



**HAL**  
open science

# Vers un troisième âge de l'ordre public ? (réflexions sur la substitution d'un ordre public "écologique" aux ordres publics politique et économique hérités de 1789 et 1980)

Fabien Bottini

## ► To cite this version:

Fabien Bottini. Vers un troisième âge de l'ordre public ? (réflexions sur la substitution d'un ordre public "écologique" aux ordres publics politique et économique hérités de 1789 et 1980). Le droit (public économique) du monde d'après, LEGITECH, 2023, 978-2-919814-76-3. hal-04563716

**HAL Id: hal-04563716**

**<https://univ-lemans.hal.science/hal-04563716v1>**

Submitted on 21 Nov 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# VERS UN TROISIEME AGE DE L'ORDRE PUBLIC ?

(réflexions sur la possible substitution d'un ordre public « écolomique » aux ordres publics économique et politique hérités de 1980 et 1789)

Par

Fabien BOTTINI

Docteur en droit public – HDR

Professeur des Universités

à Le Mans Université

Membre de l'Institut Universitaire de France

Membre du Thémis-UM et

Membre associé du LexFEIM

Incarnations dans les textes saints de la révolte du temporel contre le spirituel et du démon de la cupidité, les deux monstres bibliques que sont le Léviathan et Mammon ont fini par devenir au XVIIe siècle les visages modernes de la relation État-marché en Occident.

Si celle-ci n'a cessé d'évoluer depuis, ses transformations ont laissé leur empreinte sur le droit positif – et la conception du rôle des juristes dans la société –, après 1789 notamment. Alors que les Révolutionnaires voyaient le marché comme un espace-temps naturel – c'est historiquement le lieu où se réunissent spontanément les marchands pour conclure des transactions économiques, avec leurs clients, à leurs heures d'ouverture –, les artisans de la Reconstruction y ont vu une donnée artificielle ne pouvant être pleinement réalisée que par la main de l'Homme : dès lors que livrée à elle-même, la logique concurrentielle du marché s'est historiquement retournée contre lui dans l'entre-deux-guerres – le paradoxe de la concurrence ayant favorisé une concentration toujours plus forte des entreprises et l'apparition de monopoles dans certains domaines d'activités<sup>1</sup>. Tandis qu'il s'agissait en 1789 de ménager une sphère de liberté aux individus pour « Laisser-faire les hommes, laissez-passer les marchandises », il s'est agi à partir de 1945 d'ordonner et d'entretenir un grand marché mondial et européen en mobilisant les droits étatiques<sup>2</sup>. Tandis que les Révolutionnaires comptaient sur les droits du citoyen pour garantir les droits de l'Homme contre les empiétements abusifs de l'État<sup>3</sup>, les pères fondateurs de la construction européenne et de la mondialisation s'en sont remis à l'alliance du juge et des droits fondamentaux pour réaliser l'ordre du marché<sup>4</sup>. Alors que le rôle du juriste était sous la IIIe République de concourir au respect des libertés publiques, il est désormais enrôlé pour contribuer au bon fonctionnement de la loi de l'offre et de la demande.

L'acception retenue du marché s'est ainsi à chaque fois traduite en droit, outre par l'apparition de nouveaux concepts juridiques nécessaires à sa concrétisation, par une réinterprétation des règles déjà existantes. C'est notamment ce qui ressort de l'évolution de la notion d'ordre public et du rôle qui lui a fonctionnellement été assigné dans la garantie et la limitation des droits et libertés sous la Révolution française puis au tournant des années 1980.

Tandis, en effet, qu'il s'agissait en 1789 d'en faire le principe légitimateur des restrictions de police pouvant être imposées à tout à chacun par les gouvernants, sous le contrôle démocratique des gouvernés, pour préserver la sphère de liberté individuelle nécessaire à l'épanouissement de l'initiative privée, il s'est agi à partir de 1945 d'en faire le principe fondateur des droits et libertés fondamentalement nécessaires au bon fonctionnement du marché total et des atteintes pouvant y être portées pour assurer son optimum : via

---

<sup>1</sup> V. notre ouvrage *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, IFDJ-Legitech 2020, n° 30 s.

<sup>2</sup> V. Foucault M., *La Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Gallimard-Seuil 2004.

<sup>3</sup> V. la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26.8.1789.

<sup>4</sup> Conformément aux préconisations des grands théoriciens du néolibéralisme, v. Hayek F. A., *La route de la servitude*, rééd. Quadrige 1993, p. 164 : l'auteur en appelle à « un super État » pour garantir l'ordre spontané du marché.

la mise en place d'un grand panoptique juridique plaçant acteurs publics et privés sous la surveillance les uns des autres<sup>5</sup>. De sorte que le droit est passé d'une conception politique à une conception économique de l'ordre public<sup>6</sup> à mesure qu'évoluait la conception du marché, aux termes d'un « glissement sémantique »<sup>7</sup> à la longue lourde de conséquences sur le rôle de l'État dans l'économie et ses implications juridiques.

