

La recherche juridique en matière économique

par MARIE-ANNE FRISON-ROCHE*

La notion de « recherche juridique » ne va pas de soi. Science pratique, pratique normative, le droit se fait plus qu'il ne se cherche. Mais l'on sait l'articulation entre le droit qui se fait et le droit qui se réfléchit¹, puisque le droit est imprégné de la représentation que l'on s'en fait. Ce lien entre recherche et action n'est d'ailleurs pas déterminant, car il n'est pas besoin de dénicher une utilité pratique à la recherche pour fonder celle-ci. En effet, le droit est l'objet d'une science sociale, son étude est éclairante sur autre chose que lui-même et cela suffit pour fonder l'entreprise. Cette observation conduit à délier le lien, qu'il est aujourd'hui de bon ton de présenter comme nécessaire, entre l'actualité du droit et les objets de recherche.

Certes, un phénomène juridique dans l'actualité peut justifier une recherche en tant qu'elle la rend plus urgente, soit qu'il en fournisse l'occasion par les aspérités mêmes qu'il présente (arrêt *Perruche*), soit qu'il relève du plan, appelant une étude préalable (réforme des procédures collectives). Mais la recherche peut être plus abstraite, car on doit vouloir comprendre pour manier le droit, mais il faut aussi vouloir comprendre pour comprendre, paradis de la recherche dont la curiosité est la seule règle. Dès lors, le critère de l'immédiatement opératoire n'est pas une condition pour la recherche. La recherche en droit économique souffre paradoxalement d'un lien très fort avec l'actualité économique, qui éloigne du plus abstrait et prive le droit économique d'une intelligibilité plus globale, qui est plus que jamais condition de performance du droit.

L'objet de la recherche en matière économique doit répondre à des critères, c'est-à-dire n'être pas qu'en réaction. Cette recherche paisible en

* Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris, directrice de la chaire Régulation.
1. Sur la distinction et sur l'articulation, voir Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002 et, du même auteur, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2004.

droit économique est d'autant plus bienvenue que le temps de la réaction est plus court que celui de la recherche, en ce que celle-ci consiste tout d'abord à réunir des éléments avant de les analyser, les corrélés, les confronter à une hypothèse de travail. L'obtention des données est un préalable nécessaire, l'un ne va pas sans l'autre, et cette accumulation rapprochant le droit de l'anthropologie — qui peut s'étendre non seulement dans l'espace mais dans le temps — à travers les études longitudinales — ne peut s'opérer dans le laps court de la réforme ou de la préparation de la résolution judiciaire d'un cas. La recherche doit faire provision.

Il faut déterminer ce qui est le plus pertinent pour la recherche juridique en matière économique, ce qui peut en être pris comme objet et ce que l'on peut en attendre.

1. LES SUJETS DE LA RECHERCHE JURIDIQUE EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE

Il convient de mettre à part le travail de thèse, qui pourtant ne devrait être qu'une modalité parmi d'autres de la recherche, mais qui, en raison de l'organisation professionnelle de l'université, est de fait spécifique. Par ailleurs, puisque l'objet même des réflexions d'ensemble est la suggestion de meilleures conditions ou d'incitations à choisir des sujets, des thèmes, des méthodes, des finalités, il s'agit d'une perspective « d'organisation » de la recherche, car sinon il suffirait de s'en tenir à la règle précitée de la curiosité. Ce qui requiert l'organisation, c'est la recherche à plusieurs, méthode requise pour le droit économique. L'objet de la recherche est d'essayer de rassembler des données les moins juridiquement préconstruites possibles. La recherche doit être la plus plate possible, la Doctrine prenant par ailleurs le travail dogmatique et théorique.

1.1. Sujets adéquats pour une thèse en droit économique

Le droit économique n'est pas une matière « académique », en ce qu'elle ne relève pas d'une branche du droit, et qu'elle est très connectée au contexte factuel et politique. Ce qui fait son attrait même, s'avère dangereux si le travail de recherche est en outre un passage obligé pour une carrière académique, ce qui est le plus souvent le cas de la thèse.

