

# Le droit économique et ses juges

**Le droit économique est devenu très complexe et une certaine méfiance persiste entre les milieux d'affaires et le monde juridique et judiciaire. Par-delà des affaires médiatiques, l'une des questions centrales est celle du juge, de sa formation et de sa spécialisation, et du choix des procédures appropriées à chaque type de litige.**

**L**a transformation accélérée de nos économies depuis ces dernières décennies a eu notamment pour effet de modifier profondément les rapports entre le droit et l'économie. Le retentissement médiatique qui s'est formé depuis plus de dix ans autour des « affaires » politico-financières n'est que l'un des symptômes de cette mutation et sans doute pas le plus révélateur. Aujourd'hui on commence seulement à en mesurer l'ampleur.

C'est que dans notre pays, peut-être encore plus qu'ailleurs, le droit économique s'est confondu longtemps avec un encadrement public très poussé des activités marchandes : contrôle des prix, contrôle des changes, services publics industriels et commerciaux monopolistiques, contraintes du droit du travail... À Sciences Po, il y a vingt cinq ans, on enseignait encore le droit administratif de l'interventionnisme économique. Dès lors, la libéralisation et la mondialisation des marchés durant la décennie quatre-vingt-dix ont fait croire, à tort, que la liberté économique s'accompagnerait d'un recul de l'importance du droit dans la gestion des affaires économiques. Or, loin de faire régresser le champ du droit économique, cet essor du marché a au contraire renforcé l'importance des instruments juridiques comme moyen de régulation des nouvelles compétitions. Ouvrir les marchés, c'est moins de réglementation, mais plus de droit !

La raison en est simple : là où un encadrement strict contraignait les acteurs dans des comportements censés correspondre à un certain optimum social, la liberté du jeu du

marché engendre nécessairement des agissements excessifs ou déviants dont il importe de préserver les opérateurs économiques ou les consommateurs. Le marché a donc besoin d'un juge et d'un corpus de règles qui permettent d'identifier les bonnes pratiques et de sanctionner les agissements dangereux ou prohibés dans la vie des affaires.

Cette exigence de régulation juridique du marché s'est développée sur plusieurs fronts : celui du droit de la concurrence, celui de la pénalisation de certains comportements abusifs (abus de biens sociaux, corruptions, délits d'initié...), celui de la médiation de quelques « scandales » (ferme-

---

**Ouvrir les marchés,  
c'est moins de réglementation,  
mais plus de droit.**

---

tures de sites industriels, licenciements par des entreprises profitables, « parachutes dorés » de certains chefs d'entreprise, actions des actionnaires minoritaires...), celui, enfin, d'une européanisation croissante de pans entiers de notre droit économique. Mais ce mouvement a aussi une face moins visible pour le grand public, avec la croissance du nombre et du rôle des autorités administratives indépendantes, l'attribution aux tribunaux de commerce de la compétence de droit commun en matière d'atteintes à la concurrence, ou encore le développement de nouveaux domaines du droit

directement liés à celui des activités économiques contemporaines (droit de l'internet et des technologies de l'information, droit de l'environnement, droit de la propriété intellectuelle...). Le droit des entreprises ne cesse de se complexifier et de s'internationaliser.

## ■ Le choix du juge

Au coeur de toute cette effervescence, se pose la question centrale du juge. Quel est le bon juge des affaires économiques ? Et quels pouvoirs le juge de l'économie doit-il s'arroger ou recevoir du législateur ? Car la question est bien aujourd'hui celle du comment plutôt que du pourquoi. Car pour trancher les litiges du monde des affaires, le juge a à la fois toutes les qualités et tous les défauts. Indépendant, il présente les garanties d'impartialité qui s'imposent lorsque l'on doit arbitrer entre des intérêts puissants, mais son éloignement de la chose économique le rend parfois suspect de ne pas appréhender toutes les subtilités des affaires qui lui sont soumises. Juriste, sa connaissance des différents domaines du droit lui permet d'affronter la complexité des dossiers, mais on lui reproche facilement de ne pas avoir une approche suffisamment pragmatique des enjeux financiers ou sociaux. On dit fréquemment que les hommes d'entreprise se méfient de la justice et de ses hommes en noir. Parfois, ils les craignent (notamment les juges d'instruction), souvent ils les dénigrent, à tel point que se développe insidieusement une forme rampante et inavouée de ce que l'on pourrait appeler le

mépris du droit.

