

■ LE JUGE DU MARCHÉ

par Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des universités à Sciences-Po

Directeur du Forum de la Régulation

Quelle étrange expression que celle de « juge du marché »... Elle évoque dans une première impression l'idée d'une appartenance du juge au marché, le juge comme élément du marché. Non qu'on suggère une corruption du juge par son objet, un juge tombé dans son objet, en entière dépendance par rapport à celui-ci. Au contraire, l'expression peut être flatteuse si elle renvoie au fait que les juridictions constituent une sorte d'actif du marché, participant alors à la valeur accordée aux places par les investisseurs, la confiance que ceux-ci peuvent faire aux juges se trouvant de fait titrisée.

Mais si l'on doit continuer dans cette première approche, il s'agirait plutôt d'évoquer un juge fasciné par la « loi du marché », au service de celui-ci comme le serait le droit tout entier avalé par le modèle du marché. Le soupçon est courant mais nous reviendrons sur cette idée pour mieux montrer qu'elle n'est pas exacte car les juges n'appartiennent pas au marché pas plus que les marchés n'appartiennent au juge. Parler en terme d'appartenance, c'est évoquer déjà un rapport hiérarchique qui n'a plus lieu d'être entre les forces du marché et l'efficacité de sa régulation juridique.

Avant d'analyser ce rapport du juge et du marché, rapport dialectique parce qu'aucun ne domine vraiment l'autre mais qu'aucun ne peut traiter avec indifférence l'autre, il faut préciser ce que l'on vise en évoquant cette loi du marché, dont la mondialisation aurait fait la seule maîtresse. Lorsqu'on évoque la « loi du marché », c'est parfois pour dire qu'il n'y aurait pas de droit du marché, en ce sens que le monde globalisé serait le règne du non-droit, pour ne laisser place qu'à la « loi du plus fort », celle précisément à laquelle s'oppose le droit, celle qui prétendrait pareillement se passer du juge, celle dont symétriquement l'absence de juge mondial permettrait l'épanouissement. Mais cette « loi du marché », qui serait négative du droit et du juge, est une illusion de l'esprit.

En effet, il n'y a pas de droit sans juge, il n'y a pas de marché sans droit, donc il n'y a pas de marché sans juge. Comme le souligne le Président Pierre Bézard, « le monde économique et financier attend beaucoup du juge »¹. Dans un pre-

1. *Reflexions sur le fonctionnement de la justice économique et financière*, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle*, Mélanges Cl. Champaud, Dalloz, 1997, pp. 59-72, p. 59.

mier stade, le droit visé est le préalable du marché. Il s'agit des règles juridiques qui sont les conditions d'existence d'un marché et que l'on peut désigner comme une articulation entre un droit des contrats, un droit des propriétés et un droit de la faillite, l'ensemble étant relié à un système judiciaire non corrompu. L'exigence est rarement satisfaite. C'est pourquoi dans la majorité des pays du globe, nous n'avons pas des économies de marché, mais au mieux des économies de solidarité, au pire des économies mafieuses.

Dans un deuxième stade, lorsqu'on évoque le droit du marché ², il s'agit davantage des normes et des juges qui interviennent dans les règles spécifiques au fonctionnement des marchés. L'essentiel en est alors le droit de la concurrence et la prise en charge que peut en faire le juge. Il s'agit alors d'un droit au service direct du marché, non au sens extrême de la servitude mais au sens paisible de l'instrumentalité : le but du droit est la sécurité et la pérennité des marchés, à travers principalement le principe de fonctionnement de la libre concurrence et de l'égalité des compétiteurs. On peut alors dire du juge ce que l'on dit du droit : il empêche le marché de s'autodétruire, notamment lorsque la concurrence tuant la concurrence tend à se dévorer elle-même.

En cela, le droit ne fonde pas nécessairement le marché – les forces de la compétition pouvant dans ce temps fondateur y suffire – mais il lui offre ce qui est le plus précieux en économie : la durée. C'est parce que le juge est toujours accessible et qu'il sanctionne que le marché peut ne pas dégénérer en monopole ou en ententes (dont la corruption n'est qu'une forme). Ainsi, le droit offre au marché le double temps dont celui-ci a essentiellement besoin et dont il se nourrit pour perdurer : d'un côté, l'instant de l'échange, l'addition de ces instantanéités permettant la flexibilité du marché et son ajustement permanent ; de l'autre, la perpétuation de la grande machine à échanger qu'est le marché. Cela crée d'emblée une difficulté pour le juge parce qu'il doit intégrer ces deux temps à la fois contraints et articulés l'un à l'autre. Pour cela, il doit à la fois prendre des décisions ponctuelles qui résolvent les difficultés pratiques d'un échange particulier, selon le modèle du juge « qui toujours décide » ³ et engendrer la constance d'une jurisprudence sur laquelle les opérateurs de marché pourront adosser leurs anticipations.

Le juge intègre, dans sa méthode ⁴ cette mission de faire en sorte que les marchés tiennent dans le temps, qu'ils se tiennent autour de règles elles-mêmes pensées en considération du but de permanence concurrentielle des marchés, ce qu'expriment notamment les raisonnements très spécifiques, toujours sous forme téléologique, règle de raison ou effet utile, ou principe de proportionnalité.

Mais il s'agit encore là d'une conception minimale du rôle du droit, et corrélativement du juge, par rapport au marché. On ne vise encore le juge que comme garde-fou du libre fonctionnement du marché concurrentiel, ce qui le

2. Cf. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, coll. *Thémis*, PUF, 2002.

3. P. Drai, *Pour un juge qui toujours décide*, *Gaz. Pal.* 1987, 2^e sem., *doctrine*, p. 512.

4. Sur cette dimension méthodologique essentielle, v. G. Canivet, *Régulateurs et juges : conclusion générale*, in *Régulateurs et juges*, n^o spéc. des *Petites Affiches*, sous presse.

conduit à n'intervenir que ponctuellement pour mettre fin à des comportements anticoncurrentiels et restaurer le marché atteint. En cela, il reste encore relativement extérieur au marché. Il lui donne quelques chiquenaudes, il n'en tient pas la barre.

Cette place encore excentrée du droit et du juge vaut pour les marchés qui correspondent peu ou prou à l'idée qu'une fois les conditions générales d'un système juridique minimal établi, le marché fonctionne par ses seules forces, par la mise en corrélation des offres et des demandes. Mais aujourd'hui, contrairement à ce que croient les contempteurs ou dénonciateurs du pur libéralisme, les marchés se construisent de plus en plus *a priori*, sur feuilles presque blanches. Le droit et ses agents interviennent alors en permanence pour régir les entrées (par des agréments, des autorisations, des attributions de licence, etc.), pour contrôler sans cesse, pour imposer la transparence, pour infléchir les comportements économiques, voire pour fixer les prix ou les marges de prix, et non plus seulement les surveiller. Audiovisuel, banque, assurance, télécommunication, finance, énergie, ce sont des marchés régulés par le droit, du début à la fin. Ne les croyons pas marginaux : ils sont le socle de toute l'économie ordinaire qui se greffe dessus.

