

La réglementation de l'économie

Dominique BUREAU

Professeur à l'Université de Paris XI

RÉSUMÉ. — Les évolutions contemporaines de la **réglementation de l'économie** témoignent — sous une forme pour le moins actuelle — de la diversité des relations qu'entretiennent en ce domaine le public et le privé. Elles se manifestent tout d'abord par une sorte de déplacement des frontières, comme en attestent maints exemples ; le mouvement demeure cependant d'interprétation délicate, en raison notamment de l'hétérogénéité de ses manifestations et de l'ampleur de ses incidences. En d'autres hypothèses, la relation s'exprime sous forme d'un dépassement des frontières; traduisant, ici comme ailleurs, un véritable brouillage des catégories traditionnellement retenues par la **dogmatique juridique**.

1. Le public *et* le privé. À travers le prisme de la réglementation de l'économie ¹, la liaison résultant d'une telle conjonction efface l'alternative. De cette coexistence — plus ou moins pacifique — la dogmatique juridique pourrait cependant faire douter, lui opposant un choix autrement formulé : le public *ou* le privé. En effet, selon une représentation largement répandue du phénomène juridique, la règle de droit serait d'origine étatique, qualité participant de son essence même. Sous de tels auspices, la réunion des termes ne pourrait s'opérer, toute réglementation de l'économie manifestant inéluctablement une emprise du public sur le privé : nécessitant l'intervention de l'État, elle ne pourrait s'exprimer par la seule loi du marché. La réglementation s'opposant de la sorte à l'autorégulation, la compréhension d'un tel sujet en imposerait l'effacement partiel : l'existence d'une réglementation de l'économie d'origine étatique évinçant le privé, celui-ci ne se maintiendrait que par mise à l'écart de toute réglementation au profit d'espaces vides de droit, d'un non-droit économique ², un tel ordonnancement étant d'ailleurs perturbé sous certains aspects par le phénomène de la déréglementation ³, redonnant partiellement à la société civile le pouvoir de s'organiser elle-même.

¹ Sur l'étude plus générale des relations entre le droit et l'économie, V. B. Oppetit, « Droit et économie », *Arch. phil. droit*, T. 37, 1992, p. 17 et s.

² Sur ce thème désormais classique, V. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ 1983, p. 24 et s.

³ Sur ce phénomène, V. not. : *La déréglementation*, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 1986 ; « La déréglementation », *RRJ*, 1987-2, p. 639 et s.

2. Cette compréhension réductrice n'est pas cependant inéluctable. Il suffirait pour la faire disparaître d'accepter de découvrir dans la production normative davantage que l'expression d'un simple monopole étatique, la question de l'engendrement du droit, au cœur de la pensée philosophique⁴ s'étant d'ailleurs nourrie dans la doctrine juridique des relations économiques elles-mêmes. C'est ainsi notamment que le domaine des relations économiques internationales est apparu comme un terrain particulièrement fertile aux tentatives de dépassement d'une théorie étatiste des sources du droit : sous le nom de *lex mercatoria* il a été proposé – non sans résistances – d'admettre l'existence d'un droit destiné à assurer la régulation des opérations marchandes sans passer par le canal des voies étatiques⁵. Cette réglementation économique procéderait alors essentiellement de l'initiative privée, largement détachée du droit d'origine étatique, même si celui-ci dispose des moyens de s'y opposer, rétablissant ainsi du point de vue des sources du droit un éventuel partage entre le public et le privé. Redonnant une possible dimension au sujet considéré, celui-ci s'orienterait cependant vers une réflexion d'ensemble sur les sources du droit – monisme ou pluralisme, sources formelles et informelles – faussant la perspective particulière ici envisagée.

3. L'approche formaliste pourrait cependant être poursuivie sous d'autres aspects pour tenter de rétablir les contours initiaux de l'objet d'étude. Afin d'admettre la présence conjugée du public et du privé au regard de la réglementation de l'économie, la distinction classiquement entretenue entre le droit public et le droit privé⁶ ne pourrait-elle en effet servir de guide ? La coexistence d'ouvrages de droit privé de l'économie⁷ mais aussi de droit public économique⁸ attesterait d'ailleurs le bien-fondé d'une telle césure ainsi rapportée à l'étude de la réglementation de l'économie. L'avantage apparent de cette distinction serait manifeste, renvoyant à une opposition dont tout porte à croire qu'elle se situe au cœur du sujet : l'intérêt général d'un côté, les intérêts particuliers de l'autre. Ainsi délimité, le propos s'orienterait tout naturellement autour de ce schéma convenu, par répartition entre le public d'une part (c'est-à-dire le droit public et l'intérêt général) et le privé d'autre part (c'est-à-dire le droit privé et les intérêts particuliers). Pour fondamentales qu'apparaissent les questions induites d'une telle représentation, il demeure cependant tout à fait incertain que les distinctions qui en résultent soient suffisantes pour délimiter le sujet en termes d'oppositions directrices : ainsi la séparation du droit public et du droit privé ne se reflète sans doute qu'imparfaitement dans la dissociation de l'inté-

⁴ Sur ce thème, V. « Sources du droit », *Arch. phil. droit*, T. 27, 1982.

⁵ Sur la théorie de la *lex mercatoria*, V. l'article fondateur de B. Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. droit*, T. IX, 1964, p. 177. Comp., dans une perspective critique, P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, p. 125. Sur l'ensemble de la discussion, V. D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Paris II, 1992.

⁶ Rapp. la distinction entre règles de juste conduite et règles d'organisation proposée par F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, T. I, *Règles et ordre*, PUF « Libre échange », 1980, spéc. p. 158.

⁷ G. Farjat, *Droit privé de l'économie*, T. 2, *Théorie des obligations*, PUF, 1975 ; R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4e éd. 1979.

⁸ A. de Laubadère, P. Delvolvé, *Droit public économique*, Dalloz, 5e éd. 1988 ; A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, PUF « Droit fondamental », 1994.

rêt général et des intérêts particuliers, ce dont témoigne précisément la réglementation de l'économie⁹. Par ailleurs, une telle césure n'est opératoire que par approximations déformantes ; pour n'en citer qu'un exemple, on relèvera que l'existence de règles impératives en matière économique s'inscrit au sein d'une notion sur laquelle on reviendra : l'ordre public. Sous couvert d'une telle notion, l'intérêt général peut ainsi être pris en considération pour décider qu'une règle est impérative. Intérêt général, ordre public : est-ce à dire qu'alors on se trouve dans le domaine du droit public ? On peut en douter¹⁰, et il apparaît dès lors que si l'appel à ces notions – droit public, droit privé ; intérêt général, intérêt particulier – s'impose en tant que partie intégrante de la problématique d'ensemble, il ne peut cependant prétendre en délimiter *ab initio* les lignes directrices.

4. Il résulte donc de ces remarques préliminaires qu'une approche purement formaliste du phénomène doit être délaissée : au-delà de l'origine des normes, c'est le contenu de ces dernières qui doit servir de guide. Le sujet se comprend alors de la manière suivante : par sa teneur, son sens, dans quelle mesure la réglementation de l'économie manifeste-t-elle l'emprise du public ou du privé ? Ainsi formulée, la question oriente la réflexion à partir de cette réglementation considérée en tant que telle, laissant à la sociologie le soin de déterminer son influence sur les relations économiques. On se contentera donc de souligner que, sous ce dernier aspect, l'efficacité de la réglementation, son incidence réelle sur l'économie n'est pas toujours avérée. Ainsi en témoigne ce qu'il est convenu d'appeler le secteur informel¹¹ ou encore l'économie illégale, développé en marge – voire à l'encontre – de toute réglementation¹² : dans toutes ces hypothèses, la réglementation existe, mais est purement et simplement ignorée¹³. Par ailleurs, il a été récemment soutenu – dans une perspective bien différente cependant – que le phénomène d'ignorance trouverait en économie des racines profondes, l'idée ayant été avancée qu'au-delà des institutions, de la réglementation même, le miracle en économie résulterait essentiellement de facteurs culturels : d'un *ethos* de confiance compétitive, entendu comme les caractéristiques composant un ensemble cohérent de comportements et de mentalités¹⁴. Tant et si bien qu'en économie, la réussite dépendrait moins de la réglementation que de l'individu.

⁹ En ce sens, V. not. F. A. Hayek, *op. cit.*, spéc. p. 159 : « considérer que le droit public est le seul qui serve le bien commun ou général, et que le droit privé protège seulement les intérêts égoïstes des individus serait exactement à l'inverse de la vérité ».

¹⁰ V. ainsi, dans cette perspective, F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2e éd., 1994, spéc. n°91, p. 74.

¹¹ B. Lautier, C. de Miras, A. Morice, *L'État et l'informel*, L'Harmattan, 1991, p. 6 ; aj., *Les pratiques juridiques, économiques et sociales informelles*, Actes du colloque international de Nouakchott (8-11 déc. 1988), PUF « Université d'Orléans », 1991.

¹² G. Giugni, « Aspects juridiques de l'économie informelle », in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 257.

¹³ On précisera qu'un tel phénomène n'est pas le privilège des pays en voie de développement, comme l'illustre l'exemple du travail au noir. Plus généralement l'excès de réglementation même incite parfois au développement de cette économie informelle : il suffit là de songer à la fraude fiscale.

