

mafr

---

DROIT PRIVE

et

DROITS ECONOMIQUES

*In*

*Deuxième colloque international des juristes francophones*

Beyrouth

23 mai 2011

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités et Directeur de *The Journal of Regulation* (J.R.)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

96, rue Saint-Dominique 75007 Paris

Phone : +33(0)1 53 59 98 31 – Fax : +33(0)1 53 59 93 24 - [www.mafr.fr](http://www.mafr.fr) - [mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

# INTRODUCTION

- Problème de l'adéquation de la **distinction du droit public et du droit privé** dans le droit économique
- Dépassement par l'unification substantielle et l'unification **constitutionnelle** attendue
  - La distinction des ordres de juridictions et la complexité
- Dialectique entre le **droit économique** et les **droits économiques**
  - La « lutte pour le droit »
  - La question de la réparation des dommages des victimes des manquements objectifs :
    - La « civilisation du droit de la concurrence »
    - La consultation ouverte par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) le 17 mai 2011).

# PLAN

## I. LES DROIT SUBSTANTIELS ECONOMIQUES

### A. L'ÉVOLUTION DU DROIT DU CONTRAT

1. Le contrat soumis à l'analyse économique du droit
2. Le contrat comme bien : les marchés financiers
3. Le contrôle des puissances contractuelles : *ex ante* et *ex post*

### B. L'ÉVOLUTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

1. L'enjeu majeur de la propriété intellectuelle
2. La scission entre droit, politique et économie ?

## II. LES DROITS PROCESSUELS ECONOMIQUES

### A. LA FIGURE DU JUGE DANS UNE ÉCONOMIE MONDIALISÉE

1. La globalisation, les marchés et l'autorégulation
2. Le modèle du juridictionnel comme légitimité régressive

### B. L'HYPOTHÈSE DE MASSIFICATION DES DROITS D' ACTIONS

1. Le retour au droit processuel, droit substantiel « en guerre »
2. L'opportunité des recours collectifs sur les marchés

## LA QUESTION FONDAMENTALE EST : QUI PEUT ET EST LÉGITIME À DISCIPLINER LES MARCHÉS ? :

1. Les marchés eux-mêmes ? (autorégulation, déontologie, profession)
2. Les Etats, en alliance (Institutions internationales)
3. Les comportements individuels correctement incités (régulation libérale)
4. Le juge (qui donne « à chacun la part qui lui revient »)

# I. LES DROITS SUBSTANTIELS ECONOMIQUES

## A. L'EVOLUTION DU DROIT DU CONTRAT

### 1. Le contrat est soumis à l'analyse économique du droit

- L'analyse économique du droit n'est pas propre à la *common law* .
- Elle est propre à une société où les juristes et les économistes se fréquentent.
- Le rapport *Doing Business* ne fait d'Analyse économique du droit mais de l'**analyse comptable du droit : méconnaissance totale du droit, distinct de la réglementation**
  
- Cas : arrêt *Faurecia* du 29 juin 2010 . Le contrat est un partage équilibré de risques. Notion de connaissance des risques (droit bancaire, droit financier) devient centrale dans le contrat, qui est un instrument de gestion des risques.
  
- Notion économique de « contrat relationnel » : reprise dans l'interprétation de l'article 1832 du Code civil, vivifié par la théorie financière de l'agence. Asymétrie d'information : les associés doivent avoir confiance en des mandataires qui ont des pouvoirs (E. Gaillard) qui sont en conflits d'intérêts. Influence déterminante du droit économique.

# I. LES DROITS SUBSTANTIELS ECONOMIQUES

## A. L'EVOLUTION DU DROIT DU CONTRAT

### 2. Le contrat est un bien qui circule : les marchés financiers

- Thèse prémonitoire de Laurent Aynès : *La cession de contrat*.
- Les actions et obligations sont des titres qui à la fois relatent un contrat d'apport et constituent désormais un bien, un « instrument ».
- Les marchés eux-mêmes sont des biens.
- Les propriétaires (« entreprises de marché ») contractent entre eux : concentration des plateformes. Risques systémiques majeures.
- Réaction le 18 mai 2011 : refus du *Department of Justice* de laisser le NASDAQ racheter le NYSE : intervention du droit de la concentration contre la puissance contractuelle (contrôle *ex ante*)

# I. LES DROITS SUBSTANTIELS ECONOMIQUES

## A. L'EVOLUTION DU DROIT DU CONTRAT

### 3. Le contrôle des puissances contractuelles par le droit de la concurrence

- Les marchés sont construits sur les contrats (les droits de propriétés, les Etats et les juges)
- Mais les contrats qu'ils supposent sont des « contrats-échange » (mobilité permanente du marché pour la double élasticité des prix). Refus des « contrats organisations ». Admis du seul temps de l'instant (Mousseron : « le contrat comme coup de foudre »).
- Refus de l'injection du temps ? Investissement ? Recherche ? Politique industrielle ?
- Intervention de la **régulation**
- deux sens de la régulation : mode de libéralisation / équilibre entre la concurrence et un autre principe, soit pour des raisons techniques (réseau, asymétrie d'information), soit pour des raisons politiques (droit d'accès)
- Cas : La neutralité du Net.