Il apparaît alors que le juge prend de plus en plus de puissance sur les marchés, parce que les marchés sont de plus en plus régulés. Or, par ailleurs, le marché prend de plus en plus de puissance dans d'autres branches du droit que celle du marché concurrentiel et des secteurs régulés. Dès lors, transitivement, le juge du marché commence à régner sur l'ensemble du droit. Cela tient à ce que l'on a désigné comme la « marchandisation » du droit et du monde : plus l'on verra dans différents phénomènes des marchés, plus on voudra les réguler et plus le juge sera l'agent de cette régulation. Ainsi, le droit de la concurrence se saisit de tout, non seulement par exemplaire les rapports de travail mais encore les organisations sociétares⁵.

Cela tient non seulement au fait que les organisations pensées naguère indépendamment du marché – l'entreprise par exemple – le sont désormais sur le modèle de celui-ci⁶, mais encore du fait d'une porosité de ces organisations par rapport aux marchés qui leur étaient précédemment plus nettement extérieurs. En effet, pour illustrer ces deux dimensions, la société en premier lieu est pensée comme un lieu de concurrence et d'ajustement d'où il résulte l'équilibre des décisions, ce qui revient à penser la société comme si elle était un marché. En second lieu, la société dont les titres sont cotés devient poreuse au marché, ce qui conduit le juge du marché financier à intervenir à l'intérieur, au titre de la préservation de l'extérieur. Plus encore, de nouveaux biens se mettent à circuler, par exemple, l'information, les innovations de bio-technologie, etc., le marché s'en saisit, le juge du marché s'y engouffre à sa suite. Ainsi, le juge exerce sa puissance sur le marché, mais c'est le marché qui est la source de cette puissance. On ne peut faire plus manifeste dialectique du maître et de l'esclave.

5. Droit du travail et droit des sociétés : l'unité de la régulation des pouvoirs dans l'entreprise, in *Le droit social vu des autres branches du droit*, Semaine Sociale Lamy, sous presse.

6. *Le modèle du marché*, Archives de philosophie du droit, tome 40, 1996, p.287 s.

Cette dialectique illustre le rapport général du juge et du marché, ce qui rend plus ou moins explosive ou incohérente l'expression même de « juge du marché ». Si l'expression ne va pas de soi, c'est parce que l'idée ne va pas de soi. Elle est encore peu évoquée en doctrine. Dans un premier temps, creusons-là. Une fois l'augure admise, il faut déterminer la place du juge du marché dans le marché. Classiquement, on s'accorde pour dire que la place du juge dans un marché est à la marge de celui-ci, parce que ce qui est au cœur du marché, c'est le marché lui-même s'il est librement concurrentiel, ou c'est le régulateur si le secteur est artificiellement créé et organisé. Le juge du marché est à la marge du marché. Mais cette vision classique est contestée par l'évolution des économies et des organisations. On observe alors l'attraction et du droit et des marchés pour mettre le juge au cœur des marchés. Cela ne serait pas forcément raisonnable car un juge est le gardien légitime de ces organisations de marché qui sont nées du droit, il n'est pas fait pour les construire et les gouverner, sauf à se dénaturer. La découverte et le maintien de sa juste place, c'est ce que l'on attend du juge du marché. C'est pourquoi il convient d'aborder successivement l'idée même de « juge du marché » (I) et le rôle de celui-ci (II).

I L'idée du juge du marché

Les marchés fonctionnent donc avec les juges. Même si l'on ne peut pas dire encore qu'ils fonctionnent par les juges, en tout cas on ne peut plus dire qu'ils pourraient fonctionner sans eux. Il faut établir le rapport de principe entre le juge et le marché (A) pour quitter trop de généralités et observer la diversité des juges du marché, en passant d'un juge à l'autre (B).

A. Le rapport de principe entre le juge et le marché

La relation entre le juge et le marché varie et peut aller de la relation d'étonnement (1), à la relation d'affrontement (2), pour finir dans une relation dialectique de déploiement (3).

La relation d'étonnement tout d'abord. Elle sera bientôt datée car elle tient simplement au fait que, dans les traditions juridiques romanistes tout au moins, la présence et la puissance des juges dans les fonctionnements de marché est chose relativement nouvelle. Ainsi, la théorie du marché fût dans les mains des économistes qui n'ont guère théorisé le juge, généralement confondu avec l'administrateur, dans la figure générale du tiers qui décide. L'apparition dans les fonctionnements des marchés du juge, en tant qu'il est juge, c'est-à-dire délibérant, tranchant, dans l'indépendance du pouvoir politique, a pu déconcerter les économistes et les entreprises⁷. Ainsi, le marché comme objet a été modifié par ce regard juridictionnel qui l'a pénétré. A l'inverse, il est temps que le raisonnement économique cesse d'étonner le juge et que le mode de fonctionnement judiciaire s'imprègne des théories économiques. Ce qui est aisé aux Etats-Unis

7. *Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations*, coll. *Droit, Ethique et Société*, PUF, 2002.

pose difficultés en Europe, soit par principe, le juge n'entendant pas accueillir dans son raisonnement d'autres normativités que celle du droit, soit par l'absence d'habilité des juges à manier les notions économiques.

La tradition française continue de résister à l'intervention du juge, c'est-à-dire avant tout à l'emprise du raisonnement juridictionnel⁸, pour régler des problèmes de marché, comme le montre le persistant contrôle des concentrations par le Ministre français de l'économie, plutôt qu'un système laissé à un contrôle *a posteriori* et judiciaire aux Etats-Unis.

Dans la vie quotidienne des affaires, on retrouve le même étonnement⁹. A chaque nouvelle affaire, on s'exclame « quoi, les juges s'en mêlent encore ». Les juges eux-mêmes sont déconcertés de tant de nouveaux pouvoirs. Mais certains présentent la relation entre juge et marché d'une façon plus pessimiste, comme s'ils étaient répulsifs l'un à l'autre.

La relation d'affrontement, donc. L'affrontement apparaît quand les opérateurs de marché croient être hors de la portée des juges ou lorsque les juges estiment que les marchés sont à leur disposition. Que ce soit l'un ou l'autre, c'est une conception perverse et destructrice et de la prospérité du marché et du pouvoir des juges car aucun ne viendra à bout de l'autre. Une telle conception peut venir dans l'esprit d'un juge qui estime le marché comme injuste parce que simple lieu des rapports de force que rien ne vient équilibrer.

