

Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites (1).

Le législateur est souverain. En cela, son intervention relève de la décision, acte pur de souveraineté : la cause de la loi est, d'une façon fermée, tautologique, dans la volonté du législateur. Ainsi, la loi a pour raison la loi. Tout le droit classique a affirmé cette rationalité juridique et *a priori* (2). Dès lors, point n'était besoin de méthode législative.

En effet, la méthode a nécessairement pour effet immédiat d'inclure la décision dans une chaîne de causalité et de justifications : la loi a pour raison l'urgence ; la loi a pour raison le scandale ; la loi a pour raison le désir d'apporter la prospérité, la joie, l'ordre, etc. De ces causes, se décalquent en creux les buts : ainsi la loi a pour but immédiat d'apporter une première réponse à un problème social criant, a pour but d'apaiser le scandale, a pour but général le bien commun. Cette référence peut être certes multiple, les causes et les finalités se cumulent aisément et se nuancent les unes les autres. Il n'empêche que les alternatives de références, d'origines, de logiques ne sont pas infinies. Dès lors, parler de méthode législative, c'est sortir de l'hypothèse d'une souveraineté du législateur, en causant et en finalisant par l'extérieur son acte. C'est l'obliger.

Il n'est donc guère étonnant qu'à l'époque présente, qui connaît d'une façon subite ou organisée le déclin du pouvoir législatif, le vacillement de son prestige et la mise en cause de sa légitimité, on cherche désormais à concevoir une méthode législative, là où l'on prenait naguère, en déférence, acte de la volonté générale exprimée par la loi.

Le discours qui sous-tend la réforme en cours du droit des faillites est exemplaire à ce titre. On peut le présenter schématiquement comme articulé de la façon suivante :

1. — Les défaillances d'entreprises causent du chômage, ralentissent la circulation et la production des richesses et fragilisent le tissu économique.

2. — Elles sont donc un phénomène néfaste pour l'économie.

3. — Le droit économique a pour finalité d'aider, de protéger, voire de créer la prospérité économique.

4. — Le droit des faillites est une expression du droit économique.

(1) Cette étude méthodologique menée sur le vif d'une réforme en cours s'insère dans une réflexion plus générale relative aux *Réalités économiques et sociales de la faillite*, dégagée lors du colloque du 17 nov. 1993 qui s'est déroulé à l'initiative du Tribunal de commerce de Paris dans les locaux de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, sous l'égide de l'AFFIC, d'HEC, de l'École supérieure de commerce de Paris, de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et des Éditions Dalloz. Ces travaux feront l'objet d'une publication prochaine.

(2) M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, coll. Léviathan, PUF, 1990.

5. — Le droit des faillites a donc pour fonction première d'éviter les défaillances d'entreprises (3).

6. — Le droit des faillites est ainsi un instrument économique et non premièrement juridique. Le juridique n'est qu'instrument : il est lui-même un outil économique.

7. — Le droit des faillites réussit s'il évite les défaillances d'entreprises.

8. — S'il n'y réussit pas, il faut le réformer.

Nous voilà donc à la réforme, tout naturellement, sans heurt ni froncement des sourcils : la chose est d'évidence, comme dans le plus beau cas de figure en rhétorique.

Il ne reste ainsi qu'à déterminer la manière de faire. Un tel enracinement du droit des faillites dans la causalité et la justification implique en effet une méthode. C'est avec la même puissance de conviction qu'elle semble s'imposer :

9. — Le droit des faillites doit porter sur ce fait économique, tel que sombrement perçu avant la réforme décidée. L'on doit chercher à ce que le nombre des défaillances se stabilise, voire s'inverse et s'infléchisse.

10. — Il faut donc connaître le fait économique de la défaillance. C'est affaire de chiffres et de courbes, ces deux symboles de la science. Que des experts se mettent à la tâche ! Les rapports obtenus, on en tire toutes conséquences : la loi future se dessine en ombre chinoise.

11. — La réforme relève alors du « dont acte » (4). C'est ainsi bel et bien « la réalité qui fait la loi ». Et c'est le mérite de la loi que d'admettre n'être que son simple reflet. Cette modestie, ce pragmatisme, restaure sa légitimité, au nom d'une rationalité qui n'est plus proprement juridique, mais bien technique et économique.

Tout cela est clair, net : la méthode est trouvée. On est même tenté de dire qu'elle va de soi. Le législateur prend acte de cela aussi.

