

M23131

LE DROIT ECONOMIQUE,
SERVITEUR DE L'ECONOMIE ?

par Alex P. JACQUEMIN

Document de travail C. R. I. D. E. n° 717

LE DROIT ECONOMIQUE, SERVITEUR DE L'ECONOMIE ?

par Alex JACQUEMIN *

Professeur à l'Université de Louvain,
Directeur du Centre de Recherches
Interdisciplinaires Droit-Economie

I. INTRODUCTION

L'asservissement du droit par l'économie n'est pas un sombre cauchemar qui troublerait périodiquement le sommeil de quelques civilistes pointus: c'est un phénomène admis par la doctrine et incarné dans la société industrielle contemporaine.

Ainsi, ce sont des juristes qui affirment: "l'esprit du droit économique est guidé par l'idée que cette science est la servante de l'économie et non sa maîtresse" (C.CHAMPAUD, /2/, p. 21) (1). Confirmant cette appréciation, la pratique montre l'appel grandissant, dans les textes législatifs

* L'auteur tient à exprimer sa gratitude à M. van de Kerchove dont les commentaires ont été des plus précieux. Il remercie également les membres du CRIDE pour leur aide dans l'élaboration de cette étude.

(1) Voir aussi: B.CHENOT /4/, qui écrit: "à certains égards, mieux vaut n'être pas juriste pour étudier le droit économique".

et réglementaires, à des concepts économiques dont la portée juridique est imprécise, tels le marché, le jeu normal de la concurrence, l'entreprise, la croissance; elle manifeste un effacement des normes et des garanties juridiques au profit du recours aux critères de la politique économique; au niveau de l'élaboration, de l'interprétation et de l'application de la règle de droit, elle traduit le caractère instrumentaliste, voire opportuniste, du droit économique.

Jusqu'à un certain point, cette évolution est heureuse. Elle témoigne d'un échec de l'analyse juridique formelle et des juristes "qui, sur le plan de la recherche, se refusent à toute comparaison des faits et du droit ou, surtout, qui se refusent à reconnaître d'autres réalités que la réalité juridique du droit formel." (G.FARJAT, /10/, p. 401) (2). Elle confirme au contraire la nécessité d'un droit opérationnel, tel qu'il est demandé aux juristes d'entreprise. "Le juriste d'entreprise doit former sa psychologie de façon à ne pas voir le droit et encore moins le présenter à la direction comme une série d'écueils ou d'obstacles à l'activité dynamique de l'entreprise; il peut au contraire le voir et le présenter comme un moyen d'insérer cette activité dans la vie sociale générale, en choisissant avec bonheur l'habillage juridique qui convient aux diverses manifestations de cette activité." (C.RENARD, in Ch.del MARMOL et L.DABIN /9/, p.27).

(2) A propos de la C.E.E., L.DABIN constate: "nous observons couramment un engouement louable certes pour le droit économique européen mais dans une perspective trop exclusivement juridique qui évoque le style exégétique le plus pernicieux, comme si les traités européens étaient l'équivalent d'un code civil ou d'un code de commerce d'avant garde !" /7/ p.98.

Pourtant, cette évolution présente également des risques graves qui n'ont pas été suffisamment analysés. "L'économisme" qui consiste à opposer l'efficacité économique, critère scientifique et objectif, aux valeurs qu'incarne traditionnellement le droit, depuis la sécurité juridique jusqu'à la loyauté commerciale, n'est-il pas dans une large mesure un leurre auquel succombent trop aisément les juristes ? Plutôt que de favoriser une "objectivisation" des notions et des rapports juridiques grâce à l'appui de l'économie politique, ne passe-t-on pas des intentions et des intérêts subjectifs de certains agents économiques, aux intentions et aux intérêts tout aussi subjectifs d'autres agents économiques ?

L'objet de notre étude est précisément de mettre en lumière les pièges d'une **organisation pseudo scientifique** de l'économie qui serait appelée à remplacer l'organisation juridique, ou en tout cas à la transformer en un accessoire des mécanismes économiques. Il s'agira ensuite de montrer quels sont les terrains où l'interdépendance du droit et de l'économie contribue réellement à éclairer les deux disciplines sans en mutiler aucune. Ce type de réflexion paraît d'autant plus utile qu'il est susceptible de préciser les conditions d'une collaboration interdisciplinaire dans l'élaboration et la mise en oeuvre des lois, des contrats et des décisions judiciaires.

II. L'ENTREPRISE ET LA CONCURRENCE EN DROIT ECONOMIQUE

a. L'entreprise

Clé de voûte de l'interdépendance du droit et de l'économie, la conception de l'entreprise en droit économique

présente à la fois les avantages et les inconvénients d'une symbiose des deux disciplines.