Le point de départ de ce saut paradigmatique est à rechercher dans l'échec du libéralisme classique acté, dans l'Entre-deux-Guerres, par la parution de *La Fin du Laissez-faire* de Keynes en 1926 et le colloque Lippmann de 1938. Loin de s'être faite dans un mouvement d'ensemble, cette substitution d'une conception du marché à une autre s'est ainsi étalée dans le temps. D'abord d'infusion lente, le mouvement s'est toutefois accéléré au tournant des années 1980, lorsque le service public s'est lui-même trouvé saisi par la logique concurrentielle du marché alors que priorité était jusqu'alors donnée à l'harmonisation des règles applicables aux secteurs privés libéralisés<sup>8</sup>. Les avancées de la démocratie libérale et de l'économie libre de marché ont alors semblé si inéluctable que le politiste américain Francis Fukuyama a pu se demander si on n'assistait pas à *La fin de l'Histoire* ?<sup>9</sup> à la suite de l'effondrement de l'URSS.

Trente ans plus tard, l'Histoire semble reprendre son envol tant la crise climatique et ses conséquences sanitaire, géopolitique(s), énergétique, numérique... sont annonciatrices d'une nouvelle « grande bascule ». Marquée par la « fin de l'abondance »<sup>10</sup> liée à la raréfaction de certaines ressources, celle-ci oblige les pouvoirs publics à anticiper l'avènement d'un « monde d'après »<sup>11</sup>, caractérisé par l'apparition d'un nouvel ordre mondial (« *new world order* »<sup>12</sup>) destiné à se substituer à celui de 1945.

L'ordre public ayant rétrospectivement été un bon indicateur des transformations induites par le précédent changement de paradigme, la question se pose de savoir s'il n'est pas en train de se muer en autre chose : après la conception politique de l'ordre public héritée de 1789 et la conception économique héritée de la fin des Trente Glorieuses l'heure n'est-elle pas à un troisième âge de l'ordre public ? Si oui n'assiste-t-on pas à l'avènement d'un ordre public « écolomique » – « écolonomique »<sup>13</sup> dit le juriste américain Steve Charnovitz –, qui instrumentaliserait le droit étatique pour favoriser l'interpénétration de l'économie et de l'écologie, afin de faire de la première le pilier de la protection de l'environnement et de la seconde le moteur de la croissance de demain, d'une façon qui préserve dans le même temps la souveraineté économique de la Nation ? Le discours du droit porte-t-il déjà les traces de telles transformations ? Dans l'affirmative, quelles autres évolutions s'annoncent-elles par ricochet dans le champ juridique pour les années à venir ?

S'il y a plusieurs façons de traiter le sujet, un angle d'attaque intéressant consiste à la lumière de ce qui précède à s'interroger sur les manifestations concrètes dans le champ juridique du passage de l'ordre public politique à l'ordre public économique, pour mieux en identifier les ressorts profonds et voire quels enseignements il est possible d'en tirer s'agissant de l'émergence d'un ordre public alternatif.

A l'analyse, la substitution d'une conception du marché à l'autre ne semble pas seulement avoir bouleversé l'état du droit en trois vagues successives dont les effets ont par le passé joué de façon complémentaire ; des signaux faibles d'évolution accréditent en effet l'idée d'un nouveau cycle transformateur se mettant en place : car, comme dans les années 1980-2000, au changement annoncé des objectifs assignés au droit applicable (I) semble succéder la réinterprétation des règles antérieures (II) en

---

<sup>5</sup> Sur cette question, v. Bottini F. (dir.), *La police de la liberté*, Legitech 2020.

<sup>6</sup> Sur cette question, v. Laget-Annamayer A. (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ 2018.

<sup>7</sup> V. Delaporte F., « La liberté sous le prisme triangulaire sécurité-sûreté-police : glissements étymologiques mis en exergue par la jurisprudence de la Cour administrative du Grand-Duché de Luxembourg », in Bottini F. (dir.), *La police de la liberté, op. cit.*, p. 374.

<sup>8</sup> Sur cette question, v. Bottini F., *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, IFDJ-Legitech.

<sup>9</sup> *Commentaire* 1989-3/47. 457.

<sup>10</sup> « Emmanuel Macron appelle à "l'unité" face à "la fin de l'abondance" et "de l'insouciance" », *Le Monde* 24.8.2022.

<sup>11</sup> « Emmanuel Macron veut toujours projeter la France dans "le monde d'après" », *Le Monde* 4.6.2021.

<sup>12</sup> « Que recouvre l'expression "nouvel ordre mondial" », *Le Monde* 25.3.2022.

<sup>13</sup> Sur cette question, v. l'interview de S. Charnovitz *supra*.

préalable à l'apparition de nouvelles normes de références, destinées à rétroagir sur le droit en vigueur pour des raisons de logique juridique (III).

### **Temps I : Le changement annoncé de la finalité assignée au droit applicable**

A l'origine du changement du discours du droit se trouve un nouveau discours sur le droit alimenté par l'obligation dans laquelle se trouve la classe politique de substituer un ordre nouveau à l'ordre ancien, sous la pression des évolutions du droit international notamment<sup>14</sup>.

I. D'un côté, l'ordre nouveau hérité des années 1970-1980 n'a historiquement pu se substituer à l'ordre ancien qu'en raison de l'inadaptation du système monopolistique d'État hérité de la Reconstruction aux défis liés à la libéralisation des économies nationales organisée à l'échelle planétaire – par les accords du GATT puis l'OMC – et régionale – via la construction européenne.