En l'état actuel, la thèse est le décalque de l'université dans laquelle le doctorant veut entrer ; donc si le sujet de thèse ne peut se « loger » dans une branche du droit et ne s'enferme pas dans la seule perspective juridique, la progression universitaire sera plus difficile. Ne faisons pas peser

les risques sur nos étudiants, par exemple les risques attachés à des sujets à cheval sur le droit public et le droit privé, ou sur le droit et la technique, non pas parce qu'il y aurait une sorte de cabale contre ce type de sujets mais parce que les jurys auront davantage de mal à les apprécier.

Donc, concernant la thèse, parce que ce n'est pas aux doctorants de payer pour les audaces des professeurs qui donnent les sujets, il convient d'en rester à des sujets disciplinaires, c'est-à-dire droit des sociétés, droit de la concurrence, droit de l'environnement, etc. Le travail ne manquera pas pour autant d'intérêt parce qu'il profitera de l'évolution très forte à l'intérieur de ces disciplines mêmes, qui établissent des connections nouvelles¹.

Si l'on peut encourager les études interbranches du droit, ce droit comparé à travers le système juridique dont le droit processuel est le plus net exemple, il convient pour la raison précitée, et pour l'instant, d'en rester à des branches à l'intérieur du droit public ou du droit privé, ce qui conduit par exemple à confronter des phénomènes visés par des règles spéciales dans leur soumission corrélée à des règles communes², entrant plus ou moins en contradiction³, l'objet de la recherche étant alors ce « plus ou moins ».

L'enjeu peut être non seulement de travailler sur les interférences, mais encore sur les frontières, qu'il s'agisse des frontières entre disciplines — notamment lorsque naguère acquises et simples, elles se brouillent⁴ —, ou entre niveaux normatifs⁵.

Une autre approche, à la fois plus novatrice et non excessivement dangereuse pour l'entrée des auteurs dans la carrière universitaire, peut être le « repérage » de nouvelles notions qui s'insèrent plus ou moins bien dans l'organisation ancienne du système juridique. En raison de la subjectivisation du système juridique, l'innovation est plutôt du côté de nouveaux droits subjectifs appliqués à la matière économique⁶.

Le type de courage que requiert ce type de recherche — car il ne faut jamais oublier cette dimension : la recherche n'est pas qu'un labeur — est d'exprimer une opinion, non seulement sur les sources de droit (critique de la loi ou d'une jurisprudence) mais sur les différents raisonnements qui caractérisent telle ou telle théorie, telle ou telle branche du droit. Que peut-on attendre de ce type de recherche, dans le souci par ailleurs

1. Telles qu'elles peuvent apparaître dans un sujet comme « La protection des salariés par le droit des sociétés ».

2. Voir un sujet comme « Les banques et le droit commun ».

3. Voir un sujet comme « Concurrence et profession libérale ».

4. Voir un sujet comme « Droit d'auteur et propriété industrielle ».

5. Voir un sujet comme « Le droit économique constitutionnel ».

6. Par exemple à travers des sujets comme sera « Le droit à la concurrence » ou « Les droits des tiers au brevet ».

conservé d'une carrière académique ultérieure pour l'auteur? Tout d'abord, la thèse peut avoir le mérite de synthétiser, fonction d'autant plus précieuse aujourd'hui que les nouveaux moyens de documentation pulvérisent la représentation que l'on peut se faire des règles du droit à travers une synthèse qui en reconstruisent – et donc en inventent – les lignes de compréhension et de force. Il faut s'agir encore, et, à partir de là, mais l'imagination prend alors de plus en plus la part belle, anticiper les évolutions des règles et du système juridique, et n'étudier les règles et les cas que comme le ferment d'un droit que la thèse dessinera dans son état futur. Un tel travail doit consister à proposer des améliorations techniques, soit au sein même du sujet étudié, soit – et sans doute est-ce plus précieux – dans les autres corps de règles qui interfèrent, ce qui permet de mettre en valeur effet pervers et effet heureux.

