



HAL
open science

Le droit public économique : du droit mais pas que

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. Le droit public économique : du droit mais pas que. Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével. Une approche renouvelée des Humanités, LGDJ, 2021, Mélanges, 978-2-275-07246-3. hal-04563971

HAL Id: hal-04563971

<https://univ-lemans.hal.science/hal-04563971v1>

Submitted on 22 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.

LE DROIT PUBLIC ECONOMIQUE : DU DROIT MAIS PAS QUE

Par
Fabien BOTTINI
Docteur HDR en droit public
Enseignant-chercheur qualifié aux fonctions de Professeur des Universités
Vice-Doyen de la Faculté des Affaires internationales
Responsable du Master droit des Collectivités territoriales
Directeur-adjoint du LexFEIM
de l'Université Le Havre-Normandie

« Faut-il (...) parler de droit ? », s'interrogeait le Pr. Guy Feuer en 1971, lors d'un colloque consacré aux *Aspects du droit international économique*¹.

La question surprendrait aujourd'hui, car le droit public économique (DPE) a gagné ses galons de discipline juridique à part entière : il ne s'est pas seulement autonomisé des autres enseignements relevant de la science du droit ; le corpus de règles qui le forme n'a cessé de s'enrichir de principes nouveaux dont la force d'attraction a fini par y ramener des dispositions normatives relevant jusque-là d'autres matières juridiques. Le droit administratif lui-même s'est trouvé comme « décentré »² au profit de ces règles nouvelles.

Mais la question reste d'actualité s'agissant d'une matière au carrefour du droit et de l'économie que le juriste ne peut pleinement saisir qu'à condition de faire l'effort d'« un discours externe (critique, explicatif) »³. Car ces transformations sont la résultante de « facteurs contraignants ou déterminants » qui sont étrangers à l'idée kelsénienne de l'ordre clos mais « dont la systématité propre ne peut que retentir sur »⁴ le discours du droit et de la science qui l'étudie. La perspective externe conduit ainsi à considérer la part de méta-juridique dans ses évolutions comme un moyen d'anticiper ses réformes à venir.

Le DPE est dès lors autant une discipline autonome dotée de sa logique juridique propre (I) qu'un sous-produit de la mondialisation au service d'un projet de société (II).

I. UNE DISCIPLINE AUTONOME DOTE DE SA LOGIQUE JURIDIQUE PROPRE

Dans la perspective « interne », il revient au juriste de veiller à la cohérence du discours du droit en en faisant un système normatif revêtant un caractère systémique garantissant la parfaite articulation de ses règles les unes par rapport aux autres.

Force est de ce point de vue de constater que trois transformations notables, d'ordre à la fois formelles, matérielles et processuelles, ont contribué à faire du DPE une discipline juridique à part entière : à la subjectivisation des droits des opérateurs du marché (A) sont venues s'ajouter la juridicisation d'un objectif de préservation de l'ordre public économique (B) et une certaine « efficiencisation » de la règle de droit (C).

A. La subjectivisation des droits

Parmi ce qui a contribué à faire du DPE une discipline à part entière, l'abandon progressif du mythe de « l'infaillibilité de la loi » hérité de la Révolution retient l'attention. Alors qu'elle était depuis lors réputée ne pouvoir « mal faire », la loi s'est progressivement trouvée subordonnée au respect des droits et libertés énoncés par la Constitution. Tandis que, depuis 1789, les autorités normatives considéraient la DDHC comme une déclaration philosophique, la valeur juridique du Préambule de la Constitution a progressivement été affirmée. Alors qu'en 1946 il était acquis qu'une contradiction entre la loi et la Constitution devait entraîner sa révision aux termes d'une curieuse inversion de la hiérarchie des normes⁵, sa prééminence sur la loi s'est

¹ SFDI, *Aspects du droit international économique*, Pedone 1972, p. 117.

² Caillousse J., « Éléments de conclusion », in Gonod P. et Ascensio H. (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative*, Mare & Martin 2019.

³ Ost F. et van de Kerchove M., « Avant-propos : pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit », *RIEJ* 1982-1, §2.

⁴ Ost F. et van de Kerchove M., « Possibilité et limites d'une science du droit », *RIEJ* 1978-1, §119.

⁵ V. art. 93 Const. 27.10.1946.

trouvée affirmée avec la célèbre décision liberté d'association – qui constitutionnalise soit dit en passant l'un des fondements de l'économie sociale et solidaire⁶.