Le pas peut être franchi, conduisant à voir dans toute organisation de marché une association de malfaiteurs et dans tout entrepreneur un délinquant présumé, l'entrepreneur prospère ou la grande entreprise prenant alors l'allure de criminels-nés de la délinquance économique. Dans cet état d'esprit, le juge ayant alors pour mission de contrarier le marché pour lui imposer une vertu et une justice qui lui seraient extérieures. L'appel à la justice sociale, l'empathie pour le petit face à la machine glacée du marché, renvoie en réalité à une conception romantique de l'office du juge. La tentation du juge du marché tient dans cette conception romantique porteur d'imprévision et de démesure¹⁰, surtout s'il s'agit du juge pénal¹¹. Prenons une perspective plus apaisée, celle de la relation de déploiement.

La relation dialectique de déploiement, enfin.

Le juge en contact avec cet objet qu'est le marché produit une alchimie, en ce sens que le marché se charge de plus en plus de judiciaire, se plombe diraient certains, se consolide de ce fait diront d'autres. En cela, la culture judiciaire devient indispensable pour manœuvrer sur les marchés, qu'il s'agisse des opérateurs qui intègrent le contentieux dans le déroulement de leurs opérations de marché ou qu'il s'agisse des régulateurs qui admettent la perspective de recours formés contre leurs décisions. Il est vrai que la culture anglo-américaine, à la

8. V. G. Canivet, *préc.*

9. *Pratique des affaires et contrôle judiciaire*, n° spéc. des Petites Affiches, 19 novembre 1997.

10. Le désir de justice et le juge, entre romantisme judiciaire et politique institutionnelle, in *La justice en procès*, Revue Le Banquet, n°14, oct.1999, pp.99-112.

11. V. *infra*.

fois de régulation et de type judiciaire, a mieux préparé les esprits à cette configuration qu'une culture romaniste plus étatique, hiérarchique et légaliste.

De la même façon, l'un ne pouvant aller sans son symétrique, le raisonnement judiciaire doit s'imprégner de la considération du marché, dans ses instruments et dans ses fins. Pour cela, il faut admettre que le « juge du marché » ne doit pas être un juge comme un autre, au sens où il doit nécessairement être un juge spécialisé. Les pôles financiers ont concrétisé cette idée. Il faudrait alors admettre, de droit ou de fait, une sécession dans la grande famille des juges et des juridictions, du fait de cette spécialisation nécessaire. Mais dans le même temps qu'on reconnaît une spécificité au juge du marché, l'on doit encore constater l'extraordinaire hétérogénéité de ce qu'il convient de désigner au pluriel comme « les juges des marchés ».

B. Le juge du marché, d'un juge à l'autre

En effet, par provision, on a fait comme si l'on connaissait ce « juge du marché ». Mais avant de penser celui-ci et de l'observer, alors faut-il l'identifier¹². On hésite tout d'abord entre un critère formel, qui conduit à désigner comme juge celui qui est appelé comme cela, et un critère fonctionnel qui consigne à désigner comme juge celui qui, sous une appellation ou sous une autre, en assure la fonction. Dans ces conditions, les autorités de régulation, soit parce qu'elles disposent d'un pouvoir de sanction, soit parce qu'elles bénéficient d'un pouvoir de règlement des différends, apparaissent comme un juge, pénal ou civil, lorsqu'elles les exercent.

Sans trop s'enliser dans des définitions préalables du juge et de l'office juridictionnel¹³ et même si l'on écartait ces juges masqués par l'autorité administrative, on ne peut donc s'autoriser un singulier. Les juges sont si divers, l'on passe d'un juge à un autre, du juge paisible au juge répressif (1), du juge administratif au juge judiciaire (2), du juge à l'autorité administrative ou professionnelle (3), du juge étatique à l'arbitre (4), du juge national au juge communautaire ou mondial (5).

Certes, par principe, l'on pourrait critiquer cette diversité et rêver d'une grande juridiction unifiée du marché. A la réflexion, l'Organe de Règlement des Différends de l'Organisation Mondiale du Commerce présente cette virtualité, à l'échelle la plus ample que l'on puisse concevoir. Mais le plus souvent, les compétences se superposent ou évoluent sans se détruire les unes les autres, ces passages d'un juge à l'autre étant plus des effets de lois de sociologie juridique plus que la marque d'une organisation rationnelle de système.

Du juge paisible au juge répressif, tout d'abord.

Le statut et le rôle du juge pénal dans une économie de marché, voilà qui constitue un sujet dans le sujet. Il renvoie à la fonction de la répression dans une économie libérale. La répression a-t-elle pour fonction de restaurer le fonction-

12. G. Wiederkehr, *Qu'est-ce qu'un juge ?*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, pp. 575-586.

13. Les offices du juge, in *Jean Foyer auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, pp. 463-476.

nement sain du marché ? Dans un tel cas, il faudrait analyser la règle de droit sous l'angle de l'efficacité, l'intervention d'une répression judiciaire sera appréciée à la même aune¹⁴. Mais l'autre thèse point sous la question de savoir si le droit pénal n'a pas pour noblesse de contrarier l'injustice inhérente au comportement de marché ? Dans un tel cas, il faudrait confier aux juges le soin de sauvegarder la moralité des hommes, en ne se laissant pas enfermer dans un légalisme dont les événements aux Etats-Unis a montré qu'il ne protégeait pas les marchés de la malhonnêteté¹⁵.

Sans entrer dans ces querelles, il faut prendre acte qu'après un mouvement de dépénalisation, qui n'a le plus souvent consisté qu'à transférer le pouvoir de réprimer du juge pénal à l'autorité administrative, le droit pénal a repris de plus belle, aux Etats-Unis comme en Europe. Pourquoi ce passage du juge paisible au juge pénal. Pourquoi ? Parce que le droit du marché doit tenir tête à des stratégies d'entreprises si puissantes, notamment du fait des asymétries d'information, que de guerre lasse et pour restaurer une égalité des armes, on passe le relais au pénal. Par exemple, le juge commercial lassé de ne pouvoir obtenir un comportement loyal de marché laisse le juge pénal manier plus brutalement le rappel à l'obligation d'information du marché financier. De la même façon, le conseil de la concurrence, rabâchant ses condamnations en matière de marchés publics, laisse prospérer les poursuites pénales pour favoritisme dans les marchés publics.

En cela, le droit pénal, garant des règles du marché, fortement présent dans le droit américain, est né du marché. Quel paradoxe pour un esprit français auquel on a appris que le droit pénal était né du régalien ! Cette sorte d'économie faite de se référer au régalien permet de mettre quelque espoir dans la construction du marché européen par un droit communautaire qui prend un nouvel essor par des mécanismes de procédures pénales européennes¹⁶.

Du juge administratif au juge judiciaire au juge administratif, ensuite.