1.2. L'organisation de la recherche en droit économique

Toute réflexion sur le droit, même plus librement conçue que lorsqu'une carrière et une sécurité d'esprit en dépendent, n'est pas équivalente à une recherche organisée, parce qu'il n'est pas toujours nécessaire d'organiser une recherche pour réfléchir et pour établir des propositions pertinentes. Deux circonstances en dispensent : la première réside dans le choix d'un objet suffisamment étroit ou abstrait pour qu'une seule personne, au sein d'une seule discipline, le traite. C'est l'objet même de la thèse ; c'est pourquoi l'enfermement disciplinaire précédemment décrit n'est pas si mutilant qu'on pourrait le croire. La seconde circonstance, qui peut d'ailleurs recouvrir la première, est l'édiction d'une théorie, ce que l'on peut désigner comme le travail dogmatique.

Le travail dogmatique se mène seul et ne relève pas de la recherche, car il s'agit de proposer un cadre de pensée pour appréhender d'une façon critique le droit. Son utilité est grande en ce qu'il réveille la vigilance contre tout positivisme, et l'on peut en prendre deux grands exemples récents. L'ouvrage de Gérard Farjat, *Pour un droit économique*¹, est une réflexion générale sur la façon dont le droit économique a renouvelé les notions classiques du droit et les nouveaux tours qu'il doit prendre pour mieux considérer la personne humaine. L'ouvrage d'Alain Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*² défend quant à lui l'idée selon laquelle le droit institue la personne, fonction dogmatique sans laquelle l'être humain est exposé à des règles qui le méconnaissent et dont

le droit économique est le fer de lance en ce qu'il ne sait que quantifier. Superbe exemple de la Doctrine, individuelle et dogmatique.

Il y a en revanche nécessité d'organiser une recherche lorsqu'il faut accumuler des informations, nombreuses et dans plusieurs perspectives, ce qui justifie alors une démarche plus collective et plus structurée. Pour que celle-ci soit profitable, il faut que l'objet soit le moins « préqualifié » possible et que les perspectives techniques soient les plus diverses possibles.

Si l'on reprend donc cette distinction méthodologique entre le travail de Doctrine et le travail de recherche, parce que le premier ne présente pas le même impératif d'organisation que le second, cela incite à prendre des objets qui se rapprochent le plus possible du « donné ». Sans méconnaître le caractère également schématique de cette distinction faite entre le donné et le construit, on peut tout de même essayer de trouver des objets d'étude que l'on pourrait dire les plus « plats » possible, c'est-à-dire avec le moins possible de préqualification, en choisissant par exemple l'entreprise plutôt que la société, les investisseurs plutôt que les actionnaires.

Cela peut susciter des recherches dans deux directions. Tout d'abord, on peut viser des phénomènes économiques, par exemple les modes de financement des entreprises, en privilégiant tel ou tel mode, suivant par exemple les divers canaux de financement (autofinancement/financement par établissement de crédit/financement par le marché financier) ou en prenant comme critère pertinent la proximité du lien avec l'emprunteur (*love money*, emprunt dans un contrat bancaire relationnel, etc.), et corrélérer ces données avec les règles juridiques appliquées suivant les types de financement. Dans une telle perspective, le premier résultat de la recherche est de dresser des tableaux (d'où pourront sortir des corrélations).

Plus encore, et cela relève alors pleinement de l'analyse économique du droit lorsque le dogmatisme ne prétend pas l'étouffer dès le départ, il serait très profitable qu'un même objet, juridique mais pris dans l'indifférence de cette qualité-là, soit analysé par des perspectives différentes : par exemple non pas une analyse générale et économique des contrats, car l'abstraction et la généralité fait que l'« on ne peut rien en dire »¹, mais un contrat en particulier, par exemple le contrat de *leasing*, ou bien une jurisprudence donnée, par exemple la jurisprudence sur la clause de réserve de propriété, ou bien les obligations d'information dans des contrats analogues. L'avantage d'une telle recherche est qu'elle ne requiert

1. Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2004.

2. Paris, Le Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005.

1. Ch. Jamin, « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », in G. Canivet, B. Deffains et M.-A. Frison-Roche (dir.), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, numéro spécial des *Petites Affiches*, sous presse.

que peu de dessiner l'objet au préalable, le premier enjeu étant de collecter les contrats en cause, ou la jurisprudence en cause, ce qui permet de mieux fixer ce que l'on étudie¹.