Une première réponse à la question tient donc dans la répartition entre différents types de juges et de juridictions. En France, nous connaissons depuis plusieurs siècles l'institution atypique des tribunaux de commerce, dans lesquels ce sont les commerçants qui deviennent juges pour trancher les litiges entre leurs pairs. Le débat incessant autour de cette justice « consulaire » est à elle seule un résumé des clivages paradoxaux qui agitent le domaine : réputés pragmatiques et proches de la vie des affaires, ces magistrats largement bénévoles sont souvent perçus comme insuffisamment armés sur le terrain juridique (d'où les nouvelles missions données à l'École nationale de la magistrature aux fins de leur formation) et comme susceptibles d'une certaine partialité dans certains dossiers dont les enjeux locaux sont importants. Mais, à l'inverse, le juge judiciaire professionnel manque souvent de la formation et de l'expérience nécessaires pour aborder certains contentieux techniques et importants. La réorganisation en cours de la carte judiciaire et du fonctionnement des juridictions va sans doute permettre d'accentuer la spécialisation de certains pôles dédiés à des types de contentieux particuliers (dont, notamment, en matière économique et financière). Mais là aussi, la spécialisation des juridictions et des magistrats ne va pas sans critiques puisque certains y voient l'abandon possible des principes d'égalité républicaine.

Les autorités de régulation – le plus souvent sectorielles (Arcep, CRE, AMF...) – sont une

autre forme de recours à une tierce intervention pour régler les litiges. Mais la variété des pouvoirs de ces différentes institutions ne permet pas toujours de situer clairement leur rôle, soit préventif, soit répressif, dans le règlement des différends économiques. De plus, ces autorités sont souvent essentiellement axées sur le respect des règles de concurrence, ce qui n'est qu'un aspect de l'ordre public économique. Et l'un des enjeux de leur évolution à moyen terme est sans doute qu'elles prennent en compte d'autres facteurs (comme la santé, la sécurité, la protection de la vie privée) et qu'elles réalisent une meilleure balance entre ces différents objectifs d'intérêt général.

L'incitation est donc forte pour les entreprises de rechercher d'autres formes de règlement des conflits. C'est tout l'enjeu de l'arbitrage national ou international, véritable alternative privée au recours aux juridictions publiques. Mais c'est aussi le cas de toutes les autres formes de règlement non juridic-

tionnel des litiges (médiation, conciliation, ou tout simplement arrangement transactionnel) qui possèdent souvent des avantages économiques potentiels que les études contemporaines d'économie du droit commencent à évaluer.

Ajoutons à cela que le choix du juge se pose aussi parfois en termes territoriaux, puisque – du fait de la dimension européenne ou internationale de beaucoup d'activités – il est de plus en plus fréquent qu'un litige puisse s'engager devant différents juges potentiellement compétents et qu'il faille donc que les entreprises concernées fassent un choix en fonction des caractéristiques (coût, durée, procédure...) de chaque juridiction nationale (ce que l'on appelle communément le « forum shopping »). Dans ce type de cas, les questions complexes de droit international privé (celles qui gèrent les conflits de lois entre les différentes juridictions concernées) et les fortes différences existantes entre les systèmes juridiques (notamment dans le système continental et le système anglo-saxon de la common law) deviennent des paramètres essentiels de ces choix de tactique contentieuse.

### ■ Comment trancher efficacement les litiges économiques ?

Il ne suffit pas en effet de déterminer devant quel juge porter son affaire, encore faut-il aussi s'interroger sur la manière dont le juge saisi va intervenir, sur la manière dont il doit rendre la justice. Et là aussi les enjeux sont importants.



### Bertrand Warusfel (SP 81)



Professeur à l'université de Lille 2, avocat au barreau de Paris (cabinet FWPA), Bertrand Warusfel est

également administrateur de l'Association des Sciences-Po.

● ● ● Le débat majeur qui a dominé ces dernières années est celui de la « dépenalisation », souvent souhaitée, du droit des affaires. Cette demande des milieux économiques est légitime à bien des titres. On peut en effet concevoir que le juge naturel des affaires est le juge commercial (ou le juge civil lorsque le litige échappe à la compétence du tribunal de commerce) et non le juge répressif, chargé pour sa part de poursuivre et de sanctionner des infractions autrement plus nuisibles à la sécurité des personnes et des biens.