C'est en effet la nécessité d'adapter le marché domestique à la compétitivité internationale et européenne qui a amené les plus hautes autorités de l'État à préconiser la transformation de l'ordre économique national, comme cela ressort des déclarations de politique générale de Maurice Couve de Murville et de Jacques Chaban-Delmas – respectivement premiers ministres du 10 juillet 1968 au 20 juin 1969 et du 20 juin 1969 au 5 juillet 1971 : tandis que le premier insistait sur l'importance de « mettre à nouveau la France à égalité dans la compétition internationale »<sup>15</sup>, le second constatait « l'ouverture toujours plus large des frontières, la compétition plus vive qui en découle »<sup>16</sup>. Alors que Couve de Murville relevait combien l'année précédente avait « fait éclater au grand jour le besoin des grandes transformations – pour ne pas dire des révolutions – qui s'imposent pour adapter la France au monde moderne »<sup>17</sup>, Chaban-Delmas remarquait que les « grands pays voisins (...) ont commencé plus tôt que nous la révolution du développement économique »<sup>18</sup> pour inviter la France à combler son retard. Tandis que le premier insistait sur la nécessité d'un « processus de la modernisation »<sup>19</sup> de l'État et de son économie, son successeur dénonçait carrément « un État tentaculaire et inefficace »<sup>20</sup>.

L'initiative privée s'étant reconstituée depuis la fin de la guerre, l'idée s'impose ainsi alors que, correctement orientées par le plan, « les entreprises privées, tout en poursuivant leur intérêt particulier, poursuiv(ron) en même temps l'intérêt général »<sup>21</sup>. Si ces déclarations marquent le point de départ explicite d'un mouvement de réformes plus large, tendant à faire du droit français un produit compétitif dans la guerre mondiale des droits que les États ont en réalité déjà commencé à se mener sur le grand marché mondial et européen, la rhétorique des droits fondamentaux a constitué un marqueur fort de cette évolution : dès lors que contrairement aux droits de l'Homme hérités de 1789, leur intérêt est de bénéficier également aux opérateurs économique, c'est-à-dire aux entreprise<sup>22</sup>. Rien d'étonnant dans ces conditions à ce que le concept même d'ordre public ait commencé à changer de signification parallèlement à son essor, la conception politique héritée de la Révolution cédant sa place à une approche utilitariste au sens économique du terme.

---

<sup>14</sup> Cf. les accords du GATT de 1947 et de Paris de 1966.

<sup>15</sup> « Déclaration de politique générale de M. Maurice Couve de Murville, Premier ministre, sur le climat politique issu des élections législatives des 23 et 30 juin 1968, la politique économique et budgétaire, les réformes de l'université et du Sénat et l'exercice du droit syndical dans les entreprises, à l'Assemblée nationale », 17.7.1968.

<sup>16</sup> « Déclaration de politique générale de M. Jacques Chaban-Delmas, Premier ministre, sur son programme politique et économique, la "Nouvelle société", à l'Assemblée nationale », 16.9.1969.

<sup>17</sup> « Déclaration de politique générale de M. Maurice Couve de Murville », *préc.*

<sup>18</sup> « Déclaration de politique générale de M. Jacques Chaban-Delmas », *préc.*

<sup>19</sup> « Déclaration de politique générale de M. Maurice Couve de Murville », *préc.*

<sup>20</sup> « Déclaration de politique générale de M. Jacques Chaban-Delmas », *préc.*

<sup>21</sup> Note Homont A. *sur* CE, 20 juil.1971, Ville de Sochaux, n° 80804, *AJDA* 1972. 227.

<sup>22</sup> Sur cette question, v. Champeil-Desplats V., « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum* 2010-5.

II. Or, un parallèle peut d'un autre côté justement être fait avec le contexte socio-(géo)politico-économique du moment et ses répercussions prévisibles dans le champ juridique. D'une part, parce que la multiplication des crises multifactorielles accélère les prises de conscience sur la nécessité d'un nouveau modèle de société : dès lors que le coût économique grandissant des catastrophes liées au changement climatique et les tensions géopolitiques qui en découlent compromettent à terme la pérennité de ce marché global que la mondialisation était censée réaliser<sup>23</sup>. D'autre part, parce que le discours politique est à nouveau en train de s'adapter à cette nouvelle réalité, comme cela ressort d'une comparaison des discours de politique général des premiers ministres Jean Castex et Elisabeth Borne, respectivement en date des 15 juillet 2020 et 6 juillet 2022.

Tandis que le premier engageait son gouvernement dans « la bataille pour le climat », la seconde en appelait à une « écologie de progrès ». Alors que Jean Castex estimait que l'écologie « est notre affaire à tous », Elisabeth Borne confirmait qu'elle était « l'affaire de tous ». Tandis que le premier appelait à « recréer les conditions d'une croissance économique (...) plus écologique et plus solidaire » grâce au « plan de relance », la seconde présentait « la planification écologique » comme une priorité de son gouvernement. Tous deux faisaient ainsi d'une réorientation de l'initiative privée par l'État le point d'entrée d'une « économie française la plus décarbonée d'Europe » (J. Castex) ou d'une France « première grande nation écologique à sortir des énergies fossiles » (E. Borne).