La notion de groupe est une bonne illustration des aspects bénéfiques. En économie, le rôle des "multifirmes" qui contrôlent en fait plusieurs unités de production ou de distribution ayant une personnalité juridique propre, a été mis en lumière depuis longtemps. Ces "unités de contrôle", à travers leurs relations financières et personnelles, réalisent notamment un degré de concentration des ressources beaucoup plus élevé que celui apparaissant d'un examen des parts de marché détenues par les entreprises juridiquement indépendantes (3). Cette situation structurelle donne un relief particulier aux diverses stratégies de la "multifirme" ou du groupe: subsidiation, vente liée, réciprocité, discrimination, doivent faire l'objet d'une analyse économique spécifique. De son côté, l'approche juridique s'est efforcée de percer la fiction de l'autonomie de sociétés groupées et d'envisager les conséquences d'un contrôle économique unique. Une nette illustration de cette voie est un jugement récent, du Tribunal de commerce de Lille (20 mars 1970) qui applique l'ordonnance française n° 67-820 du 23 septembre 1967 instituant une procédure de "suspension provisoire des poursuites et de l'apurement collectif du passif" pour les entreprises dont la disparition serait de nature à causer "un trouble grave à l'économie nationale ou régionale".

Certaines sociétés appartenant à un groupe souffrent de difficultés financières issues des transformations économiques que connaît l'industrie textile. Les dirigeants qui contrôlent le groupe ont notamment demandé que les sociétés en difficulté bénéficient d'une procédure d'apurement collecti

(3) Pour le cas de la France, voir J.HOUSSIAUX /13/, p.240.

de leur passif. Dans son commentaire, C.Champaud souligne deux aspects de la décision.

"En premier lieu, alors qu'il ne paraissait pas contesté que les sociétés en difficulté connussent des embarras de trésorerie d'autant plus graves qu'ils étaient liés à des investissements importants, en cours de réalisation donc loin d'être rentabilisés, le tribunal a considéré qu'il n'y avait pas cessation de paiement, parce que la relative aisance de la solvabilité de certaines sociétés soeurs ou filiales permettait de dire que la situation financière des sociétés en cause n'était pas irrémédiablement compromise. Au regard du droit des groupes, l'intérêt de cette affirmation résulte du fait qu'elle repose au moins implicitement sur une solidarité passive des sociétés groupées...En second lieu, c'est non pas l'importance économique de chaque société et le trouble social qu'apporterait la fermeture de son entreprise qui sont pris en considération, mais l'importance globale du groupe et les répercussions en chaîne que la fermeture d'une ou plusieurs des entreprises groupées déterminerait"./3/

A ce niveau, il y a certes une convergence entre les analyses économique et juridique, qui aboutit à un plus grand réalisme.

Mais peut-on pousser sans danger le rapprochement ? D'autres innovations dans la conception de l'entreprise en font douter. Commentant le fameux arrêt FRUEHAUF (Paris, 22 mai 1965), M.Contin écrit notamment: "Dans la conception classique..., la définition de l'intérêt social est aisée. Celui-ci est en effet confondu avec l'intérêt des capitalistes bailleurs des fonds affectés ...Or les intérêts sociaux,

précisent les magistrats en une formule lapidaire, ne doivent pas être confondus avec les intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires". Contin ajoute: "L'intérêt social ne serait pas davantage réductible aux intérêts de l'unanimité des associés" /5/.

La difficulté surgit lorsqu'on prétend définir objectivement cet intérêt social. "Le but et l'intérêt de l'entreprise résident essentiellement dans la vie et la croissance de l'organisme économique" déclarent les magistrats. La résiliation du contrat que FRUEHAUT-FRANCE a passé avec BERLIET serait de nature à ruiner définitivement l'équilibre financier et le crédit moral de la société, et à provoquer sa disparition et le licenciement de plus de six cents ouvriers. "L'entreprise a droit à la vie et à la croissance". Dans la même perspective, de multiples décisions jurisprudentielles ont refusé de voir, dans la politique de constitution de réserves libres aux fins d'autofinancement, un abus de majorité. "A une époque où l'appel aux capitaux extérieurs est extrêmement difficile et coûteux, voire impossible pour certaines entreprises, condamner cette pratique équivalait bien souvent à condamner l'entreprise elle-même" /5/.

A ce niveau, on peut s'interroger. La recherche de l'intérêt et de la "permanence" de l'entreprise, l'affirmation qu'une entreprise bien déterminée est appelée à croître et la précision que pour croître, elle doit s'auto-financer, ne relèvent pas tant des conclusions de théorie économique objective, que d'une appréciation de politique économique. En effet, sur le plan de la seule théorie économique, l'intérêt de l'entreprise défini comme la maximisation de la valeur actualisée des revenus attendus se confond,

dans une situation de concurrence parfaite, avec celui des actionnaires: il reste à préciser les conditions d'une divergence et la nature de celle-ci; de même ce n'est pas la permanence de l'entreprise qui est attendue en théorie économique, mais un mouvement permanent d'entrées et de sorties sur le marché, gage de la concurrence; ce n'est pas l'auto-financement qui doit être privilégié par rapport à l'endettement ou à l'augmentation de capital mais une combinaison optimale des sources de financement (4).

