

État et marché *

Didier TRUCHET

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
12 place du Panthéon, 75231 Paris CEDEX 05

Pour être traité correctement, un sujet aussi vaste supposerait des compétences que je n'ai pas : il faudrait être historien, philosophe, sociologue, économiste, et encore comparatiste, internationaliste, communautariste...

Je ne pourrai l'aborder que sous l'angle du droit administratif positif. Les relations de l'État et du marché y sont ambivalentes : le marché s'impose de plus en plus nettement à l'État ; mais ce dernier s'impose toujours au marché.

Je prendrai l'État, non en son sens organique de personne morale de droit public, mais dans l'acception moins rigoureuse et plus fonctionnelle d'un ensemble complexe de missions de services publics et de prérogatives de puissance publique orienté vers l'intérêt général. Cela permettra d'inclure, outre les collectivités territoriales, les nombreux organismes de statuts divers qui ont reçu de l'État des missions d'intervention sur le marché. Ces missions sont de deux natures : elles consistent à agir soit « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire » (selon l'expression très exacte employée par le Tribunal des conflits dans l'arrêt du 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain* – dit « du Bac d'Eloka »—), c'est-à-dire en offrant des prestations de biens ou de services, soit en orientant, encadrant, « régulant » l'action des entreprises.

Quant au marché, il est un lieu d'échange de biens et de services, mais aussi un modèle (ce qui ne signifie pas nécessairement un idéal) d'organisation des relations entre personnes, où tout est considéré en termes de valeur économique.

Il y a donc une opposition inévitable entre État et marché : la poursuite de l'intérêt général contre la recherche du profit, la puissance publique contre la liberté d'entreprendre...

Il faut pourtant dépasser cette opposition, ne serait-ce qu'en raison du rapprochement de l'intérêt général et des intérêts privés : il peut être conforme à l'intérêt général de satisfaire les intérêts d'une entreprise privée (par ex., Cons. d'Et., 20 juin 1971, *Ville de Sochaux*, *Rec. Cons. d'Et.* p. 561, *Rev. dr. pub.* 1972 p. 728, *AJDA* 1972, p. 227, note Homont) ; les entreprises privées peuvent être contraintes ou incitées à tenir compte de l'intérêt général dans leur politique d'investissement ou d'emploi ou décider

* Ce texte est tiré d'une conférence prononcée le 22 mars 1995 dans le cadre du cycle de conférences de l'École doctorale d'histoire, sociologie et philosophie du droit de l'Université Panthéon-Assas.

spontanément d'y contribuer, par le mécénat par exemple (lois des 23 juillet 1987 et 4 juillet 1990).

En réalité, dans la France contemporaine, l'État a besoin du marché comme le marché a besoin de l'État. Ils ne doivent ni s'ignorer, ni se combattre. La crise économique a fait reconnaître leur commune impuissance à restaurer la croissance et le plein emploi. Elle a surtout montré leur inaptitude mutuelle à anticiper : au quasi abandon de la planification répond le déclin des stratégies à moyen ou long terme des entreprises.

L'État doit respecter le marché : au nom de la liberté et aussi parce qu'il n'a pas la capacité de se substituer à lui. Le marché s'impose donc à l'État (I).

Mais l'État ne peut pas laisser le marché à lui-même. Les entreprises ne le souhaitent d'ailleurs pas : les enjeux sont trop lourds et, bien souvent, l'État protège le marché, au besoin contre ses propres excès. En ce sens, l'État s'impose au marché (II).

I. — LE MARCHÉ S'IMPOSE À L'ÉTAT

L'État doit de plus en plus respecter la liberté de décision des entreprises ; en outre, le modèle du marché s'impose à l'État lorsqu'il y intervient comme prestataire de biens et services.

A. — *La liberté d'entreprendre*

La vieille liberté du commerce et de l'industrie a connu, sous le nom plus moderne de liberté d'entreprendre, une spectaculaire réévaluation par rapport à sa situation des années soixante.

1. Son affirmation.

Appuyé sur la médiocre base du décret d'Allarde (2-7 mars 1791), le statut de la liberté du commerce et de l'industrie est resté longtemps incertain : constitutionnel, législatif, infra-législatif... ? Le développement de l'interventionnisme économique des pouvoirs publics semblait presque lui assigner pour principale fonction de fournir une base légale à ses exceptions !