L'on peut ensuite solliciter chacune des disciplines sur ce cas particulier suffisamment étroit pour que, l'unilatéralisme tentant chaque discipline et chaque spécialiste qui se sent souvent une âme de propriétaire, ne prenne pas le pas, et pour que, dans leur propre normativité, chacun le restitue dans son système normatif et que, dans un second temps, une équipe collective cherche à corrélérer ces analyses diverses.

Dans la mesure où le droit économique excède souvent les frontières nationales, la diversité doit être à la fois normative (le droit, l'économie, la science politique, la sociologie) et géographique (droit français, droit communautaire, droits nationaux autres). Cela suppose un long et lourd travail. Pour quelles perspectives ?

2. LES PERSPECTIVES ATTENDUES DE LA RECHERCHE EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

Dans une conception traditionnelle de l'activité scientifique, avant que le relativisme n'affecte l'idée d'une réalité préexistante à l'observation, la recherche avait pour objet de retrouver les causes de ce qui était observé, et d'établir des « lois », c'est-à-dire des relations de cause à effet. C'est dans cet esprit que Montesquieu était parti à la recherche de *L'Esprit des lois*. Si l'on prétend encore à un droit rationnel, la recherche ne peut vraiment se passer de cette idée-là, car à quoi bon chercher si tout est aléatoire et hors de la prise de la raison ? Une grande utilité de la recherche pourrait être de reconstituer des causalités, c'est-à-dire de les distinguer des coïncidences et des conditions. Cela permettrait alors à ceux qui manient le droit — contractant, juge, gouvernement, etc. — d'utiliser plus librement des marges de liberté dont la détermination est aujourd'hui très incertaine.

1. Il a été souligné à juste titre que regarder le droit à travers seulement les « grands » arrêts, ou à travers les commentaires doctrinaux de ceux-ci, fausse la perception que l'on a du droit, puisque l'importance du phénomène peut être déformée (voir P. Ancel, « La force obligatoire. Jusqu'ou faut-il la défendre ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 163-179).

2.1. Démêler les coïncidences, les conditions et les causalités

La recherche permet d'accumuler des éléments d'information, ce n'est que le préalable à l'établissement des corrélations. En effet, la causalité est une loi si forte que les pouvoirs normatifs ne peuvent les ignorer. Prenons un exemple, lorsque les mécanismes de redressement des entreprises sont mis en place dans un délai nettement ultérieur au débat des difficultés, les entreprises sont liquidées. Si l'on démontre qu'il s'agit d'une causalité, alors la solution rationnelle est d'anticiper le plus possible le déclenchement des procédures.

Mais l'essentiel est de ne pas confondre causalité et coïncidences, la juxtaposition des phénomènes observés ne les mettant pas nécessairement dans un lien de causalité. Continuons dans le droit des procédures collectives. En 1985, on avait observé, d'une part, le nombre très important des liquidations, et d'autre part, le fait que le syndic avait en charge de défendre à la fois l'entreprise et ses créanciers. On y vit une causalité ; la suite montra que cela relevait davantage de la coïncidence.

Prenons un autre exemple d'une recherche ayant pour ambition de démêler les causalités : l'étude des conflits d'intérêts. Le droit économique prend aujourd'hui grandement en considération les conflits d'intérêts pour les exclure ou les gérer, à travers un droit économique désormais soupçonneux d'une nature humaine conduisant à préférer naturellement ses intérêts à ceux d'autrui. C'est sur cette idée que paraît aujourd'hui évidente la dissociation entre régulateur et opérateur, ou l'indépendance des membres du conseil d'administration. Nous avons affaire à un changement de paradigme, mais à quoi correspond-il, en deçà de la représentation que l'on se fait de l'âme humaine à un moment donné et dans une société donnée ?

Pour cela, il serait fructueux de recenser les décisions prises par des conseils d'administration et de les confronter à la répartition des conseils d'administration, pour mesurer s'il y a ou non capture. Bien sûr, une telle recherche ne peut relever du simple donné, puisqu'elle suppose qu'on établisse des classes de ces membres, par exemple « salariés », ou « actionnaire minoritaires », mais l'on pourrait faire des classes assez fines, avec des possibilités de multiples appartenances pour un même membre, de sorte que le tableau qui en résulte ne soit pas trop affecté par les préjugés. À cela, pourrait s'ajouter une reconstitution, historique, du fonctionnement des pouvoirs dans les sociétés, à travers droit des sociétés et droit des contrats, mais aussi la déontologie, les retraçant et les dessinant tout à la

fois. À partir de là, une représentation plus exacte des conflits d'intérêt et surtout du souci que l'on doit en avoir ou non, pourrait être restituée.