On peut aussi relever qu'il y a une certaine inconséquence à mobiliser les moyens d'investigation de la justice pénale (police judiciaire, expertise...) qui sont à la charge de la collectivité pour faire la lumière sur des litiges économiques, alors que le traitement de ces dossiers par la voie civile obligerait les parties à supporter l'essentiel des frais et la charge de la preuve.

Mais comme le relève justement Antoine Garapon (p. 42), cette défiance affichée par certains vis-à-vis du recours à la voie pénale cache sans doute aussi un manque d'audace des magistrats et des avocats à exploiter toutes les ressources que la procédure civile offre en matière d'administration de la preuve. Et, par ailleurs, la pénalisation des affaires économiques ne vient pas uniquement de l'extérieur (consommateurs, associations, petits porteurs...), mais de plus en plus souvent des milieux d'affaires eux-mêmes, où l'on n'hésite pas à penser, cyniquement, que la menace d'une action pénale, voire son déclenchement, est un bon moyen de réduire son concurrent au silence. Enfin, il faut être conscient que cette demande plus ou moins formalisée de dépenalisation peut faire craindre que s'instaure

une justice « à deux vitesses » grâce à laquelle les dirigeants et cadres d'entreprise éviteraient les rigueurs de ce que la justice pénale du quotidien réserve aux auteurs de faits délictueux dont les conséquences sont parfois moins graves pour les tiers que celles de certaines malversations économiques. C'est sans doute en partie pour cela que les conclusions de la commission Coulon n'ont finalement pas révolutionné le domaine.

---

**Il est nécessaire que les magistrats disposent d'une solide formation économique et d'une bonne connaissance du monde des entreprises.**

---

Un autre débat, moins médiatisé que celui de la pénalisation, mais tout aussi caractéristique de l'interrogation générale sur la bonne manière de traiter les litiges économiques, est celui de la réparation du préjudice. A priori, le principe est simple : sur la base de la responsabilité civile de droit commun, toute personne qui se rend coupable d'une faute doit supporter le coût de l'indemnisation du préjudice qui en découle. Mais la pratique démontre que le calcul du montant de ce préjudice n'est pas évident à effectuer et que les juridictions répugnent souvent à accorder des sommes substantielles correspondant réellement à l'importance des enjeux financiers exposés dans les litiges.

La tentation dans ce domaine (comme dans d'autres) est parfois de s'inspirer de modèles extérieurs. En l'occurrence, il est fréquent d'entendre un appel à l'introduction en France du système des punitive damages

(dommages et intérêts punitifs) tels qu'ils existent dans les pays de common law, et particulièrement aux États-Unis. Jusqu'alors, le législateur et la jurisprudence s'y sont refusé (même en matière de contrefaçon, où la directive du 29 avril 2004 n'a finalement pas retenu ce mécanisme). Car là encore, il ne faudrait pas que le remède soit pire que le mal.

La véritable difficulté généralement rencontrée en la matière n'est pas que le juge refuse de punir la partie qui est reconnue responsable d'un comportement fautif, c'est plutôt qu'il ait du mal à évaluer exactement le niveau de préjudice réellement subi et donc celui de la réparation à laquelle il a droit. De plus, si l'on veut décourager les actions contentieuses abusives (c'est-à-dire celles qui n'ont pas pour but de rétablir un droit, mais simplement de faire pression sur un concurrent ou de tenter de le mettre en difficulté), il convient que le risque potentiel encouru par l'entreprise poursuivie ne soit pas illimité. Il paraît donc plus sage d'agir sur les méthodes d'évaluation et de démonstration du préjudice, plutôt que sur une extension des compétences du juge civil pour prononcer des sanctions (ce qui reviendrait – paradoxalement – à « pénaliser » quelque peu la justice civile ou commerciale). Souhaiter améliorer la juste appréciation par les tribunaux des conséquences économiques des litiges dont ils sont saisis (et donc des réparations à accorder) renvoie à une autre préoccupation qui est celle de la formation et de la spécialisation des différents intervenants de la chaîne juridique et particulièrement des avocats et des magistrats.