Mais est-ce aussi simple, aussi évident, aussi aisé à discerner et à poser ? Il ne s'agit pas ici, rhétorique contre rhétorique, de construire un raisonnement adverse. Cela ne pourrait que donner le tournis et ne faire de la controverse qu'instrument d'incertitude. Il s'agit simplement de rappeler que les distinctions de base ne sont pas données et résultent au fond de choix fondamentaux que le législateur doit faire et qu'il a certes la légitimité politique et juridique d'opérer. Il convient simplement qu'il conçoive que la méthodologie pourrait être différente, que le raisonnement exposé est donc discutable et qu'il faut, en toute conscience, choisir une méthode constituant une décision politique par elle-même.

(3) Voilà l'aspect répressif à l'égard de l'entrepreneur et la dimension distributive à l'égard des créanciers éliminés tout naturellement, la dimension procédurale et judiciaire relativisée sérieusement ... Ces trois aspects perdent ainsi mécaniquement leur pertinence.

(4) Ainsi, les phases de redressement judiciaire sont le plus souvent mascarades. La liquidation *de plano* s'impose ! etc.

C'est dans cette lucidité face aux questions qui demeurent ouvertes, dans cette conscience qu'il y a un choix à faire, que s'opère le véritable défi méthodologique. Le reste n'est que difficultés ... Ce sont des armoires colossales qu'il faut donc ouvrir, pour y trouver quelques squelettes fort anciens et avec lesquels il est sain de continuer à se débattre. Il en est ainsi des questions des rapports entre le droit et l'économie, des rapports entre le fait et le droit, de la définition du fait économique, et de la disposition du fait économique par la loi. Cela peut effectivement aboutir à une nouvelle forme de législation, qui serait la législation expérimentale.

I. — Les rapports entre le fait économique et la loi.

Puisque la réforme s'organise en perspective du fait économique, le législateur se doit aujourd'hui de connaître ce qui l'indifférerait naguère (A). Mais cela laisse entière la question de l'attitude plus ou moins normative que le législateur ainsi instruit choisit d'adopter concernant le fait économique des défaillances d'entreprises (B).

A. — *La connaissance du fait.* — Le législateur ne peut se dispenser de disposer d'une définition du fait économique (1) et d'avoir conscience de ce qu'il intègre de non-économique (2), avant d'entreprendre de le connaître (3).

1. — *La définition du fait économique.* — Le fait économique n'est pas donné. Il est construit par la science économique, qui constitue ainsi son objet d'observation. En cela, il est lui aussi un résultat théorique et non une réalité qui s'impose d'elle-même. Sa définition est déjà un choix de nature politique et sociale. Une fois cette précaution prise d'affirmer le caractère construit et politique du fait économique, on peut le définir à première vue comme l'appréhension de la création de richesse globale par la conjonction de tous les facteurs de production.

Cela le distingue du fait financier, qui relève du champ plus réduit de la gestion. La première définition implique d'une façon implicite la recherche de la richesse, tandis que la seconde sous-entend la recherche du profit. Certes, on glisse aisément de l'économique dans la gestion, car c'est le profit qui permet l'investissement, la performance des outils économiques et donc la création de richesse. L'importance du financier dans l'économique, correspondant à une désincarnation de l'activité marchande, explique sans doute pourquoi le législateur semble plus enclin à prêter main forte aux banques qu'aux fournisseurs, les argumentations développées par les uns et les autres étant pourtant également légitimes dans leur logique respective.

Mais le fait économique sera fort différent suivant qu'on le réduit à des flux de marchandises et d'argent ou suivant qu'on y intègre le travail des personnes en cause. Il s'agit de savoir si le marché économique inclut ou non le marché du travail. Même à intégrer cette dimension dans le fait économique, la définition sera encore différente suivant qu'on conçoit le travail humain comme moteur de l'économie ou comme conséquence de l'activité économique. En effet, selon qu'on considère que le travail est cause ou conséquence de la prospérité matérielle, en présence du phénomène du chômage, la politique dans le premier cas sera celle d'une organisation substantielle du travail, par une politique de grands travaux par exemple, pour faire redémarrer l'activité économique, tandis qu'elle se réduira à un accompagnement social du chômage dans le second cas, en attendant que l'économie reprenne, d'une façon spontanée et conjoncturelle.

C'est pourquoi, dès ces choix élémentaires, le droit des défaillances d'entreprises intégrera ou non la dimension sociale des difficultés des entreprises et se caractérisera lui-même, suivant qu'il la considère d'une façon première

ou seconde, comme une technique susceptible de susciter un certain dynamisme économique ou comme une façon de limiter les effets catastrophiques des faillites en pansant les plaies, dans une optique proche de celle de la sécurité sociale.