¹⁴ A. Peyreffite, *Du "miracle" en économie. Leçons au Collège de France*, éd. O. Jacob, 1995, spéc. p. 49.

5. Retenant la réglementation de l'économie sous l'angle de son existence, et non pas de son efficacité, son remplacement sous le thème du public et du privé se doit donc d'être accompli à partir d'une approche substantielle des règles¹⁵, un tel rapprochement des termes en présence permettant d'évoquer des modèles aux formes éprouvées. Ainsi le public fait-il référence à l'intervention de l'État, renvoyant dans le domaine économique à la notion d'interventionnisme¹⁶, alors même que de telles interventions sont d'ailleurs placées sous le signe de la diversité¹⁷. À ces différents types d'intervention dans le domaine économique répondent différents modèles d'État, les figures bien connues de l'État gendarme¹⁸ ou de l'État providence¹⁹. Sous une telle précision d'ordre sémantique, le terme d'intervention n'est pas neutre²⁰. L'interventionnisme paraît en effet exprimer l'immixtion d'une personne dans des affaires qui ne sont pas les siennes, suggérant une ingérence de l'institution publique dans un domaine, l'économie, qui normalement ne serait pas le sien. On est là – déjà – au cœur du débat : certains en effet doutent d'une telle qualification, de ce phénomène d'ingérence, pour ne découvrir ici que l'exercice par l'État de ses fonctions générales²¹. Ainsi sa compétence devrait lui être reconnue ici comme ailleurs ; car tout est économique : dire que l'autorité publique n'a pas sa place en ces matières serait dire qu'elle ne l'a nulle part.

6. Dès lors, c'est par contraste que se définit le privé : privé de quoi ? De l'intervention du public pourrait-on répondre, pour s'en féliciter ou pour le déplorer. De même que le rôle du public se dessinait par référence à l'interventionnisme, la place du privé renvoie à une autre notion : le libéralisme économique. C'est là l'expression d'une doctrine aux termes de laquelle la liberté économique, le libre jeu de l'entreprise ne doivent pas être entravés. Encore convient-il de préciser qu'au sein de ce courant, différentes nuances se développent. C'est ainsi que les classiques et néo-classiques condamnent à titre de principe l'intervention de l'État dans l'activité économique. On sait par exemple de

¹⁵ Dans cette perspective, V. à propos du code civil : J.-F. Niort, « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *Arch. phil. droit*, T. 37, 1992, p. 101.

¹⁶ M.-L. Pavia, « Un essai de définition de l'“interventionnisme” », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, CERAM, Montpellier, T. II, 1984, p. 549.

¹⁷ G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, chap. II : Tout devient droit public (Défendre, autoriser, ordonner, surveiller, exploiter, voilà la gamme des interventions de l'État dans les intérêts privés concluait l'auteur). Aj., sur cette diversité, P. Milhac, « L'entreprise et les pouvoirs publics », in *L'entreprise et ses partenaires*, 79e Congrès des notaires de France, T. II, Avignon, 8-11 mai 1983, p. 1043 et s. ; « Les autorités publiques et l'entreprise privée », *RJ com.*, n° spécial, 1983.

¹⁸ Pour une approche historique, V. not. P. Legendre, « Domat, théoricien de l'État gendarme », in *Études à la mémoire du professeur E. Giraud*, Université de Lille, 1966, p. 247.

¹⁹ Sur ce thème, comp. par ex., P. Rosanvallon, *La crise de l'État-providence*, Seuil « Points Essais », 1981 et F. Ewald, *L'État-providence*, Grasset, 1986. Dans une perspective comparative, V. J. Carby-Hall, « La crise de l'État providence en Grande-Bretagne », *RID comp.*, 1996, 35.

²⁰ R.-E. Charlier, « Signification de l'“intervention” de l'État dans l'économie (Quelques observations linguistiques) », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, CERAM, Montpellier, T. I, 1984, p. 95.

²¹ R.-E. Charlier, *op. cit.*, spéc. p. 96.

quelle manière A. Smith souhaitait une limitation de l'État, perturbateur des lois du marché, la théorie de la main invisible voulant que la poursuite par chacun de son propre intérêt permette la réalisation de l'intérêt général : l'harmonie des intérêts étant naturelle, l'intervention de l'État dans la sphère des activités économiques se devrait donc d'être limitée. À partir de ce modèle, la pensée se développe d'ailleurs sous des formes diverses : pour octroyer un certain rôle à l'État, chargé de veiller au respect de la règle du jeu ou remédier aux insuffisances du marché ; pour justifier son intervention face aux crises économiques ; ou, pour le courant libertarien, rejeter toute forme de présence étatique en matière économique.

7. À travers ces quelques précisions, on constate que la gamme des réponses proposées par la pensée économique et philosophique est assez étendue : de la compétence naturelle de l'État en ce domaine à son incompétence radicale²². Entre les deux, bien des nuances se font jour, marquant toutes les difficultés d'admettre une compétence limitée de l'État et d'en fixer les limites²³. Le débat est ainsi placé sous l'angle de la compétence de l'État à intervenir en matière économique, sous l'angle de la nécessité d'une telle intervention, de sa légitimité, de son efficacité aussi. Au-delà, la réflexion se prolonge sur des thèmes récurrents, tels la conciliation des intérêts particuliers et de l'intérêt général, traduisant diverses conceptions de la justice, sociale ou non.

8. La question peut alors se poser de savoir quelle place le droit positif accorde à ces différents modèles de pensée. L'histoire révèle qu'en ce domaine, des tendances existent, toutes en nuances²⁴ ; mais de manière générale, on constate que l'État – du moins en France – n'est jamais totalement indifférent à la régulation des rapports économiques²⁵. Sans doute les finalités de l'intervention de la puissance publique sont-elles variables. Mais au-delà, on a relevé que cette permanente conciliation de l'intérêt général et de celui de l'entreprise, ce souci d'efficacité et de moralisation des comportements, cette combinaison de l'autonomie et de la réglementation correspondait à l'esprit du colbertisme qui n'aurait jamais cessé d'imprégner l'action des pouvoirs publics à l'égard des entrepreneurs privés, même lorsque le pouvoir politique était

²² Sur l'histoire de la pensée philosophique des relations entre le droit et l'économie, notamment sous l'angle de la place respective du public et du privé, V. R. Sève, « Droit et économie : quatre paradigmes », *Arch. phil. droit*, T. 37, 1992, p. 63. Pour un aspect du débat contemporain, V. *Libéralisme et État de droit*, dir. J. Bidet et G. Labica, Meridiens Klincksieck, 1992.

²³ Sur la difficulté de cerner les contours d'un « bon État minimal », V. P. Rosanvallon, *La crise de l'État-providence*, préc., spéc. p. 63 et s. Comp., sur la différence entre l'idée libérale du « moins d'État » et l'idée marxienne et engelsienne du déclin de l'État, S. Mercier-Josa, « Hégémonie du système des besoins ou dépérissement de l'État », in *Libéralisme et État de droit*, préc., p. 54.

²⁴ Sur ces données historiques, V. not. A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, préc., n° 8 et s. Aj., de manière générale, J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, « Droit fondamental », 1986 ; R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien « Domat/Droit privé », 1989.

²⁵ Pour une approche comparative, V. *Le rôle de l'État dans le développement de l'économie*, XXIV^e Congrès de l'IDEF, Le Caire, 21-25 juin 1995.

occupé par les libéraux ²⁶. Dans cette perspective historique, il apparaît que la place respective du public et du privé n'est pas intangible, que des mouvements animent la matière, ces déplacements n'étant d'ailleurs pas dus exclusivement à l'influence de la pensée philosophique ou économique, mais également au rôle important joué par des facteurs purement conjoncturels. C'est sur ce déplacement des frontières au cours de la période contemporaine que l'on s'interrogera donc tout d'abord (I). Ainsi examinée, la question toute entière paraît placée en termes d'oppositions, qui se succèdent d'ailleurs avec des succès variables : libéralisme et interventionnisme ou dirigisme ; droit public et droit privé ; pouvoirs publics et pouvoirs privés ; entreprises publiques et entreprises privées ; ordre public et ordre privé. On peut cependant avancer que ces oppositions sont peut être parfois moins marquées qu'il n'y paraît, ou d'une moindre importance que celle qui leur est traditionnellement octroyée, les distinctions traditionnelles paraissant en certains cas moins tranchées : les frontières entre le public et le privé seraient en quelque sorte dépassées (II).

I. — LE DÉPLACEMENT DES FRONTIÈRES ENTRE LE PUBLIC ET LE PRIVÉ

9. En 1949 G. Ripert s'exclamait : tout devient droit public ²⁷. Par contraste, tout deviendrait-il aujourd'hui droit privé ? Une telle affirmation, souvent proclamée pour décrire la période contemporaine – comprise comme l'ère du néo-libéralisme dominée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ²⁸ – se doit d'être vérifiée à partir des concepts fondamentaux de la matière, l'entreprise ²⁹ et le marché ³⁰. On examinera ainsi – à travers la réglementation de l'économie – de quelle manière s'effectue le déplacement des frontières entre le public et le privé au regard de la présence des entreprises sur le marché, d'abord (A), du comportement des entreprises au sein du marché ensuite (B).