C'est bien sûr la fameuse décision « nationalisations » du Conseil constitutionnel (16 janvier 1982) qui l'a tirée d'affaire : « La liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre »

Certes, « la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue, il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général, à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » (décision du 16 janvier 1991). Elle doit être conciliée avec d'autres règles ou objectifs constitutionnels (liberté de communication, ordre public, intérêts généraux...).

Il n'en reste pas moins qu'elle est aujourd'hui non seulement un principe constitutionnel, mais une composante essentielle de la liberté « tout court ».

2. L'État doit respecter la liberté de décision des entreprises.

L'État incite, oriente, aide les entreprises, et entretient à ces occasions d'intenses relations unilatérales ou contractuelles avec elles. Ces actions peuvent se heurter au principe d'égalité et plus encore aux règles nationales, communautaires ou internationales de la concurrence, mais elles ne sont pas contraires à la liberté d'entreprendre : les entreprises restent libres de leurs décisions.

En revanche, il répugne aujourd'hui à les contraindre. La déréglementation n'est pas tant vertu que modestie : la crise et la mondialisation des échanges aidant, il s'est aperçu qu'il ne pouvait plus prétendre mener efficacement une politique qui se substituerait à celle des entreprises. Les faits économiques sont trop têtus pour qu'il puisse espérer leur imposer son autorité.

Ce serait dénaturer la liberté d'entreprendre que d'obliger les entreprises à mener leur activité dans un sens prédéfini par les pouvoirs publics. Mort de l'interventionnisme ? Non ! Mais prohibition du dirigisme économique, certainement.

La législation est ainsi orientée. Il est très instructif de comparer l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix (et l'usage qui en avait été fait avec l'accord du Conseil d'État) et celle du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, qui lui succède (et dont le titre est lui-même éclairant) : « Les prix des biens, produits et services (...) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence » (art. 1). La formule est d'ailleurs étrange : le législateur remet la détermination des prix, non à des personnes, mais à un mécanisme économique !

Il n'est pas moins intéressant de comparer les lois des 4 avril 1926 et 30 mars 1928 (et à nouveau, l'usage qui en avait été fait) avec la loi du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier qui les abroge : « Sous réserve des dispositions de la présente loi, la réception en provenance de l'étranger et l'expédition à destination de celui-ci, le traitement, le stockage et la distribution du pétrole brut et des produits pétroliers s'effectuent librement ».

Ces deux exemples, qui portent sur des matières traditionnellement très « administrées », montrent un très net recul de l'interventionnisme de l'État au profit du marché.

La jurisprudence administrative suit. Elle paraît moins encline que naguère à admettre, dans la foulée du célèbre arrêt *Monpeurt* (31 juillet 1942), que des personnes privées chargées de missions d'intervention économique soient investies de prérogatives de puissance publique. Elle ne considérerait sans doute plus aussi facilement que naguère, que toute loi ayant « dégradé » la liberté du commerce dans un secteur autorise implicitement le gouvernement à la diminuer davantage. Et on la voit censurer des actes administratifs pour violation de la liberté d'entreprendre, ce qui était devenu rare pendant les « trente glorieuses » (par ex., Cons. d'Et., 9 novembre 1988, *Territoire de Polynésie française*, D. 1990 J. p. 201, note Llorens et Soler-Couteaux, *Rev. dr. pub.* 1989 p. 243, concl. Guillaume ; 22 mars 1991, *Association fédérale des nouveaux consommateurs et Société Tousalon*, *Rec. Cons. d'Et.* T. p. 679, *AJDA* 1991 p. 650, obs. Théron ; 13 mai 1994, *Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française* – 2 esp. –, *Rec. Cons. d'Et.* p. 234, *Rev. dr. pub.* 1994, p. 1557, concl. Scanvic, *AJDA* 1994, p. 559 et chron. p. 499).

La contrainte étatique sur les choix économiques des entreprises se réfugie désormais dans les situations de crise conjoncturelle qui appellent des mesures d'urgence éner-

giques : contrôle des changes (loi du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger), de l'énergie (loi du 29 octobre 1974 relative aux économies d'énergie), des prix (alinéa 3 de l'article 1er de l'ordonnance de 1986 précitée), etc. La comparaison de ces trois textes montre d'ailleurs qu'au fil du temps, ils se font plus précis et plus rigoureux et limitent chaque fois davantage le pouvoir discrétionnaire du gouvernement.