2. — *L'ampleur du fait économique.* — Le fait économique ne se réduit pas à un élément matériel et concret aisément objectivable et les équilibres économiques ne sont pas arithmétiques. On l'a nettement perçu lorsque le politique a accordé un allègement des charges aux entreprises sans qu'en conséquence l'embauche ne redémarre pour autant. Les vases ne communiquent pas si simplement et il est bien d'autres facteurs, notamment de dimension purement psychologique. Ainsi, les acteurs économiques se souviennent des événements passés et anticipent les événements futurs ; le présent économique est lui aussi le télescopage du passé reconstruit et du futur imaginé, ce qui le rend difficilement appréhendable.

En outre, et la réalité du marché boursier est exemplaire en cela, l'activité économique est avant tout un capital de confiance des acteurs entre eux, des acteurs à l'égard des partenaires extérieurs, à l'égard du politique notamment. Il y a une forte densité sociologique et psychologique dans l'économique. La négliger dans la stratégie de restructuration à laquelle s'identifie une procédure de redressement d'entreprise accroît l'incertitude de sa réussite.

3. — *La perception du fait économique.* — Enfin la perception du fait économique, qui est la clé d'une conception économique de la législation des défaillances d'entreprises, est fort délicate. Elle est pourtant impérative dans un système qui tire sa légitimité de la sagacité et de la pertinence de ses observations. Le droit est aujourd'hui un jeu d'observation du fait et la plus fine doctrine se prévaut elle-même de son poste d'observateur du droit (5). Fameux jeu de miroirs !

Cet examen est certes fait en premier lieu de chiffres, restituant l'ampleur des sommes en jeu (6), les nombres d'entreprises en cause (7), la somme des emplois qui y sont suspendus. Mais la complexité des méthodes et la facilité déconcertante avec laquelle on peut en la matière commettre des erreurs et dans les résultats et dans leur exploitation justifient à tout le moins le recours à des experts (8). L'on a ainsi noté que le droit de la faillite s'était sociologiquement marqué par un passage « du notable à l'expert » (9). Le juge en charge de l'effectivité de la norme juridique ainsi dessinée doit lui-même présenter des compétences aiguisées, justifiant ainsi que l'expérience de la suspension provisoire des poursuites n'ait été confiée qu'à dix tribunaux consulaires, un resserrement symptomatique de la carte judiciaire en matière de faillite ayant été aujourd'hui de nouveau évoqué.

Mais il faut aussi tenir compte de la dimension hétérogène du fait économique. L'on a pu ainsi observer que : « Un des défauts de la culture moderne est qu'elle fait croire que tout problème, quel qu'il soit, est réductible à l'analyse chiffrée et par conséquent peut être mesuré. Lorsque la mesure, plutôt que la sagesse, devient l'outil privilégié,

(5) Sous la dir. de A.-J. Arnaud et de P. Guibentif, *N. Luhmann, observateur du droit*, coll. Droit et société, LGDJ, 1993.

(6) R. Maeder et J.-C. Pierrel, *La structure des passifs des entreprises en difficulté*, in *Réalités économiques et sociales de la faillite*, préc.

(7) P. Thomas et A. Gazengel, *Qui fait faillite en France ?*, in *Réalités économiques et sociales de la faillite*, préc.

(8) Y a-t-il des chiffres pertinents concernant les faillites ?, in *Réalités économiques et sociales de la faillite*, préc.

(9) Y. Dezalay, *Marchands de droit*, Fayard, 1992, p. 43 s. Sur l'engouement du corps social pour le juge et l'expert, V. A.-G. Slama, *L'angélisme exterminateur*, Grasset, 1993, p. 41.

cela peut conduire à de graves erreurs » (10). Puisqu'il faut connaître le fait économique dans sa dimension non économique, c'est l'outil sociologique qu'il convient d'utiliser mais c'est aussi des enquêtes de psychologie sociale qu'il faudrait entreprendre, faute de quoi, indépendamment des difficultés de mise en œuvre d'une volonté de connaissance, l'on renonce à l'avance à connaître ce fait économique qu'il s'agit de régir.

A supposer ces questions résolues, que faire d'un fait économique qu'on a mis tant d'efforts à appréhender ?

