

Commentaire

« Il n'y a pas de bonheur sans liberté, ni de liberté sans vaillance », Thucydide.

*TIRÉ-À-PART
NUMÉRO 111 / AUTOMNE 2005*

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Vers un gouvernement économique des juges

Commentaire

116 rue du Bac, 75007 Paris
Tél : 01 45 49 37 82, Fax : 01 45 44 32 18, email : abonnements@commentaire.fr
Site Internet : <http://www.commentaire.fr>

BULLETIN D'ABONNEMENT

Formulaire à compléter en lettres majuscules

M., Mme., Melle _____

Adresse _____

Code postal _____ Ville _____

Pays (pour l'étranger) _____

Tél. _____ email : _____

Profession _____

souscrit un abonnement à la revue *Commentaire* (quatre numéros par an)
à partir du n° _____

France

- 1 an 54 €
- 2 ans 103 €
- 3 ans 153 €

Abonnement de soutien : à partir de

- 1 an 80 €
- 2 ans 160 €
- 3 ans 240 €

Étudiant

- 1 an 42 € (joindre une copie de la carte d'étudiant)

Étranger

Union européenne et Suisse

- 1 an 61 €
- 2 ans 120 €
- 3 ans 176 €

Autres pays

- 1 an 70 €
- 2 ans 129 €
- 3 ans 185 €

Date :

Signature :

Cette revue est publiée par Commentaire, société anonyme au capital de 76 224,51 €
(Président de la S.A. : J.-C. Casanova, Directeur général : G. Berger)
Siège social : 116, rue du Bac, 75007 Paris
Registre de commerce : RC PARIS N° B 312 212 970 © Copyright 2005 : S.A. Commentaire
Éditeur : Plon, 76 rue Bonaparte, 75006 Paris Imprimeur : Aubin, BP 02, 86240 Ligugé
N° de Commission paritaire : 1007K82245 / ISSN 0180-8214 / ISBN 2-259-20204-7
SIRET : 312 212 970 000 15 / Code APE : 221 E

Vers un gouvernement économique des juges

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

LA « juridictionnalisation » de l'économie signifie que les relations et les organisations économiques sont de plus en plus dépendantes des décisions de justice, que celles-ci émanent des juridictions judiciaires ou des juridictions administratives (1). Les juges annulent des contrats, annihilent la révision des conditions d'indemnisation des chômeurs, obligent des dirigeants d'entreprises à quitter leurs fonctions, etc. L'impact est plus important encore lorsque la décision juridictionnelle porte sur des structures économiques, par exemple en façonnant la manière de diffuser l'information aux actionnaires, en reprenant à son compte l'autorisation ou le refus opposé à des entreprises qui veulent fusionner, en redessinant le contour des réseaux de distribution par la suppression de telle ou telle clause du contrat-cadre. L'organisation économique française n'est pas seulement affectée par les décisions de justice, elle devient structurée par celles-ci. La décision de justice est de moins en moins marginale, les entreprises l'intègrent dans leur stratégie, les juges vont au cœur des organisations (2).

Le phénomène est nouveau dans la société française. Il y a certes toujours eu des juges et

certains ont prononcé des jugements retentissants, mais il existe une différence entre l'éclat marginal – même commenté à grand bruit – et cet effet structurant. Désormais, le pouvoir des juridictions s'étend indépendamment du droit qu'elles appliquent. À la « juridicisation » de l'économie, c'est-à-dire un droit de plus en plus présent dans l'économie, s'est associée sa juridictionnalisation, sous la forme d'une addition et non pas seulement d'une conséquence, par exemple lorsque les juges procèdent eux-mêmes à des bilans économiques pour apprécier des concentrations d'entreprises ou interprètent des textes répressifs pour servir la morale des affaires. Ainsi, le contentieux pénal a proliféré en matière économique davantage que les règles pénales.

En France, le mouvement engendre un problème de légitimité politique. Pour le mesurer, il faut affiner le trait à l'intérieur de l'office du juge, entre ce qu'on appelle la *jurisdictio* et l'*imperium*. L'article 12 du nouveau Code de procédure civile rappelle la règle classique selon laquelle le juge a pour office de trancher les litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. L'application du droit correspond à la *jurisdictio*, l'usage du pouvoir du droit renvoie à l'*imperium*. Les litiges économiques comme les autres sont sous l'emprise des deux, celle de l'*imperium*, puisque le jugement donnera un ordre aux parties, agencera directement leur situation, et celle de la *jurisdictio*, puisque le juge applique la règle, en l'interprétant si nécessaire.

Même s'il est usuel en France de protester contre ce dernier aspect, parce que le pouvoir d'interprétation des normes permet à celui qui l'exerce de produire à son tour et par ce biais

(1) Le terme de « judiciarisation » souvent utilisé renvoie littéralement à la seule montée en puissance du juge judiciaire (voir par exemple Jean-Paul Nourry, « La "judiciarisation" de l'économie », rapport du Conseil économique et social, mars 2004), ce qui laisse de côté les juridictions administratives, alors que celles-ci sont très actives, ayant par exemple compétence pour trancher les litiges sur des marchés publics ou apprécier la décision du ministre de l'Économie en matière de contrôle des concentrations d'entreprises.