10. A. — Au regard de la présence des entreprises sur le marché, le déplacement le plus visible des frontières paraît effectivement marquer un mouvement du public vers le privé. Ainsi, quant à la structure des entreprises, l'expression la plus manifeste d'une telle mutation réside sans doute dans la vague contemporaine de privatisation ³¹, dont les derniers prolongements soulèvent cependant quelques résistances ³². Pérennité de la

²⁶ B. Oppetit, « Les autorités publiques et l'entreprise privée. Rapport de synthèse », in *Les autorités publiques et l'entreprise privée*, *RJ com.*, n° spécial, 1983, p. 166.

²⁷ G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, chap. II : Tout devient droit public.

²⁸ Dont on précisera qu'il constitue une liberté... publique.

²⁹ G. Farjat, *Droit économique*, préc., spéc. p. 767, définissant l'entreprise comme la « personne spécifique, l'atome du droit économique ».

³⁰ V., dans la perspective du thème ici abordé, P. Rosanvallon, *Le libéralisme économique, Histoire de l'idée de marché*, Seuil « Points politique », 1989.

³¹ Dans une perspective comparative, V. Cl. Champaud, « Droit économique comparé et privatisation des économies administrées », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 119.

³² Sur le phénomène contemporain de privatisation des monopoles publics dans les grands États industriels, V. *Les Échos*, mardi 5 déc. 1995, p. 58-59.

pensée de Montesquieu³³, qui affirmait que « le Prince ne doit pas faire le commerce » ? La réalité est sans doute plus complexe, tant il est vrai qu'à ces opérations se mêlent des considérations très diverses, d'ordre politique, voire idéologique, financier et social³⁴. D'autant que le mouvement est parfois pendulaire, dévoilant des vagues successives de nationalisations et de privatisations, en passant par des phases intermédiaires³⁵, et que son résultat n'est pas davantage univoque : est-il ainsi indifférent de constater que les sociétés nationalisées en 1982 avaient conservé pour l'essentiel leur statut de sociétés commerciales, demeurant soumises aux dispositions de droit privé de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales ? Ou de relever que les opérations de privatisation de 1986 n'étaient pas exemptes de considérations publicistes, à travers la confection de noyaux durs par exemple³⁶ ? De sorte que l'on a pu déduire de ces dernières dispositions – forts techniques au demeurant – que « ces opérations justifiées par l'efficacité libérale ont été en fait menées par une autorité administrative, sous la direction omniprésente de l'État »³⁷.

11. Au-delà de ce déplacement très apparent des frontières du public vers le privé, d'autres aspects de la réglementation de l'économie marquent cependant, au regard des structures de l'entreprise, un mouvement inverse. Ainsi en est-il par exemple en matière de contrôle des concentrations où, au rebours de l'évolution résultant de manière générale de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le renforcement du rôle des pouvoirs publics apparaît sensiblement. Le système français étant en effet fondé sur un principe de faveur à la concentration, il en résulte un contrôle sélectif des opérations par le biais d'une procédure confiant de larges pouvoirs au ministre chargé de l'économie. Par ailleurs, l'opération n'est soumise à contrôle que si elle dépasse certains seuils et est ainsi de nature à porter atteinte à la concurrence : aucune règle d'interdiction n'est posée *a priori*³⁸, la décision reposant ici largement sur des considérations de pure opportunité fondées sur l'éventuelle contribution que le projet de concentration est susceptible d'apporter au progrès économique ou au progrès économique et social, et ce d'une manière suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence en résultant. Qu'il s'agisse des organes de contrôle ou des facteurs de décision, l'emprise du public est ainsi manifeste³⁹.

³³ *De l'esprit des lois*, Livre XX, Chapitre XIX.

³⁴ L. Baslé, « La signification des privatisations à l'Est et à l'Ouest. Quelques remarques introductives », in *Public/Privé*, PUF, 1995, p. 121, mettant en lumière la différence de nature et non pas simplement de degré entre ces diverses formes de privatisation.

³⁵ Cf. le célèbre « ni nationalisation, ni privatisation ».

³⁶ A. Couret, « La propriété et l'organisation de la production en économie libérale », in *Liberté et droit économique*, De Boeck Université, 1992, p. 43 et spéc. p. 54.

³⁷ M. Caverivière et M. Debene, « Sociétés privatisées et stratégies actionnariales (Des lois de l'été 1986 aux lois de l'été 1989) », *Rev. sociétés*, 1989, 589, et spéc. p. 610.

³⁸ Sur les solutions en vigueur au sein d'autres systèmes juridiques, V. L. Vogel, « Le contrôle direct des opérations de concentration économique depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *JCP*, éd. E., 1988.II.15115.

³⁹ Pour une critique du contrôle ministériel des concentrations, replacée dans une perspective plus générale, V. D. Danet, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RID éco.*, 1993, 5.

12. Quant aux conditions d'accès des entreprises au marché, le mouvement le plus visible paraît également celui d'un déplacement des frontières du public vers le privé. En attesterait notamment la consécration par le Conseil constitutionnel de la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire du « droit pour toute personne de se livrer aux activités commerciales ou industrielles de son choix, soit en créant une entreprise, soit en en faisant l'acquisition ou en en prenant le contrôle »⁴⁰. De manière plus générale, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, traditionnellement entendu comme la liberté des personnes privées, est par ailleurs fréquemment invoqué pour limiter les initiatives économiques des personnes publiques. La liberté serait ainsi doublement protectrice des intérêts privés : en assurant leur propre accès au marché et en limitant l'accès des opérateurs publics à ce dernier. Sur ce dernier point, on relèvera cependant que l'abstention des pouvoirs publics connaît de nombreuses exceptions, et que les principes sur lesquels cette abstention repose sont parfois jugés dépassés. Il en résulte qu'en ce domaine, des évolutions sont parfois envisagées au profit d'un principe de liberté d'accès des opérateurs publics au marché, complété par un principe d'égalité des conditions de concurrence entre les opérateurs publics et privés⁴¹. Le mouvement des frontières se ferait alors au profit des opérateurs publics, accédant librement au marché et non plus seulement en cas de circonstances particulières, telle la carence de l'initiative privée.

13. Lorsque sont envisagées les seules entreprises privées, est-ce à dire que face à ce principe de la liberté d'entreprendre, les pouvoirs publics demeurent totalement absents ? La réponse est négative, et il faut bien constater que la liberté n'est jamais absolue⁴² ; ce n'est donc pas à l'énoncé de principes, fussent-ils constitutionnels que l'on mesure l'espace de liberté dont jouissent les entreprises et les entrepreneurs, mais à l'examen des limites apportées à l'initiative individuelle, et dont le droit positif témoigne de diverses manières. Pour encourager la liberté d'entreprendre tout d'abord⁴³, les incitations financières et fiscales se déclinent ici sous des formes diverses : primes, prises de participation, prêts et avances, exonérations d'impôts... Ces encouragements jouent un rôle important au sein de l'économie nationale, étant affirmé que « l'objectif de toute politique économique responsable est de favoriser l'acte d'entreprendre »⁴⁴. Les relations qu'entretiennent de la sorte l'intervention des pouvoirs publics et le jeu de la concurrence font cependant l'objet d'appréciations nuancées. En effet, lorsque l'État apporte une aide à une entreprise, il modifie les conditions de la concurrence en rompant l'égalité des moyens. Mais on estime aussi que de telles aides sont parfois indispensables pour adapter les entreprises au changement des conditions de la concurrence, voire

⁴⁰ M. Pédamon, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 1994, spéc. n° 432, p. 369.

⁴¹ Dans cette perspective, V. M. Lombard, « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.*, 1994, Chron., p. 163. Comp. D. Truchet, « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », *Dalloz affaires*, 1996, 731.

⁴² Cl. Champaud, « Libre entreprise et droit français », *RID éco.*, 1987, 294.

⁴³ V., de manière générale, M. Pédamon, « La liberté d'entreprendre et l'intervention des autorités publiques », in *Les autorités publiques et l'entreprise privée*, *RJ com.*, n° spéc. 1983, p. 13.

⁴⁴ A. Madelin, *Chers compatriotes*, J.-Cl. Lattès éd., 1994, spéc. p. 65.

au développement de la capacité concurrentielle de certains secteurs⁴⁵. Nuances d'ailleurs reflétées par les règles du droit communautaire⁴⁶ : d'une part, celles-ci mettent en place un système de contrôle des aides d'État, confié à la Commission et reposant sur un principe d'incompatibilité de ces aides avec le marché commun. Mais d'autre part, ce principe est aussitôt assorti de dérogations, impératives ou facultatives : parmi ces dernières figurent ainsi les aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État, ou destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

D'autres interventions ont au contraire pour objet de limiter la liberté d'entreprendre : ainsi en va-t-il de la réglementation des incompatibilités, déchéances, voire de certaines interdictions d'accéder à l'exercice d'une activité commerciale. La portée même de ces mesures appelle d'ailleurs quelques précisions, puisqu'il est parfois estimé que « ce ne sont pas des restrictions à la liberté d'entreprendre, mais des conditions imposées par l'exigence d'efficacité et de sécurité de son exercice, pour celui qui s'y livre comme pour ses clients et la collectivité »⁴⁷. D'autres limites ont pour objet la protection de certaines activités déterminées : l'une des plus célèbres résulte de la loi Royer, en date du 27 décembre 1973⁴⁸, subordonnant à une autorisation administrative préalable l'ouverture des magasins à grande surface afin de protéger le petit commerce.