1990 marque une date importante dans cette évolution, avec la décision du Conseil constitutionnel de reconnaître valeur suprême aux « droits fondamentaux »⁷. L'expression rappelle certes celle de « droits de l'Homme » utilisée depuis 1789. Mais elle s'en distingue en ce qu'elle traduit l'importation juridique d'une notion de droit allemand⁸. Même si la révision du 23 juillet 2008 lui a finalement préféré l'expression de « droits et libertés que la Constitution garantit » (art. 61-1 C.), cette migration a doublement rétroagi sur le droit en vigueur.

D'abord, en ce qu'elle a contribué au retour de l'idée de droits subjectifs en droit français⁹. Via cette notion, le droit objectif a reconnu aux individus un titre leur permettant de défendre leur patrimoine juridique face à l'Etat, même dans le silence de la loi ou des textes réglementaires : puisque le propre de tels droits est de ne pas avoir à être précisés par une norme inférieure pour pouvoir produire des effets juridiques. Le droit de propriété, la liberté contractuelle ou encore la liberté d'entreprendre¹⁰ ont ainsi été hissés au plus haut sommet de la hiérarchie des normes alors qu'ils avaient rang de simples PGD jusque-là¹¹.

Ensuite, les individus en cause ne sont plus les seuls particuliers, personnes physiques. Non contente de bénéficier aux personnes morales, cette évolution a profité aux personnes morales de droit public et privé¹². Ce qui se comprend dans la mesure où l'essor de la fundamentalité est historiquement lié au souci de faire en sorte que les droits et libertés ne soient pas moins bien protégés par l'ordre interne que par l'ordre européen. Or, jusqu'à la signature du traité sur l'UE en 1992, le droit communautaire avait pour objet de réaliser un marché unique. De sorte que son souci premier a longtemps été d'assurer le respect des droits économiques fondamentaux des opérateurs du marché – privés mais aussi publics.

Si cette subjectivisation a indéniablement contribué à l'autonomisation du DPE, il en est de même de la juridicisation de la notion d'ordre public économique qui l'a accompagnée.

B. La juridicisation de l'ordre public économique

A partir de 2011, le CC a reconnu valeur constitutionnelle à l'objectif de « préservation de l'ordre public économique »¹³ : peu après que la Cour de cassation se soit référée à la nécessaire « protection de l'ordre public économique »¹⁴ et avant que le Conseil d'Etat ne reprenne l'une¹⁵ et l'autre¹⁶ de ces expressions. Or, deux interprétations de la notion ont été proposées.

La première a consisté à y voir un concept complémentaire de celui d'ordre public. Issu de l'article 10 DDHC, celui-ci renvoie à « l'ensemble des règles que les autorités publiques (...) estiment indispensables pour sauvegarder la stabilité et les valeurs de la société »¹⁷. De ce point de vue il est vrai, l'ordre public économique a été perçu dans les années 1960 comme un ordre public spécial venant s'ajouter à l'ordre public général formé par le triptyque « sécurité, salubrité, tranquillité publiques »¹⁸. Mais il s'en est progressivement « autonomisé »¹⁹ au tournant des années 1980. Car l'ordre public traditionnel vise avant tout à assurer la stabilité du régime au point de vue politique, en assurant une sphère d'autonomie aux individus. À l'inverse, l'ordre public économique fait de la garantie du « bon fonctionnement du marché »²⁰ le fondement et la limite de l'action de l'Etat et apparaît pour cette raison d'avantage comme un concept « concurrent »²¹.

Le fondement, car il revient à l'Etat d'intervenir par le prisme du droit de la concurrence – ou, lorsque les textes qui le fondent ne s'appliquent pas, du principe jurisprudentiel de libre concurrence²² – et du droit pénal²³ pour assurer tout à la fois le libre jeu de l'offre et de la demande et la neutralité de la décision publique dans le domaine économique. La notion joue ainsi un rôle régulateur en servant de justification à la conciliation des droits et libertés fondamentaux reconnus aux opérateurs économiques avec les autres impératifs d'intérêt général dont l'Etat a la charge au nom du bon fonctionnement du marché.

⁶ CC 44 DC du 16.7.1971, R. 29, cs. 2.

⁷ CC 269 DC du 22.1.1990, R. 33, cs. 33.

⁸ Bouveresse J., « Des droits, quels droits ? », in *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, L'Harmattan 2000, p. 237.

⁹ V. Puigelier C., *Dictionnaire juridique*, Bruylant 2020.