B. — *L'activité économique des personnes publiques*

Tournons-nous maintenant vers les interventions publiques, non plus par régulation, mais par prestations.

Le marché tend désormais à s'imposer aux producteurs publics de biens et de services, même agissant sous un régime de service public. Le droit communautaire, qui, sans ignorer les « services d'intérêt général », ne leur reconnaît pas volontiers une place à part, a puissamment inspiré l'évolution nationale.

1. Les personnes publiques disposent-elles de la liberté d'entreprendre ?

C'est une grande question, dont la réponse n'est pas acquise.

La tradition française s'y oppose, précisément au nom de la liberté d'entreprendre : la concurrence serait inévitablement déloyale entre des entreprises privées et des personnes publiques disposant de prérogatives de puissance publique.

Mais les personnes publiques souhaitent avec une vigueur croissante aller sur le marché, et s'y comporter comme des entreprises. De manière anecdotique mais significative, combien de chefs de service public ne se présentent-ils pas comme des chefs d'entreprise, croyant (bien à tort à mon avis) acquérir ainsi une légitimité nouvelle ? Ne dit-on pas que l'usager de service public devrait être considéré comme un client (ce que l'on ne peut qu'approuver si l'on entend par là qu'il serait mieux traité...) ?

Le peuvent-elles ?

Oui... en renonçant à leur caractère public : c'est le sens des privatisations.

Et sans y renoncer ?

La pression de la « base » est très forte en ce sens. Elle conduit à tout le moins à admettre que les personnes publiques « diversifient » leurs activités : après tout, la décentralisation elle-même entraîne une multiplication des interventions économiques des collectivités territoriales.

Cette pression se traduit aussi par la création de filiales à caractère commercial. Logique dans le cas des établissements industriels et commerciaux, cette possibilité est plus surprenante pour des établissements administratifs : elle a pourtant été reconnue par des textes divers aux universités, au C. N. R. S., aux hôpitaux... Ce phénomène doit être rapproché de cette « filialisation » très répandue des collectivités locales que réalisent, non sans excès parfois, les sociétés d'économie mixte locales.

Le Conseil d'État résiste à cette pression, qui n'est en effet pas sans danger. Il reste (ou redevient) globalement fidèle à ce qu'il disait le 30 mai 1930 dans l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée ».

C'est ainsi que sans s'y opposer entièrement, il a entouré, au nom du principe de spécialité, la diversification d'E. D. F. et de G. D. F. de limites strictes (Avis de la Section des travaux publics du 7 juillet 1994, *Rev. fr. dr. adm.* 1994, p. 1146, art. Rodrigues, *Cah. jur. électr.-gaz* 1994, n. 509 p. 157), plus strictes que celles que suggérerait le Conseil de la concurrence (avis du 10 mai 1994, mêmes références). Ou qu'il s'oppose à la création par les communes de sociétés d'économie mixte qui, indépendamment des objectifs expressément prévus par la loi du 7 juillet 1983, ne poursuivraient pas un but de service public, ce qui est une interprétation très étroite de cette loi (10 octobre 1994 Préfet de la région Lorraine, *AJDA* 1995 p. 237, note Bizet et Devès, *Cah. jur. électr.-gaz* 1995, p. 202, note Truchet ; 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron*, *AJDA* 1995 p. 352).

Cette résistance à quelque chose d'un combat d'arrière garde, tant la pression de la pratique est forte. Il conviendrait sans doute que le législateur intervienne pour la canaliser de manière raisonnable.

2. La soumission aux règles du marché.

L'évolution est ici très claire : dès lors qu'elles interviennent sur le marché comme prestataires de biens et de services, les personnes publiques doivent de plus en plus se soumettre aux mêmes disciplines que les entreprises privées. C'est alors l'idée de privilège de puissance publique qui est directement affectée.

Cela n'est pas nouveau : la théorie du service public industriel et commercial (dont on sait avec quelle lenteur elle s'est installée dans notre droit) répondait déjà à cette logique, en postulant l'application du droit privé (considéré comme le droit « naturel » des activités industrielles et commerciales) à ces services publics, même gérés par une personne publique.