Or, ce discours émerge à un moment où la rhétorique des droits fondamentaux commence elle-même à être remise en cause, du fait de l'apparition de concepts en apparence synonymes ou complémentaires mais en réalité concurrents : comme ceux de droits fondamentaux de la personne non humaine ou de droits humains que le HCE invite désormais explicitement à privilégier<sup>24</sup>. Car derrière les mots c'est en réalité la conception de la relation État-marché qui est en train d'évoluer, dès lors, comme le rappelle Jacques Caillousse que le « langage du droit » est chargé « de sens politique »<sup>25</sup>. Les grandes transformations sociales « commencent » pour cette raison « toujours par le langage » ainsi que le résume Régis Ponsard<sup>26</sup>.

Dans le cas de la substitution de l'ordre public économique à l'ordre public écologique, le changement terminologique a d'ailleurs été aux prémices de la réinterprétation des règles héritées de l'ordre ancien de façon à les rendre compatibles avec l'ordre nouveau. Or, de nouvelles réinterprétations semblent déjà à l'œuvre dans le discours du droit.

## **Temps II : La réinterprétation progressive des règles héritées du paradigme antérieur**

La reprise du nouveau discours sur le droit par l'ensemble de la classe politique a historiquement favorisé un phénomène « d'alternance sans alternative »<sup>27</sup> à l'origine de subtiles transformations du discours du droit qui semblent se répéter : dès lors qu'une réinterprétation des règles établies s'impose pour résoudre les « troubles du langage juridique »<sup>28</sup> qui risqueraient sinon de compromettre sa cohérence.

I. C'est ce phénomène d'alternance sans alternative qui a progressivement favorisé, après les Trente Glorieuses, l'apparition d'un consensus sur la nécessité de substituer à la conception du marché héritée de la Révolution et du libéralisme classique une approche concurrente. Inspirée par la recherche économique

---

<sup>23</sup> V. Novethic, « Rapport du giec : agir pour le climat ne coûte pas si cher », 6.4.2022 (disponible sur le site <https://www.novethic.fr/actualite/infographies/isr-rse/rapport-du-giec-agir-pour-le-climat-ne-coute-pas-si-cher-on-vous-explique-pourquoi-en-une-infographie-150702.html>).

<sup>24</sup> Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, « "Droits humains" vs "Droits de l'Homme" : en finir avec une logique linguistique discriminatoire », 10.12.2018 (disponible à l'adresse <https://haut-conseil-egalite.gouv.fr/parite/actualites/article/droits-humains-une-expression-qu-il-est-temps-de-generaliser>).

<sup>25</sup> *La Constitution imaginaire de l'administration*, PUF 2008, p. 50.

<sup>26</sup> V. le séminaire *Penser la dimension juridique des néolibéralismes*, EHESS 2020-2021.

<sup>27</sup> Pour reprendre le titre de Condominas B. et Janover L., « Alternance sans alternative », *Autogestions* 1982- 10. 67 s.

<sup>28</sup> *La Constitution imaginaire de l'administration, op. cit.*, p. 52.

orthodoxe, celle-ci a d'abord revêtu un caractère « pré-normatif »<sup>29</sup> avant de se traduire dans la normativité juridique, via le volontarisme des autorités politiques – « *There is no alternative* » martelait d'ailleurs Margareth Thatcher en 1979 au Royaume-Uni pour justifier cette évolution –, en entraînant ce que le Professeur Régis Ponsard appelle une « pseudomorphose »<sup>30</sup> sourde du droit, caractérisée par une réinterprétation des règles issues du paradigme antérieur.

Ce phénomène s'est notamment déduit de l'affirmation de l'objectif de bon fonctionnement du marché comme principe matriciel de l'action publique. Sans doute l'expression n'était-elle pas totalement inconnue du droit positif, puisque l'article 67 du Traité de Rome se référait déjà à l'impératif de « bon fonctionnement du marché commun » en 1957. Mais le Traité de Lisbonne de 2007 y a substitué l'objectif plus global de « bon fonctionnement du marché intérieur »<sup>31</sup> dans les articles 65 et 82. Or, ce glissement terminologique, est tout sauf anodin, dans la mesure où il traduit un changement total de perspective : alors qu'il s'agissait dans les années 1950 de libéraliser certaines activités selon la méthode néo-fonctionnaliste promue par Robert Schumann en vue de créer « une solidarité de fait »<sup>32</sup> entre États membres, via un usage économique de la règle de droit dans les secteurs concernés, il s'agit en 2007 de veiller à ce que toutes les activités de la vie sociale contribuent au libre jeu de la loi et de la demande, y compris – pour ne pas dire surtout – celles qui relèvent des services publics<sup>33</sup>.

Au point de vue fonctionnel, l'objectif de bon fonctionnement du marché ainsi compris<sup>34</sup> a conduit le juge à « examine(r), apprécie(r) et intègre(r) dans son raisonnement juridique la logique économique des décisions publiques dont il est saisi »<sup>35</sup>. Au point de vue matériel, c'est cette évolution qui a nourri la substitution de l'objectif d'« ordre public économique »<sup>36</sup> à l'ordre public – sous-entendu politique – hérité de la Révolution : dès lors que cet objectif est non seulement venu garantir la « subjectivisation »<sup>37</sup> des droits des acteurs du marché opérée via la consécration des droits économiques fondamentaux comme catégorie juridique à part entière ; il a aussi permis de justifier la capacité de l'Administration-opérateur économique à intervenir sur le marché pour réintroduire de la concurrence là où elle fait défaut : en conséquence de la réinterprétation du principe de non concurrence hérité du libéralisme classique<sup>38</sup> désormais tempéré par un principe d'égalité concurrence<sup>39</sup>. Comme la satisfaction de cet objectif justifiait de délaissier les outils traditionnels de la police économique – jugés dans certains cas trop contraignants<sup>40</sup> – au profit de mécanismes davantage incitatifs, cette substitution a même catalysé la redéfinition de ce qu'est le droit lui-même : de façon à pouvoir y intégrer ces règles de droit mou<sup>41</sup> dont la doctrine publiciste contestait la juridicité dans les années 1970<sup>42</sup>.

