

# « LE DROIT ÉCONOMIQUE DONNE LA PRIORITÉ À SON OBJET ET EN ÉPOUSE LES CONTOURS »

ENTRETIEN

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS  
À SCIENCES PO

## DROIT ÉCONOMIQUE

Marie-Anne Frison-Roche, professeur des Universités à Sciences Po, vient de publier aux Presses universitaires de France un ouvrage intitulé « Les grandes questions du droit économique ». Elle est également responsable d'une nouvelle collection intitulée : « Droit et économie », qui verra le jour dans le courant du mois de mai aux Éditions juridiques associées, sous la marque LGDJ. Elle s'exprime ci-après sur la genèse et l'importance grandissante du droit économique.

**Petites Affiches — L'université n'accorde pas encore beaucoup de place semble-t-il au droit économique. Que recouvre exactement cette notion et pourquoi est-elle encore si peu étudiée ?**

**Marie-Anne Frison-Roche —** En pratique pourtant, le droit et l'économie sont devenus intimes, non seulement à travers des affaires cruciales que la presse générale relaie, mais aussi parce que le fonctionnement des mécanismes économiques, le marché en tout premier lieu, s'appuie sur le droit et parce que l'économie est de plus en plus construite et régulée par un droit qui formule les finalités. Le droit économique rejoint l'économie politique. Nombre de lois en témoignent : la réforme en cours des procédures collectives, la loi de sécurité financière ou encore la loi sur l'initiative économique. Pourtant, cette intimité tarde à se traduire dans les structures d'enseignement et dans les travaux universitaires en France, en particulier si l'on compare avec les États-Unis. Cela tient notamment à une conception française selon laquelle l'espace juridique, avec ses fonctions et ses références propres, ne peut pas se confondre, peut-être pas même entrer en pourparlers, avec d'autres systèmes normatifs comme l'économie. À cette aune, un « bon juriste » se définit comme celui qui maîtrise son propre espace et y demeure.

**PA — Pourtant l'expression de « droit économique » existe depuis un certain temps déjà...**

**MAFR —** Et le doyen Ripert écrivait déjà en 1951 sur les Aspects juridiques du capitalisme moderne, de la même façon que le droit économique doit beaucoup à l'école de Rennes ou aux travaux de Gérard Farjat. Si l'on s'essaie à définir le droit économique, il apparaît comme un droit qui donne la priorité à son objet et en épouse les contours. Il s'inscrit dans une perspective téléologique, c'est-à-dire qu'il part des effets qu'il souhaite obtenir sur l'objet et utilise la règle comme un instrument. Se définissant ainsi par sa méthode à titre essentiel, il n'a pas de frontière fixe, ce qui le rend difficile à classer et à repérer. Par exemple, le droit des sociétés devient du droit économique dès lors qu'on le pense à travers la *corporate governance* et l'information des investisseurs sur les marchés financiers, dans la mesure où la *corporate governance* se définit par son objet, ici le rapport entre les actionnaires et les dirigeants sociaux. Elle place en premier l'effet recherché, c'est-à-dire l'efficacité du contrôle que les actionnaires doivent pouvoir exercer sur les mandataires sociaux. C'est pourquoi si l'on pense le droit des sociétés à travers la *corporate governance*, alors le droit des sociétés sort du « droit des affaires » traditionnel pour prendre les méthodes du droit économique, sous l'influence du droit des marchés financiers qui est lui-même du droit économique.

**PA — En quoi le droit économique est-il si différent d'une conception classique du droit ?**

**MAFR —** Parce que traditionnellement, le droit, dans une conception que certains ont dite dogmatique, fonctionne en autarcie puisque ce qui est premier c'est la règle, sa structure interne, son maniement, sa cohérence à l'égard des autres règles au sein d'un système juridique. Cela peut tout à fait se justifier, par exemple lorsqu'on considère classiquement le droit pénal, pleinement rempli de droit, notamment le principe de légalité ou les droits de la dé-