14. Quelques conclusions peuvent être proposées au terme de ces premiers développements. La première s'exprime sous forme de paradoxe : lorsque la liberté est le plus explicitement affirmée, c'est parfois pour la restreindre dans le même temps. Il est ainsi significatif de constater que c'est à propos des nationalisations que fut reconnue la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre. Plus encore, l'affirmation du principe supporte des limitations exigées par l'intérêt général, selon les termes mêmes du Conseil constitutionnel⁴⁹. De même, on relèvera qu'aux termes de la loi Royer, « la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales ». En conséquence, on s'est parfois demandé si l'expression formelle de la liberté avait une réelle signification dans de telles circonstances ou si elle était seulement desti-

⁴⁵ B. Goldman, A. Lyon-Caen, L. Vogel, *Droit commercial européen*, Dalloz, 5e éd., 1994, spéc. n° 971, p. 770.

⁴⁶ B. Goldman, A. Lyon-Caen, L. Vogel, *op. cit.*, *loc. cit.* ; aj. : R. Kovar, « Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'État », *RTD com.*, 1992, 109 ; Ph. Laurent, « Contrôle communautaire des aides d'État aux entreprises en difficultés », *Contrats, conc., consom.*, 1996, Chron. 5.

⁴⁷ B. Goldman, « La liberté du commerce dans les pays développés », in *Liberté et droit économique*, préc., spéc. p. 98.

⁴⁸ Récemment modifiée dans un sens plus restrictif encore par L. n° 96-314 du 12 avr. 1996, *JO*, 13 avr. 1996 (V. ég., D. n° 96-473 du 31 mai 1996, *JO*, 1 juin 1996) et L. n° 96-603 du 5 juill. 1996, *JO*, 6 juill. 1996.

⁴⁹ Sur ce point, V. N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Thèse Paris II, 1994, spéc. n° 112, p. 121 et s.

née à rendre moins inacceptable la gravité de l'atteinte qui lui était portée dans le même temps ⁵⁰.

Par ailleurs, sur le plan plus général des frontières entre le public et le privé, il faut bien effec comprendre ce que suggère le principe de la liberté d'entreprendre : tout ce qui est accordé au marché l'est à la liberté. Tout ce qui est confié à la réglementation et à l'intervention des pouvoirs publics, si bienveillants, si compétents, si libéraux soient-ils, lui est retiré ⁵¹. Or, en l'état actuel des choses, l'assistance des pouvoirs publics n'est pas systématiquement rejetée, la liberté n'est jamais sans limite, et ce au nom d'objectifs différents : favoriser la concentration pour faire face aux grandes entreprises étrangères, mais aussi protéger les intérêts des petits commerçants et industriels, de sorte que l'intervention se justifierait ainsi au nom de l'intérêt général mais aussi de certains intérêts particuliers.

On constate donc que le déplacement des frontières ne saurait sans doute conduire à la disparition totale de l'un des domaines en présence, et ne s'effectue pas de manière linéaire, rendant finalement difficile la lecture de la réglementation de l'économie au regard de la présence des entreprises sur le marché.

15. B. — Au regard des comportements de l'entreprise, dans quelle direction s'effectue le déplacement des frontières ? C'est essentiellement à partir du principe de la liberté contractuelle que la question peut être posée ⁵². Elle ne l'est pas d'ailleurs exactement dans les mêmes termes que précédemment, dès lors que selon une décision récente du Conseil constitutionnel « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » ⁵³. Sous couvert d'une telle affirmation, c'est à partir des évolutions de l'ordre public économique que peut être décrit le sens du déplacement des frontières entre le public et le privé. On sait que c'est G. Ripert qui découvrit la notion d'ordre public économique ⁵⁴, qui fut ultérieurement systématisée par la doctrine ⁵⁵. Citant Portalis, l'auteur relevait que la loi est d'ordre public « quand elle intéresse plus directement la société que les particuliers ». Et aujourd'hui encore, en dépit des difficultés de définition entourant la notion, on s'accorde toujours à admettre que l'ordre public correspond à l'affirmation d'une suprématie de la société sur l'individu ⁵⁶.

⁵⁰ V. ainsi, à propos de la Loi Royer, Y. Guyon, « Que reste-t-il de la liberté du commerce et de l'industrie ? », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 3, et spéc. p. 5.

⁵¹ Cl. Champaud, *op. cit.*, spéc. p. 297.

⁵² Comp., au sujet de la liberté de décider, M. Pédamon, *Droit commercial*, préc., spéc. n° 433, p. 369 et s.

⁵³ Cons. const., déc. 94-348 DC du 3 août 1994, *JCP*, 1995.II.22404, note Y. Broussole.

⁵⁴ G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Sirey, 1934, T. II, p. 347. Aj., P. Raynaud, *L'ordre public économique*, Cours DES droit privé, 1965-1966 ; R. Savatier, « L'ordre public économique », *D.*, 1975, Chron., p. 37.

⁵⁵ V. ainsi : J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 4, *Les obligations*, PUF « Thémis », 1992, n° 70 ; J. Ghéstin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, n° 126 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 1994/1995, n° 528 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 1993, n° 357 et s.

⁵⁶ J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Armand Colin, 6e éd. 1994, spéc. n° 285 p. 203.

Dans le sens où est traditionnellement reçue l'expression, l'ordre public économique s'exprime ainsi par l'ensemble des mesures autoritaires prises par les pouvoirs publics et concernant l'activité économique.

16. Sur le sens du mouvement contemporain, l'accord ne règne pas cependant en doctrine : certains estiment en effet que l'extension de l'ordre public économique est indéniable, le déclin corrélatif de la liberté contractuelle constituant assurément l'un des traits les plus marquants du droit contemporain⁵⁷. On ajoute même parfois qu'« il est banal de dire que l'intervention de l'État dans la vie économique n'a cessé de se développer et de s'étendre depuis un demi-siècle »⁵⁸. Mais dans le même temps, d'autres considèrent également que l'on assiste aujourd'hui à un « reflux de l'ordre public et une extension considérable de la liberté »⁵⁹. En toute hypothèse s'accorde-t-on au moins à souligner ce qui marque la spécificité de l'ordre public économique : alors que l'ordre public classique visait en effet la défense des institutions essentielles de la société contre les atteintes que pourraient leur porter les contractants⁶⁰ et se traduisait en termes d'interdictions, l'ordre public économique ne se contente pas d'interdire ; il commande aussi, pour rendre les échanges économiques plus équitables, ou pour mieux les ordonner en considération de l'intérêt général : selon une distinction communément admise en ce domaine, on admet ainsi que l'ordre public économique peut être de protection ou de direction⁶¹.

17. L'ordre public de protection vise à protéger une catégorie de personnes, au motif que la liberté contractuelle peut ne pas satisfaire la justice lorsque les contractants sont dans un rapport inégalitaire. Il se propose donc de rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel. À cet effet le législateur réglemente de manière impérative le contenu de certains contrats, tels que ceux conclus entre employeur et salarié, assureur et assuré, bailleur et locataire, professionnel et consommateur. Cette réglementation de l'économie manifeste ainsi une réelle emprise du public sur le privé, jugée nécessaire pour rétablir entre les parties une égalité faussée à l'origine. À raisonner sur le seul terrain économique, on se demande d'ailleurs parfois si ces impératifs produisent toujours avec exactitude l'effet escompté. Il faudrait ainsi tenir compte en ce domaine comme ailleurs de ce que l'on a pu appeler l'effet pervers des lois⁶², conduisant finalement, même de manière indirecte, à une réglementation anti-

⁵⁷ J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, spéc. n° 289, p. 205.

⁵⁸ B. Goldman, « La liberté du commerce dans les pays développés », préc., spéc. p. 101.

⁵⁹ Ph. Malaurie, « La notion d'ordre public économique », *Rev. conc. et consom.*, n° 83, 1995, p. 73.

⁶⁰ Ordre public politique, dit-on parfois : J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, spéc. n° 290, p. 206.

⁶¹ Comp., à travers la distinction d'un ordre privé impératif (en développement) et d'un ordre étatique impératif (en reflux), J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz « Thèmes et Commentaires », 1996, p. 33.

⁶² Ph. Malaurie, « L'effet pervers des lois », in *Écrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 309.

économique. Ainsi la protection du consommateur ou du locataire est parfois présentée comme responsable de la hausse des prix et de la crise du marché immobilier ⁶³.

18. Les évolutions contemporaines de notre droit manifesteraient en ce domaine, écrit-on parfois, un retour vers des conceptions d'inspiration néo-libérales ⁶⁴. L'ordre public se maintiendrait, mais son visage se transformerait. Ce serait notamment le cas en matière de protection des consommateurs : à la réglementation impérative du contenu des contrats, le droit de la consommation préfère en effet la mise en place de procédures qui permettent d'identifier et d'interdire les clauses abusives, ce qui n'est là finalement que la simple traduction d'un ordre public négatif. On relèvera notamment à cette occasion, au-delà des péripéties ayant accompagné le mécanisme de lutte contre les clauses abusives – partagé entre le pouvoir réglementaire et l'autorité judiciaire – le pouvoir confié aux associations de consommateurs par une loi du 6 janvier 1988 d'intervenir dans le procès civil pour demander l'annulation du contrat. Le doyen Carbonnier a pu relever à cette occasion une « privatisation remarquable et discutable d'une fonction de l'État » ⁶⁵. À l'inverse, et ce dans un contexte très proche, l'intervention des pouvoirs publics sur le contrat se renforce parfois. Ainsi en témoignent les dernières évolutions de la législation sur le surendettement, où les commissions de surendettement des particuliers, présidées par le représentant de l'État dans le département jouent désormais un rôle principal dans le traitement de telles difficultés ⁶⁶.