(2) N'est-il pas significatif que le ministre de l'Économie ait demandé à un magistrat, le premier président Guy Canivet, de réfléchir sur de nouveaux équilibres dans le droit de la distribution ? Voir le « rapport Canivet », *Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, remis le 18 octobre 2004, La Documentation française, 2005.

des règles juridiques générales, il faut rappeler que, dès 1804, l'article 4 du Code civil oblige le juge à statuer, même s'il doit pour cela interpréter la règle lacunaire, obscure ou contradictoire. Ces deux puissances épaulées de l'*imperium* et de la *jurisdictio* du juge dans les décisions de justice appliquées au monde économique ne sont donc pas une nouveauté en soi.

Le changement est plus factuel et sociologique : le juge est entré dans la cour des puissants. Il y a quinze ans, les juges se seraient moins hasardés à interférer dans des offres publiques sur des actions de sociétés cotées, ou à réviser des décisions administratives de contrôle des concentrations. Ce qu'éprouva le monde politique, le monde économique le vit aujourd'hui d'une façon semblable. Comme en matière politique, non seulement le juge n'avait pas été invité à entrer dans ce monde mais nul n'imaginait qu'il puisse s'y autoriser.

Le heurt de légitimité entre ces mondes prend des formes différentes. Le monde politique se pare de la légitimité élective dont le juge est dépourvu. Le monde économique, spécialement les chefs d'entreprise, se prévaut de la légitimité de création de richesses à laquelle le juge ne participe pas et au risque de laquelle il n'est pas exposé. On pourrait résumer ainsi ce que pensent de nombreux dirigeants d'entreprise : « Je crée des emplois, de la richesse. Je travaille toute la journée. Je prends les risques et voilà quelqu'un qui n'y connaît rien, payé par l'État, qui vient gâcher ma vie et compromettre le développement de l'entreprise et des emplois ! »

L'importance et du mouvement et des résistances, voire du désarroi, qu'engendre cette montée en puissance des juridictions dans l'organisation économique justifie que l'on s'interroge tout d'abord sur les sources de la juridictionnalisation de l'économie française. Cette compréhension permet dans un deuxième temps de mettre en balance les avantages et les inconvénients de cette évolution, ouvrant alors la perspective de solutions visant à conserver les avantages et diminuer les inconvénients de ce phénomène.

Les sources

La montée en puissance des juridictions s'est d'abord opérée par l'intermédiaire de

l'extension du droit dans l'économie, par exemple le droit de la concurrence. Le juge appliquant le droit, sa place s'en est trouvée de ce seul fait agrandie. C'est une montée en puissance par transitivité, le juge est entraîné dans le sillage du droit. Le phénomène renvoie à l'emprise plus importante du droit dans l'économie, mais ne remet pas en cause le juge en lui-même puisque celui-ci n'exerce alors son pouvoir que d'une façon médiane, en rapport avec l'importance croissante du droit qui a un peu repris le rôle que jouait le pouvoir gouvernemental par rapport à l'économie. Mais l'accroissement du pouvoir du juge peut encore venir d'un mouvement inverse, c'est-à-dire ne plus être la conséquence d'une montée en puissance du droit, mais au contraire être la solution lorsqu'il y a pénurie de règles de droit. On peut désigner plusieurs causes d'un tel mouvement, déconcertant en France. Il s'agit du besoin de création de règles dans un espace international ayant du mal à établir des traités, de la prolifération des droits subjectifs dans le droit économique et de la conséquence d'une économie de marché fonctionnant sur la technique du contrat.

1. La pénurie de règles

L'économie s'est mondialisée et l'ordre économique international peine à se constituer, les successifs échecs des *rounds* de négociations de l'OMC le montrent. Un mouvement, inverse de celui observé en droit national, prend alors forme, qui consiste à pallier l'absence d'adoption de textes par l'émergence d'une jurisprudence porteuse de principes sur lesquels les pays n'arrivent pas à se mettre d'accord. Le principe de précaution affleure des décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Dans l'espace international économique, c'est donc parce que nous n'avions pas de règles que nous avons eu des juges. Historiquement, les contrats internationaux ne contenaient pas les règles requises à la sécurité juridique, c'est pourquoi les arbitres internationaux, juges à part entière, ont développé un corps de règles adaptées au commerce international, la *lex mercatoria*.

Selon un même processus, l'OMC n'arrivant pas à produire suffisamment, ou de façon suffisamment adaptée, des règles d'organisation et de régulation d'économie mondiale, l'Organe de règlement des différends, qui règle les liti-

ges lorsqu'un État estime avoir été victime de la violation par un autre État des règles du libre-échange, développe une jurisprudence ferme et créatrice. Là où il n'y a pas assez de droit, le pouvoir du juge s'installe. Certaines entreprises françaises étant internationales, voire globales, cette évolution crée une culture qui s'infiltré en France par ce biais.