Bien sûr l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 illustre mieux encore la banalisation des activités « entrepreneuriales » publiques : « Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

Le Tribunal des conflits a certes rappelé opportunément que le champ d'application de cette disposition s'étendait au fonctionnement du service public et non à son organisation, dans l'arrêt très remarqué dit des « Eaux de Pamiers » (6 juin 1989). Il y a été amené à la suite d'une décision imprudente de la cour d'appel de Paris qui, dans la même affaire, avait cru pouvoir appliquer l'ordonnance à l'organisation du service : toujours la même pression...

Mais l'ordonnance s'applique sans réserve à son fonctionnement. Certaines affaires sont spectaculaires : le Conseil de la concurrence (autorité de l'État) est compétent pour connaître de la plainte d'un constructeur privé évincé d'un marché de fourniture d'une vedette de surveillance maritime conclu par la Direction des gens de mer (c'est-à-dire l'État) avec la Direction des constructions navales (toujours l'État !) (avis du 29 mai 1991, confirmé le 6 novembre 1991 par la cour d'appel de Paris et le 14 décembre 1994 par la Cour de cassation ¹) : où est, dans tout cela, l'unité de la personnalité morale de l'État ? Et, contrairement au Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris a

¹ V. Chron. Israël, *Dr. admin.*, août-septembre 1994.

enjoint à la Météorologie nationale (à l'époque, service en régie de l'État) de fournir des données à une société privée (13 mars 1993, *AJDA* 1993 p. 652, note Bazex, *Rev. fr. dr. adm.* 1994 p. 30, note Drago) ; ce qui a amené le premier ministre à publier une importante circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques (*AJDA* 1994, p. 355 com. Maisl), qui tire les conséquences de l'arrêt.

Les entreprises – ou leurs avocats – tentent régulièrement d'obtenir l'application systématique du droit privé aux activités publiques de prestations ; les prestataires publics (ou du secteur public) y paraissent favorables quand cela est susceptible d'assouplir leur gestion. Sans pouvoir entrer ici dans le détail, j'évoquerai pêle-mêle le recours des personnes publiques à l'arbitrage, la critique de l'insaisissabilité de leurs biens, les tentatives de poursuite de l'État en tant que dirigeant de fait des sociétés qu'il a aidées, son statut comme créancier des entreprises qui font l'objet d'une procédure collective, la question de l'application aux entreprises publiques des règles de la comptabilité privée ou des lois du 1er mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises en difficulté et du 3 janvier 1985 sur les comptes consolidés...

Cette vieille interrogation (quand une personne publique ou du secteur public fait du commerce, doit-elle se soumettre au droit et aux usages du commerce ou faire prévaloir le caractère public de son statut, de sa mission, de ses prérogatives ?) est plus actuelle que jamais : et plus vigoureuse que jamais, l'idée que tous ceux qui offrent des biens ou des services sur le marché devraient, au nom de la loyauté de la concurrence, observer les mêmes disciplines quelques soient leurs statuts.

Le droit communautaire contribue à promouvoir cette idée : j'en citerai pour seul exemple le critère dit de « l'investisseur privé » au vu duquel est appréciée la licéité de l'aide d'un État à ses entreprises publiques (critère appliqué il est vrai avec souplesse : des actionnaires privés auraient-ils déployé autant d'efforts que notre État pour sauver Air France ou le Crédit Lyonnais ?).

De manière générale, les textes vont parfois en ce sens, et certaines juridictions judiciaires (tribunaux de commerce et cours d'appel) aussi ; mais pas les cours suprêmes, qui campent sur les principes traditionnels. Il faut s'attendre à de nouvelles offensives, probablement à des changements du droit et en tout cas suivre très attentivement l'évolution de cette question qui a une importance considérable.

En particulier pour l'avenir, non seulement de nombreux services publics, mais de l'idée même de service public (et corrélativement de puissance publique) dans notre pays. Il faut se garder de la croire moribonde ; d'ailleurs des signes récents, communautaires et nationaux, suggèrent que le vent tourne à nouveau et pourrait leur redevenir favorable. Mais l'apologie de la concurrence a durablement modifié leur perception : l'intérêt général qui les fonde reste une condition nécessaire de leur légitimité, mais elles n'est plus suffisante ; il leur faut en plus prouver qu'ils le satisfont mieux que ne le ferait une entreprise privée, à conditions économiques comparables.