19. Quant à l'ordre public de direction, il se propose quant à lui de « concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier » ⁶⁷. On comprend qu'entre la protection du faible (précédemment envisagée) et l'orientation de l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme aux besoins économiques, l'intervention du public n'est pas de même nature : l'ordre public économique, sous cet aspect, est lié au dirigisme économique, et devrait donc s'affaiblir avec le regain de faveur de l'économie de marché. C'est ainsi que ses outils essentiels, la taxation des prix et le contrôle des changes ont aujourd'hui très largement disparu, sous réserve de certaines exceptions. Pourtant, plutôt que de disparaître, cet ordre public se transforme : depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'ordre public économique serait donc d'inspiration néo-libérale. Il est vrai que le texte est dominé par le principe de la liberté de la concurrence, marquant à ce sujet une évolution notable : « ce n'est plus un ordre public de direction économique, c'est un nouvel ordre économique : l'ordonnance pose le principe de l'économie de marché, mais une

⁶³ Comp., sur la question de la détermination du prix, jugeant les solutions du droit positif (avant les arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 1^{er} déc. 1995) contraires aux réalités et aux nécessités du commerce : Ph. Malaurie, « L'indétermination du prix dans les contrats de concession », *Rev. conc. et consomm.*, n° 83, 1995, p. 64 ; aj., dans un sens comparable : L. Vogel, « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.*, 1995, Chron., p. 155.

⁶⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 359, p. 277.

⁶⁵ J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 75, p. 152.

⁶⁶ G. Paisant, « La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 *JCP*, 1995.I.3844.

⁶⁷ J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 70, p. 146.

économie qui est soumise à un contrôle ⁶⁸. Si le principe dominant est la liberté, celle-ci demeure donc canalisée ⁶⁹.

20. La part essentielle de cet ordre public est constituée par le droit de la concurrence. Il ne suffit donc plus pour qu'une convention soit valable, qu'elle réponde aux exigences du droit civil, il faut qu'elle satisfasse celles du droit de la concurrence ⁷⁰, ce nouvel ordre public modelant de diverses manières le principe de la liberté contractuelle ⁷¹ : là où le droit de la concurrence édicte la prohibition du refus de vente par exemple ⁷², il impose la conclusion du contrat, cette obligation de passer le contrat sur injonction du juge conduisant à une forme de contrat forcé. Certes, l'idée de contrat imposé n'est pas neuve ⁷³, mais elle était traditionnellement étudiée dans ses relations avec un système d'économie dirigée : le passage vers une économie libérale n'en cause pas pour autant la disparition complète. Par ailleurs, le droit de la concurrence imprime en bien d'autres circonstances sa marque sur le principe de la liberté contractuelle : prohibant certaines pratiques discriminatoires, il modère le contenu des accords ; condamnant les ententes susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, il altère la validité de nombreuses conventions. On multiplierait sans peine les illustrations de ce nouvel ordre public économique, témoignant d'autant d'influences du public sur le privé ; corrélativement se dévoile l'existence plus ou moins implicite d'obligations de service public à la charge d'entreprises privées, l'interdiction des conditions discriminatoires de vente, du refus de vente et de prestations de service rapprochant la situation des clients de celle des usagers d'un service public ⁷⁴. En contrepoint, on

⁶⁸ Ph. Mauraie, « La notion d'ordre public économique », *Rev. conc. et consomm.*, préc., p. 48.

⁶⁹ V. sur cette affirmation, E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, Thèse, Paris X, 1994, spéc. p. 5.

⁷⁰ V. ainsi Cass. com., 26 mai et 18 févr. 1992, *JCP*, 1992.II.21897, note M. Behar-Touchais ; *D.*, 1993, 59, note C. Hannoun ; *Contrats, conc., consomm.*, 1992, n° 113, note L. Leveneur.

⁷¹ Sur ce thème, V. notamment, E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, préc. ; F. Dreifuss-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.*, 1990, 369 ; M. Mauraie-Vignal, « Droit de la concurrence et droit des contrats » *D.*, 1995, Chron., 51 ; B. Oppetit, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. Sc. morales et pol.*, 1995, 241. *Aj.*, les différentes chroniques de J. Mestre à la *RTD civ.*, et not. : 1987, 304 ; 1989, 67 ; 1992, 759 ; 1994, 349.

⁷² On notera à cette occasion que le déplacement des frontières ne connaît pas de répit : depuis cette communication, le refus de vente a été en effet libéralisé par L. 1er juill. 1996, dont l'article 14 abroge les 3e et 4e alinéas de l'Ordonnance du 1er déc. 1986.

⁷³ V. not. sur ce thème : L. Josserand, « Le contrat forcé et le contrat légal », *DH*, 1940, Chron. 5 ; P. Durand, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.*, 1944, 73 ; R. Morel, « Le contrat imposé », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à G. Ripert*, LGDJ, T. II, 1950, p. 116.

⁷⁴ G. Farjat, *Droit économique*, préc., p. 99 ; dans le même temps, il est vrai, la doctrine décèle parfois une sorte de privatisation des contrats de l'administration : F. Chauvin,

relèvera d'ailleurs qu'à travers le droit de la concurrence, c'est bien le marché que l'on veut essentiellement protéger, plus que le contractant de bonne foi, ou fidèle à sa promesse ⁷⁵.

21. À partir de cette description, les incidences de ces mouvements animant l'ordre public peuvent être mesurées au regard des relations plus générales entre le public et le privé dans le domaine de la réglementation économique. On relèvera tout d'abord qu'en dépit des mutations, précédemment décrites, l'ordre public demeure. En toute hypothèse, la main invisible cède donc parfois la place à la main de l'État, plus ou moins ferme selon les cas, les lois naturelles du marché paraissant au législateur insuffisantes à réaliser à la fois la justice contractuelle et le bien commun. Mais si l'ordre public demeure, ses techniques d'intervention révèlent des inspirations diverses. Ainsi, on a pu estimer que certaines de ces techniques (interdiction, contrôle) relèveraient d'une politique économique néo-libérale, tandis que d'autres seraient davantage dirigistes (détermination du contenu du contrat, les pouvoirs publics ne faisant plus confiance aux parties pour l'élaborer ; formation autoritaire du rapport contractuel en cas de refus de vente) ⁷⁶.

Apparaît de la sorte toute l'ambiguïté qui s'attache aux diverses formes d'intervention de l'État. D'un côté, il paraît en effet possible d'évoquer un État-arbitre, « dont le rôle se borne à empêcher que le joueur le plus fort ne tienne d'emblée à sa disposition le joueur le plus faible » ⁷⁷. Cet État-arbitre ne se contente donc pas de fixer la règle du jeu, mais favorise également l'exercice de la liberté par le plus grand nombre ⁷⁸. À ce titre, il limite l'usage abusif de la liberté pour qu'elle puisse se développer dans un climat social et économique propice. Le souci d'assister le joueur le plus faible se manifeste par exemple par la protection du consommateur. Mais d'un autre côté, l'État décide parfois directement d'un certain type de développement économique, dépassant singulièrement le rôle d'un simple arbitre.

Certes, la distinction paraît claire entre ce qui relève de l'interventionnisme libéral et ce qui s'en écarte. D'un côté l'État n'agissant que comme support de la liberté d'entreprendre : l'action de la puissance publique sur l'entreprise privée les laisse toutes deux dans des sphères d'activités distinctes. De l'autre côté, l'État promoteur du développement économique, s'immisçant davantage dans les affaires privées, à un degré tolérable pour les principes libéraux tant qu'il se contente de faire pression sur les lois du marché, beaucoup moins lorsque l'État entrepreneur se substitue à la libre entreprise. Mais la réalité interventionniste se moque quelque peu de ces schémas préétablis ⁷⁹. S'il est possible de discerner les finalités compatibles avec la liberté d'entreprendre et celles qui le sont moins, les méthodes utilisées, la pratique de la réglementation économique, ren-

« Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration ? Limites et paradoxes d'une évolution contrastée », in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Economica 1995, p. 95.

⁷⁵ E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, préc., p. 18.

⁷⁶ G. Farjat, *Droit économique*, préc., p. 54-55.

⁷⁷ G. Burdeau, *Le libéralisme*, Seuil, 1979, spéc. p. 170.

⁷⁸ J.-P. Théron, « À propos de la liberté d'entreprendre », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, CERAM, Montpellier, T. II, 1984, p. 675.

⁷⁹ J.-P. Théron, *op. cit.*, spéc. p. 683.

dent impossible la distinction entre le permis et le défendu. Certaines mesures, traduisant l'action de l'État arbitre entament tout autant la liberté d'entreprendre que d'autres suscitées par l'État commerçant.