2. La prolifération des droits subjectifs

La deuxième source du pouvoir des juges sur l'économie tient à un mouvement plus général du droit en France. En effet, son système juridique était construit sur des règles abstraites et générales, appliquées de façon la plus neutre et la plus égale possible aux destinataires de la règle. Depuis les années 1970, l'évolution a engendré un système de plus en plus construit sur les prérogatives des personnes, se rapprochant en cela des systèmes anglo-américains. Ces prérogatives, c'est-à-dire des droits subjectifs, se sont multipliées à travers le droit de la consommation. Or, alors qu'un administrateur suffit pour concrétiser des règles générales abstraites, la défense d'un droit subjectif prend la forme d'un recours disponible au juge. Traditionnellement, les Français étaient soumis à des règles abstraites, dans un système avant tout administratif. La multiplication des droits a fait advenir le juge. L'administration n'est pas devenue moins performante, le système juridictionnel ne l'est pas devenu davantage, mais l'adéquation est fondamentalement passée de l'un à l'autre. Lorsqu'une société est construite sur les droits subjectifs, d'une façon mécanique, le pouvoir est apporté aux juges. Leur puissance en Angleterre et aux États-Unis est héritée du droit romain qui s'est construit sur des actions devant le préteur. Le droit se conçoit alors en termes de droits subjectifs, donc de contestations, de conflits avec un tiers et de recours à la justice.

Appliquée à l'économie, l'évolution prend une forme particulière. Traditionnellement, l'articulation se faisait entre la liberté d'entreprise, qui ne constitue pas un droit subjectif, puisqu'elle n'a pas de débiteur, mais désigne un espace d'action autonome et des principes généraux et abstraits encadrant cette liberté, par exemple la prohibition des ententes et des abus de position dominante.

Depuis quelques années se sont multipliés de véritables droits subjectifs, dont le plus net

exemple est l'information des actionnaires. Ce que l'on désigne comme la *corporate governance*, en train de pénétrer le droit français par emprunt direct au droit nord-américain, vise les prérogatives des actionnaires, ou d'autres parties prenantes, à l'égard des mandataires sociaux qui en sont proprement débiteurs. Les nouveaux textes octroient des prérogatives aux associés, aux salariés, aux associations d'investisseurs, aux comités d'entreprises, qui ouvrent toutes de nouveaux accès aux juges. Cette transformation du système juridique vers la satisfaction des prérogatives individuelles est encouragée par le mécanisme social de la « plainte ». Chacun se plaint et saisit le juge pour faire résonner ses gémissements. De cette culture de la plainte et de la victimisation naissent des interventions systématiques et forcées des juridictions, dont les prises de position peuvent faire naître à leur tour des prérogatives. On entend désormais dans les prétoires la plainte des actionnaires minoritaires. Le fait que des actions judiciaires aient été entamées à propos de la canicule en est une autre et forte illustration.

Ces deux phénomènes, la puissance des juges internationaux faute de règles objectives, la puissance des juges français par la multiplication des prérogatives distribuées en pluie par le législateur, sont des causes mécaniques de la juridictionnalisation. Les juges sont les moins préparés à cette montée sur scène, il faut les aider à exercer une puissance qui, en quelque sorte, leur est « tombée dessus ».

3. La contractualisation des relations sur les marchés

Si le modèle du droit nord-américain, notamment dans son articulation entre prérogatives des individus et droit créé par le juge, pénètre si fortement dans le droit économique français, ce n'est pas par seul bénéfice secondaire de la domination économique des États-Unis, mais parce que ce droit a été façonné par une culture de marché. Celle-ci pénétrant l'économie française, le droit qui lui est associé se met à prospérer. Par exemple, si le droit français des sociétés est en train d'être bouleversé par des lois construites sur les droits des actionnaires, droits contre les dirigeants sociaux, dont le juge sera l'arbitre, cela correspond à des revendications des fonds d'investissements dans les sociétés cotées, c'est-à-dire des intermédiaires du marché financier.

De la même façon, les autorités de concurrence, qui fonctionnent comme des juridictions, interviennent énergiquement, à l'image du droit nord-américain qui a construit le prototype du droit *antitrust* dans lequel les juges ont le dernier mot.

En dehors même de l'influence conceptuelle du droit nord-américain, la juridictionnalisation de l'économie est structurelle parce que liée au mécanisme des contrats, qui sont les instruments ordinaires des relations de marché. Le juge est partout présent dans une économie de marché. Celle-ci repose sur la liberté d'entreprise et le juge est le gardien des libertés individuelles. Le marché s'anime par le dynamisme de la compétition, surveillée par le juge. L'instrument ordinaire est le contrat, ce qui appelle l'intervention du juge lorsque les parties se disputent sur le sens de leur engagement ou sur la qualité de son exécution. Plus encore, si le contrat n'est plus seulement utilisé pour concrétiser des échanges mais pour construire des organisations (le « contrat-organisation »), par exemple la contitution de réseaux de distribution ou le maillage d'engagements entre actionnaires ou entre sociétés d'un même groupe, alors le juge qui intervient dès que la concorde aura cessé entre les partenaires va nécessairement influencer sur ces organisations.