---

<sup>29</sup> CIRL, *Compte-rendu des séances du Colloque Walter Lippmann, 26-30 août 1938*, Éd. de Médicis 1939.

<sup>30</sup> V. Ponsard R. et Bottini F., *Penser la dimension juridique des néolibéralismes, préc.*

<sup>31</sup> Cf. art. 65.4 et 81.2 du TFUE.

<sup>32</sup> Déclaration Schuman du 9.5.1950.

<sup>33</sup> Sur cette question, v. notre ouvrage *Le service public du développement économique*, LGDJ 2019.

<sup>34</sup> Même si l'expression n'est pas consacrée par la jurisprudence interne, elle n'est pas absente des décisions rendues. Cf. par ex. CC 634 QPC du 2.6.2017, Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché, cs. 3 s. et CE 28.3.2011, Sté Euroland Finance, n° 316521: la décision se réfère « à l'intérêt général qui s'attache au bon fonctionnement du marché ».

<sup>35</sup> « Le droit, une rationalité ouverte et intégratrice », in *Logiques et rationalités des politiques publiques*, colloque organisé par le Conseil d'État et l'Université Paris-Dauphine le 4.12.2015.

<sup>36</sup> Cf. CC 126 QPC du 13.5.2011, Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence, R. 235, cs. 5, CE 10.7.2015, Galletier de Falletans, n° 369454, RT. 564 et CE 28.9.2017, Sté Altice Luxembourg et a., R. 301.

<sup>37</sup> Moderne F., « Préface », in Foulquier N., *Les droits publics subjectifs des administrés*, Dalloz 2003, p. XV. Dans le même sens, v. Auby J.-B., « La bataille de San Romano », *AJDA* 2001. 912.

<sup>38</sup> CE 30.5.1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, *GAJA* n° 40.

<sup>39</sup> CE Ass. 31.5.2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *AJDA* 2006. 1592, chron. Landais et Lenica.

<sup>40</sup> V. notre article « La police de “la liberté du marché” : quelles contraintes(s) pour quelle(s) liberté(s) ? », in *La police de la liberté, op. cit.*, p. 24 s.

<sup>41</sup> CE, *Le droit souple*, DF 2013, p. 141.

<sup>42</sup> V. *Aspects du droit international économique*, Pedone 1972, p. 117.

Révéloées par « le travail de mise en ordre du langage juridique »<sup>43</sup> opéré par les juristes, ces différentes réinterprétations des règles applicables ont ainsi présenté un lien logique, en faisant autant de « poupées gigognes »<sup>44</sup> s'emboîtant parfaitement les unes dans les autres pour tirer les conséquences de l'apparition d'un ordre nouveau se substituant à l'ordre ancien. Or, l'histoire paraît se répéter.

II. Face à la multiplications des crises qui s'additionnent, les autorités politiques semblent en effet inéluctablement condamnées à se retrouver à nouveau dans une situation « d'alternance sans alternative » à l'origine d'une réinterprétation des règles existantes destinées à tenir compte de la nouvelle conception de la relation État-marché qui se met en place.

A nouveau catalysée par les engagements inter ou supranationaux de la France<sup>45</sup>, cette évolution intervient de façon symbolique dans un contexte de remise en cause de la catégorie des droits fondamentaux. Sans doute l'expression continue-t-elle d'être employée en jurisprudence. Mais le constituant dérivé a volontairement fait le choix lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 de renoncer à l'inscrire dans la Constitution, en lui préférant l'expression de « droits et libertés que la Constitution garantit ». Il s'agissait certes pour lui de marquer la spécificité de la tradition juridique française par rapport à d'autres traditions étrangères, allemande et américaine notamment. Mais le changement terminologique n'en reste pas moins intéressant dans la mesure où la volonté de rupture qu'il traduit coïncide dans le même temps avec la remise en cause du paradigme hérité des chocs pétroliers des années 1970 marquant la fin des Trente Glorieuses<sup>46</sup>.