**ENTRETIEN**

fense, et d'un droit qui se suffit à lui-même. Le juriste doit s'en tenir au droit parce que là est la protection, dans la garde faite par la technique juridique des éléments matériel, moral et légal de l'infraction, l'évidence du principe d'interprétation. À l'inverse, le droit de la répression économique, relativement indifférent à ces principes classiques, raisonne à partir de l'effet de la répression sur le bon fonctionnement des systèmes pour inciter aux comportements conformes. Dès lors, ce droit économique qui vise à faire coïncider les résultats obtenus et les buts recherchés, qui, en d'autres termes, est gouverné par l'efficacité, risque d'entrer en conflit avec le droit pénal classique, lequel s'est construit sur la limite justifiée de la répression, par exemple l'inefficace et fondamentale présomption d'innocence. Le critère de l'intentionnalité est au cœur de la dispute. Le droit économique doit alors composer avec une conception classique du droit, laquelle est fondée dès l'instant qu'elle ne renvoie pas à un rejet du réalisme ou parce que l'on voudrait que le droit ne soit qu'une machine dogmatique fermée sur elle-même, mais parce que l'on refuse de ne voir dans le droit qu'une machine d'efficacité. Un droit qui ne se pense qu'efficace se détruit lui-même parce que le droit a comme objectif de défendre les personnes et non pas d'être un simple instrument d'efficacité. Voilà le bon terrain de la dispute, sur lequel se situent notamment les travaux d'Alain Supiot.

**PA — La primauté de l'effet recherché, confronté à l'effet obtenu, ne dépasse-t-il pas la seule sphère économique ? On a l'impression que le législateur actuel raisonne essentiellement ainsi...**

**MAFR —** Oui, dès l'instant que le législateur est empreint de ce souci de formuler des fins et d'y confronter les effets, ce qui fait se rejoindre l'analyse économique et la sociologie juridique. En effet, celle-ci donne la première pertinence à son objet, à la corrélation entre les résultats obtenus et les effets recherchés. Quand le sociologue du droit se transforme en législateur, comme le doyen Carbonnier le fit, l'art législatif par exemple appliqué à la famille devient semblable à celui requis en matière économique.

**PA — À propos d'efficacité, vous écrivez que le droit n'a pas le pouvoir de redresser une entreprise et que les efforts doivent donc porter sur la prévention...**

**MAFR —** Je ne suis pas la seule à le dire, cette position est communément soutenue depuis des années. La prévention consiste à solliciter l'immense puissance du droit le plus en amont possible des difficultés, pour suspendre les poursuites et prendre toute mesure susceptible d'enrayer les difficultés. En cela il peut sauver une entreprise, mais ce n'est pas lui qui remplira les caisses si elles sont vides. Tout est affaire de cas, parfois la rigueur de la procédure constitue un bon cadre de négociation, encore faut-il qu'il reste des actifs à négocier. Dans cette même relation entre puissance du droit et structuration ou dynamisme économique, le droit de la concurrence peut sanctionner les comportements anticoncurrentiels avec une puissance extraordinaire, comme le montrent les décisions européennes Microsoft, l'entreprise ne pouvant échapper aux ordres reçus de donner des informations. Néanmoins, ce n'est pas le droit de la concurrence qui fait la prospérité des marchés. Pas plus que le droit communautaire qui se déploie en matière de banques et de sociétés cotées, ne créera un marché financier intégré, il se limite à le rendre possible. Le droit est la condition de la prospérité, il n'en est pas la cause. Ainsi, le marché financier européen intégré est rendu possible par le plan d'action pour les services financiers, entamé en 2000, mais il sera notamment réalisé par la possible intégration des entreprises de marché, à travers une offre que lancerait Euronext sur la Bourse de Londres par exemple.

**PA — Vous écrivez aussi que le droit qui se cantonne à encadrer l'économie trouve rapidement ses limites...**

**MAFR —** On entend souvent dire que le droit économique a servi la propagation du libre échange, permis la disparition des frontières et donc favorisé l'émergence d'une mondialisation synonyme d'absence de règles et de déséquilibres. Mais si l'on observe ce qui se passe en

matière de blanchiment d'argent ou encore de régulation des marchés financiers, dont acte que les règles se multiplient et deviennent de plus en plus contraignantes, bien loin de l'idée que l'on se fait du libéralisme débarrassé de toute contrainte réglementaire.

