juridiques sont dans une telle interdépendance, les acteurs juridiques s'organisent dans une telle inter-influence, dont le développement des lobbies est la marque, qu'il faut bien désormais appréhender le droit par son objet et l'effet qu'il a sur celui-ci, bien plus que par sa source et la place hiérarchique de celle-ci.

Le troisième mouvement sensible concerne le bouleversement que cause au système juridique ce que l'on pourrait appeler l'évanescence de ses objets. L'articulation traditionnelle du rapport entre le droit et le monde repose sur l'abstraction du premier et le caractère concret du second. Ainsi, par la catégorie juridique, forme abstraite, le droit rassemble et rend maniable la diversité des objets concrets facilement observables et saisissables. Ce dernier terme est à prendre dans son double sens : l'achat de la voiture est directement perceptible et entre dans la qualification juridique de la vente, ce qui entraîne l'application d'un régime juridique sûr et affiné ; en cas de difficulté, la contrainte juridique est à la disposition du créancier, qui peut saisir l'objet, avec l'aide de l'huissier. Le droit classique des affaires a conservé ce type de rapport, notamment par la technique de la société, abstraction qui se superpose, absorbe et occulte le phénomène de l'entreprise. Mais le droit économique

prétend opérer une prise directe avec son objet. Or, celui-ci a perdu son caractère corporel. Par exemple, la valeur mobilière et les ordres de mouvements ont remplacé l'argent sonnante et trébuchant. Mais l'argent n'est pas le seul bien qui devient immatériel et objet direct du droit ; le droit se construit aujourd'hui concrètement, autour de notions comme la puissance de marché, l'influence déterminante dans une société, la réputation comme actif à protéger, la moralité comme objet de contrôle, etc. Le droit économique doit trouver un nouvel équilibre dans un rapport immédiat à un objet insaisissable.

Le quatrième mouvement est plus général encore. Il est mis en valeur par Dominique Terré. Le droit et le marché sont deux systèmes qui aujourd'hui se requièrent l'un l'autre, ce qu'on observe à travers la constitution d'un droit de marché, nettement distinct du droit commercial classique. Mais l'essentiel tient à une sorte d'affrontement systémique, dans ce que l'on pourrait désigner comme une stratégie de dénaturation : la théorie du marché avale le droit pour ne le laisser s'épanouir qu'à partir de ses sources conceptuelles, notamment la rationalité économique et la satisfaction des intérêts dans une conception parétienne et non plus politique de l'intérêt général. En cela, le droit subit des dommages et se retrouve désordonné. Mais il développe à son tour ses capacités fortes d'auto-organisation, récuse l'utilitarisme, fortifie ses professionnels, étend la puissance de ses juges, impose la légitimité procédurale comme critère de bonne décision économique. Par ce processus de réappropriation de l'économie par le droit, d'un droit qui se retrouve en se transformant, le droit économique rend supportable et viable le marché. Il le réinsère dans la société ; il socialise l'économie. En cela, il se situe au cœur de toutes les contradictions et accède, puisque l'État ne parvient plus à opérer, à la place centrale et dynamique de notre société.

François TERRÉ

*Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Institut de droit économique, fiscal et social*

*Université Paris-Dauphine (Paris IX)*