Chaque contrat contient en quelque sorte un juge « en creux ». Dans le système anglo-américain, dans ces économies du marché, du contrat et du juge, cette présence, virtuelle et effective, du juge n'est pas pathologique. Le recours au juge n'est pas le signe de l'échec contractuel, il est intégré, dans sa figure générale qui peut éventuellement prendre la forme d'un arbitre, dans le processus contractuel de départ. Si l'on promeut l'économie de marché, il est contradictoire de vouloir en exclure les juridictions, parce qu'il n'y a pas d'économie de marché sans contrat, ni de contrat sans juge. Les dirigeants d'entreprise qui voudraient le marché sans les juges sont incohérents.

Pour conclure cette recherche des causes, ce n'est pas une prise de pouvoir par les juges qui les a menés sur le devant de la scène économique. On peut dire au contraire qu'ils ne sont pas préparés à une telle importance en ce qu'ils ont été formés dans une tradition juridique française les concevant comme des agents neutres et marginaux intervenant dans des cas pathologiques. Aujourd'hui, ce serait sur eux

que reposent l'équilibre des marchés et la sécurité financière. Le poids est lourd à porter.

Avantages et inconvénients

Une fois compris pourquoi les juges exercent aujourd'hui un tel pouvoir sur l'économie, il convient de porter un jugement à ce propos. Il s'avère que cette juridictionnalisation de l'économie française présente des avantages et des inconvénients. Il est utile d'en dresser la liste. Cela permet de modérer des jugements qui sont souvent excessifs en ce qu'ils présentent les juges comme des personnes nuisibles qu'il faudrait remettre au pas, ou bien comme des sortes de saints qui sauveront notre démocratie. Dessiner plus finement l'image permet surtout d'essayer de lutter contre les inconvénients tout en conservant les avantages, dans des mesures forcément moins radicales que celles proposées par des pensées plus abruptes, réquisitoires ou hagiographies. Il n'est pourtant pas si aisé de distribuer les satisfacts et les mauvais points parce qu'un même phénomène, l'arbitrage par exemple, peut présenter comme deux faces d'une même pièce des avantages et des inconvénients.

1. Un tiers impartial et désintéressé

L'avantage principal tient dans la figure même du juge, tiers impartial et désintéressé. C'est ce par quoi on désigne un juge, par quoi on le reconnaît juge, quelle que soit sa qualification formelle. Par exemple, l'Autorité des marchés financiers, autorité administrative, personne de droit public, exerce une activité de type juridictionnel lorsqu'elle sanctionne des opérateurs parce qu'elle agit alors comme un tiers impartial et désintéressé, procéduralement contraint par des garanties, comme les droits de la défense ou la motivation.

L'État ne correspond pas à cette figure parce que, recherchant le bien commun, il exprime un projet collectif porteur de l'intérêt général, auquel il n'est pas extérieur. L'État, en tant qu'il exerce une politique économique, qui est une politique impliquée, n'est pas un tiers au marché. Le juge étant un tiers impartial et désintéressé, il applique mécaniquement les règles, en cela il « civilise » les relations économiques. En effet, cet office du juge qui applique pareillement la règle à tous protège le faible dans l'économie. Dans une relation économique, la partie puissante est protégée

par sa puissance et le faible par le droit. Dès lors, le droit vient en redondance de la puissance pour le premier alors qu'il vient en complément pour le second. Dès lors, même si le droit s'applique pareillement, le jugement est plus utile pour le faible que pour le fort. Un opérateur puissant qui a juridiquement raison n'est que conforté par le juge alors que la partie faible est véritablement promue et sauvée par le juge. C'est pourquoi les décisions successives de l'Organe de règlement, qui donnent parfois raison et parfois tort aux États-Unis, sont systématiquement contraires à la puissance des États-Unis puisque dans l'ancien système, faute d'un juge, les États-Unis gagnaient toujours, qu'ils aient eu raison ou tort.

2. L'avantage des tribunaux arbitraux

Le deuxième avantage est que le contrat a produit son propre juge adéquat, qui est l'arbitre. Depuis longtemps, l'arbitre, surtout l'arbitre international, est le juge qui convient, puisque, agissant dans une instance confidentielle, il apporte la sécurité juridique et une solution économiquement efficace à des litiges économiques. L'évolution renforce cette adéquation car l'arbitre n'est plus seulement le juge du contrat, il est également devenu le juge du marché. Il était traditionnel d'affirmer que les matières d'ordre public n'étaient pas arbitrables, par exemple les questions de concurrence ne pouvaient être approchées que par des juges étatiques dans la mesure où elles concernent l'ordre public économique. La règle a changé, sans sacrifier l'un à l'autre, puisque si les arbitres peuvent désormais connaître de toutes les conséquences civiles du droit d'ordre public, c'est à la condition qu'ils appliquent eux-mêmes cet ordre public, par exemple en annulant une clause contractuelle ayant des effets anticoncurrentiels sur un marché. Les arbitres possèdent des qualités spécifiques pour trancher les litiges, au-delà même de la compétence technique pour laquelle ils sont choisis. La première est de n'être pas sidérés par le pouvoir qui leur incombe, ne n'être pas craintifs et, de ce fait, d'user raisonnablement de ce pouvoir. La seconde qualité des arbitres, qualité que l'on retrouve chez les juges consulaires, est de chercher à dégager non seulement une décision juridique conforme mais encore constitutive d'une solution concrète, le droit étant

donc l'outil d'une décision pratique et non pas la fin en soi.