B. — *Le pouvoir de la loi à l'égard du fait économique.*

— C'est une question relativement nouvelle car le fait économique fut longtemps indifférent à la loi. La superbe du droit, fier de son ignorance, arrogance datant d'une époque naguère qualifiée de « néolithique » a été proprement rabattue. Mais ce souci que le législateur a aujourd'hui du fait économique n'exclut pas, bien au contraire, des nuances dans les liens qu'il construit aujourd'hui avec la réalité économique (11). A l'égard du fait économique, la loi peut prendre ses distances (1) ou peut décider de s'en soucier (2), ces deux attitudes étant elles-mêmes susceptibles de bien des déclinaisons.

1. — *La loi prend ses distances avec le fait économique.*

— Attitude classique : le droit peut ignorer le fait économique. Attitude plus récente et somme toute plus sympathique : le droit peut rêver le fait économique.

a) *La loi ignore le fait économique.* — La puissance normative du droit tint longtemps dans ce principe d'indifférence, comme signe de souveraineté, voire de juridicité. A l'égard de la réalité économique, la maxime *Dura lex, sed lex* s'appliquait aussi. En dehors même de l'influence des théories économiques du droit importées d'outre-atlantique (12), la crise économique n'autorise plus cette ignorance. La réalité économique et sociale impose aujourd'hui ses exigences, mais le droit peut encore s'en abstraire lorsqu'il rêve le fait économique.

b) *La loi rêve le fait économique.* — Il y a dans le droit, dans la législation comme dans la jurisprudence, une part de bonté (13), une part de vertu, une part de rêve. Ainsi la réforme radicale du 25 janv. 1985 était tout à la fois vertueuse, ce qui justifia notamment le sort fait aux syndicats dans un climat quasiment hystérique (14), et rêveuse : la loi nouvelle allait enrayer les défaillances ! Sa rationalité, la loyauté de ses objectifs, une cohérence interne indéniable allaient mettre fin aux errements précédents. Cette loi téléologique, on serait tenté de dire cette loi eschatologique, était splendide. Elle avait la rectitude et l'assurance des choses rêvées. Elle n'était pas loin d'avoir un côté enfantin. Elle négligeait l'essence de la faillite, qui fut depuis démontrée sous l'expression de « faillite de la faillite » (15). C'est donc d'une façon plus besogneuse que la loi se soucie aujourd'hui du fait économique.

2. — *La loi se soucie du fait économique.* — a) *La loi suit le fait économique.* — Il s'agit là d'une conception

radicalement opposée à celle précédemment décrite d'un droit ignorant de l'économie, dans sa plénitude juridique. En effet, si le droit se contente de suivre l'économie, d'une façon neutre, on atteint le degré zéro du droit. C'est sa transparence, voire son inexistence par rapport à l'économie qui constitue l'aune de sa performance : le droit est mort, vive la politique industrielle ! Le droit français, qui a donné dans le premier travers du dogmatisme et du refus de l'économique (16), n'est encore jamais tombé dans ce second excès et le droit des défaillances d'entreprises, s'il affirme aujourd'hui la dimension économique de la faillite, revendique encore le traitement proprement juridique qui en est fait. On peut concevoir une domination plus nette par l'idée que l'économique doit rendre des comptes à la loi juridique.

b) *La loi imprime ses exigences sur le fait économique.*

— Cela paraîtrait la situation médiane, en ce sens que tout à la fois le législateur met en œuvre sa volonté de connaître l'objet de son intervention, ce qui est une marque de sagesse, sans en déduire *ipso facto* que ce réel sera sa loi. Pour contrer, pour dominer, pour imposer d'autres valeurs, il faut connaître. Ainsi réalisme dans la connaissance du donné et autonomie dans les normes prescrites font bonne alliance et s'épaulent. François Génay ne soutenait pas autre chose dans son ouvrage *Science et technique dans le droit positif*. Mais les rapports ainsi reconnus et organisés entre le fait économique et la décision législative peuvent se détériorer en s'inversant, lorsque la loi marchande avec le fait économique.