22. Il en résulte notamment que les termes classiquement employés apparaissent à certains égards approximatifs : ainsi l'ordre public de protection intéresse sans doute, au-delà de ses objectifs apparents, l'économie toute entière. Qui ne comprend par exemple que derrière la simple protection du consommateur, c'est en réalité la relance de la consommation que l'on entend effectuer ? Quant à la notion d'ordre public de direction, elle perd beaucoup de sa clarté si l'on admet précisément que coexistent, ou se succèdent, un ordre public économique rigoureusement dirigiste, et un autre d'inspiration néo-libérale. On constatera par ailleurs que le recul de l'ordre public d'inspiration dirigiste ne signifie pas pour autant la disparition des contraintes. Au nom de la liberté de la concurrence, de lourdes sujétions pèsent parfois sur le contrat, non sans un certain paradoxe⁸⁰. Ces contraintes prennent d'ailleurs d'autant plus d'importance que cet ordre public économique, sous le couvert du droit de la concurrence, a des visées expansionnistes⁸¹.

23. Est-ce à dire alors que face aux exigences de l'ordre public, les principes traditionnellement énoncés comme fondateurs de l'emprise du privé dans le domaine économique en viennent à perdre toute consistance⁸² ? La réalité est sans doute plus nuancée et s'exprime à nouveau sous des formes diverses. Au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, certains estiment ainsi que le principe porterait en lui-même ses propres contradictions, puisque conduisant « par le libre jeu de la concurrence et de la concentration, à la création de monopoles qui faussent ou détruisent la liberté elle-même »⁸³. Toute réglementation en ce domaine serait donc nécessaire, mais dans le même temps dérogerait au principe lui-même. D'autres estiment cependant que « la réglementation de la concurrence ne détruit pas la liberté du commerce et de l'industrie et n'y déroge point. Elle en prohibe ou réglemente les usages et les abus qui, eux, la fausseraient ou la détruiraient » ; dès lors, « un droit de la concurrence qui entend en garantir la loyauté et l'effectivité ne restreint pas, mais au contraire protège la liberté économique d'entreprendre : lorsque la liberté juridique tend, par ses abus, à se tuer elle-même, c'est le droit de la concurrence qui la sauve »⁸⁴. Tant et si bien qu'entre le public et le privé, le droit positif paraît refléter les interrogations doctrinales sur le point de savoir ce qui

⁸⁰ « Pour assurer la liberté et la transparence de la concurrence, le droit contemporain impose beaucoup de contraintes », Ph. Malaurie, note sous Cass. com., 27 févr. 1990, *D.*, 1990, 521.

⁸¹ À partir d'une décision rendue par la Cour de Paris, on a ainsi pu estimer que la voie était ouverte – si la rupture n'était pas encore consommée, vers un *aggiornamento* du droit de la concurrence sur le droit du travail : B. Edelman, « À bas le droit du travail, vive la concurrence ! (à propos de l'arrêt de la Cour de Paris du 6 mars 1991) », *D.*, 1992, Chron., p. 1.

⁸² Rappr. sur ce thème, E. Steindorff, « Liberté-égalité : opposition ou complémentarité ? », in *Liberté et droit économique*, préc., p. 77 et s.

⁸³ J. Robert, *Libertés publiques et droits de l'homme*, avec la collaboration de J. Duffar, Montchrestien, 1988, p. 21.

⁸⁴ B. Goldman, « La liberté du commerce dans les pays développés », préc., spéc. pp. 98, 105, 110.

limite la liberté et ce qui la renforce⁸⁵. Le sentiment est parfois exprimé que la menace pour la liberté résulterait autant de la domination du marché par des pouvoirs privés, que des interventions limitées de l'État dans l'appropriation et l'activité des entreprises. On comprendrait ainsi que « la société libérale tolère ou appelle l'intervention de l'État lorsque la loi de l'offre et de la demande ne joue plus naturellement. Elle ne peut pas admettre, sans ruiner sa base idéologique, que des personnes privées s'arrogent des prérogatives qu'elle conteste à l'État : la direction ou l'organisation de l'économie, la suppression du marché »⁸⁶.

24. Au regard de la liberté contractuelle, ensuite, la notion d'ordre public économique, sous ses diverses formes exprime-t-elle une remise en cause du principe lui-même ? On a pu récemment faire observer que l'atteinte à la liberté contractuelle par le droit de la concurrence ne s'exprimait peut-être pas de la manière selon laquelle elle est traditionnellement décrite. Il a été en effet démontré que même dans la pensée libérale, la restriction à la liberté contractuelle ne serait pas contraire à l'essence de cette liberté, mais participerait de sa nature même⁸⁷. Tel serait ainsi le paradoxe de cette liberté qui n'existerait qu'au regard des règles qui l'organisent, comme en témoignent d'ailleurs les dispositions du code civil français (art. 6, 1134). Dans tout système juridique, l'intérêt général devrait ainsi l'emporter sur l'intérêt particulier, l'ordre public limiter la liberté contractuelle⁸⁸. En réalité la véritable discordance viendrait d'ailleurs, tirée du contenu même de ce droit de la concurrence : composé pour partie de décisions de pure opportunité, il marquerait en effet une atteinte plus forte à la liberté contractuelle car il atteindrait la prévisibilité des relations contractuelles⁸⁹.

25. Ce n'est pas dire d'ailleurs que le concept de contrat lui-même sorte totalement indemne de ces influences du public. Traditionnellement en effet, le contrat met en présence deux contractants, personnes privées organisatrices de leur relation contractuelle. Or, l'intervention du public tempère quelque peu ce schéma idéal, confirmant l'observation formulée dès 1956 par le doyen Carbonnier, qui relevait que « l'obligation tend souvent aujourd'hui à devenir un rapport de droit triangulaire : le créancier, le débiteur et l'État ». On sait de quelle manière l'État se constitue, de son seul chef, créancier de la plupart des obligations contractées dans le domaine économique par le mécanisme de l'impôt. Mais il n'intervient alors que pour percevoir sa dîme, non pour dicter les comportements⁹⁰. En d'autres hypothèses pourtant, c'est bien en ce sens que le visage du public apparaît, à travers la réglementation impérative de certains contrats. Au stade de sa formation comme de son exécution, le contrat met ainsi bien souvent en présence

⁸⁵ Pour des essais en forme de bilan, V. D. Ferrier, « La liberté du commerce et de l'industrie », in *Droits et libertés fondamentaux*, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, Dalloz, 1995, p. 413 ; M. Kdhir, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.*, 1994, Chron., p. 30.

⁸⁶ G. Farjat, *Droit économique*, préc., p. 468.

⁸⁷ B. Oppetit, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », préc., spéc. p. 246 et s.

⁸⁸ Ph. Malaurie, « La notion d'ordre public économique », *Rev. conc. et consomm.*, n° 83, 1995, 48.

⁸⁹ B. Oppetit, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁰ Il faut d'ailleurs nuancer, tant il est vrai qu'en pratique nombre de comportements sont en réalité essentiellement dictés par des considérations d'ordre fiscal.

davantage que les deux contractants, multipliant les interventions du public par l'entremise de diverses Commissions.

26. À l'examen du droit positif on constate donc que si « le droit économique est une branche du droit nécessairement contestée dans un système libéral, elle est inévitable »⁹¹. Une branche contestée, car si c'est un droit de l'organisation de l'économie, il serait en contradiction avec la loi naturelle de l'offre et de la demande. Mais une branche inévitable, pour lutter contre une organisation privée de l'économie, un dirigisme privé. Il en résulte un bilan nuancé sur la place respective du public et du privé en ce domaine, comme sur les mouvements les animant. Sans doute relèvera-t-on que l'intervention du public ne participe pas du même mouvement selon que son intervention s'effectue comme autorité de contrôle ou régulatrice, mais qu'au sein même de cette dernière catégorie, la gamme des interventions est large. Il en résulte que la réglementation de l'économie révèle finalement une économie mixte, où l'État joue un double rôle⁹². Entre le public et le privé des incursions se font jour, qui ne font cependant que déplacer les frontières alors qu'en d'autres hypothèses, c'est de dépassement de ces dernières qu'il faut parler.

II. — LE DÉPASSEMENT DES FRONTIÈRES ENTRE LE PUBLIC ET LE PRIVÉ

27. Un tel dépassement se manifeste aujourd'hui de différentes manières dans le domaine économique. Les frontières sont dépassées au sens où elle sont abandonnées, comme ne correspondant plus à la réalité : l'opposition traditionnelle entre le public et le privé deviendrait ainsi toute relative⁹³. N'insistons pas sur la confusion entretenue entre les fonds publics et privés, dont ce qu'il est aujourd'hui pudiquement convenu d'appeler les « affaires » témoigne. Sans doute a-t-on pu voir dans le phénomène de la corruption⁹⁴ l'expression d'une tendance où les conceptions économiques du monde des intérêts privés domineraient l'institution publique et se serviraient d'elle⁹⁵. Il s'agirait là en effet de l'introduction dans le service public de comportements ou de poursuites du gain venus du monde des affaires. Il est alors parfois estimé que pour faire reculer la corruption, il suffirait d'ailleurs de faire reculer le pouvoir de l'État sur l'économie⁹⁶. Pour éviter le dépassement des frontières, leur déplacement s'imposerait en quelque sorte. C'est vers d'autres formes de dépassement des frontières entre le public et le privé

⁹¹ G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RID éco.*, 1989, 9, et spéc. p. 14.