Des doutes plus précis surgissent à propos des applications de l'ordonnance française du 23 septembre 1967. Comment décider s'il s'agit d'une entreprise d'intérêt local, plutôt que national ou régional, comment choisir entre les intérêts supposés d'une région et les droits des créanciers qui ne sont pas consultés?

La problématique est éclairée par des jugements récents. A l'occasion d'un jugement du Tribunal de commerce de Paris (13 novembre 1968) et de deux jugements du Tribunal de commerce de Toulouse (22 novembre 1968 et 24 janvier 1969), R. Houin estime qu'on se trouve en présence "d'un

-
- (4) Se pose ici tout le problème du coût du capital: peut-on minimiser le coût du capital d'une entreprise en modifiant les proportions des principales sources de financement qui apparaissent au passif du bilan? Dans cette ligne, la mise en réserve des bénéfices n'est justifiable aux yeux de l'actionnaire que dans la mesure où un rendement au moins égal à celui qu'il pourrait obtenir par d'autres placements (à risque égal) est assuré. Encourager l'autofinancement dans le cas contraire, c'est émettre un jugement de valeur, puisqu'on sacrifie certains intérêts à d'autres, d'ailleurs mal définis. En outre, on favorise l'effacement des normes concurrentielles du marché des capitaux.

dans une situation de concurrence parfaite, avec celui des actionnaires: il reste à préciser les conditions d'une divergence et la nature de celle-ci; de même ce n'est pas la permanence de l'entreprise qui est attendue en théorie économique, mais un mouvement permanent d'entrées et de sorties sur le marché, gage de la concurrence; ce n'est pas l'auto-financement qui doit être privilégié par rapport à l'endettement ou à l'augmentation de capital mais une combinaison optimale des sources de financement (4).

Des doutes plus précis surgissent à propos des applications de l'ordonnance française du 23 septembre 1967. Comment décider s'il s'agit d'une entreprise d'intérêt local, plutôt que national ou régional, comment choisir entre les intérêts supposés d'une région et les droits des créanciers qui ne sont pas consultés?

La problématique est éclairée par des jugements récents. A l'occasion d'un jugement du Tribunal de commerce de Paris (13 novembre 1968) et de deux jugements du Tribunal de commerce de Toulouse (22 novembre 1968 et 24 janvier 1969), R. Houin estime qu'on se trouve en présence "d'un

-
- (4) Se pose ici tout le problème du coût du capital: peut-on minimiser le coût du capital d'une entreprise en modifiant les proportions des principales sources de financement qui apparaissent au passif du bilan? Dans cette ligne, la mise en réserve des bénéfices n'est justifiable aux yeux de l'actionnaire que dans la mesure où un rendement au moins égal à celui qu'il pourrait obtenir par d'autres placements (à risque égal) est assuré. Encourager l'autofinancement dans le cas contraire, c'est émettre un jugement de valeur, puisqu'on sacrifie certains intérêts à d'autres, d'ailleurs mal définis. En outre, on favorise l'effacement des normes concurrentielles du marché des capitaux.

véritable droit économique pour l'application duquel les qualités de juriste doivent se doubler de qualité de chefs d'entreprises et d'économistes. La tâche est délicate mais les premières applications qui sont faites de l'ordonnance du 23 septembre 1967 prouvent qu'elle peut être remplie de façon satisfaisante par les juges consulaires des tribunaux de commerce à compétence élargie" (/12/, p. 164) (5).

Les Tribunaux se sont effectivement efforcés de présenter un jugement bien motivé, en dressant un véritable "bilan économique" de l'entreprise et de sa place dans la région. Peut-on pourtant parler d'une analyse économique objective dont les conséquences s'imposent ? En fait, un argument généralement évoqué est celui de la mise en chômage d'un certain nombre de salariés. A strictement parlé, il ne s'agit pas là d'un critère d'efficacité économique qui, au contraire, aboutit souvent à une "rationalisation de l'emploi". L'exposé des motifs se réfère plutôt à ce qu'on peut appeler un critère d'intérêt social. Dans son commentaire R. Houin estime alors que "la notion de trouble grave à l'économie nationale ou régionale est assez large pour comprendre le trouble social aussi bien que le trouble économique proprement dit" (/12/, p.163).

Une telle perspective, si elle est admise, confirme que nous avons affaire à une décision politique où l'appréciation de la situation, la pondération des intérêts en présence, les perspectives ouvertes, relèvent du jugement de valeur. Dès lors, il serait discutable de parler à cette occasion d'une "objectivisation des rapports et des notions juridiques et d'affirmer qu'ainsi

(5) Voir aussi G. SCHRANS /20/.

on passe d'une protection des droits subjectifs des actionnaires à la mise en oeuvre d'une technique d'organisation juridique (6).