3. Les inconvénients de l'arbitrage

L'arbitrage présente des inconvénients qui sont les revers de ses avantages. Tout d'abord, les procédures d'arbitrage sont très coûteuses. Ce qui n'est pas un obstacle pour régler les litiges entre opérateurs puissants devient dirimant quand une des parties ne possède pas la puissance économique pour supporter l'arbitrage.

Deuxièmement, l'avantage de la confidentialité des arbitrages produit un inconvénient, qui est le tarissement de production de règles dans le système juridique. En effet, la jurisprudence nourrit le système juridique par l'interprétation des règles, mais ces interprétations au sein des sentences sont emportées par cette confidentialité. À l'appauvrissement du système juridique s'ajoute l'insécurité liée à la lacune d'une interprétation publique et partagée. Pour prendre un exemple, certaines clauses systématiquement insérées dans des contrats n'ont pas été validées ou invalidées par le système juridique, non pas faute de contentieux et de discussions sur leur validité, mais parce que les litiges ont été confidentiellement tranchés en arbitrage. Ne serait-ce que pour cela, l'arbitrage ne peut suffire au bon fonctionnement de l'économie.

4. Les bienfaits de la lenteur

C'est une antienne : le juge nuirait à l'économie en raison de sa lenteur à intervenir. Le « temps judiciaire », c'est-à-dire sa lenteur, serait un grave inconvénient, à la fois pour l'économie, qui n'en peut plus d'attendre des solutions pour des problèmes depuis longtemps englués, et pour la justice, qui court en vain contre des contrevenants inatteignables. Il faut attendre des années pour avoir une décision, le temps économique ne le supporte pas. Il ne s'agit pas ici de nier l'inconvénient, mais de présenter la face de son avantage.

Tout d'abord, certains juges sont prompts car des procédures *ad hoc* leur permettent d'intervenir rapidement lorsque cela est requis, notamment en référé. Plus fondamentalement, n'aurions-nous pas besoin de ralentir le rythme ? Est-il vraiment bon, par exemple en matière financière, qu'une question posée à quatorze heures trouve une solution tranchante à dix-huit heures ? Le procès constitue un ralentissement structurel des débats

économiques, l'inertie judiciaire a elle aussi un effet de civilisation. De toutes les façons, le temps judiciaire sera toujours inadéquat au temps économique et financier car les droits de la défense empêchent de régler les litiges en une heure. Ainsi, le temps du juge ne peut coïncider au temps de l'action économique. Mais on se plaint à juste titre de l'instantanéité néfaste des marchés financiers, de leur réactivité excessive, de ce que cette accélération du temps financier produit comme dysfonctionnement sur les économies réelles. Le temps judiciaire peut en constituer le contrepoint, un contrepoint que les acteurs économiques et financiers pourraient anticiper pour calmer leur propre rythme, qu'ils estiment eux-même trop rapide, notamment dans l'écart entre le temps de la réflexion pour prendre des décisions dans les entreprises et l'appétit d'immédiateté des marchés financiers. Ne critiquons pas toujours le temps judiciaire, il est aussi un signe de la sagesse.

5. L'inconvénient majeur : l'absence de spécialisation

Les inconvénients de la juridictionnalisation de l'économie tiennent plutôt, et tout d'abord, à un problème de compétence technique. Les litiges en matière économique sont souvent complexes non seulement dans leur composante mais encore et surtout dans les effets que produira la décision de justice. L'influence des juges sur les organisations et sur les marchés ne peut être légitime que si elle est consciente. Les juges doivent savoir ce qu'ils font, ce qui suppose une compétence technique, laquelle laisse entière la liberté de juger. Or cette compétence fait généralement défaut et cela rend insupportable un pouvoir que les juridictions exercent sans même le mesurer.

Le second inconvénient tient à l'isolement du monde juridictionnel, sans doute plus net concernant le monde judiciaire que celui des juridictions administratives, en raison de la proximité plus forte existant entre les juges administratifs, l'administration active et la direction de nombreuses entreprises françaises, publiques ou non. Cet enfermement est la cause de beaucoup des excès observés, et plus on critiquera radicalement les juges et plus ce sentiment d'état de siège incitera à des comportements juridictionnels inadéquats et moins l'économie bénéficiera des avantages précités de sa juridictionnalisation.