¹⁰ V. notre ouvrage : *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, IFDJ-Legitech 2020, n° 112.

¹¹ V. par ex. CE Ass. 22.6.1951, Daudignac, *GAJA*.

¹² V. Champeil-Desplats V., « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum* 2010-5.

¹³ CC 126 QPC du 13.5.2011, Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence, R. 235, cs. 5.

¹⁴ Cass. AP 7.1. 2011, Pourvoi n° 09-14316.

¹⁵ CE 10.7.2015, Galletier de Falletans, *RT*. 564.

¹⁶ CE 28.9.2017, Sté Alice Luxembourg et a., R. 301.

¹⁷ Andriantsimbazovina J. et a., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF 2008, p. 717.

¹⁸ Bernard P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ 1962, p. 36-40.

¹⁹ En ce sens, v. Laget-Annemayer A., *L'ordre public économique*, LGDJ 2018, p. 69.

²⁰ Pour une décision liant les deux, v. Cass. civ. 1^{re} 6.7.2016, Pourvoi n° 15-21811.

²¹ Lebreton G., « La police administrative au service de l'ordre public économique », in Bottini F. (dir.), *La police de la liberté en économie de marché*, Legitech 2021 (à paraître).

²² TC 6.6.1989, Ville de Pamiers, R. 293 et CE 23.7.1993, CGE, R. 225.

²³ Art. 432-10 s. CP.

La limite, car l'Etat est dans tous les cas lié par les implications juridiques que les autorités normatives en tirent. Le concept s'étant trouvé intégré à la légalité objective, il doit répondre devant un juge des atteintes qu'il y porte, conformément à la théorie de l'Etat de droit. Le concept permet dès lors de circonscrire son action pour éviter le double écueil d'un Etat juge et partie dans la régulation de certains secteurs – notamment dans ceux où il intervenait comme opérateur historique –, et d'une réglementation trop rigide ou fluctuante nuisible aux affaires. La notion sous-tend ainsi d'autres évolutions du droit positif comme la consécration du principe de sécurité juridique ou le recours accru au droit mou qui sont autant de garanties nouvelles au respect des droits économiques fondamentaux ayant contribué à l'autonomisation du DPE.

Une dernière transformation marquante de la matière tient à une certaine « efficiencisation » de la règle de droit.

C. L'« efficiencisation » de la règle de droit

Guidé par la passion de l'égalité, le droit public français s'est longtemps peu intéressé aux effets concrets des mesures prises sur son fondement, même en matière économique. Il suffisait que la règle de droit soit *in abstracto* conforme à la légalité objective pour qu'elle soit réputée *in concreto* valide, les questions de légalité formelle l'emportant en quelque sorte sur celles de légitimité (dimension politique) et d'efficacité (dimension économique).

Les choses ont commencé à changer au tournant des années 1970 avec l'apparition d'une nouvelle conception de la règle de droit postulant qu'une norme valide ne pouvait pour autant être valable que si elle était également légitime aux yeux de ses destinataires et performante dans ses effets par rapport à ceux qui en étaient attendus. L'essor de cette conception « tridimensionnelle de la norme »²⁴ a notamment été catalysé par le droit de l'UE.

Non seulement il organise un mécanisme de renvoi préjudiciel²⁵ destiné à garantir l'effectivité des droits qu'il « confère[] aux particuliers »²⁶, mais le « dialogue des juges »²⁷ communautaires et nationaux a facilité le rapprochement des jurisprudences européennes et internes sur cette question avant d'entraîner des réformes textuelles d'ampleur. On a ainsi assisté à l'affirmation d'un objectif d'économie, d'efficacité et d'efficience du service public et, à travers lui, du droit lui-même. La culture traditionnelle de la règle du droit français s'est ce faisant trouvée enrichie d'une certaine culture de l'objectif dont les implications ont conduit à une refonte de la « conception française de la séparation des pouvoirs » qui a contribué à l'autonomisation du DPE en faisant émerger de nouvelles autorités normatives.