Il semble plutôt que, dans la ligne de l'évolution de notre société industrielle, les juges sont amenés à renverser l'ordre de préférence des intérêts subjectifs en présence, et à subordonner certains intérêts, autrefois prioritaires, à d'autres estimés aujourd'hui dominants. Les magistrats prennent ainsi des options de caractère politico-économique qu'il est impossible de justifier en recourant à la seule analyse économique. Nous n'en concluons pas que cette orientation est malsaine, bien au contraire. Nous voulons plutôt souligner que sous une apparente nécessité technique, il s'agit toujours d'une appréciation de divers intérêts, patrimoniaux ou personnels. Il ne saurait dès lors être question de vouloir opposer à cette occasion des droits subjectifs traditionnellement protégés, aux exigences d'une efficacité économique scientifiquement établie.

b. La concurrence

Un second exemple brièvement présenté éclaire la difficulté. Le droit classique de la concurrence déloyale s'attache à des éléments subjectifs liés au comportement des participants au marché, à leurs intentions et à leurs rapports mutuels; il n'interdit que les pratiques "contraires aux usages honnêtes du commerce". Le droit moderne de la concurrence, au contraire, s'intéresse bien plus à l'instauration et à la sauvegarde de certaines conditions objectives du marché (A.JACQUEMIN et G.SCHRANS, /14/, p.102).

(6) Comparez avec A.JACQUEMIN et G.SCHRANS, /14/, p.106 et M.PAILLUSSEAU /19/.

Ainsi, dans le domaine des ententes entre les entreprises au niveau de la C.E.E., les responsables de la mise en oeuvre de l'article 85 du Traité de Rome s'intéresseront moins à l'historique des transactions commerciales et aux mobiles qu'elles révèlent, qu'à une certaine structure du marché: comment définir le marché concerné, quelle est la part de marché des participants à l'entente, quel est le taux de croissance attendu du marché ... autant d'informations qui permettront de fonder la décision administrative ou judiciaire sur une connaissance adéquate des faits.

A n'en pas douter, il s'agit là d'une "objectivisation" du droit économique (A.JACQUEMIN et G.SCHRANS, /14/, p.103).

Mais ce même article 85, dans son paragraphe 3, permet à la Commission de déclarer inapplicable l'interdiction dans la mesure où il s'agit d'une "bonne" entente. Parmi les conditions requises, il faut que l'entente permette de promouvoir le progrès technique ou économique et que l'avantage bénéficie au consommateur. Or, comment distinguer, parmi les résultats de l'entente, ce qui est une suppression délibérée d'une technologie valable, de ce qui est une sage décision de rejet vis-à-vis d'un procédé inférieur; comment distinguer le développement d'un excès de capacité monopolistique, d'une prudente anticipation de la demande ? Même si les résultats étaient évidents, comment déterminer objectivement leurs implications pour l'intérêt public ? Etablir la balance entre les bénéfices sociaux résultant d'une allocation de ressources accrues vers la recherche ou la variation du produit, et les pertes sociales attachées à l'inefficacité née d'une concurrence réduite, relève du jugement de valeur. Au stade actuel de la théorie

économique, les critères objectifs font défaut (7). Dès lors, cet aspect du droit moderne de la concurrence n'illustre pas la tendance à passer des intérêts subjectifs à la rationalité économique. Il s'agit plutôt d'une transformation dans la hiérarchie des intérêts subjectifs pris en considération, ceux du consommateur primant ceux du concurrent.

III. DROIT ECONOMIQUE ET EFFICACITE

Les exemples précédents ont tenté de souligner l'ambiguïté d'une conception selon laquelle, en droit économique, le droit devrait être le serviteur de l'économie. L'économie est souvent une mauvaise maîtresse.

Généralisant ces réflexions, nous allons maintenant préciser le contenu de l'interdépendance des deux disciplines au sein du droit économique.

a. Divers aspects de la science économique doivent être distingués (8). A un premier stade, l'économie décrit le comportement humain devant des moyens rares, à partir d'un examen détaillé de la réalité. Elle élabore ensuite une explication logique des faits, en définissant les relations existant entre eux et peut formuler des prévisions. En outre, elle indique si les objectifs des agents économiques sont compatibles entre eux et économiquement réalisables et si les moyens choisis pour réaliser ces objectifs sont

(7) Pour plus de détails voir A.JACQUEMIN /16/.

(8) Voir par exemple A.JACQUEMIN et H.TULKENS, /15/ p.21.

adaptés aux fins. Ce dernier aspect est important: dégageant les conditions nécessaires et suffisantes pour réaliser certains objectifs, la science économique propose une règle technique qu'on peut être tenté de qualifier de "norme". Mais il s'agit là d'un terme ambigu. La règle technique n'est pas réellement normative en ce sens qu'elle "n'oblige pas": simplement, elle indique la voie techniquement adéquate. Il s'agit là d'un impératif "hypothétique" et non "catégorique."