⁹² P. Didier, *Droit commercial*, T. I, PUF « Thémis », spéc. p. 267 et s.

⁹³ Rappr. de manière générale, sur cette sorte de brouillage des frontières et la crise de la distinction public/privé, J. Chevallier, « Présentation », in *Public/Privé*, PUF, 1995, p. 5 et spéc. p. 12.

⁹⁴ Sur lequel V. not., F. Terré, « De la corruption », *RJ com.*, 1995, p. 257.

⁹⁵ R.-E. Charlier, « Signification de l'"intervention" de l'État dans l'économie (Quelques observations linguistiques) », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, CERAM, Montpellier, T. I, 1984, p. 95, et spéc. p. 102.

⁹⁶ A. Madelin, *Chers compatriotes*, préc., spéc. p. 89.

que l'on peut tourner son regard. Celles-ci pour être moins visibles que les précédentes n'en sont pas moins réelles. En effet, dans le domaine économique, on a parfois l'impression que les frontières s'estompent : il en résulte des formes hybrides, aux traits indécis, qu'il s'agisse de la qualification des intervenants dans la vie économique (A) ou de la nature des interventions de la puissance publique (B).

28. A. — Quant à la qualification des intervenants dans la vie économique, le recours à des autorités administratives indépendantes pour assurer la régulation du marché paraît témoigner d'un singulier effacement des frontières opposant traditionnellement en ce domaine le public au privé. La Commission des opérations de bourse en est l'illustration manifeste, mais d'autres existent également : Commission des clauses abusives, Commission bancaire, Conseil de la concurrence... Diverses interprétations de ce phénomène sont concevables⁹⁷. On peut tout d'abord y voir l'expression d'un désengagement de l'État : celui-ci renoncerait à agir sur les structures ou à se substituer aux agents économiques pour faire appel à des experts. Certains y voient même la mise en œuvre d'un droit régulateur traduisant une plus grande ouverture du processus normatif à la société civile⁹⁸. À l'opposé, on peut y découvrir la manifestation plus subtile de l'État, qui s'avançant masqué en quelque sorte, s'assurerait la maîtrise de nouveaux leviers d'intervention.

29. Le recours à ces autorités administratives aurait donc finalement une double signification, liée à une nouvelle conception du rôle de l'État en matière d'économie. Il traduirait le « passage d'un État producteur, prenant en charge le développement et assurant directement la gestion d'unités économiques, à un État régulateur, qui ne se substitue plus aux agents économiques mais se borne à leur imposer certaines règles du jeu et s'efforce d'harmoniser leurs actions... l'État est désormais invité à alléger l'emprise exercée sur l'économie, en laissant jouer l'initiative privée. Ce repli n'est pourtant pas synonyme de désengagement : l'État régulateur est aussi un État présent dans l'économie, en tant qu'instance tutélaire chargée d'assurer le maintien des grands équilibres »⁹⁹. Mais cette régulation implique aussi une adaptation des modes d'intervention publique, en supposant que l'instance qui en est chargée détienne une légitimité particulière, une véritable autorité morale, qui passe par une indépendance vis-à-vis des pouvoirs de toute nature, et du pouvoir politique lui-même. C'est ainsi que les autorités administratives indépendantes laissent « entrevoir l'image d'un État dépolitisé, dont les fonctions tendent à être assumées par des instances neutres et objectives soustraites à l'emprise d'une rationalité politique et censées être de ce fait capables de définir les conditions d'un juste équilibre entre les intérêts sociaux ». Mais par ailleurs, même s'ils marquent une emprise – sous une forme nouvelle – de l'État, ces commissions subissent corrélativement l'influence du marché. C'est là un autre facteur de brouillage des frontières. Ainsi dans leur composition, on assiste à un mouvement de profes-

⁹⁷ V. ainsi J. Chevallier, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1995, n°1, p. 81.

⁹⁸ L. Cohen-Tanugi, « Une doctrine pour la régulation », *Le Débat*, nov.-déc. 1988, p. 581.

⁹⁹ J. Chevallier, *op. cit.*, spéc. p. 85.

sionnalisation, explicable en raison de la technicité des problèmes à résoudre. On en a parfois déduit que celle-ci tendait « à faire passer les autorités administratives indépendantes en cause sous l'empire d'une logique corporative, en dépit du label étatique »¹⁰⁰.

30. Ce qui vient d'être établi pour les autorités administratives indépendantes peut-il être transposé aux entreprises elles-mêmes ? *A priori*, tout porte à en douter : l'entreprise est publique ou privée. Pourtant des formes hybrides se rencontrent : société d'économie mixte, entreprises publiques gérées sous des formes privées. Par ailleurs, dans les années qui précédèrent la seconde guerre mondiale, la doctrine administrativiste proposa une catégorie juridique nouvelle : l'entreprise privée d'intérêt général¹⁰¹. Il s'agissait là d'une forme particulière d'entreprise distincte aussi bien du service public que de l'entreprise privée. Les conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie sous l'affaire *Établissement Vézia*¹⁰² sont à cet égard particulièrement éloquentes : « c'est à tort que l'on estime avoir épuisé la liste des œuvres, des entreprises ou des groupements en disant que les uns, gérant une simple activité privée, sont soit des établissements d'utilité publique, soit des œuvres ou affaires privées, et que les autres, étant, au contraire, préposés à un service public, constituent des établissements publics... les activités privées ou publiques présentent trois types distincts. Elles constituent en effet, ou bien un service public, ou bien un service purement privé sans prérogative de puissance publique, ou bien un service intermédiaire, qui, sans être un service public est doté cependant de certaines des prérogatives de puissance publique et qui pourrait être qualifié de service d'intérêt public ».

31. Mais au-delà de tels exemples, l'illustration essentielle de ce phénomène où les frontières s'estompent se trouve peut-être ailleurs, à partir du concept même d'entreprise privée. La réglementation de l'économie témoigne parfois d'une sorte de mutation du concept, de sorte que c'est le caractère privé même de l'entreprise qui paraît mis en cause par l'évolution du droit positif¹⁰³. Non pas du fait de l'intégration éventuelle des entreprises privées dans le secteur public – le mouvement actuel de privatisation tendrait davantage à accrédi-ter l'idée inverse – mais en raison d'une réflexion au terme de laquelle il serait aujourd'hui nécessaire d'apprécier non pas l'intérêt propre de l'entreprise, mais à travers cette dernière, l'intérêt général. Une telle réflexion se manifeste clairement dès le milieu des années 1970 : le rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise, présidé par M. Pierre Sudreau estimait alors que « l'entreprise remplit aussi des fonctions d'intérêt général »¹⁰⁴. L'idée que l'entreprise privée remplit des fonctions

¹⁰⁰ J. Chevallier, *op. cit.*, spéc. p. 87.

¹⁰¹ V. sur ce thème, J.-L. de Corail, « La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen G. Péquignot*, CERAM, Montpellier, T. I, 1984, p. 143.

¹⁰² CE 20 déc. 1935, *Rev. dr. publ.* 1936,119 ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* n° 56.

¹⁰³ Sur ce point, V. B. Oppetit, « Les autorités publiques et l'entreprise privée. Rapport de synthèse », préc., spéc. p. 167 et s.

¹⁰⁴ *La réforme de l'entreprise, Rapport du Comité présidé par P. Sudreau*, Union générale d'éditions, Coll. 10/18,1975, p. 196.

d'intérêt général n'est certes pas neuve, déjà exprimée de longue date par A. Smith, la loi naturelle du marché conduisant les intérêts particuliers à satisfaire naturellement aux exigences de l'intérêt général : les activités privées seraient donc nécessairement au service de l'intérêt général ¹⁰⁵ ; cette idée, selon les tenants de la pensée libérale, devrait donc suffire à justifier un désengagement de l'État. Or, c'est en des termes radicalement différents que se prononce le rapport Sudreau : étant exclu que « l'action de l'entreprise puisse spontanément et à tout moment coïncider avec l'intérêt général », il apparaît nécessaire que « les orientations d'intérêt général procèdent d'interventions extérieures à l'entreprise », émanant de l'État et des autorités qui en dépendent ¹⁰⁶. La différence repose sur les présupposés : pour les uns, l'activité privée est nécessairement au service de l'intérêt général, pour les autres, son action ne coïncide pas nécessairement avec celui-ci.

32 Il en résulte notamment que l'entreprise privée, en raison de sa fonction d'intérêt général ne doit pas disparaître. Les autorités publiques y veillent, fut-ce en organisant le sacrifice des partenaires privés de l'entreprise. Ce mouvement était déjà sensible sous l'empire de l'ancienne réglementation du droit des procédures collectives : il apparaît on ne peut plus clairement dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises ¹⁰⁷, alors même que les intérêts privés, au premier rang desquels figuraient celui des créanciers, demeuraient pris en considération. Ceux-ci furent plus tard sacrifiés sur l'autel des procédures collectives, comme en témoigne l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 : « Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ».