On peut donc conclure cette partie en observant que le marché s'impose à l'État, en le contraignant à une abstention (respecter la liberté des entreprises), mais aussi à un mode d'action (se comporter en entreprise lorsqu'il va sur le marché)

II. — L'ÉTAT S'IMPOSE AU MARCHÉ

Où l'on retrouve la puissance publique : pour un administrativiste, c'est un soulagement !

L'État s'impose au marché, mais moins pour lui dicter ce qu'il doit faire que pour lui dire où et comment il doit user de sa liberté : d'abord, il peut déterminer l'existence du marché ; ensuite, il fixe des cadres adaptés à l'action des entreprises et leur impose des disciplines de comportement.

A. — *L'État et l'existence du marché*

1. Création et suppression du marché.

Spontanément ou pour répondre à des exigences internationales ou communautaires, l'État aménage ou supprime des monopoles : à chaque fois, il crée un marché nouveau en ouvrant à l'initiative privée des secteurs économiques dont elle était auparavant exclue.

Ainsi des tabacs et allumettes, de la communication audiovisuelle, des télécommunications, des transports aériens intérieurs..., en attendant les transports ferroviaires, l'électricité et le gaz, la poste...

Croire que la fin d'un monopole pourrait ne pas signifier l'irruption des « lois du marché » relève de l'illusion : en répétant que « l'objectif à réaliser est que les auditeurs et téléspectateurs soient à même d'exercer leur liberté de choix, sans (...) qu'on puisse en faire les objets d'un marché » (décision du 18 septembre 1986 et jurisprudence constante), le Conseil constitutionnel fait preuve d'une bien naïve noblesse : le législateur peut tout au plus (et bien difficilement) éviter les excès de ce marché.

Il y a également création lorsque les pouvoirs publics suscitent *ex nihilo* un nouveau marché : les exemples du Minitel (un succès) et des réseaux câblés (un échec), celui du MATIF, ou celui des droits réels sur le domaine public de l'État (loi du 25 juillet 1994) montrent parmi bien d'autres la richesse de leur imagination ; ou que, sans le susciter, ils autorisent des pratiques naguère illicites (ainsi de la contraception).

Elle peut s'exercer en sens contraire et mettre fin au marché, pour des raisons d'ordre public ou d'intérêt général : au vieil exemple de l'absinthe, succède celui des espèces protégées, des interdictions publicitaires (en faveur du tabac et de l'alcool à l'occasion des manifestations sportives, ou de la grande distribution sur les radios locales, etc.) et bien d'autres.

Il y a là des choix difficiles pour l'État. Le débat sur l'éventuelle libéralisation de l'usage des drogues douces (si tant est qu'une drogue puisse être jamais « douce »...) en témoigne : faut-il combattre un marché illicite et florissant ou lui donner une existence légale qui permettrait de le surveiller et de le réglementer. La question a été également posée à propos des produits sanguins : convenait-il d'y permettre la concurrence, à l'instar de nombre de pays étrangers ? Avec l'aval (longtemps incertain) de l'Union européenne, notre législateur a finalement maintenu le monopole et exclu liberté d'entreprendre et concurrence à leur égard (lois des 4 janvier 1993 et 29 juillet 1994).

2. L'organisation du marché par les autorisations administratives.

Lorsqu'il soumet une activité économique à autorisation administrative, l'État se donne les moyens de déterminer le nombre des intervenants sur la marche considéré et en tout cas de les choisir : il peut ainsi moduler l'intensité de la concurrence. Certaines de ces autorisations ont d'ailleurs été très explicitement instituées dans ce but : ainsi des autorisations d'urbanisme commercial (loi « Royer » du 27 décembre 1973) destinées à protéger les petits commerçants contre les « grandes surfaces ».

Lorsque ces autorisations sont accordées dans le cadre d'un « *numerus clausus* », ce contingentement induit instantanément un nouveau marché qui est tout bonnement celui des autorisations. On le voit très clairement avec les cliniques privées par exemple.

Les seuils « anti-concentration » peuvent avoir le même effet : en portant de trente à cent cinquante millions la population maximale desservie par les radios exploitées par une même personne, la loi du 1^{er} février 1994, dite « Carignon », a aussitôt ouvert une « chasse » à l'achat des petites stations par les grands réseaux, que le plafond antérieur empêchait de s'étendre. Et c'est un marché particulièrement « animé » !