Soulignons qu'à ce niveau, le rôle de la science économique est moins spécifique et tend à se fondre dans celui de la recherche opérationnelle et de la théorie de la décision. Il s'agit en effet le plus souvent de rechercher la maximisation (ou la minimisation), sous contraintes prédéterminées, d'une fonction d'objectifs, elle aussi préétablie. Ce travail relève autant du logicien, du mathématicien ou de l'ingénieur que de l'économiste.

Un dernier aspect de l'économie est beaucoup plus délicat et relève de ce qu'on appelle l'économie du bien-être (Welfare Economics). Il s'agit ici de formuler des règles générales d'optimalité. Le critère le plus classique est l'optimum de Pareto dont le règne est censé assurer le meilleur usage possible des ressources. Les propositions dégagées par l'économie du bien-être sont alors présentées comme étant si largement acceptées qu'elles sont non controversables.

Une première conséquence de ces distinctions entre divers aspects de l'économie est de pouvoir clairement affirmer, le rôle indispensable, pour le droit économique, des aspects descriptifs et explicatifs de l'économie.

Les deux exemples envisagés, l'entreprise et la concurrence, présentaient des éléments encourageants précisés dans la mesure où ils relevaient de ces deux volets. Lorsque le juge tient compte, dans l'octroi d'un apurement collectif du passif, de l'unité économique de l'entreprise sous le couvert de plusieurs sociétés, lorsqu'il prend en considération la part de marché, strictement définie, pour apprécier l'effet d'une entente entre entreprises, il donne la priorité à l'analyse juridique substantielle et accorde à l'étude des faits la place qui lui revient.

b. A un second stade, surgit la confrontation, beaucoup plus délicate, des "normes" de l'économie à d'autres normes qu'incarne le droit. Selon R. Dehem, "parmi toutes les normes morales, la seule sur laquelle l'économiste comme tel ait le droit de se prononcer est l'efficacité. A l'égard de toute autre valeur, il est tenu à la neutralité" /8/. Il serait dès lors tentant d'opposer des normes, telle la sécurité, aux exigences de l'efficacité économique. Le droit économique enregistrerait le retrait du droit en tant que protecteur de certaines valeurs traditionnelles et son développement en qualité d'instrument de l'efficacité. Dans une large mesure, cette présentation exprime un faux problème. Pour le montrer, deux niveaux seront distingués dans l'interprétation du concept d'efficacité.

1. L'efficacité sensu lato

Les économistes mathématiciens définissent l'efficacité économique de la manière suivante: une décision sera qualifiée d'efficace dans la mesure où elle n'est dominée par

aucune autre décision possible. Une décision x domine la décision x^* si à la lumière de tout critère retenu, x est au moins aussi satisfaisant que x^* et est meilleure que x^* sur base d'au moins un critère (9).

Cette définition ne correspond guère à l'idée que s'en fait l'observateur non averti. Pour lui, le concept économique se ramène généralement à la recherche d'un minimum de coût, pouvant s'exprimer en termes monétaires, dans la mise en oeuvre de moyens matériels. Or il s'agit là d'un cas particulier.

Par contre, au niveau de généralité auquel se situe la définition rigoureuse, il n'est pas possible d'opposer l'efficacité "économique" aux normes juridiques. Un tel concept d'efficacité est en effet valable pour toute décision rationnelle, pour toute action finalisée, quel que soit le contenu spécifique des critères retenus.

Un exemple l'illustrera. Au sein des modalités d'obtention de crédit par un commerçant, le gage sur fonds de commerce présente un grand intérêt. Mais diverses formules sont possibles. Comment le législateur peut-il choisir entre

(9) Ainsi la décision adoptée par l'entreprise qui recherche un profit incertain sera dite efficace s'il n'existe aucune autre décision qui procurerait un montant au moins égal d'espérance mathématique de profit mais avec une moindre variance de ce profit, ni une décision qui fournirait, au plus la même variance de profit, mais avec un profit attendu supérieur. Voir P.VAN MOESEKE /22/, p.19 et les références citées.

elles ? Trois critères au moins sont à considérer: les intérêts du débiteur titulaire d'un fonds de commerce qui dispose ainsi d'un moyen de crédit, mais qui doit pouvoir poursuivre ses opérations, les intérêts du créancier-gagiste qui doit être assuré de sa garantie, alors même qu'il n'y a pas dépossession, les intérêts des créanciers-tiers, notamment privilégiés, qui doivent être informés des engagements du débiteur apparemment non dépossédé.

Parmi les formules juridiques possibles, la plus "efficace" sera précisément celle qui apportera au moins une satisfaction égale au débiteur et aux créanciers-tiers, tout en s'avérant préférable pour le créancier-gagiste.