c) *La loi marchande avec le fait économique.* — Le

système juridique s'oriente aujourd'hui d'une conception du droit imposé à une conception du droit « négocié » (17). Ainsi les destinataires de la norme sont-ils expressément habilités à participer directement à l'élaboration de la règle, méthode qui gage l'efficacité de cette dernière, car ces acteurs respecteront spontanément l'obligation qu'ils ont eux-mêmes conçue. La rationalité économique des agents le postule et cet échange qui devient à son tour la loi convient particulièrement bien à la matière économique (18). On observe alors, sans qu'une connotation péjorative y soit nécessairement attachée, un phénomène de marchandage. Ainsi en est-il du *deal* qui semble passé entre le législateur et les organismes représentatifs des banques qui troquent un soutien des PME, en termes de crédit, contre un geste du législateur, en termes de garantie. La force obligatoire de la législation nouvelle ne tient plus alors à la puissance de la volonté générale exprimée mais s'apparente à la force obligatoire des contrats. On peut néanmoins observer que le législateur négocie alors avec un contractant privilégié au détriment des autres et l'on peut se demander qui s'assurera du respect des engagements respectifs, le législateur se contraignant par le seul effet de la loi, ce qui n'est pas le cas de son partenaire.

L'ensemble de ces difficultés tient sans doute aussi au fait que cela correspond à une conception nouvelle du droit au regard de l'économie et plus particulièrement des fléchissements de cette dernière. Il renouvelle alors nécessairement la méthode législative qu'il convient corrélativement de mettre en œuvre.

(10) J. Goldsmith, *Le piège*, Fixot, 1993, p. 10.

(11) B. Oppetit, *Droit et économie*, in *Droit et économie*, Arch. phil. droit, Sirey, 1992, p. 17 s.

(12) G. Farjat, *La notion de droit économique*, in *Droit et économie*, préc., p. 27 s.

(13) G. Cornu, *La bonté du législateur*, Ann. dr. Louvain, t. XLIX, 3/4, 1989, p. 229 s.

(14) Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), *Le rôle et le statut des professionnels dans la loi du 25 janvier 1985*, Rapport général par F. Terré et M.-A. Frison-Roche.

(15) F. Terré, *Droit de la faillite ou faillite du droit*, *RJ com.* 1991.1.

(16) Ce qui, dans une époque révolue, se traduisait d'une façon diffuse et constante dans la jurisprudence des juges du droit (cf. A. Bancaud, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des valeurs moyennes*, LGDJ, 1993, p. 207 s.).

(17) J. Cabarello, *Typologie du contentieux : de la justice formelle à l'ordre négocié*, conférence de l'Ecole doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit de Paris II, 17 févr. 1993.

(18) Sur l'idée dialectique que l'échange est le modèle juridique des opérations économiques, V. F. Zenati, *Le droit et l'économie au-delà de Marx*, in *Droit et économie*, préc., p. 121 s.

II. — La méthode législative adéquate.

Si on postule qu'on peut connaître le fait économique sur lequel la loi établit d'une façon volontaire et éclairée son empire, ces efforts n'ont de sens que s'ils justifient une plus fine adéquation de la loi au regard du fait économique. On affirme alors que, le temps des systèmes étant révolu, l'attitude la plus performante est de modifier deci-delà le droit existant sur des points de détail. La loi *deus ex machina* laisse la place à un travail de dentelle permanent. La loi s'affirme par nature comme étant « de droit transitoire » (19). Mais la loi se plie-t-elle aussi aisément à cette technique de « tâtonnement », comme mode d'ajustement de l'offre et de la demande de droit, important ainsi une conception walrassienne du marché dont on doute par ailleurs périodiquement dans la théorie économique ? Il convient donc de se demander si une modification législative concernant un pan entier du droit peut n'être qu'un « toilettage » (A) et si le législateur dispose d'une méthode spécifique lui permettant de dépasser l'incertitude de la situation économique à régir (B).

A. — *Une modification législative peut-elle n'être qu'un toilettage ?* — Dans une perspective conjoncturelle, il faut tenir compte des imprévus de la procédure législative (1) et l'on ne peut négliger les effets secondaires de toute modification, fût-elle de détail, sur l'ensemble du droit, parce que le droit est un système (2).

1. — *Les imprévus de la procédure législative.* — Tout d'abord, même si l'on observe que les sources administratives du droit s'accroissent, au détriment des procédures strictement parlementaires, ces dernières en constituent encore à tout le moins un aléa dans la production des normes. Cela est d'autant plus vrai en la matière que la discussion s'ouvre sur le texte d'une proposition de loi, qu'on observe comme une ébullition de propositions, de recherches et de colloques risquant de perturber un tracé par trop linéaire dans l'élaboration de la réforme.

Ainsi, par le jeu des amendements, par le jeu des pressions, mais aussi sous le coup d'une inspiration, une modification de texte voulue comme un toilettage peut très bien prendre un tour de réforme radicale.