D'autant que ce glissement sémantique s'accompagne en parallèle d'un rééquilibrage des différentes génération des droits de l'Homme. Alors que depuis le tournant des années 1980 une hiérarchie « substantielle de la fondamentalité »<sup>47</sup> s'était implicitement imposée entre elles au profit des droits économiques fondamentaux, ceux-ci commencent à davantage être tempérés au nom de leur nécessaire conciliation avec les droits sociaux et environnementaux fondamentaux<sup>48</sup>. Or, derrière cette évolution, c'est bien à la réinterprétation de l'objectif régulateur de bon fonctionnement du marché qu'on assiste : dès lors que la façon dont il a été compris jusqu'alors le conduit à produire sur la durée le contraire de ce qu'il était censé faire, en compromettant la continuité de ces transactions économiques qu'il était supposé favoriser. De façon symbolique, cette nouvelle conception de l'ordre public est d'ailleurs illustrée par l'atteinte portée par la loi climat et résilience de 2021 à la liberté d'entreprendre au nom de l'adaptation de l'économie nationale au dérèglement climatique, s'agissant de l'interdiction de la publicité par avion ou de la construction de moteurs thermiques – jouant de façon absolue à partir de 2022 et progressive à compter de 2030<sup>49</sup> – ainsi que de l'interdiction des lignes aériennes, lorsqu'une alternative en train existe de moins de deux heures et demie<sup>50</sup>. Or, non seulement cette dernière disposition a été validée par la Commission de Bruxelles malgré l'inégalité de traitement dans laquelle elle place certains opérateurs économiques sur le marché unique au regard de leurs concurrents étrangers, sous la seule réserve de son réexamen au bout de 3 ans<sup>51</sup> ; mais ces mesures doivent être mises en perspective avec la mise à l'écart dans d'autres secteurs de la logique concurrentielle du marché au profit d'une démarche davantage collaborative entre les acteurs privés ou publics et privés<sup>52</sup> ; la suspension de la règle des 3% de déficit

---

<sup>43</sup> *La constitution imaginaire de l'administration, op. cit.*, p. 219.

<sup>44</sup> Pour reprendre une image affectonnée par l'historien du droit Jacques Bouveresse.

<sup>45</sup> V. les Accords de Paris *préc.* du 4.11.2016.

<sup>46</sup> V. Coq V. et a. (dir.), *Le paradigme de la croissance en droit public*, LexisNexis 2023.

<sup>47</sup> Picard E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998. 6.

<sup>48</sup> Delmas-Marty M., « Le droit international en débat », *Le Monde diplomatique* 1<sup>er</sup>.7.2003.

<sup>49</sup> V. la L. n° 2021-1104 du 22.8.2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, art. 8 et 103.

<sup>50</sup> *Idem*, art. 145.

<sup>51</sup> V. Décision du 1<sup>er</sup> décembre 2022, la Commission européenne a reconnu que le réchauffement climatique posait un « problème grave en matière d'environnement » et que la mesure française n'était pas plus restrictive que nécessaire pour résoudre ce problème dès lors qu'elle doit faire un réexamen au bout de 3 ans.

<sup>52</sup> Voir la contribution de S. Bernard *supra*.

public dans le contexte de la crise sanitaire ; ou encore le contrôle accru des investissements étrangers dans l'ordre interne<sup>53</sup> : dès lors que ces réinterprétations de règles déjà existantes accréditent l'idée de la substitution progressive d'un ordre nouveau à l'ordre ancien.

On peut d'ailleurs se demander si la notion même de résilience n'est pas destinée à devenir le visage contemporain du principe d'adaptation des services publics, le nouvel ordre public qui se met en place supposant d'en faire un instrument de gestion de crises permanentes face aux pénuries de ressources qui s'annoncent – là où la mutabilité conduit « simplement » à associer les administrés à l'évolution de leurs prestations. Une telle évolution ne serait pas surprenante, dans la mesure où le précédent changement de paradigme a fini par se traduire par l'apparition explicite de nouvelles normes de référence.

### **Temps III : L'apparition explicite des nouvelles normes de référence consubstantielles au nouveau paradigme**

D'abord formulé dans un nouveau discours sur le droit, puis traduit de façon implicite dans le discours du droit, les changements de paradigme semblent vouer à se concrétiser dans un troisième temps dans le champ juridique par la consécration explicite de nouvelles normes de référence venant parachever la substitution de l'ordre nouveau à l'ordre ancien.

I. S'agissant de la substitution de l'ordre public politique à l'ordre public économique, cette évolution s'est notamment traduite par la consécration en droit positif des principes de sécurité juridique<sup>54</sup> et de libre concurrence<sup>55</sup>.

Car tandis que le premier oblige les autorités à prendre en compte l'« attente »<sup>56</sup> ou l'« espérance légitime »<sup>57</sup> des opérateurs économiques, de façon à les prémunir contre un changement brutal des règles applicables, le second constitue un principe de synthèse permettant au juge d'imposer le respect des droits et libertés de la concurrence à l'Administration dans le silence des textes<sup>58</sup>. Alors que la sécurité juridique oblige les pouvoirs publics à veiller au respect d'un principe de clarté<sup>59</sup> et à un objectif d'intelligibilité et de prévisibilité<sup>60</sup> de la règle de droit, la libre concurrence leur interdit d'agir via les services publics autrement que pour contribuer au maintien sur la durée de la logique concurrentielle du marché. Tandis que la première justifie de déroger au principe de légalité au nom de l'objectif de bon fonctionnement du marché, la seconde permet de s'assurer que l'Administration n'y porte atteinte que dans la stricte mesure où son action permet de le garantir sur le long terme. Toutes deux participent ainsi historiquement de l'objectif de « préservation »<sup>61</sup> ou de « protection »<sup>62</sup> de « l'ordre public économique »<sup>63</sup> nécessaire au libre jeu de l'offre et de la demande. C'est d'ailleurs afin d'assurer son fonctionnement optimal que l'office du juge a parallèlement été renforcé, de façon à lui permettre de frapper vite et fort face aux actions de l'Administration ou du législateur qui méconnaîtraient cet objectif<sup>64</sup>.