En général, qu'il s'agisse du choix d'une disposition législative ou d'une forme contractuelle, le rôle du juriste a toujours été de trouver la solution efficace (10). Comme nous l'avons déjà signalé, la prétendue opposition entre approche juridique et économique, provient à ce niveau d'une confusion entre norme éthique et norme technique. Il est erroné de rejeter l'une au nom de l'autre puisqu'elles ne se situent pas sur le même plan.

On peut au contraire espérer qu'au contact d'une approche économique préoccupée par les choix optimaux entre des alternatives, le juriste voit dans le droit, moins un paramètre qu'une variable: plutôt que de considérer comme donnée la disposition juridique classique qu'il s'agit simplement d'explicitier, il serait souhaitable de développer l'habitude de confronter des institutions, des orga-

(10) Pour une application de l'idée au cas du droit économique européen, voir G.SCHRANS /21/.

nisations juridiques ou des réglementations alternatives et de prendre davantage conscience qu'il existe le plus souvent divers costumes juridiques susceptibles d'habiller une même situation.

Ainsi, la concentration sans fusion peut prendre de nombreuses formes, allant d'une prise de participation au groupement d'intérêt économique. Selon les critères retenus, fiscal, concurrentiel, technologique, tel ou tel instrument se révélera le plus efficace. Seul un examen systématique des choix alternatifs sera capable de le déterminer.

Bien entendu, la marge de manoeuvre variera selon l'agent juridique considéré. Si les alternatives qui s'offrent au "jurislatureur" sont multiples, celles qui se présentent au juriste "théoricien" sont nécessairement limitées par les choix du "jurislatureur" qu'il s'agit d'explicitier (de lege lata); néanmoins, le théoricien pourra toujours apprécier la valeur et l'efficacité de ces choix par la confrontation à des solutions alternatives, théoriques ou réelles, adoptées dans le passé ou dans d'autres systèmes (de lege ferenda). Enfin, le "juriste praticien" est enfermé dans les choix du "jurislatureur" explicités par le théoricien. Néanmoins, spécialement dans le domaine du droit économique, une certaine liberté d'action lui est le plus souvent laissée.

Il en résulte que la solution efficace à un des niveaux de décision juridique ne sera pas nécessairement la même à un autre niveau. Non seulement les objectifs poursuivis peuvent être différents, mais les moyens disponibles varient: ce qui est une variable pour l'un (par

exemple le "jurislature") peut être un paramètre pour l'autre (par exemple le praticien).

2. L'efficacité économique sensu stricto

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'économiste s'est efforcé de dégager, non seulement des "normes" techniques, mais aussi des "normes catégoriques", dans le cadre de l'économie du bien-être. Dans cette ligne, des auteurs ont défini un "optimum de consommation" un "optimum de production", voire un "état économique optimum". Ici aussi la tentation est grande pour le juriste de s'abandonner à "l'économisme" et de se considérer comme étant "la servante du seigneur".

A nouveau, il s'agirait là d'un acte de foi largement immérité. Comme le déclare une étude critique récente de "l'économie du bien-être", aucune des propositions de welfare economics n'est en fait à l'abri de la controverse (sauf peut-être celles relatives à l'efficacité technologique) (NATH, /18/, p. 2). L'auteur conclut son analyse en affirmant: "notre argumentation n'est pas contre la dérivation des conditions nécessaires (et suffisantes) pour un optimum social, à partir d'une fonction de bien-être spécifique choisie par le responsable de la décision dans une société particulière, durant une certaine période ... L'argumentation est dirigée contre la procédure qui consiste à formuler des règles générales d'optimalité, que tout économiste devrait utiliser, afin d'amener l'économie dans une situation qui est en fait optimale uniquement selon certains jugements de valeur qui semblent généralement

acceptables" (NATH, /18/, p.153) (11)

En d'autres termes, il apparaît que l'économie du bien être est, dans une large mesure, un leurre, si elle se prétend indépendante du jugement de valeur. Ce qui est réellement défendable, c'est l'application du critère général d'efficacité (qui n'est pas lui-même spécifiquement économique) à des domaines économiques spécifiques, c'est-à-dire pour lesquels l'objectif et les contraintes sont explicitement délimités. Il est alors possible de situer le modèle particulier parmi l'ensemble des préoccupations et des contraintes sociales, politiques ou morales de la communauté.