Cette situation pose avec une acuité croissante une question importante : celle de la valeur économique des autorisations administratives. La réponse de principe reste qu'elles en sont dépourvues, notamment en raison de leur caractère précaire et révocable (la vraie raison étant sans doute que l'État souhaite pouvoir les retirer légalement sans devoir indemniser leurs titulaires). Mais elle devient intenable : d'une part, ces autorisations sont de moins en moins précaires et révocables ; d'autre part, fournissant le titre juridique en vertu duquel une entreprise est habilitée à mener une activité lucrative, elles tendent à être considérées elles-mêmes comme des biens incorporels ; enfin il aurait été surprenant qu'elles échappassent à la mode actuelle de tout apprécier en termes patrimoniaux (surtout celles dont la rareté suscite des convoitises particulières).

Le législateur en tient compte, qui admet parfois la cession des autorisations à titre onéreux. Et, en fait, lorsqu'il ne l'admet pas, un trafic clandestin risque d'apparaître, qui ne peut être que malsain. Il conviendrait sans doute d'inverser le principe (en l'assortissant des précautions nécessaires, telles que l'agrément du cessionnaire par l'autorité administrative), au moins pour celles des autorisations qui ne répondent pas à des considérations strictes d'ordre public ; leur précarité deviendrait alors un élément de détermination de leur valeur.

B. — Réglementation et déréglementation

Il n'est pas vrai que la réglementation publique recule, moins encore qu'elle serait vouée à disparaître : l'abondance de la législation économique, l'ampleur (parfois terrifiante) des textes suffisent à démontrer le contraire. Selon l'expression très juste de M. Duprat, la déréglementation est un « transfert de réglementation »².

² « La déréglementation en droit public économique », in *La déréglementation*, PUF 1986, p. 123 ; voir aussi J. Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », *Rev. dr. pub.* 1987, p. 281, L. Dubouis, « La déréglementation en droit communautaire », *Rev. fr. dr. adm.* 1986, p. 483, J. Basedow, « Le marché unique, programme de déréglementation », *Rev. int. dr. comp.* 1993, p. 619.

En déréglementant, l'État ne renonce pas à s'imposer au marché, mais il change de modes d'intervention : cessant de substituer ses choix à celui des entreprises (comme on l'a vu dans la première partie de cet exposé), il s'attache désormais aux équilibres du marché et à une redistribution des compétences publiques.

1. Le respect des équilibres.

Je ne peux qu'esquisser quelques pistes, tant la matière est vaste. L'État veille au fonctionnement harmonieux du marché, lui offre des cadres d'action, lui impose une discipline. Car on sait bien que l'« autorégulation » spontanée et loyale du marché relève d'un mythe irénique ou hypocrite : la « loi du marché » est toujours celle du plus fort, et donc le contraire de la loi juridique.

Maître du droit des sociétés, il met à la disposition des entrepreneurs, des structures d'action nouvelles : G. I. E., G. I. P., E. U. R. L., E. A. R. L..., ou bâtit (lentement !) une notion juridique de groupe de sociétés. Maître du droit civil, il multiplie, comme contreparties à la liberté des entreprises, les dispositions d'ordre public. Maître du droit pénal, il vient d'instituer la responsabilité pénale des personnes morales (la sienne exceptée...) qui vise au premier chef les entreprises (autre contrepartie). Maître du droit économique, il réorganise des marchés entiers, agricole, boursier ou bancaire.

Son action se développe dans quatre directions privilégiées, qui, naturellement, se recoupent.

D'abord, la protection du faible contre le fort, et notamment du consommateur contre le professionnel, tenté d'imposer au premier des clauses abusives ou de ne pas prendre assez soin de sa sécurité : ce n'est pas un hasard si l'élaboration d'un code de la consommation a été l'une des priorités des codificateurs d'aujourd'hui (loi du 26 juillet 1993). Mais il lui faut aussi protéger les entreprises contre les abus de position dominante ou de puissance économique de la part d'autres entreprises.

Ensuite, sinon la « transparence », du moins l'information : ainsi de l'affichage des prix, de l'information des épargnants sollicités par appel public, des déclarations de franchissement de seuils...

En troisième lieu, la moralité de la vie des affaires : de la répression des abus de biens sociaux ou des délits d'initiés à la lutte contre la corruption, la rubrique est longue et sombre des « affaires » récentes : traduisent-elles une déliquescence générale de l'honnêteté ou – au contraire – une résurgence de la vertu qui ne se laisserait plus offenser ? Un peu les deux sans doute : la vertu a dû se lasser d'être davantage outragée.