**PA — Parallèlement, on assiste à une tentation très forte de déréglementation pour favoriser le libre échange, déréglementation qui touche notamment les professions libérales... Comment expliquer ces deux mouvements apparemment contradictoires ?**

**MAFR —** Le mouvement européen n'est pas tant de déréglementation que de régulation passant d'un niveau national à un niveau européen. Ainsi, la directive sur les services est en train d'être rediscutée notamment en ce qu'elle devrait davantage prendre en considération les spécificités de certaines professions ou de certains secteurs. Si l'on prend le cas des professions libérales, la Commission européenne, à mon avis, n'entend pas contester le fait qu'elles doivent être soumises à des réglementations particulières, mais qu'elles doivent abaisser les frontières contre de nouveaux entrants, l'objectif étant de faire disparaître les monopoles et non pas les règles. Confondre fin des monopoles et disparition des règles méconnaît le fait qu'en Europe la libéralisation a conservé, voire a accru, la régulation, comme on peut le faire dans le droit du secteur énergétique, qui maintient certains monopoles naturels et confie à des régulateurs nationaux le respect de contraintes multiples.

**PA — Quel rôle à votre avis le juge peut-il être amené à jouer face à des régulateurs de plus en plus puissants qui émettent leur propre réglementation, en contrôlent l'application, voire sanctionnent leur violation ?**

**MAFR —** Les autorités de régulation sont une superbe manifestation de droit économique parce qu'elles sont fondées sur la primauté de l'objet et un souci d'obtention des résultats souhaités, pour la réalisation desquels on a institué le régulateur, doté des pouvoirs nécessaires. Au-delà des contraintes européennes, les régulateurs indépendants sont nés de l'identification de produits, ou systèmes, spécifiques, comme les marchés financiers ou les médias, et de l'idée que l'efficacité des règles et des décisions serait plus aisée à atteindre par l'instauration d'un organe spécifique et proche du secteur lui-même. Les autorités de régulation sont donc composées de spécialistes non pas des matières mais plutôt de l'objet sur lequel elles interviennent, ce qui leur confère technicité de l'approche et proximité avec le secteur régulé. En d'autres termes, les autorités de régulation sont une cristallisation institutionnelle de cette règle de primauté de l'objet, dans sa technicité, sa spécificité et son gouvernement. Le régulateur boursier par exemple a pour fonction de maintenir les équilibres contradictoires et artificiels dans le secteur à travers des visées de transparence et d'information qui ne sont en rien spontanées, mais aussi de développer la place financière. Dans ce contexte et pour prendre un exemple, l'articulation du rôle de l'AMF avec celui du juge peut soulever une difficulté dans la mesure où il est moins aisé de dire que la mission du juge est de développer la place financière française. En réalité, le juge est confronté à deux difficultés face aux décisions des régulateurs. Premièrement, et sauf si le législateur en décide autrement, il n'a pas à faire prévaloir dans ses décisions un but politique. Deuxièmement, il est saisi d'un cas particulier qu'il doit trancher alors que le régulateur, lui, a en charge l'intégralité du secteur.

**PA — Ne pourrait-on pas considérer que le rôle du juge consiste par exemple à défendre le faible ce qui, appliqué au droit boursier, pourrait se traduire par une vigilance particulière à l'égard du traitement des minoritaires ?**

**MAFR —** La sagesse traditionnelle du droit rappelle dans l'article 12 du nouveau Code de procédure civile que le juge tranche un litige par l'usage des règles de droit applicables. Intégrer les effets de systèmes produits par une décision sur un cas ne va pas à l'encontre de cela, en revanche soutenir que, par nature, le juge doit protéger le faible amène au redoutable piège de devoir préalablement repérer qui est le faible et qui est le fort. Être minoritaire ne suffit pas

**ENTRETIEN**

à constituer une faiblesse, lorsqu'il s'agit d'un fonds ou en présence d'une structure de groupe. La distribution entre forts, à contenir, et faibles, à soutenir, est trop incertaine. En revanche, transparence et intégrité des marchés, qui sont des finalités posées par la loi à l'ensemble du système dans lequel le juge s'intègre, sont des références effectives et légales pour le juge.