Ainsi, l'entreprise qui maximise son profit est appelée, selon la théorie économique de la firme, à suivre certaines règles de comportement efficace. Généralement ces règles ne sont acceptables par les Pouvoirs Publics, que dans la mesure où les coûts sociaux provoqués par la firme sont comptabilisés par elle, dans la mesure où les contraintes de la législation anti-trust, de la législation sur les pratiques commerciales ou de la législation sociale sont respectées. En d'autres termes, les coûts et les bénéfices exprimables monétairement à travers le fonctionnement de l'économie de marché et qui sont généralement les seuls à être pris en considération par l'économiste, n'incorporent pas des aspects importants de la réalité sociale, tel celui de la justice distributive

(11) Voir aussi C.ABRAHAM et A.THOMAS /1/, p. 126, qui écrivent: "On ne saurait parler d'optimum même économique, on ne saurait proposer une règle de jeu même économique, sans se référer à une certaine conception de l'homme".

ou de la paix sociale (12). Dans les diverses situations rencontrées, le rôle du droit est dès lors d'introduire des contraintes à respecter ou de compléter les arguments de la fonction d'objectif des agents économiques, en un mot de limiter la portée du modèle économique en fonction de l'organisation institutionnelle globale de la société. Comme l'écrivait déjà J. Dabin, "la règle juridique ... décidera (par voie de commandement, de défense ou de disposition), eu égard aux exigences plus ou moins strictes de tel élément du bien commun, donnant la préférence tantôt à l'élément moral (justice, solidarité...), tantôt à l'élément économique (production des richesses...), tantôt à l'élément humain (paix, sécurité...), suivant l'ordre de primauté (ou d'urgence) de ces valeurs sociales respectives au regard de telles circonstances, ordinaires ou extraordinaires, de temps et de lieux." (J.DABIN, /6/, p.18).

IV. VERS UNE PROCEDURE DANS LA COLLABORATION ENTRE LE DROIT ET L'ECONOMIE

A partir des considérations précédentes encore bien embryonnaires, certaines indications sont suggérées,

-
- (12) S.KOLM, un des trop rares économistes préoccupés par les problèmes de justice et d'équité, écrit: "le critère d'efficacité est insuffisant, les transferts redistributeurs ne sont pas effectués de fait ou même ne peuvent logiquement pas l'être, l'impôt de capitation est ou arbitraire ou impossible car toute politique doit s'attacher à des caractéristiques "objectives" des personnes, rien ne suggère que la distribution soit optimale, il n'existe pas de fonction d'utilité collective acceptable, la fonction d'utilité étatique n'est pas donnée à l'économiste et même n'existe en général pas..." /17/, p. 5.

quant à la "marche à suivre" dans la collaboration des juristes et des économistes qui sont appelés à préparer des lois, des règlements, des contrats, voire des jugements. Un exemple simple va nous permettre de distinguer trois étapes.

Supposons qu'un magistrat doive décider d'autoriser ou d'interdire une entente entre producteurs. La première étape concerne la théorie économique. Avec l'aide d'experts, le juge cherchera à déterminer le plus exactement possible la part de marché de ces producteurs, les conditions d'entrée sur ce marché, les effets sur les coûts de production et de distribution et sur les prix du produit.

Après ce stade descriptif et explicatif où l'économie épaulé le droit, vient la seconde étape. Il s'agit pour le juge de réaliser une "collecte" des points de vue économiques, sociaux, politiques. Ici apparaît le rôle de la procédure qui apporte aux parties intéressées la garantie juridique qu'elles seront entendues. "Le droit, si l'on veut bien encore de lui, écrit B.Goldman, ne peut procéder que de deux manières: en créant des catégories ou en instituant des procédures." /11/

Bien sûr, l'analyse en termes d'efficacité sensu stricto pourra peut-être préciser, après un examen des coûts et des bénéfices directement quantifiables, que la réduction de coût privé réalisée par l'entente est, ou non, plus que compensée par la perte d'efficacité due à un prix monopolistique. Mais ceci n'apporte qu'un critère. Le juge, s'il veut aboutir à une décision globalement efficace doit prêter l'oreille à d'autres intérêts: l'effet de redistribution de revenu dû au profit monopo-

listique, les conséquences pour la politique économique de l'Etat, la sécurité de l'emploi des travailleurs, la protection des actionnaires minoritaires ...

Dans ce contexte, il sera peut-être possible de déterminer une forme spécifique d'entente que ne "domine" aucune alternative, au sens défini précédemment. Ce sera la décision efficace. Pour la détermination elle-même, une simple comparaison est parfois suffisante (11).

Il est cependant vraisemblable qu'il y aura un conflit d'intérêts et qu'il ne sera pas possible de choisir directement la solution efficace. Ainsi les intérêts des travailleurs peuvent être radicalement différents de ceux des propriétaires des entreprises participantes à l'entente. Dès lors, le juge devra, avant toute sélection, pondérer les divers intérêts en cause. Cette pondération, et ces comparaisons interpersonnelles échappent à l'analyse scientifique. Les intérêts n'ont pas en effet une unité de mesure commune: il n'est pas possible de leur donner une pondération mathématique et l'on est dès lors amené à se contenter de leur attribuer un ordre de préférence. Selon la tradition, les circonstances politiques, l'éducation, tel ou tel intérêt recevra la priorité à travers un jugement. "Lorsqu'on fait appel au juge ou à

(11) Dans le cas contraire, un expert économiste ou spécialiste en recherche opérationnelle, sera appelé à mettre en oeuvre la procédure technique plus ou moins complexe (l'algorithme) qui permettra de dégager la solution efficace. Si celle-ci n'existe pas, il faut retourner au jugement.

l'arbitre, c'est parce qu'on ne s'en remet pas à la force ou au hasard. Le juge ou l'arbitre décideront, consciemment ou non, en se référant à la représentation qu'ils se font de ces rapports sociaux (l'idéologie). Et cette représentation a toute chance d'être assez conforme au mode de règlement objectif des rapports sociaux et à la représentation que s'en font elles-mêmes les "parties" aux rapports sociaux" (G.FARJAT /10/, p. 409).