On assiste à ce propos à un mouvement de balancier. En effet, après le transfert du droit de la concurrence et du droit boursier du juge administratif au juge judiciaire et les hésitations qui s'en suivirent¹⁷, transfert souvent expliqué par la lenteur du contentieux administratif et alors même que c'est l'adéquation du traitement juridictionnel au double temps du marché qui le rend précieux¹⁸, on revient à des compétences du juge administratif, soit qu'il s'agisse de compétences classiques exercées d'une façon innovante, comme dans le contrôle des concentrations¹⁹, soit qu'il s'agisse de nouvelles compétences pour apprécier

14. Sur l'organisation corrélatrice que la justice pénale doit adopter pour démontrer cette efficacité, v. *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, coll. « Thèmes et Commentaires », Dalloz, 2001 ; pour une conception de l'intervention du juge pénal en considération de l'inefficacité de celui-ci, v. R. Posner, *Antitrust Law*, 2^e éd., 2001, pp. ...

15. *Les leçons d'Enron*, Autrement, à paraître.

16. *L'espace judiciaire européen*, n° spécial des Petites Affiches, 27 septembre 2002.

17. V., par ex., P. Delvolvé, *La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative*, Mélanges J.-M. Auby, Dalloz, 1992, pp. 47-70.

18. V. supra.

19. Conseil d'Etat, 9 avril 1999, *The Coca-Cola Company*, D. 2000, p. 157, note A. Troianiello.

des recours contre des décisions de sanctions prises par des autorités de régulation²⁰.

Ces allers et retours compliquent le système et retardent le moment de sa stabilisation. Au-delà de ces inconvénients à propos de ces compétences qui s'ajusteront, c'est la conception même de la façon dont les juges apprécient les situations économiques qui s'exprime, voire s'oppose²¹. Cela est particulièrement net à propos du rôle du droit et du juge dans la régulation des marchés, suivant qu'on l'imagine sur le mode de la police, à travers intervention publique ramenant l'ordre public par la force et rappel à l'ordre, ou comme mode d'accompagnement et d'accomplissement de la nature du marché²².

On a beaucoup glosé sur ce double passage entre le juge judiciaire et le juge administratif, parce qu'en changeant de juge, on change d'ordre de juridiction, ce qui en France est la grande affaire. Mais le passage du juge commercial à l'autorité administrative est tout aussi, voire plus, important.

Du juge consulaire à l'autorité administrative, ensuite.

Cette dépossession du juge commercial au bénéfice de l'autorité administrative est massive et étonnante. En effet, depuis la libéralisation des marchés, le droit n'est plus l'outil d'un interventionnisme étatique mais doit être le cadre dans lequel fonctionne librement l'ajustement des offres et des demandes, soutenu par les stratégies des entreprises. Plus encore, lorsqu'on cherche à déterminer la branche du droit commercial la plus précieuse pour un bon fonctionnement de marché, ce n'est pas tant le droit des sociétés – car des entrepreneurs peuvent éventuellement se passer de la personnalité morale – mais le droit de la faillite, parce qu'il permet au marché de rester vivant en éliminant les entreprises non compétitives, droit de la faillite dont on sait qu'il fut et reste forgé par les tribunaux de commerce.

Pourquoi avoir donc, par des lois successives, en France comme à l'étranger, confié ce contentieux à des autorités administratives, alors même que la main de l'Etat se reculait ? On peut avancer deux explications. Tout d'abord, une première raison, de nature plus psychologique que juridique, tient au fait que le juge consulaire, qui a pourtant pleine compétence juridique dans les contentieux de marché, notamment pour sanctionner des comportements anticoncurrentiels, se ressent plus comme le juge adéquat pour trancher les différends entre concurrents, ce qui le rend très aisé et actif en matière de concurrence déloyale, que pour surveiller et protéger les marchés.

Cet handicap de culture est moins net concernant le marché financier car le juge consulaire y retrouve les marques du droit des sociétés. On a en souvenir des grandes jurisprudences, rendues notamment en référé, par lesquelles les tri-

20. *Compétences nées par la loi de 1996 en matière de télécommunications, par la loi du 10 février 2000 en matière d'électricité, ou dans le projet de loi sur l'Autorité des Marchés Financiers. V. par ex., L. Rapp, Le droit public, l'économie et la régulation : l'exemple des télécommunications, in Le droit de la régulation, questions d'actualité, n° spécial des Petites Affiches, 3 juin 2002, pp. 50-57.*

21. *Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire, in Les sciences juridiques de l'économie, Presses de la Sorbonne, 2002, pp. 45-60.*

22. *V. par ex., P. Delvolvé, Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge, in La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché, n° spécial des Petites Affiches, 17 septembre 2001, pp.34-37 ; J.-Y. Chérot, L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire, in Droit de la Régulation, questions d'actualité, préc., pp. 17-25.*

bunaux de commerce ont interféré dans ces procédures d'OPA. Ce handicap devrait être dépassé notamment quand on confronte ce sentiment avec la manière proprement systémique par laquelle certains tribunaux de commerce ont jugulé l'amplification menaçante de la crise immobilière.

La seconde raison du transfert de l'emprise du juge commercial est plus juridique. En effet, la fonction juridictionnelle consiste à trancher les litiges, à sanctionner, à réconcilier, à rappeler la loi. Or, une autorité de régulation requiert des pouvoirs plus divers, notamment parce que la régulation des secteurs requiert la fixation de tarifs ou l'attribution de licences ou d'autorisations, ce qui excède la fonction d'un juge. Dès lors, l'office juridictionnel devenant un accessoire permanent de la fonction régulatoire, il est rattaché à l'autorité qui a par ailleurs compétence pour exercer les autres pouvoirs de régulation. Cet assortiment de compétences diverses s'accorde d'ailleurs avec l'absence de plénitude de juridiction de ces autorités de régulation, puisqu'elles ne prennent du juridictionnel que ce qui leur est nécessaire²³. Ainsi, pragmatiquement, le juge « mono-office » n'a pas un avantage compétitif suffisant face à un organe administratif ou professionnel qui sera « multi-offices », pour que le législateur ou les opérateurs songent à revenir vers lui. En revanche, l'efficacité de l'arbitrage opère un mouvement nouveau du juge étatique à l'arbitre.

Du juge étatique à l'arbitre , ensuite.

L'efficacité de l'arbitrage n'est plus à démontrer, tant par la confidentialité des procédures que de la compétence technique des arbitres. Cependant, il était naguère absurde d'évoquer l'arbitre comme un « juge du marché ». Il ne pouvait être qualifié autrement que pour le juge adéquat pour trancher les différends entre des opérateurs sans pouvoir prétendre jouer un rôle, autrement qu'indirect, sur le marché, son fonctionnement et sa configuration. En effet, comme la Cour de cassation a eu l'occasion de le souligner expressément²⁴, le bon fonctionnement du marché est affaire d'intérêt public et l'arbitrage s'arrête d'ordinaire aux portes de celui-ci.