Signes de pistes

Les solutions sont pourtant à portée de mains. Il convient tout d'abord de repenser le contentieux économique, pour permettre aux juges de ne pas traiter de la même façon les contentieux répétitifs, ordinaires, ne développant leurs effets qu'entre les deux parties à l'instance, et le contentieux soit extraordinaire en tant qu'il met en jeu des principes, soit systémique en tant qu'il a un effet structurant sur l'organisation économique. Il faut ensuite spécialiser les juges et les juridictions. Cette spécialisation est très souvent demandée, reste à surmonter les obstacles de sa mise en œuvre. Enfin, il faut promouvoir le critère général d'adéquation des décisions juridictionnelles en matière économique, à savoir la cohérence et la prévisibilité, principes que le droit économique européen est en train de mettre au premier plan.

1. La distinction des méthodes

Le contentieux économique n'est pas unifié. Son classement selon les branches du droit appliqué, droit des contrats, droit de la faillite, droit de la concurrence, droit de la propriété intellectuelle, etc., est une méthode académique qui ne reflète pas la véritable distinction pratique : celle du contentieux standardisé et du contentieux d'exception. Le contentieux standardisé vise celui dont les éléments à la fois juridiques, économiques et humains se répètent. Par exemple, les rapports entre les banques et les consommateurs, dans les prêts à la consommation, engendrent un contentieux standardisé à la fois sur la situation économique, les règles de droit applicables et les personnes en cause. Le contentieux standardisé doit être traité d'une façon elle-même standardisée, avec l'économie de moyens et la rapidité qu'elle permet. Il ne s'agit pas de dire que le contentieux standardisé ne mérite pas d'attention, car tout litige est important pour celui qui est en cause et de grandes questions de principe affluent dans des affaires de petite importance. Mais dans un tel cas la Cour de cassation et le Conseil d'État doivent formuler les principes qui seront repris décision après décision.

D'un autre côté, il existe des affaires de contentieux spécifiques, qui ne sont reproductibles ni dans leurs dimensions économique et juridique ni vis-à-vis des personnes

impliquées. Concernant les contentieux d'OPA ou ceux relatifs au contrôle des concentrations, aucun dossier ne ressemble à un autre. Dans ces cas, les juges qui en sont chargés doivent reprendre les dossiers à la base, ce qui exige du temps et des moyens.

Pour mieux formuler des pistes de solutions, on peut repérer quatre hypothèses. La première concerne le contentieux à la fois standardisé et ne mettant en cause aucun principe. Celui-ci doit être traité par reproduction dès l'instant qu'une solution convenable a été arrêtée pour les cas précédents. La deuxième hypothèse concerne le contentieux standardisé dans lequel apparaît une question de principe. Un tel cas doit alors être soumis et tranché par la Cour de cassation ou le Conseil d'État, afin qu'ils formulent clairement le principe à suivre pour l'avenir et que les opérateurs se le tiennent pour dit. Cela peut prendre la forme de procédure d'avis sollicités par les juges du fond. La troisième hypothèse, assez rare, vise le contentieux exceptionnel qui ne pose pas de question de principe. Il peut trouver une solution d'espèce, l'efficacité justifiant souvent un règlement alternatif du litige et le choix d'un arbitrage confidentiel.

La quatrième hypothèse concerne des contentieux exceptionnels contenant des questions de principe. Il faut alors qu'interviennent des juridictions spécialisées qui émettront publiquement des principes, au terme d'une procédure coûteuse en énergie et en intelligence. Cette méthode est suivie par exemple par le Conseil d'État pour le contrôle des concentrations ou par la Cour d'appel de Paris pour le contentieux des offres publiques.

2. La spécialisation

La deuxième piste de solution concerne la spécialisation des juges. Si la France ne l'emprunte pas plus nettement, les difficultés liées à la montée en puissance des juges dans le droit économique s'amplifieront. Il est indispensable de spécialiser en premier lieu les juges en charge du contentieux économique complexe et structurant, notamment les litiges concernant le marché concurrentiel, le marché financier, les clauses cruciales des contrats internationaux impliquant plusieurs systèmes juridiques. Cette spécialisation doit porter aussi sur des situations économiques et sociales sous-jacentes à l'instrument juridique sur lequel la dispute se greffe.

Il faut également spécialiser les juges en charge de formuler les principes dans le contentieux standardisé. Cette dernière catégorie de juges joue un rôle systémique parce que ceux-ci vont donner les nouveaux principes dans des contentieux répétitifs, ce qui donne à la décision sur une affaire de petite dimension économique en elle-même une portée très importante. Ainsi, la Cour de cassation a réuni une assemblée plénière pour fixer le point de départ du délai de prescription pour agir en matière de prêt bancaire à la consommation. Ces décisions doivent être pesées, notamment en intégrant ses implications à long terme.

La spécialisation produit deux effets très heureux. Elle produit tout d'abord une imprégnation des règles par leur objet : si les juges qui statuent en matière financière en sont spécialistes, les modes de fonctionnement du marché financier vont petit à petit imprégner la décision de justice qu'ils rendent. Non seulement le jugement en devient plus adéquat, mais encore, loin de porter atteinte à l'indépendance des magistrats, cette imprégnation leur offre une meilleure finesse, une meilleure appréciation des intérêts en présence et, finalement, une meilleure impartialité pour les prendre en considération, les hiérarchiser ou prendre de la distance par rapport à eux. En outre, cette spécialisation permet une meilleure prévisibilité des décisions puisque la jurisprudence conserve les solutions juridiques lorsque les situations économiques sont stables. Ainsi, plus les juges connaissent l'objet économique sur lequel porte leur décision de justice et plus ils sont impartiaux et prévisibles.