Certaines réformes ont en effet tendu à renforcer la séparation horizontale des pouvoirs pour faire des juges et des autorités administratives/publiques indépendantes des garants du respect des droits subjectifs des opérateurs économiques. Les premiers ont acquis le pouvoir de frapper « vite et fort » pour assurer le respect de l'ordre public économique : vite, du fait des pouvoirs de référé dont les juridictions administratives se sont trouvées investies, notamment en matière contractuelle²⁸ ; fort, du fait de la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction sous astreinte au juge administratif, de l'abandon de la théorie de la loi écran²⁹ mais aussi du pouvoir reconnu en pratique aux juridictions de concilier les droits économiques fondamentaux avec les autres droits fondamentaux de nature sociale, environnementale ou politique. Quant aux autorités de régulation, elles se sont trouvées dotées aux mêmes fins d'importantes prérogatives, d'ordre à la fois quasi-exécutives (pouvoir d'édicter des AAU ou des lignes directrices), quasi-législatives (pouvoir de proposition et d'interprétation des lois) et quasi-judiciaires (pouvoir de sanction ou d'homologation)³⁰.

D'autres réformes ont parallèlement tendu à faire de la séparation verticale des pouvoirs une autre garantie des droits subjectifs des opérateurs, les autorités décentralisées étant désormais tenues de laisser inappliquées les règles nationales contraires au droit européen de la concurrence³¹ sous le contrôle administratif (via le déféré préfectoral³²) et financier (via la saisine des Chambres régionales des comptes³³) des autorités déconcentrées, chacune étant ainsi devenue une garante de l'« efficiencisation » du DPE à son niveau.

Toutes ces évolutions ont certes contribué à en faire une discipline autonome dotée de sa logique juridique propre. Mais ce constat juridico-centré ne doit pas conduire à oublier la finalité de cette branche du droit qui est d'encadrer l'économie. Car cette spécificité invite également à apprécier ses évolutions dans une perspective cette fois externe. Il en ressort que le DPE est aussi un outil d'efficience économique dans la guerre mondiale des droits où il se présente comme un sous-produit de la mondialisation au service d'un projet de société.

II. UN SOUS-PRODUIT DE LA MONDIALISATION AU SERVICE D'UN PROJET DE SOCIÉTÉ

²⁴ V. Ost F. et van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau ?*, Facultés universitaires Saint-Louis 2002, p. 338.

²⁵ Art. 234 TCE devenu art. 267 TFUE.

²⁶ CJCE 4.12.1974, Van Duyn, R. 1337.

²⁷ Genevois B., note sous CE 22.12.1978, Cohn-Bendit, *D.* 1979. 155.

²⁸ V. par ex. les référés précontractuel et contractuel des art. L551-1 s. CJA.

²⁹ Cass. civ. 2^e 24.5.1975, Sté Cafés Jacques Vabre, *D.* 1975. 497, concl. Touffait ; CE 20.10.1989, Nicolo, *G.A.J.A.*

³⁰ Epron Q., « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFD.A* 2011. 1007.

³¹ CE 20.05.1998, Cté de cnes de Piémont de Barr, *RFD.A* 1998-14. 609.

³² V. art. L2131-6, L3132-1 et L4142-1 s. CGCT.

³³ V. art. L1612-2 CGCT.

Est-il possible de pleinement « comprendre la pensée juridique » sans l'« inscrire dans une trame historique qui en explique le déroulement »³⁴ ? Non selon le mouvement « analyse critique du droit ». Car « l'évolution du milieu socio-politique entraîne des mutations, plus ou moins profondes, des principes et des règles qui étaient ceux du droit »³⁵ antérieur.

Force est de ce point de vue de constater que la formation du DPE a grandement été influencée par l'évolution des autres sciences humaines et sociales, de l'économie notamment. Car c'est aussi un instrument de la construction du grand marché mondial (A) sur lequel il s'offre comme un bien concurrent au droit anglo-saxon des affaires (B) en se vendant comme un outil compétitif au service des entreprises (C).

A. Un instrument de la construction du grand marché mondial

Qui de l'Etat ou du marché doit être le moteur de la prospérité économique dont dépend le progrès social ? Alors que l'idée s'était progressivement imposée des années 1840 à 1970 que seul un Etat interventionniste pouvait l'être, les chocs pétroliers ont remis au goût du jour des théories alternatives en appelant d'avantage aux forces du marché.