---

<sup>53</sup> V. art. R. 153-1 du Code monétaire et financier.

<sup>54</sup> CE Ass. 24.3.2006, Sté KPMG, *GAJA* n° 104.

<sup>55</sup> Cf. CJCE 6.4.1995, RTE et ITP c/ Comm., aff. C-241/91 P, *R. I-743*, pt 26 s. ; CE 1.4.1998, Union hospitalière privée, *RFDA* 1998. 665 ; Cass. com. 1.7.2003, pourvoi n° 98-11543 et CC 450 DC du 11.7.2001, *R. 82*, cs. 10 ; 556 DC du 16.8.2007, JO 2007. 13971, texte n° 6, cs. 23 ; 450 DC du 11.7.2001, *R. 82*, cs. 10 ; 556 DC du 16.8.2007, JO 2007. 13971, texte n° 6, cs. 23.

<sup>56</sup> CC 682 DC du 19.12.2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, *R. 1094*, cs. 14 et 18.

<sup>57</sup> CE 19.11.2008, Sté Getecom, req. n° 292948.

<sup>58</sup> Sur cette question, v. notre ouvrage *L'action économiques des collectivités publiques...*, *op. cit.*, n° 133.

<sup>59</sup> CC 401 DC du 10.6.1998, *R. 258*, cs. 7.

<sup>60</sup> CC 421 DC du 16.12.1999, *R. 136*, cs. 13.

<sup>61</sup> Cf. CC 126 QPC du 13.5.2011, Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence, *R. 235*, cs. 5 et CE 10.7.2015, Galletier de Falletans, n° 369454, *RT 564*.

<sup>62</sup> CE 28.9.2017, Sté Altice Luxembourg et a., *R. 301*.

<sup>63</sup> Sur cette notion, v. Laget-Annamayer A. (dir.), *L'ordre public économique*, *op. cit.*

<sup>64</sup> Sur cette question, v. notre article « Le contentieux administratif français, produit compétitif ? », in Ngampio U. et Pontier J.-M., *Le droit administratif aux défis du XXIe siècle*, IFDJ 2022, p. 29 s.



La façon dont il a été compris depuis le tournant des années 1980 le conduisant de nos jours à lui faire produire le contraire de ce qu'il était censé faire, des signaux faibles d'évolution semblent toutefois annoncer son changement de signification pour les années à venir : du fait notamment de l'apparition de nouvelles normes de références pouvant être vues comme les conséquences de l'apparition d'une nouvelle conception de l'ordre public vouée à supplanter celle héritée des années 1980.

II. On peut en effet voir dans la substitution d'un ordre public « écolomique » ou « écolonomique » à l'ordre public économique une grille de lecture opérationnelle des évolutions en cours du droit positif visible au travers de l'apparition de nouvelles règles.

Parmi elles, retient l'attention l'affirmation du principe d'intégration des législations comme véritable principe directeur de l'action publique au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Même si la règle n'a pas officiellement été inscrite dans le bloc de constitutionnalité, elle est en effet consacrée au niveau conventionnel<sup>65</sup> et législatif<sup>66</sup>. Or, elle suppose de mobiliser toutes les branches du droit pour les mettre au service de la transition écologique. C'est pourquoi elle inspire de plus en plus de réformes impactant le droit public économique, illustrant la réinterprétation en cours de l'objectif de bon fonctionnement du marché : celui-ci impliquant désormais de prendre en compte les conséquences négatives du dérèglement climatique pour garantir la pérennité des transactions économiques sur la durée.

Peuvent ainsi être rattachées à cette nouvelle transformation les mesures prises par le droit dispositionnel pour inciter les acteurs du marché à avoir un comportement plus vertueux en matière écologique et susceptibles d'avoir un effet d'entraînement sur l'ensemble de l'économie : comme les règles sur la responsabilité sociétales des entreprises<sup>67</sup> ; la responsabilité élargie des producteurs<sup>68</sup> ; les clauses environnementales dans les contrats de la commande publique. Peuvent également y être rattachées les règles traduisant l'apparition de nouvelles modalités d'action de l'action publique – comme le recours aux budgets verts<sup>69</sup>, au *name and shame*<sup>70</sup> environnemental, aux *nudges verts*<sup>71</sup>, à l'évaluation en matière de développement durable, à l'expérimentation ou à la différenciation des normes – ; et l'apparition de nouveaux principes directeurs du service public – via les mesures, outre de résilience déjà évoquées<sup>72</sup>, de « *self-reliance* »<sup>73</sup> ou « d'aller vers » désormais promues par les autorités européennes et nationales, sur fond de patriotisme économique, voire de souveraineté économique<sup>74</sup> ... – : puisqu'il s'agit à chaque fois de donner aux autorités les moyens d'action dont elles ont besoin pour apporter à leur

---

<sup>65</sup> V. « Principe 13 » de la Déclaration de Stockholm de 1972 invitant « les États » à « adopter une conception intégrée et coordonnée de leur planification du développement ». Cf. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement des 3-14 juin 1992, « Principe 4 ».

<sup>66</sup> V. art. L110-3 C. env.

<sup>67</sup> Cf. art. 1833 et 1835 du Code civil issus de la loi n° 2019-486 du 22.5.2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises.