Le second mérite de la spécialisation est de rendre les juges plus sûrs d'eux-mêmes, non seulement vis-à-vis des personnes qu'ils doivent juger, mais aussi vis-à-vis des situations sur lesquelles ils ont vocation à intervenir. Il est primordial que les juges français soient plus sûrs de leurs compétences et de leurs pouvoirs. Le président Pierre Drai, magistrat qui joua un très grand rôle dans l'organisation concrète des juridictions pour leur adéquation à la transformation de la vie économique, réclamait un « juge qui toujours décide ». L'économie a d'autant plus besoin de juges qui décident que l'État, pour sa part, le fait de moins en moins. Mais, pour qu'un juge décide, il faut que celui-ci soit sûr de lui, sûr de

lui du fait de sa familiarité avec l'objet technique, avec le droit particulier, et avec les opérateurs en cause.

La première conséquence est l'enjeu majeur et concret de la formation. Elle doit être à la fois spécialisée et conçue selon une technique de « coupe verticale », c'est-à-dire la spécialisation à la fois sur le droit et sur l'objet sur lesquels le premier porte. Ainsi, non seulement des juges doivent être spécialistes des marchés publics ou de droit des brevets, mais encore doivent comprendre les processus économiques sous-jacents ou avoir des connaissances en matière de recherche et d'innovation. C'est absolument essentiel. Cette formation doit être commune aux personnes ayant vocation à exercer un pouvoir de décision sur l'objet, c'est-à-dire s'adresser à la fois aux magistrats, aux professionnels, à l'administration spécialisée, voire aux opérateurs eux-mêmes. Cette formation doit être régulière parce que le monde et les règles évoluent. Nous n'en disposons pas en France.

La seconde conséquence concerne l'organisation institutionnelle elle-même, qui doit être conçue par objet et non pas par branches du droit. Nous avons appris le droit par branche : le droit civil d'un côté, le droit commercial de l'autre, le droit privé d'un côté, le droit public de l'autre, le droit civil d'un côté, le droit pénal de l'autre. Le traitement judiciaire des difficultés est donc enfermé dans des définitions disciplinaires, alors que la solution adéquate peut requérir une appréhension plus large. Ainsi, les débats sur la pénalisation de la vie économique sont posés à l'intérieur du droit pénal alors que la répression prend de nombreuses formes, notamment celles de la responsabilité civile.

La formation ne peut plus présupposer que l'on forme des juges civils, des juges répressifs, des juges consulaires, des juges administratifs. Il faut former à partir des objets, par exemple la santé ou encore le marché. Relève de cette démarche l'initiative de Guy Canivet qui a conçu une « chambre du risque » à la Cour de cassation. Le risque est rapproché du droit de la responsabilité civile et depuis longtemps les juges prennent en compte le phénomène de l'assurance, mais cette chambre y associe encore les litiges concernant le droit de la protection sociale. Ces matières vont ici confluer. Cette conception si pragmatique et si fine de l'institutionnalisation met au cœur

l'objet véritable d'une décision judiciaire, ici l'unicité de ce qu'est le risque et l'interaction de nombreuses règles agissant sur lui. Cela permet de lutter contre des jugements à moitié éclairés parce que techniquement indifférents à d'autres solutions, pourtant cruciales mais logées dans d'autres branches du droit.

D'autres conséquences institutionnelles de cette spécialisation doivent être tirées. Parce qu'il y a des symbioses de compétences pour trouver des solutions éclairées, et qu'on ne peut exiger des juges d'être omniscients, il faut continuer de constituer des pôles. Le pôle financier a certes rencontré des difficultés mais il reste un modèle de ce qui peut être fait, notamment par l'idée de faire travailler des équipes interdisciplinaires sur un objet unique. Il institutionnalise une chaîne entre la poursuite, par exemple le parquet financier, et le traitement par les juges du siège. Ces pôles pourraient s'effectuer par regroupement de compétences autour de certains contentieux très techniques. On peut penser à la construction, à la santé, à la concurrence ou aux propriétés intellectuelles. Ces constitutions sont aujourd'hui en cours.

3. La prévisibilité comme qualité intrinsèque

La troisième piste de solution réside dans la promotion de la cohérence et de la prévisibilité comme critères de qualité de la jurisprudence. Le souci vaut pour tout le système juridique et l'on ne conçoit pas que le droit de la famille mérite moins d'être cohérent que le droit des marchés. La différence tient dans l'auto-observation des marchés, qu'on ne retrouve pas dans le droit des personnes. En effet, des organes, aussi bien les syndicats que les banques, observent les décisions de justice et en répercutent les raisonnements, ce qui contribue grandement à leur conférer un effet systémique. Ces « effets de jurisprudence », activés du fait même des opérateurs et des intermédiaires, injectent directement les décisions de justice dans le fonctionnement général de l'économie.