La dernière direction est évidemment celle du développement de la concurrence.

2. La redistribution des compétences étatiques.

Moins d'État ? Voire !

Moins de personne publique étatique, sûrement : les transferts de compétences étatiques au profit de l'Union européenne d'une part, des collectivités territoriales d'autre part, montrent une recherche du lieu « idéal » d'exercice de l'administration économique, dont l'État a été l'auteur plus que la victime (ce que l'on oublie trop). Mais c'est toujours la puissance publique qui s'exerce en d'autres mains.

Moins de gouvernement, sûrement aussi. C'est même l'une des caractéristiques de l'évolution actuelle : comme s'ils avaient perdu confiance en eux, nos gouvernements

successifs se sont déchargés de pans entiers de la régulation économique. Cela a d'ailleurs cet effet fâcheux (ou voulu ?) qu'ils cessent d'en être responsables politiquement devant le parlement.

Mais ils ne se déchargent pas de tout : le pouvoir réglementaire demeure très largement entre les mains d'autorités gouvernementales (le Conseil constitutionnel y a veillé), qu'elles l'exercent elles-mêmes ou qu'elles homologuent, approuvent, publient... les actes généraux et impersonnels adoptés par d'autres autorités.

Et ils se déchargent le plus souvent au profit d'autres organes de l'État. Pas toujours, certes : dans la tradition de la jurisprudence *Monpeurt* (Cons. d'Et., 31 juillet 1942), des prérogatives de puissance publique liées à une mission de service public ont été attribuées au Comité des bourses de valeur ou au Conseil des marchés à terme qui sont des personnes morales de droit privé.

Mais les autorités administratives indépendantes sont des autorités de l'État. Elles sont particulièrement nombreuses à agir sur les marchés : Commission des opérations de bourse, Conseil de la concurrence, Commission bancaire, Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, Commission de contrôle des assurances, Commission de contrôle des institutions de retraite et de prévoyance, Bureau central de tarification, Conseil supérieur de l'audiovisuel.

On y ajoutera le Conseil de la politique monétaire, qui, bien qu'il soit un organe de la Banque de France, a été qualifié d'« autorité de l'État » par le Conseil constitutionnel (décision du 3 août 1993). En revanche, et malgré des opinions contraires, je n'y inclurai pas des organes administratifs indépendants, mais qui, dépourvus de pouvoir de décision, ne sont pas des autorités (Commission de sécurité des consommateurs, Commission des clauses abusives), ni des autorités administratives qui, présidées par le ministre (ainsi du Comité de la réglementation bancaire) ou dépendant trop de lui en raison de leur mode de désignation (Comité des établissements de crédit), ne peuvent pas être considérées comme indépendantes. Ce qui fait que les « A. A. I. » ne sont pas tout à fait aussi nombreuses qu'on le dit parfois.

Le juge, c'est également l'État. Or la déréglementation s'est traduite aussi par une juridictionnalisation des relations économiques. Les juridictions ont reçu des compétences matériellement élargies (sous réserve, pour le juge administratif, de celles qu'il a perdues au profit de la cour d'appel de Paris) ; elles disposent de pouvoirs accrus, comme en témoigne la montée, en matière de sanctions économiques, du plein contentieux qui leur permet de substituer leur propre décision à la décision attaquée. Si les entreprises fréquentent (peut-être) moins qu'avant les cabinets ministériels, elles découvrent les prétoires. Plus libres, *a priori*, de leur stratégie, elles en sont plus responsables *a posteriori*.

CONCLUSION

Il faut donc se garder d'une opposition systématique entre l'État et le marché : ils ont partie liée, et, concertation ou contractualisation aidant, ne cessent de dialoguer.

Il faut même se garder de prétendre assigner à chacun d'eux une sphère d'influence spécifique et étanche : l'État intéresse le marché et le marché intéresse l'État.

Mais un nouveau partage des rôles s'établit : les entreprises doivent être libres de leur stratégie sur le marché, et il n'est pas impossible que les personnes publiques bénéficient aussi d'une part de cette liberté lorsqu'elles se comportent en entreprises ; l'État détermine les cadres dans lequel se développe l'action des entreprises et veille au respect des grandes disciplines du marché... quitte à s'y plier lui-même lorsqu'il agit en entreprise.