Mais il faut considérer l'évolution de l'office des tribunaux arbitraux au regard de l'ordre public. Il apparaît aujourd'hui nettement, non seulement dans l'arbitrage international mais encore dans l'arbitrage interne, que le caractère d'ordre public de la matière litigieuse soumise au tribunal n'entraîne plus nécessairement l'incompétence du tribunal arbitral. On admet, on demande même, à celui-ci d'exercer sa *juris-dictio* sur des matières d'ordre public, notamment en qualifiant des comportements d'anticoncurrentiels, lorsque cela est nécessaire pour en tirer les conséquences sur la détermination des droits et obligations des parties en litige.

Dans ces conditions, la jurisprudence arbitrale prend prise sur le fonctionnement du marché lui-même, et en se saisissant des effets civils du droit de la concurrence, elle participe en amont à la surveillance du marché et à la sanction des comportements répréhensibles. On peut donc considérer que dans les

23. C'est ainsi que le Conseil de la concurrence se refuse à apprécier les comportements qui lui sont soumis au regard de l'article 1382 du Code civil.

24. *Com.*, 29 avril 1997, *Sogénal*, *D.*1998, p. 334 s., note M.A. Frison-Roche et M. Nussenbaum.

années qui viennent, l'arbitre va s'affirmer comme un juge du marché. Cela va d'ailleurs engendrer la difficulté suivante.

Comme nous l'avons déjà dit, le juge adéquat au marché est celui qui en respecte les deux temps, celui de l'instant de l'échange par l'adoption de décisions ponctuelles, rapides et immédiatement applicables, mais aussi celui de la survie du marché dans le temps, par l'élaboration d'une jurisprudence stable, compréhensible et servant de référence pour les anticipations des opérateurs. Or, si la première fonction, de résolution des oppositions ponctuelles – par jugement ou par médiation – peut être secrète, voire se développe d'autant mieux qu'elle est secrète, la seconde suppose par nature une publicité. La confidentialité de l'arbitrage devient alors un obstacle. Celui-ci peut sans doute être dépassé si les institutions d'arbitrage éditent régulièrement une sorte de « doctrine » d'une jurisprudence arbitrale par ailleurs masquée quant aux affaires particulières qui l'ont nourrie.

Du juge national au juge supranational, enfin.

La juridiction efficace doit être conçue à l'image de son objet. Ainsi, d'une façon essentielle, le pouvoir d'intervention sur un objet doit correspondre aux frontières de celui-ci. Dès lors, le juge national ne peut suffire que pour les marchés qui sont eux-mêmes nationaux. Cela signifie qu'en premier lieu, si le marché est de dimension européenne, seul un juge européen sera efficace et qu'en second lieu, si l'on veut construire un marché européen, il faut mettre à sa disposition un juge européen. C'est l'idée même de la construction européenne que d'avoir conçu les institutions juridiques du marché comme préalable nécessaire à la naissance même de celui-ci. Il suffit de mentionner l'importance immédiate et décisive de la Cour de justice des Communautés Européennes dans la construction du marché.

Mais on ne peut plus aujourd'hui se contenter de ce *satisfecit*. En effet, en premier lieu, les marchés ne s'étendent pas nécessairement, ne fusionnent pas toujours entre eux, mais ils sont de plus en plus en interdépendance. Pour répondre à cette évolution économique, la solution est non plus la constitution d'institutions ou de juridictions à compétences territoriales élargies, cet élargissement sans mesure pouvant d'ailleurs faire crainte un *Léviathan*, mais la mise en réseaux des organes publics.

Cela est fait d'une façon très active concernant les administrations d'une part, les autorités de régulation d'autre part, qu'il s'agisse de coordonner les organes publics en matière de marchés des biens et services ou des marchés financiers. Mais ici, l'on retrouve une difficulté de nature : peut-on mettre des juridictions en réseaux, comme on peut le faire pour des administrations ? Cela est très difficile en raison de l'indépendance des juridictions, de l'absence de contraintes des précédents dans les systèmes romanistes et des principes procéduraux – notamment les droits de la défense – dont les juridictions ne peuvent faire l'économie, notamment lorsqu'il s'agit de mettre en commun des renseignements sur des personnes ou des entreprises. Il en résulte que tous les projets actuellement à l'étude²⁵ ne visent pas les juges et tablent sur les autorités admi-

25. V., par ex. la proposition faite le 27 août 2000 par la Commission des Communautés Européennes de réforme du règlement du Conseil relatif à l'application du droit communautaire de la concurrence

nistratives. On constate que cette évolution renforce le passage précédemment décrit du juge commercial à l'autorité administrative.

Enfin, lorsque le marché est mondial, ou lorsqu'il s'agit de lutter contre les barrières à l'entrée constituées à l'encontre des produits venus du monde entier, se mettent en place des réglementations mondiales, lesquelles requièrent un juge. On sait que la révolution des accords de Marrakech de 1995 a consisté non pas tant dans l'extension des anciens accords du GATT mais bien dans l'institution d'un Organe de Règlement des Différends. Celui-ci constitue véritablement un tribunal²⁶, dont chacune des décisions signale à la fois sa nature juridictionnelle et sa puissance à trancher les différends économiques d'une part et à sanctionner celui qui contrevient au principe du libre échange d'autre part, ce qui conduit cet organe à exercer à la fois un office de juge civil et un office de juge pénal.

Cette évolution permet de mieux dégager ce que l'on pourrait désigner comme une « fonction juridictionnelle pure » exercée sur un marché. En effet, ce qui est remarquable, c'est l'absence dans le système de contraintes publiques pour exécuter les décisions adoptées, le système des mesures de rétorsion permettant à l'Etat victime d'exécuter lui-même la condamnation en imposant à l'Etat responsable des droits de douane compensatoires et sanctionneurs, contre lesquels l'Etat condamné n'est pas en droit de protester. En cela, le juge apparaît plus nettement, hors de la gangue de la puissance publique dans laquelle on croit parfois qu'il ne peut se développer.

Ces développements montrent qu'il n'existerait sans doute jamais un juge du marché et qu'il faut plutôt veiller à coordonner l'action de ces juges des marchés, sans avoir l'illusion d'un idéal juge. Mais si l'on ne peut trouver sa figure idéale, prenons une seconde perspective : celle de la place idéale de ce juge du marché dans le marché lui-même. Doit-il être en marge du marché ou au cœur du marché ? La dernière figure est certes une tentation, tentation des juges en premier lieu, mais c'est la figure d'un juge à la marge du marché qui est la plus raisonnable et la plus durable.