**PA — Si on revient à la bonne application de la règle, quel peut être le champ d'intervention du juge sur une décision du régulateur ?**

**MAFR —** Le juge en droit économique doit tendre à réussir ce tour de force de trancher le litige particulier en assurant le respect des règles de droit tout en intégrant, à mon avis, la primauté de la prospérité du secteur. Ces équilibres supposent des juges assurés et informés, prudents et fermes. Ce souci a justifié la mise en place entre la Chaire régulation de Sciences Po et la Cour de cassation d'un cycle sur le droit et l'économie du secteur bancaire. On ne peut pas trancher un litige bancaire en tant qu'il est un litige particulier sans tenir compte de l'effet de la décision, éventuellement amplifiée par la jurisprudence, sur l'ensemble de la structure bancaire. Je ne prétends pas que le juge doive être uniquement guidé par ce souci mais il faut qu'il l'intègre à sa réflexion. S'il ne l'intègre pas, il sera de son devoir de n'opérer qu'un contrôle minimum sur les décisions d'un régulateur prenant à sa charge cette dimension. On peut très bien estimer en effet qu'il n'entre pas dans la mission du juge de prendre en compte la prospérité du système, voire même que c'est dangereux car cela crée le risque que chaque magistrat avance sa propre conception de l'intérêt collectif. Mais si on donne un plein pouvoir de réformation à un juge n'intégrant pas tout ce que le régulateur avait pris en compte dans sa décision, on s'expose à des dysfonctionnements. L'alternative est donc dans une jurisprudence qui contrôle à la marge et en droit, et une jurisprudence qui « se mêle » de la régulation des marchés en intégrant ses effets systémiques et sa finalité de développement et d'équilibre.

**PA — Comment analysez-vous l'arrêt du Conseil d'État du 25 février dernier prononcé dans l'affaire France Telecom ?**

**MAFR —** Voilà un parfait exemple d'intervention réussie d'un juge en matière de régulation ! Rappelons que dans cette affaire, France Telecom contestait le tarif fixé par l'ART de l'accès à la boucle locale. Le commissaire du gouvernement avait conclu de son côté à l'annulation de cette tarification, pour manque de transparence et insuffisante explicitation des critères retenus, notamment dans le rapport entre le tarif et le coût. La juridiction a relevé que l'ART n'avait pas suivi la méthodologie prescrite par les textes, ce qui emportait annulation de sa décision. Cette annulation est adéquate en tant qu'elle constitue un signal fort à l'encontre du régulateur et des entreprises, mais inadéquate du fait d'une rétroactivité catastrophique. Le Conseil d'État a donc décidé que l'annulation ne vaudrait que pour l'avenir.

**PA — En quoi cette décision vous semble-t-elle si importante ?**

**MAFR —** Importante et symptomatique, résolvant la difficulté tenant à ce que le temps du juge est traditionnellement celui du passé alors que le temps de la régulation est celui du futur. C'est en cela que l'intervention du juge dans la régulation peut être inappropriée, voire destructrice. Or dans cette décision, le juge a agi comme l'aurait fait un régulateur en ce qu'il a pris soin d'intervenir sur l'avenir, par un signal clair et fort valant pour les comportements futurs, et du régulateur et des opérateurs, sans détruire les actes passés. Dès lors, son rôle en est profondément transformé puisqu'il n'est plus celui qui fait les comptes du passé mais celui qui donne les bons indicateurs pour l'avenir, se rapprochant du régulateur et s'insérant dans un droit économique qui choisit le futur comme temps pertinent parce que le destinataire des règles possède une rationalité suffisante pour anticiper et agir en intégrant la règle.

**PA — Les régulateurs en créant la norme ne veulent-ils pas le rôle du législateur lorsque par exemple l'AMF applique le règlement européen sur le rachat d'action avant même que la directive abus de marché dont ce règlement définit les conditions d'application n'ait été transposée en droit français ?**