Comme le rappellent B. Schnapper et H. Richardot, cette analyse a pour elle le souvenir de la *pax romana* fondée aux Ier-IIe siècle après J. C. sur « un immense “marché commun”, soumis aux mêmes règles juridiques, usant des mêmes espèces monétaires, doté partout d'excellentes voies de communication sur lesquelles circulaient librement négociants et marchandises »³⁶. Rien d'étonnant dès lors à ce que d'éminents économistes se soient au cours de l'Histoire faits les ardents défenseurs du marché : « Les marchands sont plus qu'utiles en l'État et leur souci de profit qui s'exerce dans le travail et l'industrie fait et cause une grande part du bien public » constatait Montchrestien au 17^e siècle. Jacques Savary des Bruslons en déduisait en 1744 cette « Vérité très importante » que « le Commerce est plus propre à conserver, et même à agrandir un État, que les armes »³⁷ avant que Turgot ne le redise quelques années plus tard : « L'intérêt particulier abandonné à lui-même produira toujours plus sûrement l'intérêt général que les opérations du gouvernement, toujours fautives et nécessairement dirigées par une théorie vague et incertaine »³⁸. Ces position éclairent ainsi le choix opéré par Roosevelt et Churchill en 1941 dans la Charte de l'Atlantique de faire de « l'accès et la participation », de « tous les États », « au commerce et aux matières premières indispensables à leur prospérité » la condition d'« un avenir meilleur » et du retour de la paix à l'issue du conflit. Or, les autorités françaises se sont très tôt ralliées à ce projet : puisque le Préambule de la Constitution de 1946 permettait « à la France » de « consent[ir] aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix » (al. 15).

Pour les physiocrates et les libéraux classiques toutefois, il suffisait de créer un espace de liberté à l'abri de l'action étatique pour que ce « laissez-faire » puisse jouer. Comme l'a parfaitement résumé Adam Smith, une « main invisible » poussera l'individu « à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions » pour peu que l'Etat soit un Etat minimal centré sur l'exercice des missions régaliennes. Car, livré à lui-même, l'individu, « Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, (...) travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société que s'il avait réellement pour but d'y travailler »³⁹. « Où se trouve » ce « monde hédoniste du règne absolu de la libre concurrence » raillait toutefois Charles Gide, l'un des fondateurs du mouvement coopératif à la fin du 19^e siècle, pour faire ce constat : « Nulle part sauf dans les régions accessibles de la pensée abstraite »⁴⁰. Car, sans limite, le laissez-faire, conduit au « paradoxe de la concurrence » en favorisant « l'émergence d'un monopole »⁴¹.

Dès l'entre-deux guerres, certains avaient bien perçu cette impasse. Keynes la dénonçait en 1926 dans son ouvrage sur *The end of laissez-faire* : « Il n'est nullement [...] correct », y notait-il, « de déduire des principes de l'économie politique que l'intérêt personnel dûment éclairé œuvre toujours en faveur de l'intérêt général » avant que d'autres n'appellent à l'édification d'un « néolibéralisme » tirant les leçons des échecs passés. Forcée en 1934 par l'économiste Gaëtan Pirou⁴², cette expression a été popularisée en 1937 par le journaliste américain Walter Lippmann⁴³ – avant qu'un colloque portant son nom ne soit organisé à l'initiative du philosophe Louis Rougier à Paris, l'année suivante pour réfléchir à son contenu scientifique. L'apport de cette manifestation se réduit à cette idée exposée dès les premiers échanges par son organisateur : « Le régime libéral (...) est aussi le résultat d'un ordre légal qui suppose un interventionnisme juridique de l'Etat » à qui il revient de trancher « la question du cadre légal le mieux approprié au fonctionnement le plus souple, le plus efficace et le plus loyal des marchés »⁴⁴. Comme une « concurrence pure [...] ne peut », pour ces auteurs, « apparaître que si elle est produite » par l'action étatique, l'originalité du

³⁴ Miaille M., *Une introduction critique au droit*, F. Maspero 1976, p. 279.

³⁵ Demichel A., *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, LGDJ 1978, p. 9.

³⁶ Schnapper B. et Richardot H., *Histoire des faits économiques*, Dalloz 1971, p. 1.

³⁷ Savary des Bruslons J., *Dictionnaire universel*, t. 1, p. 2, Cramer & Philibert 1744, p. 5.

³⁸ Turgot J., *Formation et distribution des richesses*, Garnier-Flammarion 1997, p. 136.

³⁹ *La richesse des Nations*, t. 3, Buisson 1791, p. 62.

⁴⁰ Gide C., « Has cooperation introduced a new principle into economics? », *The economist Journal* 1898-8. 494.

⁴¹ Vosgien S., *Gouverner le commerce au XVIII^e siècle*, IGPDE 2017, p. 285.

⁴² « L'économie dirigée », *Rev. d'économie politique* 1934. 1404.

⁴³ *La Cité Libre*, Éd. de Médicis 1938.