II Le rôle du juge du marché

Les juges¹ sont désormais présents dans le fonctionnement des marchés. Comme l'exprime le Président Pierre Bézard, le juge y est désormais « consacré »²⁷. Cela tient au fait que les juges en constituent les garde-fous permanents et que leurs décisions influent sur le développement des marchés et sur la qualité de ceux-ci, spécialement lorsqu'il s'agit des marchés financiers. Mais il ne faut pas aller plus loin, croire ou proposer que les juges puissent régenter les

26. L'OMC et son tribunal, dossier spécial des Notes Bleues de Bercy, ministère des Finances et de l'Economie, 1-15 juillet 2000.

27. Le nouveau visage du juge économique et financier, in *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, pp. 147-167, p. 161.

marchés²⁸. Si l'on veut bien considérer les frontières entre les offices, celui du juge et celui des autres autorités publiques exerçant un pouvoir normatif sur les marchés, il faut alors réfléchir plutôt sur l'articulation à perfectionner entre l'intervention des juges et celle des autres organismes, notamment les régulateurs, lorsqu'ils coopèrent ou lorsque les juges contrôlent les décisions de ceux-ci (A). Au-delà de cette juste place du juge à l'égard des marchés, il faut déterminer ce que les marchés attendent du juge : pour aller à l'essentiel, toutes les parties intéressées attendent du juge qu'il aide à la sécurité juridique du marché (B).

A. La place du juge par rapport au marché

Un marché fonctionne sur l'absence de barrière à l'entrée et à la sortie et sur la liberté de mouvement des entreprises qui, en compétition les unes avec les autres, agissent à l'intérieur de ce marché. Dans une conception très libérale, on se contente même de ce premier critère, à savoir l'absence de barrière, sans exiger dans un second temps la prohibition des comportements anticoncurrentiels. En cela, le droit de l'OMC qui vise à éliminer les barrières tarifaires et non-tarifaires à l'entrée des marchés est déjà un droit de marché, et l'Organe de Règlement des Différends est pleinement un juge du marché. Si le droit de la concurrence se construit davantage, le juge devient le garde-fou non seulement de l'absence de barrière, le gardien de portes toujours grandes ouvertes, mais il doit veiller à la qualité juridique et économique des échanges opérés sur le marché, à l'effective liberté de mouvement des opérateurs, voire à l'adéquation des prix de marché.

Le juge, garde-fou des libertés de mouvement des opérateurs, tout d'abord.

La mission du juge suit alors l'objectif du droit substantiel, à savoir la préservation de la liberté de mouvement des opérateurs. Cela est vrai aussi pour ceux qui agissent sur les marchés des biens et service que pour ceux qui intentent des opérations sur les marchés financiers. Cela était consubstantiel pour le marché des biens et services, le juge reprenant le principe constitutif. Le juge contribua plus activement à le constituer sur les marchés financiers, soit à travers le principe de libre compétition dans les offres publiques²⁹, soit en veillant à la disponibilité juridique des actions, en limitant notamment le recours aux *Golden Shares*³⁰.

La mission du juge est alors clairement de veiller à ce que les espaces de liberté économique soient préservés, aussi bien dans l'accès que chacun doit pouvoir en avoir que dans le jeu même des mouvements à l'intérieur de cet espace. Il s'agit là d'un office traditionnel du juge, qui n'est pas substantiellement différent du rôle que les juges jouent par exemple en matière de liberté contractuelle.

28. Entretiens Friedland, *Vers une économie administrée par les juges ?* Publication de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 20 mars 2000.

29. Le principe juridique d'égalité des compétiteurs sur le marché boursier. Bull. Joly, Bourse Produits financiers, 1993, §138, p.720 s.

30. C.J.C.E., 4 juin 2002, Aff. C-483/99, *Commission c/ France*. V. aussi, C.J.C.E., 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal* ; C.J.C.E., 4 juin 2002, *Commission c/ Belgique*.

On peut cependant observer une différence importante dans les effets recherchés par le juge et corrélativement dans les pouvoirs qui lui sont attribués. En effet, lorsque le juge classique intervient en cas de méconnaissance d'une liberté, par exemple celle d'un cocontractant, la conséquence en est plutôt la destruction de l'acte juridique ainsi vicié que sa reconstruction. Ce constat est d'ailleurs à nuancer, l'évolution du droit des contrats, notamment sous l'influence des raisonnements de droit anglais, allant vers des solutions alternatives à l'annulation ou la résolution. Mais si l'on reprend l'office du juge du marché dans la sauvegarde des libertés de compétition économique, cette fonction suppose la restauration des puissances d'entrer en compétition loyale, ce qui se traduit notamment par des pouvoirs d'injonction dont les juges disposent ici plus que dans les matières traditionnelles. Le juge doit reconstruire les libertés et non pas seulement ceux qui y portent atteinte.

Le juge, garde-fou des prix de marché, ensuite.

Le juge exerce un contrôle sur les prix de marché. Cela va de soi en droit de la concurrence, puisque le comportement anticoncurrentiel a à la fois pour indice et pour conséquence dommageable un prix abusif, qu'il s'agisse d'un prix abusivement haut, d'un prix abusivement bas ou un prix prédateur. Néanmoins, cet office exigé par la règle substantielle est radicalement contraire à la relation classique du juge et du prix.

En effet, apprécier le caractère abusif d'un prix en droit de la concurrence, ce pourquoi le juge judiciaire a compétence partagée avec l'autorité de concurrence, relève de la même méthode que celle par laquelle l'autorité du marché financier mesure le caractère acceptable du prix proposé pour l'acquisition des titres dans le cadre d'une offre publique, implique que l'on mesure l'écart acceptable ou inacceptable du prix proposé ou pratiqué avec un prix de marché. Cela suppose que celui qui contrôle le caractère proportionné ou disproportionné doit prendre pour objet pertinent le rapport entre le prix et la valeur de la chose échangée, qu'il s'agisse de la valeur du bien ou de celle de la société dont les actions sont convoitées.

Or, classiquement, le juge a pour fonction de contrôler que les parties ont été suffisamment libres et éclairées pour discuter les prix, l'opposition d'intérêts des parties assurant la détermination finale d'un prix nécessairement juste. C'est d'ailleurs le propre du juge des systèmes romanistes, le juge anglo-américain réajustant les prix selon une méthode plus directe et objective. Ainsi, en France, le contrôle juridictionnel du prix revient à un contrôle nécessaire et suffisant de la qualité des volontés des parties. On mesure donc le fossé qui sépare l'office classique du juge qui n'apprécie les prix qu'à l'aune de la volonté des parties et l'office impliqué par le marché qui requiert l'appréciation des prix à l'aune de la valeur de la chose. Le propos n'est pas abstrait dans la mesure où le cumul des compétences va pousser le juge civil à prendre parti entre les deux méthodes.