# I. LES DROITS SUBSTANTIELS ECONOMIQUES

## B. L'EVOLUTION DU DROIT DE PROPRIETE

### 1. L'enjeu majeur de la propriété intellectuelle

- Economie de l'immatériel et de la connaissance (rapport *Jouyet*, 2009)
- Conception classique et juridique de la P.I. : distinction de la propriété littéraire et artistique et de la propriété industrielle. Idée de récompense en surplus.
- Conception concurrente depuis 30 ans : la P.I. est un outil de politique économique pour inciter à créer. Fusion entre les deux branches de la P.I. : unité du fait de créer et technicité de la création. Proche du *copyright*, propriété de marché.
- Conception nouvelle et « révolutionnaire » : viendrait en premier « le droit d'accès ». Equilibre avec la P.I.
- Enjeu du **G.8 des 24 et 25 mai 2011**.
- En sortiront vainqueur du fait du droit Google ou les industries culturelles.

# I. LES DROITS SUBSTANTIELS ECONOMIQUES

## B. L'EVOLUTION DU DROIT DE PROPRIETE

### 2. La scission entre droit, politique et finance

- Si on construit le système sur le droit d'accès, il n'y a plus de droit de propriété (Doyen Carbonnier)
- Intermediation généralisée du système, sur le modèle financier. Prégance de la pensée financière.
- L'enjeu n'est pas de savoir quel droit va « gagner » mais si le droit demeurera.

## II. LES DROITS PROCESSUELS ECONOMIQUES

### A. LA FIGURE DU JUGE DANS UNE ECONOMIE MONDIALISEE

#### 1. La globalisation, les marchés et l'autorégulation

- Les marchés ont prétendu « s'autoréguler » : mythe de l'éthique des affaires.
- Jean-Pierre Jouyet : c'est au moins ce que la crise nous aura appris, les marchés ne s'autorégulent pas : rentes informationnelle, conflits d'intérêts.
- Cas : l'ICANN (demande de l'Europe et des Etats-Unis du 12 mai 2011 pour la « gouvernance de l'ICANN »)
- Problématique ouverte des professions.

## II. LES DROITS PROCESSUELS ECONOMIQUES

### A. LA FIGURE DU JUGE DANS UNE ECONOMIE MONDIALISEE

#### 2. Le modèle du juridictionnel comme légitimité régressive

- Effondrement des frontières : difficulté des Etats.
- Arbitrage international et réforme du Code de procédure civile pour l'assouplir encore, grâce au juge d'appui.
- Dans cette souplesse même, l'ordre public est reconnu, notamment dans ses implications de compétences : cas Tribunal Conflits *Inserm* , 17 mai 2010
- Cas : l'OMC . Prise en charge des intérêts des entreprises par les Etats (exemple *Boeing v/ EADS*) ; ORD. Sanction de la rétorsion.
- L'Etat est l'exécuteur des droits processuels.

## II. LES DROITS PROCESSUELS ECONOMIQUES

### B. L'HYPOTHESE DE MASSIFICATION DES DROITS D' ACTIONS

#### 1. Le retour au droit processuel, droit substantiel « en état de guerre »

- Théorie de **Japiot**.
- Conception radicale en 1972 d'un droit processuel purement distinct du droit substantiel (Henri Motulsky, article 30 du Code de procédure civile)
- Désormais, en droit économique, demande de démonstration de « vraisemblance » pour que l'action soit « recevable ». Permet de désengorger (CEDH) et d'éviter les chantages.
- Utilisation des droits privés d'agir pour rendre le droit objectif effectif (la personne privée comme « agent de légalité »). Conception de droit public utilisée dans le droit de la concurrence.
- Paradoxe de la répression dans le droit de la concurrence : dépénalisation en 1986, puis mouvement de « civilisation » à partir de 2000.

## II. LES DROITS PROCESSUELS ECONOMIQUES

### B. L'HYPOTHESE DE MASSIFICATION DES DROITS D' ACTIONS

#### 2. La question ouverte de l'opportunité des recours collectifs sur les marchés

- Le serpent de mer des *class actions*.
- La consultation ouverte jusqu'au 20 mai 2011 sur l'organisation de *class action* ou de recours collectifs pour protéger les investisseurs.
- Rejoint la question du contrat comme mode de gouvernement du marché. Non plus comme mode d'autorégulation, mais comme mode de corégulation entre le régulateur (l'AMF insiste sur l'opportunité de la médiation) et le marché.

# CONCLUSION

- Notion d'un « contrat de régulation »,
  - procéduralement organisé, par lequel le régulateur aura une relation d'engagement envers le marché et ses parties prenantes (opérateurs, entreprises, consommateurs, Etat),
  - le contrat injectant du temps et donc de la prévision (Paul Didier).
-