⁴⁴ CIRL, *Compte-rendu des séances du Colloque Walter Lippmann*, Éd. de Médicis 1939, p. 15.

néolibéralisme se résume à cet oxymore du Professeur Wilhem Röpke, y voyant un « interventionnisme libéral »⁴⁵ permettant de prévenir l'arbitraire de l'État sans favoriser celui du marché. A partir de là, « Le libéralisme, ce n'est pas ce qui accepte la liberté. Le libéralisme, c'est ce qui se propose de la fabriquer à chaque instant [...] avec [tout l'ensemble] de contraintes (...) que pose cette fabrication »⁴⁶, comme le résumera Michel Foucault. Car « le marché n'est plus une donnée naturelle sur laquelle l'individu ne peut agir [...], c'est un espace normatif qu'une politique économique et une action législative permettront de faire advenir, d'entretenir, de corriger et d'étendre »⁴⁷. Le droit devient ainsi l'instrument nécessaire à la création et à l'entretien du marché. C'est un outil au service de la mise en œuvre d'un projet politico-économique et social dont les partisans affirment la dimension « pré-normative ».

Envisagée sous l'angle externe, la transformation du DPE s'inscrit pour ces raisons dans une évolution plus globale qui permet de comprendre qu'il ait été bâti pour concurrencer le droit anglo-saxon des affaires.

B. Un bien concurrent du droit anglo-saxon des affaires

Dès lors que la France a adhéré dès 1946 au projet de la Charte de l'Atlantique de faire de l'interdépendance économique des Nations le facteur de la paix dans le monde, il n'est pas étonnant que son DPE soit devenu un outil au service de la compétitivité du marché domestique dans la guerre juridico-économique que se mènent les États depuis la fin de la seconde guerre mondiale : puisqu'il n'y a « plus d'autres champs de bataille que les marchés s'ouvrant au commerce » (V. Hugo). Ses éléments constitutifs ont pour cette raison été forgés en réaction au droit américain des affaires qui a largement façonné le droit de la mondialisation depuis la fin de la seconde guerre mondiale⁴⁸.

Car, ce qui caractérise les États-Unis depuis leur fondation, c'est cette synthèse de l'éthique calviniste et de l'« esprit du capitalisme » mise en lumière par Max Weber⁴⁹ et dont découle ce mélange du droit et de l'économie ; cette façon de faire de la normativité juridique l'instrument du marché libre. « *The major political tradition have shared a belief in the rights of property, the philosophy of economic individualism, the value of competition ; they have accepted the economic virtues of capitalism as necessary qualities a man* », relevait ainsi Louis Hartz en 1955. Le trait caractéristique des États-Unis, opinent certains de ses compatriotes, tient à la combinaison de « *values (...) widely held* »⁵⁰ and « *shared* »⁵¹ s'incarnant dans les « *basics ideas of individualism, capitalism, constitutionalism and* »⁵² « *a formal commitment to political and legal, if not economic equality* »⁵³ des citoyens. Pour cette raison, en droit américain, « *the law is constructed on the basis of private interests* » : « *its fundamental role is to preserve economic liberty, the freedom to produce, acquire, use or consume whatever the individual wants* »⁵⁴. Or, ces « valeurs » se sont diffusées dans d'autres États du monde, du fait de la libéralisation des économies nationales à laquelle ont poussé les États-Unis. La France n'a pas échappé à cette américanisation de son droit dont les effets ont à bien des égards été catalysés par l'approfondissement du droit de l'UE⁵⁵. Le DPE a ainsi évolué pour servir « l'idéal »⁵⁶ d'une allocation optimale des ressources par le libre jeu du marché, à partir du tournant de la rigueur pris par le gouvernement Mauroy en 1983 et la relance de la construction européenne opérée à partir de 1986 avec l'adoption de l'Acte Unique Européen. Nombreux sont d'ailleurs les travaux parlementaires à motiver le lancement de certaines réformes par le souci de rattraper le « retard » pris par le droit interne sur le droit américain et rester compétitif en matière économique⁵⁷. L'essor de certains principes jusque-là inconnus du droit français ne peut d'ailleurs se comprendre que par le jeu de cette influence. Il en est ainsi du principe de sécurité juridique directement dérivé de la « *legal certainty* » (ou « *legal security* ») et qui est compris outre-Atlantique comme « un principe d'efficacité économique »⁵⁸, dont l'intérêt est de « contribuer(t) à la réduction des coûts de transactions »⁵⁹, dès lors que les acteurs du marché sont familiers des règles à mettre en œuvre.