Mais la causalité est d'autant plus complexe et doit d'autant plus faire l'objet d'une réflexion, antérieure même à la recherche, que le droit est un système, c'est-à-dire construit sur des corrélations multiples, les bases mêmes du système influant sur l'ensemble. La recherche se complique mais gagne en pertinence, notamment lorsqu'il s'agit de mesurer l'effet d'une importation d'une technique née dans un autre système. Toute recherche efficace de droit comparé doit prendre ce chemin.

La question des *class actions* s'y prête particulièrement bien, puisqu'on observe aux États-Unis la coïncidence entre l'existence de cette technique procédurale et le phénomène de condamnations – qu'il faudrait dénombrer et classer – à des montants paraissant disproportionnés, faits sur lesquels se construit un discours – car nous passons de l'ordre du fait constaté (le montant des dommages et intérêts) à l'ordre du discours – selon lequel les entreprises et le système économique à travers elles sont pénalisées et affaiblies. Une recherche devrait mettre à l'épreuve de telles assertions.

La reconstitution des causalités permet de mieux manier le droit, parce qu'on en mesure alors par avance les effets possibles, souhaitables ou non, recherchés, bienvenus ou pervers¹, ce qui rend la recherche opératoire alors même qu'elle ne serait pas d'actualité. C'est là qu'intervient la distinction entre la cause et les conditions, la condition étant dans le pli de la cause, puisque la cause est ce qui va déclencher un phénomène, de sorte que le phénomène adviendra de ce seul fait, alors que la condition est ce qui rend possible celui-ci, c'est-à-dire seulement ce en l'absence de quoi le phénomène n'advient pas.

La recherche sera éclairante pour l'action si elle détecte non seulement les causes mais encore les conditions. La détection des conditions par la recherche est ce qui peut éviter en droit l'effet pervers. Prenons un exemple, souvent cité : pour que la voie civile soit favorisée par rapport à la voie pénale, sur le thème dogmatique de la dépénalisation de la vie économique, il faut que ressortent les conditions, notamment que la voie civile soit aussi protectrice et efficace pour les victimes, par exemple les actionnaires, que la voie pénale. Si une recherche mettait en lumière systématiquement les situations de choix par les victimes de la voie pénale et leur délaissement de la voie civile, alors les conditions apparaîtraient, c'est-à-dire la façon dont le droit pourrait sans effet pervers fermer la voie pénale. Ainsi, la reconstitution des causes permet de déterminer les marges d'action et celle des conditions permet de désigner les éléments d'efficacité de la décision.

1. R. Boudou, *Effet pervers et ordre social*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1993.

2.2. Dessiner les marges laissées à la normativité

On critique souvent la considération du rapport entre le droit et l'économie parce qu'elle serait celle d'une neutralisation du droit en tant qu'il exprime des valeurs par une impérieuse science économique qui n'accorde pertinence qu'à l'intérêt particulier, intérêt que l'on suppose par ailleurs sans valeur¹.

Mais la recherche, dans une définition expertale dont on ne doit pas rougir, ne doit pas prétendre porter des valeurs, c'est à la Doctrine de le faire. La recherche doit permettre à ceux qui utilisent le droit, le juge ou le législateur, de mesurer leur marge. D'une part, en leur indiquant mieux les lois non juridiques qui mettent en corrélation les phénomènes et dont on a cité un exemple à travers la question des conflits d'intérêt, d'autre part, en leur indiquant mieux les conséquences de leur choix. Ainsi, la recherche en droit économique, dans cette conception très traditionnelle défendue ici, non seulement n'a pas pour objet ni pour effet de brider plus encore le droit sous une hypothétique loi du marché, mais porte au contraire celui de mieux permettre aux juges et au législateur d'exercer leur volonté normative et juste.

1. Voir par ex. E. Docklès, *Valeurs de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2005, qui considère que seul l'intérêt général a à faire avec la justice, p. 164.