Soulignons que l'acceptation pure et simple des résultats de la théorie économique constituerait déjà un jugement.

"Alors même que le droit se bornerait à reprendre pour son compte, sans y rien modifier, les conclusions du donné moral ou économique, cette réception resterait un choix, déterminé par la considération des seules nécessités ou convenances du bien commun, par conséquent une construction du jugement prudentiel et de la raison pratique du juriste." (J.DABIN, /6/, p.26).

En conclusion, une première analyse substantielle (ou matérielle) permet de confronter les situations juridiques aux résultats de la théorie économique et de dégager des présomptions de relations entre variables économiques.

Vient ensuite le rôle de la procédure où l'audition des parties permet une collecte explicite des intérêts, parmi lesquels les implications de l'efficacité sensu stricto trouvent une place réelle mais limitée.

Le jugement apporte enfin l'éventuelle pondération des intérêts en présence pour dégager un ordre de préférence. C'est alors seulement que peut théoriquement être

déterminé la solution efficace sensu lato, c'est-à-dire préférable à toute autre.

Ce cheminement est proposé aussi bien au législateur qui prépare une loi de relance économique qu'au juriste d'entreprise qui rédige un contrat de sous-traitance. Quoique les modalités d'application sont encore bien vagues, notre réflexion aura néanmoins atteint son but si elle a contribué à préciser la nature de l'interdépendance du droit et de l'économie et à éviter le danger croissant d'un "économisme" naïf.

*

* *

REFERENCES

- /1/ ABRAHAM C. et THOMAS A., Microéconomie, décisions optimales dans l'entreprise et dans la nation, Dunod, 1966.
- /2/ CHAMPAUD C., Contribution à la définition du droit économique, Chronique Dalloz, 1967, XXIV.
- /3/ CHAMPAUD C., Observations dans la Revue trimestrielle de Droit commercial, n°1, janvier-mars 1971, p. 121.
- /4/ CHENOT B., L'organisation économique de l'Etat, Dalloz, 1965.
- /5/ CONTIN R., L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, Chronique Dalloz, 1968.
- /6/ DABIN J., La technique de l'élaboration du droit positif, Bruylant, 1935.
- /7/ DABIN L., Au-delà de l'union douanière, l'union économique, Actes du quatrième Colloque sur la Fusion des Communautés européennes, Institut d'Etudes Juridiques européennes de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Liège, 1970.
- /8/ DEHEM R., L'efficacité sociale du système économique, Nauwelaerts, 1958.
- /9/ del MARMOL Ch. et DABIN L., L'apport des Juristes à la solution des problèmes de la gestion des affaires, Faculté de Droit de Liège, Commission "Droit et Vie des Affaires", Liège, 1963.
- /10/ FARJAT G., Droit économique, Thémis, P.U.F., 1971.
- /11/ GOLDMAN B., in Cooperations, concentrations, fusions d'entreprises dans la C.E.E., Revue du Marché Commun, janvier-février 1968.
- /12/ HOUIN R., Observations dans la Revue trimestrielle de Droit commercial, n°1, 1969, p. 160.

- /13/ HOUSSIAUX J., Le Pouvoir de Monopole, Sirey, 1958.
- /14/ JACQUEMIN A. et SCHRANS G., Le droit économique, Que sais-je, PUF, 1970.
- /15/ JACQUEMIN A. et TULKENS H., Fondements d'Economie politique, La Renaissance du Livre, 1970.
- /16/ JACQUEMIN A., The Criterion of Economic Performance in the Antitrust Policies of the U.S. and the E.E.C., Common Market Law Review, April 1970.
- /17/ KOLM S., Justice et Equité, CEPREMAP, Paris, 1971.
- /18/ NATH S.K., A Reappraisal of Welfare Economics, Routledge and Kegan Paul, 1969.
- /19/ PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,
- /20/ SCHRANS G., Le rôle du juge commercial en présence des problèmes économiques, rapport belge aux Journées 1970 (Paris-Montpellier) de l'Association H.Capitant.
- /21/ SCHRANS G., The morality and the instrumentality of European economic Law, Working Paper 01/7010, Seminarie voor Europees Recht, Rijksuniversiteit Gent.
- /22/ VAN MOESEKE P., Efficient Decisions in Economics and Statistics, Journal des Alumni de la Fondation Universitaire, décembre 1970.