Pour autant, la transposition adaptation des solutions importées du droit américain n'est jamais « pure et parfaite ». Le DPE a à maints égards été construit par opposition à lui. Ses concepteurs s'en sont aussi inspirés pour l'en démarquer. La doctrine française a notamment cherché à opposer à la généralisation du droit américain de la concurrence un droit public de la

⁴⁵ Cité in Rabaey O., « L'«interventionnisme libéral» paradoxe de la constitution économique européenne », in *La Constitution économique de l'UE*, Bruylant 2008, p. 151.

⁴⁶ Foucault M., *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil 2004, p. 66.

⁴⁷ V. Laval C., *Foucault, Bourdieu et la question néolibérale*, La Découverte 2018, p. 64.

⁴⁸ Sur cette question, v. Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et américanisation...*, préc.

⁴⁹ *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon 1920.

⁵⁰ Young J., *Reconsidering American Liberalism*, Routledge 2018.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Ogus A., *Regulation : legal form and economic theory*, Bloomsbury Publishing 2004, §2.6.

⁵⁵ Caillousse J., « La réflexion juridique à l'épreuve du néolibéralisme et de l'«américanisation» du droit », in *Néolibéralisme et américanisation...*, préc., p. 460.

⁵⁶ Sur cet idéal, v. Souty F., « Introduction », in Bazex M. et a., *Les PME et le droit de la concurrence*, LexisNexis-Litec 2009, p. 4 s.

⁵⁷ V. par ex., Charié J.-P., « Rapport sur le projet de loi de modernisation de l'économie », *Doc. AN* 2008-908 ; Besson É., « Rapport sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques », *Doc. AN* 2000-2327.

⁵⁸ Portuese A., *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Publibook 2014, p. 188.

⁵⁹ *Id.*, p. 184.

concurrence dont est finalement issu un droit public des affaires⁶⁰. Réponse française à la conception de la mondialisation promue par les États-Unis⁶¹, c'est un bien concurrent destiné à permettre à l'Hexagone de remporter les batailles du « *made in France* » et du « *invest in France* » face à son compétiteur, en profitant des interstices que laissent au pays ses engagements internationaux et européens pour renforcer son attractivité. Tandis par exemple que le droit américain pénalise le droit des affaires, le droit français limite cette pénalisation aux « manquements au devoir de probité » dont peuvent se rendre coupables les « personnes exerçant une fonction publique » (art. 432-10 et s. du Code pénal). Hormis le cas où ils sont complices de tels faits, les infractions au droit de la concurrence commises par les opérateurs économiques relèvent pour leur part de la législation commerciale, moins infamante et moins sévère dès lors que les sanctions pénales prévues par l'article L420-6 du Code de commerce sont en pratique peu utilisées. Alors que le premier autorise les administrations fédérales à exploiter les données personnelles à la disposition des administrations, le droit français promeut au contraire, à l'initiative du droit de l'UE, la protection des données personnelles. Tandis que le droit américain continue de faire relever de la *common law* un certain nombre de litiges commerciaux, le droit français s'efforce de rendre les règles plus accessibles et intelligibles par son œuvre de codification. Alors que le premier prône le respect de la volonté des parties au contrat, le second le soumet au contrôle du juge afin de vérifier qu'il est bien conforme à l'intérêt des deux parties. Tandis que le droit américain est au service d'une économie libre de marché, le droit français s'attèle davantage à la réalisation d'une économie sociale de marché⁶².

Si ces contradictions sont destinées à faire du DPE un bien concurrent du droit américain des affaires, c'est pour le vendre sur le grand marché mondial et européen aux entreprises comme un outil compétitif à leur service.

C. Un outil compétitif au service des entreprises

Les commentaires qui ont accompagnés l'entrée en vigueur du *Code des relations entre le public et l'administration* (CRPA) permettent de pleinement comprendre les transformations du DPE : ils y ont vu le « révélateur » d'un « nouvel état d'esprit » plaçant le droit au service « des entreprises petites ou grandes » afin de leur permettre d'« affronter » au mieux « un environnement économique en mutation rapide »⁶³ ; or, le DPE se vend effectivement à elles tel un outil compétitif car intelligent et extrêmement réactif et évolutif.