2. — *L'influence de la réalité du droit comme système.* — D'une façon moins circonstancielle, il faut tenir compte du fait que le droit est constitué en système. Il constitue un ensemble qui ne peut être réduit à la simple addition des règles techniques qui le composent. Il sécrète une cohérence interne qui lie les dispositions à première vue disparates et organise leur régulation (20). Cela signifie que toutes les règles qui le composent sont corrélées entre elles par une sorte de causalité mécaniste totale. Ainsi, si l'on bouge un point du système, on court le risque d'en bouleverser des pans entiers, à court ou moyen terme. Ainsi une modification de l'art. 40, fût-elle présentée comme de détail, est destinée à remettre en cause l'ensemble du droit des faillites.

Ainsi instruit de tant de difficultés d'un côté, de tant de conséquences de l'autre, le législateur en viendrait à être peureux ... Face à tant d'incertitudes, faut-il renoncer à l'action législative dont les prémisses du raisonnement impliquaient la nécessité impérieuse ? Pour dépasser cette

(19) J.-L. Bergel, introduction in *L'évaluation législative et les lois expérimentales*, sous la dir. de C.-E. Morand, PUA, 1993.

(20) V., par exemple, G. Teulner, *Le droit, un système auto-poétique*, coll. Voies du droit, PUF, 1993.

contradiction, sans doute peut-on songer à intégrer ces incertitudes et cette ignorance reconnues dans la loi elle-même.

B. — *Comment le législateur peut-il gérer l'incertitude économique ?* — Si le législateur prétend ignorer l'incertitude inhérente au fait économique, parce que mal connu et parce qu'imprévisible dans son évolution, il ne peut plus intervenir que sous une forme magique d'imprécation (1). Puisqu'il prétend aujourd'hui appuyer sa compétence sur son réalisme, mieux faut songer à des techniques telle que la loi expérimentale (2).

1. — *L'inadéquation de la loi comme imprécation.* — On a l'impression que jusqu'ici les lois en la matière, suscitant d'autant plus facilement la critique que l'art en était fort difficile, ont procédé d'une façon magique : que les entreprises se redressent ! Bien sûr, la réalité économique, fort indifférente au charisme législatif, y est restée insensible et la constance du pourcentage de liquidations judiciaires est exemplaire à ce titre. Il ne sert à rien d'exhorter puis de gronder contre la réalité économique. Cela relève d'une sorte d'animisme juridique, dont on observe la résurgence en bien des matières et à laquelle correspond la première forme du droit observée en anthropologie : le droit magique. La rationalité pratique apparaît par une sorte de rattrapage, dans des études menées ultérieurement et spontanément. C'est le plus souvent pour mesurer l'échec de la loi (21). La seule chose qu'il en reste est l'amertume d'un espoir législatif dont la déception est ainsi dûment constatée. Il faut donc progresser vers autre chose.

2. — *L'intégration structurelle de l'incertitude par une loi expérimentale qui organise sa propre évaluation.* — L'incertitude de la situation à régir dans la conjoncture présente, son accroissement au carré par l'indétermination de son évolution future, ne doivent être ni ignorés, ni maudits. Le législateur peut en prendre conscience. Dès lors, par une nouvelle forme de prudence, elle peut proposer plus que disposer, organiser simplement des expériences. Mais cela doit se faire d'une façon expressément transitoire et la loi expérimentale organiserait les modalités d'évaluation de sa performance. Il aurait pu en être ainsi pour la compétence restreinte à quelques tribunaux consulaires, même si la politique générale semble promouvoir la justice de proximité. L'orientation thérapeutique et compassive du droit des faillites, au chevet des entreprises, s'accommoderait peut-être mal de cet élitisme judiciaire. L'expérimentation pourrait être une méthode adéquate pour trancher cette question d'organisation. Elle nouerait ainsi la volonté d'observation de la réalité économique par le législateur avec une volonté dialectique d'auto-observation (22), donnant ainsi effet à la définition de la norme juridique comme instrument économique, socle du droit économique en général.

Marie-Anne FRISON-ROCHE,

Professeur à l'Université d'Angers.

(21) V., par exemple, M. Germain et B. Ballot-Lena, *Le sort des plans de continuation des entreprises en difficulté, in Réalités économiques et sociales de la faillite*, préc., et les travaux menés sous la direction d'Alain Sayag par le CREDA.

(22) A. Höland, *L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société, in L'évaluation législative et les lois expérimentales*, préc.