C'est précisément ce qu'il va refuser de faire dans les arrêts d'Assemblée Plénière du 5 décembre 1995 en se référant à « l'abus dans la fixation du prix », notion ambiguë qui supporte aussi bien l'une que l'autre interprétation. C'est donc dans la doctrine que l'on retrouve la dispute entre ceux qui ne conçoivent que la référence à la personne, la notion de loyauté ayant pris le relais de celle

de liberté³¹, et ceux qui promeuvent la référence à la chose, la notion de prix de marché ayant pris le relais de celle d'équivalence³².

Quoi qu'il en soit, la question de méthode reste entière. En effet, de la même façon qu'on s'est toujours demandé comment le juge parvenait à deviner les intentions communes des personnes contractantes, de la même façon on s'inquiète parfois de la capacité technique des juges à calculer et à apprécier la distance entre la valeur des choses, les prix de marché et les montants proposés ou acceptés.

Le juge, garde-fou des structures du marché, enfin

L'hypothèse devient difficile, si l'on estime que le juge doit être non seulement le gardien des comportements, des accords, de l'équilibre des échanges mais encore de la qualité du marché qui tient à la structure de celui-ci, notamment la pluralité des concurrents. Cela est-il concevable dans la mesure où le juge devient non plus celui qui garde le marché, voire le restaure, par exemple en sanctionnant une éviction ou en brisant une barrière à l'entrée ce qui conduit à enrichir le nombre de concurrents, mais encore celui qui les construit.

Il faut d'ailleurs diviser l'hypothèse. En premier lieu, le juge peut-il avoir pour mission de détruire une structure de marché néfaste, en ce qu'elle serait particulièrement propice aux comportements anticoncurrentiels ou peu incitative à l'innovation ? En second lieu, le juge peut-il prétendre construire une bonne structure de marché, en favorisant par exemple les « nouveaux entrants », c'est-à-dire les entreprises extérieures au marché mais susceptibles d'y pénétrer ?

Le premier cas oppose le juge européen et le juge américain. En effet, pas plus les juges communautaires que les juges nationaux ne peuvent ordonner des remèdes structureaux, c'est-à-dire décider de démanteler les entreprises et de les reconstruire selon une structure adéquate au bon fonctionnement concurrentiel du marché, contrairement aux juges américains qui disposent d'un tel pouvoir, dont l'exercice passa si près des oreilles de Microsoft. On peut hésiter à conférer au juge un pouvoir si grand. Mais cet enjeu de principe est atténué par la relativité de la distinction entre structure et comportement. En effet, les condamnations que le juge est appelé à prononcer au regard des comportements ont des effets structureaux, dont l'interdiction de maintenir une barrière à l'entrée du marché est un premier exemple mais l'on peut citer encore des obligations de contracter, ou l'interdiction de subventions croisées incitant à la filialisation des activités de l'entreprise.

Mais il paraît difficile d'aller plus loin et d'envisager que les juges construisent les marchés. Cela, c'est la tâche du régulateur, notamment lorsque celui-ci est expressément en charge de favoriser la concurrence dans un secteur fraîchement libéralisé, ce qui lui permet d'exercer une régulation asymétrique, c'est-à-dire systématiquement défavorable à l'opérateur historique, l'entreprise publique anciennement bénéficiaire du monopole, ce que le principe d'impartialité interdit au juge de faire.

31. L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation)*, note sous Plén. 1^{er} décembre 1995, D. 1996, J. p. 13.

32. *L'abus en droit de la concurrence*, Revue de la concurrence et de la consommation. Droits et marchés, 1996, n° 92, suppl. juil. Août.

Mais là encore, la distinction entre l'office de gardien et l'office de constructeur n'est pas si nette. Ainsi, lorsque le juge communautaire reprend la théorie américaine des facilités essentielles³³, et exige grâce à la généralité de l'interdiction de l'abus de position dominante que non seulement celui qui dispose du réseau d'infrastructure essentielle³⁴ en ouvre l'accès à ses concurrents mais encore opère des aménagements pour permettre celui-ci, il s'agit bien d'une prise directe du juge sur les structures de marché.

Malgré ces linéaments d'un pouvoir plus directif du juge sur le marché, il demeure que le juge ne peut se substituer ni au marché, dans le dynamisme concurrentiel, la compétition, l'innovation ou l'équilibre des prix, pas plus qu'il peut être pleinement un régulateur dans les secteurs qui le requièrent, puisqu'il ne peut délivrer les autorisations d'agir sur les marchés ni fixer les prix ou affirmer leur équité.

Plus encore, le juge ne peut se substituer au régulateur. Non seulement, le principe d'impartialité le bride mais encore on ne peut guère concevoir un régulateur démuné du pouvoir d'action autonome, alors qu'il est difficile d'admettre qu'un juge puisse intervenir sans être saisi. C'est d'ailleurs pourquoi l'enjeu procédural à l'égard des marchés ou dans les justices supranationales est davantage la création ou non d'un procureur que l'office des juridictions elles-mêmes, car le pouvoir adéquat est dans l'autonomie du déclenchement des procédures.

Dès lors que le juge ne peut et ne doit remplacer ni les opérateurs eux-mêmes, ni les régulateurs, que peut-on attendre de lui ? De fournir ce qui est le plus précieux pour le maintien des marchés, en référence à ce second temps évoqué qui est celui par lequel les marchés ne s'effondrent pas sur eux-mêmes, à savoir la sécurité, ici la sécurité juridique et judiciaire.

B. La sécurité juridique des marchés par le juge

La sécurité, c'est l'apport que les opérateurs attendent du juge³⁵. Il faut distinguer la sécurité organisationnelle, résultant de la bonne organisation de l'articulation entre le juge et d'autres titulaires du pouvoir normatif et de la puissance publique, essentiellement ici les autorités de marché, de la sécurité méthodologique, celle par laquelle les opérateurs vont pouvoir s'en tenir aux décisions compréhensibles adoptées par le juge.

La sécurité organisationnelle, tout d'abord.

Elle consiste en premier lieu dans la sécurité interne à l'appareil juridictionnel et il faut admettre qu'à ce titre la répartition de compétences entre l'ordre judiciaire et l'administratif, dont on a vu qu'elle était admissible en soi, engendre une complexité qui dessert objectivement le principe de sécurité juridique.

33. V., par exemple, C.J.C.E., 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann c. Commission des Communautés européennes* (aff. Magill), Rec.1995, p. I-743 ; D. 1996, J. p. 218.

34. Aspects juridiques des modalités de gestion des réseaux d'infrastructure essentielle, in *La gestion des réseaux d'infrastructure essentielle*, Atelier de la concurrence, Revue Concurrence, 1995.

35. P. Bézard, *Réflexions sur le fonctionnement de la justice économique et financière*, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle*, préc., p. 62.