C'est un outil intelligent, car, comme celle du CRPA, son élaboration est placée sous le sceau du « pragmatisme (...) et de la recherche d'efficacité maximale » afin d'en faire un instrument « opérationnel »⁶⁴ gage d'« efficacité pratique » ou « concrète »⁶⁵. Cette idée d'« outil intelligent » doit se comprendre par référence aux travaux du mouvement *Law and Economics* dont l'originalité est d'appliquer les méthodes et les cadres conceptuels de la science économique à « l'étude du droit ou des effets économiques des règles juridiques »⁶⁶. Car ceux-ci invitent les autorités non seulement « à réglementer moins, mais également à réglementer mieux »⁶⁷. Pour ce faire, la *smart regulation* propose de recourir à des « combinaisons complémentaires (plutôt qu'alternatives) d'instruments politiques, taillés à la mesure des buts particuliers » visés « et des circonstances » dans lesquelles s'insère la prise de décision, forte de cette conviction que de tels mécanismes « rendront la politique menée plus effective et efficiente »⁶⁸. En bref, il s'agit non plus de réglementer *pour* mais de réglementer *avec* les destinataires de la norme pour optimiser la performance économique de la prise de décision politico-juridique, dans des matières toujours plus complexes.

C'est en même temps un outil extrêmement réactif et évolutif car il doit en permanence s'adapter aux évolutions du droit international, européen mais aussi des autres États du monde entier, à commencer par les États-Unis et la Chine, pour conserver son avantage compétitif. Cet objectif explique que l'approche utilitariste du droit comparé qui le sous-tend soit guidée par l'ambition de faire « gagner son droit »⁶⁹ dans la guerre mondiale des droits à laquelle conduit la mondialisation. A travers lui, il s'agit en permanence de trier parmi les solutions mises en œuvre aux ÉU celles qui sont susceptibles de présenter un atout pour sa compétitivité sans s'évertuer à le dupliquer fidèlement lorsque d'autres retours d'expériences étrangers semblent plus avantageux : le DPE emprunte pour ces raisons certaines solutions à d'autres traditions juridiques (Allemagne, Italie, Japon, Chine etc.), pour conserver – sinon remporter – des parts de marchés à l'internationale.

Cette analyse se trouve d'ailleurs confortée par la crise du COVID-19, puisque la réponse immédiate des autorités aux événements a notamment tendu à mettre les entreprises nationales à l'abri de la prédation des entreprises ou États étrangers ; et qu'elle vise à moyen ou long terme à faire de la transition écologique le moteur de la prospérité économique du pays en faisant de la France le leader des nouveaux secteurs qui en émergent⁷⁰.

⁶⁰ V. Bazex M., « Le droit public de la concurrence », *RFDA* 1998. 781 ; Nicinski S., *Droit public des affaires*, Montchrestien 2019.

⁶¹ V. *Néolibéralisme et américanisation... préc.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ Vialettes M. et Barrois de Sarigny C., « La fabrique d'un code », *RFDA* 2016. 4.

⁶⁴ Terneyre P. et Gourdou J., « L'originalité du processus d'élaboration du code », *RFDA* 2016. 9.

⁶⁵ Vialettes M. et Barrois de Sarigny C., *loc. cit.*

⁶⁶ Kirat T., *Économie du droit*, La Découverte 1999, p. 3.

⁶⁷ Bon P., « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *RFDA* 2016. 27.

⁶⁸ Gunningham N. et a., *Smart Regulation*, Clarendon Press 1998.

⁶⁹ Fauvarque-Cosson B., « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *RIDC* 2011-63/3. 539.

⁷⁰ V. le dossier « Du service public du développement économique au service public de la survie de l'économie? », *RFFP* 2020 (à paraître).

En conclusion, la dualité du DPE révèle tout l'intérêt d'une étude à la fois interne et externe du droit et de ses transformations. Se complétant plus qu'elles ne se contredisent, ces approches constituent un moyen efficace d'anticiper ses réformes à venir. En prendre conscience permet de mesurer l'importance du travail doctrinal en faveur d'une interdisciplinarité entendue, non comme la subordination d'une discipline à une autre, mais comme leur articulation au service d'un projet d'intérêt commun. F. Ost et M. van de Kerchove l'avaient vu dès 1978 : « une théorie de droit ne pourra (...) rendre compte de manière critique des traits structurels de son objet, qu'en s'enrichissant continuellement de l'apport des sciences humaines, dans la mesure où leurs objets se recoupent partiellement »⁷¹. Le Pr. Feuer avait ainsi raison de s'interroger. Car le DPE est du droit. Mais pas que !

⁷¹ Ost F. et van de Kerchove M., « Possibilité et limites... », *loc. cit.*, §122.