Comme l'explique dans ce même numéro le directeur de l'École nationale de la magis-

trature, il est nécessaire que les magistrats disposent désormais d'une solide formation économique et d'une bonne connaissance du monde des entreprises. Et l'exigence dépasse le seul stade de la formation initiale pour concerner également la formation continue des magistrats tout au long de leurs carrières et de leurs affectations.

De même, les juristes d'entreprise et les avocats doivent partager une connaissance commune non seulement des mécanismes juridiques applicables mais aussi des conditions de la vie économique et commerciale, des mécanismes comptables et financiers ainsi que des particularités des différents produits et services concernés. Cela se pratique dans certains secteurs spécialisés (droit bancaire et financier, droit de la construction, droit de la propriété intellectuelle, notamment) mais n'est pas encore la norme courante dans tous les domaines. Or, en matière civile et commerciale, ce sont les parties (et donc leurs avocats qui les représentent à l'audience) qui animent le procès et qui soulèvent les arguments et développent les démonstrations en faveur de leurs prétentions. On ne peut donc demander à des juges – même efficacement formés et bien spécialisés – d'apprécier toutes les finesses d'un litige si les éléments (notamment économiques et financiers) ne leur ont pas été communiqués ou clairement exposés. Cela devrait notamment conduire à ce que la formation des juristes dans nos facultés de droit, mais aussi l'organisation des professions juridiques s'ouvrent plus à une plus grande interdisciplinarité et à l'accueil d'expertise et de compétences extérieures (techniques, financières, comptables...).

### ■ Complémentarité des instruments et croisement des pratiques

Le grand chantier d'un droit économique moderne et équilibré est donc loin d'être refermé. On peut même penser que la crise économique et financière actuelle va lui donner une nouvelle impulsion, tant chacun sent bien qu'elle va accentuer le besoin d'une régulation efficace du comportement des acteurs économiques.

À la lecture des différentes contributions recueillies dans ce dossier, on peut simplement avancer quelques principes directeurs qui paraissent raisonnables et conformes à la recherche d'un ordre public économique impartial.

---

**Les litiges économiques et commerciaux sont des mécaniques complexes dont la performance dépend de l'étroite interaction de tous les acteurs.**

---

En premier lieu, une importance accrue doit être donnée à tout ce qui permet de prévenir en amont les litiges, ou de régler les difficultés à un stade précoce et par des mécanismes alternatifs évitant de mener des contentieux lourds et coûteux. Une meilleure rédaction et négociation des contrats doit y contribuer, ainsi que le développement de la culture de la médiation et de la transaction. Ensuite, on ne peut pas échapper à une certaine spécialisation des contentieux et donc des juridictions appelées à les traiter. Il faut dès lors l'organiser (y compris en tirant les conséquences pour la formation et la

carrière des juges concernés) et faire jouer la complémentarité entre les différentes voies d'action possibles.

S'agissant du recours à la procédure pénale, on doit souhaiter que celui-ci demeure l'exception en matière économique et qu'il ne soit réservé qu'à la poursuite de véritables agissements délictueux commis de mauvaise foi et dont la preuve ne peut résulter que d'investigations approfondies hors de la portée des parties. Un meilleur encadrement de la possibilité de se constituer partie civile ainsi qu'un prononcé plus fréquent d'amendes civiles pour procédure abusive pourrait y contribuer.

Enfin, un important travail doit s'effectuer dans les esprits et dans les pratiques pour que, nous autres, les hommes du droit, nous soyons mieux ouverts aux réalités économiques, technologiques et sociales et qu'en conséquence nous soyons plus crédibles pour faire sentir aux responsables d'entreprise l'importance et l'utilité de la démarche juridique. Plus encore que d'autres domaines du droit, les litiges économiques et commerciaux sont des mécaniques complexes dont la performance dépend de l'étroite interaction de tous les acteurs (clients, juristes d'entreprise, avocats, magistrats, experts) à toutes les étapes du processus. Il ne sert à rien aux uns de vouloir nier l'importance croissante du droit dans les affaires, ni à d'autres de se cantonner dans la tour d'ivoire de leur expertise. La rencontre des hommes et le croisement des savoirs et des pratiques est la seule voie pour construire le droit économique moderne dont nous avons besoin. ♦