Comment favoriser cette cohérence et prévisibilité des jurisprudences en matière économique ? Il ne faut pas se bercer de l'illusion d'un retour à un droit simple, immédiatement accessible et permettant à chacun d'anticiper la solution des litiges. Certes, la standardisation des contentieux peu complexes et analogues aurait le mérite d'aller dans ce sens, mais

l'idéal de simplicité est inaccessible pour les droits et litiges complexes, en matière de finance, de concurrence ou de propriété intellectuelle. La simplicité n'est d'ailleurs pas un but en soi, elle conduit à promouvoir des idées trop radicales, car le radical présente l'avantage rhétorique d'être simple. Par exemple, il est irréaliste de proposer la fusion de la Cour de cassation et du Conseil d'État sous prétexte que cela simplifierait les choses. De la même façon, la volonté d'une modification radicale de la carte judiciaire ne se traduit jamais dans la réalité. On affirme toujours que c'est une bonne idée, sans doute l'est-ce, mais la pratique, les usages, les intérêts résistent à une idée si simple depuis des décennies.

D'autres voies, à la fois moins brutales et plus complexes, mais plus efficaces et plus pragmatiques, sont préférables. Ainsi, plutôt que de redessiner sur page blanche la distribution géographique des juridictions, le regroupement par pôles de compétence est un mode plus accessible de regroupements territoriaux. Une bonne formation transdisciplinaire entre des personnes spécialisées en droit de la concurrence dans l'ordre des juridictions judiciaires et dans l'ordre des juridictions administratives est une solution plus concevable que l'espoir d'effacer un ordre de juridictions. Une solution complexe mais pouvant être mise en œuvre est supérieure à une solution simple mais qui ne peut être mise en œuvre.

Il faudrait enfin favoriser une méthode judiciaire qui soit à la fois proprement juridictionnelle – ne transformons pas les juges en administrateurs – et proprement jurisprudentielle. L'économie a besoin de décisions multiples qui tranchent des cas particuliers, elle requiert aussi une jurisprudence qui dégage des points de repères pour les comportements à proscrire ou à adopter. Dans son office proprement juridictionnel, le juge doit être soucieux d'écouter les parties, sans penser que ces parties, voire leur avocat, sont ses ennemis. De la même façon, le juge doit conserver ce rôle traditionnel de balance des intérêts, et en cela les règlements alternatifs des litiges qui opèrent directement cet équilibre, prévalant alors sur l'application du droit, sont bienvenus.

Mais il faut favoriser aussi une attitude proprement jurisprudentielle : nous manquons de jurisprudence en matières économique et sociale, c'est-à-dire de décisions qui formulent des principes, des repères, des points d'arrêts. Ceux-ci doivent être adoptés en anticipant sur leur effet juridique général, c'est-à-dire dans le souci de s'ajuster avec les autres positions normatives, non seulement celle du législateur français, mais encore celles des organes communautaires, voire pour certaines matières avec les positions du droit nord-américain. Enfin, les juridictions, lorsqu'elles se lancent dans la jurisprudence, doivent être cohérentes dans le temps, ce qui est la définition même de la jurisprudence. Revenant ici sur la distinction entre le contentieux standard et le contentieux qui ne l'est pas, les décisions des arrêts qui empruntent la solution standard établie n'ont pas spécialement à être motivées, parce que l'essentiel est d'avoir des jugements rapides, exécutés. Mais, quand les tribunaux décident de changer la ligne de solution, le plus grand soin doit être apporté à la motivation pour expliquer pourquoi l'on change. Et il faut adopter – techniquement nous le pourrions mais les juridictions françaises ne le font pour l'instant pas – la méthode communautaire et américaine qui permet de faire en sorte qu'on ne change la règle jurisprudentielle que pour l'avenir.

Si l'économie dispose tout à la fois d'un mécanisme de jurisprudence, une jurisprudence qui reprend ce qui a été dit avant, mais qui peut toujours l'interrompre en donnant de fortes raisons et ne valant que pour l'avenir, si elle bénéficie de juges compétents et familiers des situations sur lesquelles portent le droit, si les juges deviennent par ces deux voies davantage sûrs d'eux et ne voient donc pas dans les justiciables des ennemis, alors cette montée en puissance en matière économique, que les juges n'ont pas spécialement recherchée, ne produira plus que la part heureuse de ses effets.

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

L'ERREUR POLITIQUE LA PLUS GRAVE

Sans doute, dans le cadre rigide des institutions, soutenue par cette rigidité même, la société évolue. Même, le devoir de l'homme d'État est de suivre ces variations et de modifier l'institution quand il en est encore temps : sur dix erreurs politiques, il y en a neuf qui consistent simplement à croire encore vrai ce qui a cessé de l'être. Mais la dixième, qui pourra être la plus grave, sera de ne plus croire vrai ce qui l'est pourtant encore.

Henri BERGSON, *La Pensée et le Mouvant. Essais et Conférences*,
Alcan, 1934, p. 97.