**MAFR —** Cette situation n'est que le prolongement du « processus Lamfalussy », agréé par les organes européens eux-mêmes. Ce processus repose sur une participation active des organes nationaux dans le processus européen d'élaboration des règles. C'est le contraire du système *up-down* contre lequel les États membres protestaient. Il comprend quatre niveaux d'élaboration, le premier adoptant les textes européens contenant les règles générales, un deuxième précisant les mesures d'application, le troisième opérant la transposition, tandis que le niveau 4 s'assure de l'harmonisation de l'ensemble. Il est vrai qu'au niveau 3, les régulateurs transposent les directives qu'ils ont par ailleurs contribué à rédiger, puisqu'au niveau 2, ils interviennent par l'intermédiaire de CESR. Mais les politiques ont également leur mot à dire *via* le comité qui réunit les ministres des Finances des États membres et qui est un passage obligé de ce niveau 2. Le politique a donc un rôle actif, mais davantage à travers le gouvernement que le Parlement. Pour autant, qui l'empêche d'anticiper ? Les parlementaires ne découvrent pas l'existence du droit le jour où il est promulgué, et leur réaction, anticipée et en cela efficace, concernant la directive Bolkestein le montre. Le processus Lamfalussy est un outil extraordinaire qui permet désormais de disposer d'outils juridiques majeurs, élaborés dans un temps record, techniquement corrects et en plus inscrits dans une grande cohérence puisqu'ils découlent d'un plan d'action définissant très clairement les fins poursuivies. Sans doute doit-on suggérer qu'au sein des parlements nationaux, il y ait des organes qui participent aux débats européens et permettent l'intervention diligente du Parlement lors de la transposition. Rien ne l'empêche, la loi vaut toujours plus qu'un règlement d'une autorité administrative. Le droit économique est devenu un flux dans lequel les lois futures sont déjà actées puisque les acteurs en connaissent déjà la teneur et les anticipent. Ce système de flux me paraît plus démocratique en ce que chacun peut y participer.

**PA — N'est-on pas en train de créer avec la régulation un système entièrement parallèle aux institutions traditionnelles avec un processus de création de normes, une surveillance et une sanction échappant largement au Parlement, aux politiques et aux juges...**

**MAFR —** Rien n'empêche les pouvoirs démocratiques traditionnels de se mêler au jeu. Dans une conception classique, les institutions agissent de manière successive, chacune attendant son tour. Le législateur adopte les lois puis il passe la main aux juges qui les appliquent jusqu'à ce qu'une autre loi soit adoptée. Ces saccades ne sont pas très efficaces. Personnellement, je serais favorable à ce qu'on interroge les juges au stade de l'élaboration de la loi pour savoir ce qu'ils pensent de la règle qu'on s'apprête à leur demander d'appliquer. En droit économique, il existe une discussion permanente qui permet à l'ensemble des acteurs d'intervenir à tous les niveaux. C'est un processus de création continu dans lequel on songe toujours à la prochaine règle qui sera édictée. Certains critiquent d'ailleurs le fait que l'on prépare de nouvelles directives alors que les précédentes ne sont même pas entrées en application, mais c'est demeurer dans une conception très successive du droit dans le temps. En réalité, le droit économique tel qu'il est conçu par CESR est beaucoup plus démocratique en raison de ce dialogue entre les acteurs. Ce d'autant plus que CESR organise de nombreuses consultations avant de rédiger un texte, ouvertes à tous.

**PA — Précisément, ces consultations soulèvent des critiques, on les juge trop lourdes à gérer...**

**MAFR —** Sans doute mais on ne peut tout à la fois revendiquer d'être associé au processus législatif et se plaindre ensuite du travail que cela suppose. Il y a des avantages à la passivité, obéir est moins fatigant que de participer à l'élaboration de la norme qui vous régira. Pour ma part, j'estime que CESR est un modèle de droit bien conçu.

**ENTRETIEN**

**PA —** Récemment, l'AMF a prononcé une sanction contre des commissaires aux comptes, ce que ces derniers contestent en estimant qu'ils n'entrent pas dans le champ de compétence du régulateur. Qu'en pensez-vous ?

**MAFR —** Cette décision s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt KPMG du 7 mars 2000 par lequel la Cour d'appel de Paris a pris soin de préciser que le régulateur, la COB à l'époque, était compétente pour sanctionner les commissaires aux comptes. Dans une perspective de régulation, cette compétence va de soi. Rappelons que l'AMF est garante de la prospérité du marché et de son efficience, ce qui passe par une bonne information du marché. Or les commissaires aux comptes donnent au marché l'information la plus cruciale : le degré de confiance que l'on peut faire aux autres informations. Par un phénomène de mimétisme cognitif lié à la complexité du monde financier, on ne regarde plus tant les informations mais le comportement de ceux qui ont les moyens et la tâche de les comprendre. S'ils disent qu'elles sont fiables, on les suit. C'est précisément ce que fait le commissaire aux comptes lorsqu'il certifie les états financiers, et, à cause ou grâce à cette information, les investisseurs ne vont pas voir les informations sous-jacentes. On conçoit donc que le régulateur puisse agir sur des professionnels qui jouent un rôle aussi crucial à l'égard du bon fonctionnement du marché.

**Propos recueillis par Olivia DUFOUR**