<sup>68</sup> Cf. L. n° 2020-105 du 10.2.2020, relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, notamment son article 130 et D. n° 2020-1455 du 27.11.2020, portant réforme de la responsabilité élargie des producteurs.

<sup>69</sup> V. le rapport d'E. Moysan.

<sup>70</sup> Sur cette question v. Kerléo J.-F., « L'usage politique du *name and shame* et le droit », in *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Mare et Martin 2019, p. 200 s.

<sup>71</sup> Sur cette question v. Sée A., « Le droit administratif à l'épreuve des nudges », in *Néolibéralisme et américanisation du droit*, *op. cit.*, p. 155 s.

<sup>72</sup> Le terme « *resiliency* » aurait été forgé en langue anglaise par Francis Bacon en 1627 dans son ouvrage *Sylva Sylvarum* à partir du latin « *resilire* » – littéralement « sauter en arrière », pour désigner, selon l'*Oxford English Dictionary*, « *the action or an act of rebounding or springing back; rebound, recoil* ». Selon le *Larousse*, il renvoie désormais notamment à la « capacité d'un écosystème (...) ou d'un groupe d'individus (...) à se rétablir après une perturbation extérieure ». Sur l'origine et la signification de cette expression, v. Tisseron S. (dir.), *La résilience*, PUF 2009.

<sup>73</sup> Pour le HCR, « *Self-reliance is the social and economic ability of an individual, a household or a community to meet essential needs (including protection, food, water, shelter, personal safety, health and education) in a sustainable manner and with dignity. Self-reliance, as a program approach, refers to developing and strengthening livelihoods of persons of concern, and reducing their vulnerability and long-term reliance on humanitarian/external assistance* » (<https://www.unhcr.org/44bf3e252.pdf>). Cf. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vivre dignement : de la dépendance vis-à-vis de l'aide à l'autonomie. Les déplacements forcés et le développement*, SWD(2016) 142 final.

<sup>74</sup> V. les rapports de J. Chevallier et G. Lebreton.

niveau les réponses les plus adaptées au défi climatique d'une façon qui préserve le développement économique sur la durée.

Le droit jurisprudentiel suit cette évolution, dès lors que le juge se dote parallèlement de nouvelles normes de référence destinées à tirer les conséquences de la mise en place d'un ordre nouveau, ainsi que cela ressort par exemple de la consécration en référé-liberté du droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé comme l'une des libertés fondamentales dont le juge est le garant<sup>75</sup> ; ou encore de la consécration, dans le cadre de la QPC, d'un objectif de développement durable<sup>76</sup> : car le jeu cumulé de ces règles inédites permet aux juridictions tout à la fois d'aménager davantage l'exercice des droits subjectifs des opérateurs économiques et de soumettre l'État à de nouvelles obligations positives, au nom de la lutte contre le changement climatique, accréditant ce faisant l'idée de l'émergence d'un ordre public « écolomique » (ou « écolonomique ») se substituant à l'ordre public économique des années 1980 et politique de la Révolution française.

\*\*

\*

L'affirmation progressive depuis la fin de la seconde guerre mondiale de l'objectif de bon fonctionnement du marché mondial et européen comme principe matriciel de l'action publique s'est accompagnée de la substitution d'un ordre public économique à l'ordre public politique hérité de la Révolution française.

De nos jours, ces règles nouvelles produisent toutefois le contraire de ce qu'elles étaient censées réaliser : en compromettant sur la durée le bon déroulement des transactions économiques qu'elles avaient vocation à favoriser, du fait du coût économique grandissant du changement climatique lié à l'essor des activités carbonées.

En réaction, la prise en compte des contraintes climatiques devient une condition du bon fonctionnement du marché, aux termes d'une réinterprétation de ce qu'il implique augurant une nouvelle réinterprétation de la signification du concept d'ordre public. Ce qui à la réflexion fait sens s'agissant d'une règle finaliste revêtue d'une dimension essentiellement fonctionnelle dont les implications juridiques ne peuvent par nature qu'être relatives et contingentes et évoluer au gré des circonstances.

D'économique l'ordre public tend peut être ainsi à devenir « écolomique » ou « écolonomique ». Ce qui s'explique dès lors que, le droit s'analysant lui-même comme un écosystème cohérent et systémique de normes, l'intégration de règles nouvelles ne peut que rétroagir à terme sur sa signification d'ensemble, pour des raisons de logique juridique.

L'accent désormais davantage mis sur la gestion durable des ressources que sur le respect des droits économiques des opérateurs va dans le sens d'une telle évolution qui nous ferait entrer dans un nouvel âge du droit public. Si c'est pourquoi le droit du « monde d'après » semble en réalité synonyme d'une nouvelle théorie du service public et de l'État, c'est la question de l'articulation de ce nouveau monde avec le projet émancipateur des Lumières au fondement de la Révolution française qui se trouve dans le même temps posée<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> CE 20.9.2022, M. B... C..., n° 451129.

<sup>76</sup> CC 283 QPC du 23.11.2012, R. 605, es. 22.

<sup>77</sup> Sur cette question, v. la leçon inaugurale d'Antoine Lilti du 8 décembre 2022 au collège de France (extraits publiés in Lilti A., « Pluraliser les Lumières est la condition même de leur universalisation », *Le Monde* 10.12.2022).