La sécurité doit encore être le maître-mot concernant le rapport établi entre le juge et les autres intervenants publics sur le marché, essentiellement l'autorité de marché. Il peut s'opérer d'une façon horizontale lorsque les parties saisissent à la fois les juridictions commerciales ou pénales et l'autorité de marché. Dans un tel cas, en raison des contraintes de temps, il serait inadéquat d'obliger l'un à surseoir pour laisser passer l'autre en premier, d'autant plus que de fait il s'agira de permettre l'intervention première de l'autorité de marché, comme le montre l'articulation dans le temps des poursuites administratives pour manquement lancées par la COB et de celles engagées par le ministère public devant les tribunaux correctionnels. Il s'agira plutôt, de fait, d'organiser la marche des deux procédures pour qu'une sorte de solution dialogale se dégage³⁶.

Le rapport devient vertical lorsque le juge intervient sur recours contre une décision de l'autorité de marché. La difficulté méthodologique tient dans l'hétérogénéité des offices : comment un juge pourrait-il contrôler pleinement, c'est-à-dire avoir le pouvoir de se substituer, une autorité qui a nécessairement plus d'ampleur dans ses pouvoirs qu'il n'en a lui-même ? Le recours de plein contentieux ne peut donc s'appliquer que lorsque le régulateur n'exerce lui-même que des pouvoirs de type juridictionnel, comme en matière de sanction ou de règlement des différends³⁷. Lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir de nature différente, comme la fixation des tarifs, le contrôle ne peut plus être que méthodologique, le juge ne devant vérifier que la solidité probatoire du raisonnement et non pas la substance de celui-ci³⁸.

Le juge du recours, dans de tels cas, doit rester dans ce contrôle probatoire qui est l'entre-deux du contrôle plein et du contrôle de légalité externe qu'Henri Motulsky a définitivement dessiné à travers la notion de manque de base légale³⁹. Est-ce à dire que le juge du recours est marginal dans l'organisation institutionnelle qui garde les marchés ?

Au contraire, le juge du recours est central dans l'appareil institutionnel du marché pour la raison suivante. Il est celui devant lequel les décisions de diverses autorités de marché sont critiquées par les parties. En cela, il est de fait le seul apte à faire naître une doctrine commune du droit de la régulation, en dégagant des règles juridiques communes à tous les secteurs régulés, dès l'instant que le législateur ne semble pas enclin à y procéder lui-même. En cela, le juge du recours, qu'il soit judiciaire ou administratif, s'il n'est pas le régulateur des secteurs peut devenir l'interrégulateur de ceux-ci en ce qu'il est garant de la cohérence des droits

36. Le meilleur exemple de cela est le double contentieux qui opposa Vincent Bolloré à Martin Bouygues devant le Conseil des Marchés Financiers et devant le Tribunal de commerce de Paris. Sur la notion même de logique dialogale, incitant les institutions à instaurer une coopération au cours de leur propre processus de décision, v. F. Jacques, *Dialogue exige ; communicabilité et dialectique*, in *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, t. 29, Sirey, 1984, pp. 7-25.

37. Sur ce dernier point, v. E. Rolin, *Le pouvoir de règlement des différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications*, in *Régulateurs et juges*, préc.

38. C'est une très vaste et difficile question. Sur le contrôle de la détermination des prix équitables, v. M.-A. Frison-Roche et M. Nussenbaum, *Les méthodes d'évaluation financière dans les offres publiques de retrait et les retrait obligatoires*, Revue de droit bancaire et de la Bourse, 1995, p. 56 s.

39. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Préface de Paul Roubier, réédition présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, n° 142 s., p. 162 s.

des différents secteurs régulés, comblant les lacunes engendrées par l'émiettement des règles secteur par secteur et offrant une constance des règles élémentaires.

La sécurité méthodologique, ensuite.

Bien sûr la première des sécurités méthodologiques tient dans la compétence technique d'un juge apte à comprendre les enjeux économiques, même – et surtout – si ce n'est pas nécessairement pour faire prévaloir un autre impératif que ceux-ci. En cela, l'acculturation de la cour d'appel de Paris en matière de droit de la concurrence, dont le mérite est largement celui du Premier Président Pierre Drai, est un modèle du juge. Au-delà de ces initiatives, il faudrait en tirer toutes conséquences quant à la formation et à la spécialisation des magistrats.

Par ailleurs, les marchés, surtout les marchés régulés comme les marchés financiers, bancaires, des télécommunications, etc., qui fonctionnent en retraitant des informations, intégrées dans des calculs d'anticipations et de fixations des prix, les juges doivent se faire comprendre. Le principe de motivation est essentiel, non plus tant au titre des droits du justiciable⁴⁰, mais parce qu'au-delà du dispositif particulier, ce sont les motifs qui sont autant de signaux donnés au marché. Un juge dont les opérateurs ne comprennent pas la décision, non seulement dans ses fondements mais dans sa portée technique, remplit mal son office.

Le juge peut alors articuler le temps de l'instant et la durée dont le marché se nourrit à travers les échanges instantanés et l'organisation à long terme, par des décisions particulières efficaces et par des signaux généraux clairement émis à destination du marché. Cette dernière dimension correspond à la jurisprudence. Mais il est vrai que cela renvoie davantage à la conception anglo-américaine de celle-ci, construite sur la sécurité des précédents, qu'à sa définition romaniste, plus souple, dans laquelle on peut toujours craindre un juge hiératique et indifférent à l'autorité des décisions de principe antérieures.

Mais c'est l'adéquation de l'intervention du juge à ces deux temps du marché qui est l'essentiel et sur laquelle nous voudrions clore ses propos. En effet, ce que requiert le marché, ce n'est pas nécessairement un juge faible, ou un juge timide, ou un juge répressif. Un juge peut être ferme, audacieux et sévère et correspondre néanmoins aux attentes du marché. Il faut mais il suffit pour cela qu'il respecte les deux temps précités du marché.

S'il est vrai que le temps nécessaire perçu par les parties est toujours contradictoire, le demandeur trouvant que cela ne va jamais assez vite et le défendeur voulant des délais toujours plus allongés, on peut trouver plus de cohérence concernant le marché. En effet, concernant les opérations ponctuelles, le juge doit agir rapidement pour rester dans le temps de l'opération elle-même, faute de quoi l'ensemble perd son sens. L'exigence a été raisonnablement satisfaite concernant les opérations sur le marché financier, elle devient de plus en plus problématique en matière de contrôle des concentrations. En référence au long terme du marché, si le juge veut bien s'en tenir à une jurisprudence la plus claire, la plus harmonisée et la plus cohérente possible, alors il sera pleinement un juge du marché.

40. La motivation, *Travaux français de l'Association Henri Capitant, Journées Nationales, Tome III, LGDJ, 2000.*