On a alors observé à propos de la législation ancienne, mais la réflexion prend encore plus de force au regard de la législation nouvelle, que « cet objectif de survie à tout prix de l'entreprise est tout à fait étranger aux finalités des procédures collectives du droit commercial, techniques de règlement du passif et d'assainissement de la vie économique : l'affaiblissement du caractère privé de l'une va de pair avec la publicisation des autres » ¹⁰⁸. Il en résulte corrélativement que l'intervention plus directe de l'État dans le fonctionnement même de l'entreprise privée contribue à associer celui-ci aux risques de cette dernière. C'est ainsi que naguère, l'État fut qualifié dirigeant de fait pour avoir

¹⁰⁵ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, PUF « Recherches politiques », 3e éd., 1987, spéc. p. 124, estimant cette idée profondément étrangère à l'idéologie publique française.

¹⁰⁶ *La réforme de l'entreprise*, préc. Les extraits cités au texte sont tirés du chapitre X de ce rapport : Insérer les finalités de l'entreprise dans celles de la société, respectivement aux pages 196, 197, 199.

¹⁰⁷ « Il est institué une procédure de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif pour les entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise, dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et pourrait être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers ».

¹⁰⁸ B. Oppetit, « Les autorités publiques et l'entreprise privée. Rapport de synthèse », préc., spéc. p. 169. Aj., sur ce phénomène de publicisation du droit des procédures collectives, J. Héron, « Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement », *Travaux comité fr. DIP*, 1990-1991, p. 65.

multiplié les interventions auprès d'une entreprise en difficulté¹⁰⁹. C'est ainsi qu'aujourd'hui, le soutien financier généreusement accordé à une entreprise par une banque dont le principal actionnaire est l'État a soulevé quelque émoi chez les clients de cette banque et la communauté des contribuables de France...

33. On le voit, certaines institutions présentes dans le secteur économique résistent aujourd'hui difficilement à la distinction du public et du privé : formes hybrides, prise en compte de l'intérêt général à travers l'entreprise privée. Le mouvement ne s'opère pas tout à fait comme en matière contractuelle, où il ne s'agissait que d'une querelle de frontières : l'intérêt des particuliers trouvait ses limites dans l'intérêt général, à travers notamment le mécanisme de l'ordre public alors qu'ici l'entreprise privée est censée incarner l'intérêt général.

34. B. — La nature des interventions de la puissance publique est-elle susceptible de traduire de manière comparable ce dépassement des frontières ? L'hypothèse mérite sans doute d'être vérifiée. Pour ce faire, l'exemple le plus convaincant résulte sans doute de ce qu'il est convenu d'appeler l'économie concertée, contractuelle : l'intervention de l'État ne s'effectue plus de manière autoritaire, mais sur le mode contractuel¹¹⁰. On a pu dire de l'économie concertée ou contractuelle qu'il s'agissait de découvrir une voie entre « le socialisme autoritaire et contraignant et le laissez faire anarchique »¹¹¹. Cette économie concertée, qui dépasse de beaucoup l'élaboration du Plan *stricto sensu* est essentiellement une « économie de dialogue et de collaboration » : les responsables privés de l'économie et l'État prennent en commun conscience des problèmes économiques et sociaux, et élaborent ensemble les solutions. Selon la formule de M. Vasseur, « lorsque deux personnes ont besoin l'une de l'autre, les mesures de force et d'autorité sont exclues : la négociation s'impose et l'accord est près d'être conclu. L'interpénétration du public et du privé est alors manifeste ; la notion de service public se dilue ; les intérêts privés rejoignent l'intérêt public et c'est en ce sens que le caractère mixte de notre économie a pu être affirmé ».

35. Mais au-delà d'un tel constat, pourrait-on évoquer le même dépassement des frontières à partir de la réglementation de l'économie elle-même ? Le plus simple serait de démontrer que le droit économique lui-même permet de transcender la *summa divisio* traditionnelle, opposant le droit privé au droit public. Il faut cependant relever qu'un tel dépassement est loin d'être prouvé ; en témoignent d'ailleurs les efforts de la doctrine qui, alors obligée de découvrir ce qui marquerait la spécificité de cette branche du droit, trouve en chaque auteur une réponse différente. Dès lors, à côté de cette réponse maximaliste, une vision minimaliste a pu être proposée, aux termes de laquelle le droit économique transcenderait la distinction droit public-droit privé, mais ne la supprimerait pas. Il existerait donc un droit économique public et un droit économique privé¹¹². La

¹⁰⁹ Trib. com. Rouen (*Soc. La Chapelle-Darblay*), *RJ com.*, 1982, 153, note J. Mestre.

¹¹⁰ M. Vasseur, « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTD civ.*, 1964, 1.

¹¹¹ M. Vasseur, *op. cit.*, spéc. p. 7.

¹¹² Sur la synthèse de cette discussion, V. A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, préc., p. 11.

question de la spécificité du droit économique n'est alors que repoussée, en des termes d'ailleurs indifférents à notre propos : l'opposition traditionnelle entre le public et le privé se maintiendrait en effet, fut-ce au sein d'une branche particulière du droit, le droit économique.

36. À défaut d'un tel dépassement, il est une autre façon de présenter les choses, elle aussi inscrite dans les relations du public et du privé au sein de la réglementation de l'économie. Il s'agit alors d'appréhender la réglementation économique pour elle-même, par comparaison aux autres règles de droit composant le système juridique global. *A priori*, on l'a vu, toute réglementation de l'économie paraît manifester une influence du public sur la régulation des rapports économiques. Mais lorsque le droit ne devient qu'un instrument, qu'un outil économique¹¹³, l'hypothèse inverse n'est-elle pas concevable ? Celle d'une influence du privé sur l'action de l'État, qui lui dicte sa loi. Non plus comme dans la figure classique de l'interventionnisme, l'État contre le marché, mais cette fois le marché contre l'État¹¹⁴. Face à une telle interrogation, certains déplorent d'ailleurs que cet « asservissement du droit par l'économie n'est pas un sombre cauchemar qui troublerait périodiquement le sommeil de quelques civilistes pointus : c'est un phénomène admis par la doctrine et incarné dans la société industrielle contemporaine »¹¹⁵.

37. L'élaboration de la réglementation serait alors tributaire des exigences du marché, largement contingentes. L'exemple du droit des procédures collectives en témoigne. Ainsi, les États engendrent des règles qui ne tendent « la plupart du temps qu'à "gérer" la situation, à ne constituer que des mesures d'accompagnement, la traduction ou la formulation des exigences du marché lui-même »¹¹⁶. Or, les besoins économiques sont multiples et changeants. Il en résulte une inflation législative qui accentue le mouvement : cette « explosion juridique semble se doubler d'une transformation de la nature du droit, dont la dimension proprement normative régresse, au profit d'exigences purement instrumentales ou opérationnelles »¹¹⁷. Ces mutations constantes du besoin économique, de sa réalité même, conduisent alors parfois à proposer d'intégrer cette incertitude par le mécanisme de lois expérimentales organisant

¹¹³ M.-A. Frison-Roche, « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites », *D.*, 1994, chron., p. 17.

¹¹⁴ J.-P. Henry, « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État », *RD publ.*, 1991, 631.

¹¹⁵ A. Jacquemin, « Le droit économique, serviteur de l'économie ? », *RTDcom.*, 1972, 283. Comp., sous l'angle du droit de la concurrence, D. Danet, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RID éco.*, 1993, 5. V. déjà, L. Josserand, « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Dalloz, 1939 : « de plus en plus l'économie bouscule le juridique, lui impose sa loi, le façonne à son image ».

¹¹⁶ J.-P. Henry, *op. cit.*, spéc. p. 645.

¹¹⁷ J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7 et spéc. p. 36 ; comp. G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *préc.*, spéc. p. 350, où l'auteur relevait déjà que « le législateur s'essouffle à suivre l'état du marché ».

leur propre évaluation ¹¹⁸. Déclin de la permanence de la loi, auto-organisée cette fois... Au-delà de la production normative, l'action purement politique des pouvoirs publics paraît « exclusivement déterminée par les nécessités d'adaptation techniques aux exigences du marché » ¹¹⁹. Le discours politique est ainsi pour l'essentiel un discours économique, ou dicté par la pression du marché ; discours national, mais aussi discours et action développés en matière de politique internationale, où la réaction n'est pas sans doute de même nature selon qu'ils s'adressent ou non à un pays producteur de pétrole. En conséquence, il est parfois estimé que quel que soit « le projet de société mis en œuvre, quelle que soit la conception de la liberté et les contraintes auxquelles il s'agit de remédier par l'institution politique, c'est le marché qui impose sa loi » ¹²⁰.

38. Cette forme de dépassement du public et du privé pourra être considérée comme une vision exagérément pessimiste, si ce n'est tendancieuse des choses. On relèvera cependant que selon les propos mêmes d'un ancien Ministre de l'économie, il conviendrait aujourd'hui de « redessiner l'État ». Ce serait là une exigence « parce que, dans une économie mondiale, la compétitivité d'un pays ne dépend pas seulement de celle de ses entreprises, mais aussi de la compétitivité de ses institutions publiques. Car c'est à une vraie concurrence que se livrent désormais les États. À travers leurs systèmes juridiques, leurs fiscalités, leurs lois, leurs administrations, leurs systèmes publics, etc. Un État trop lourd, trop coûteux, trop centralisé constitue un handicap pour la compétitivité globale de l'économie de son pays » ¹²¹. Où l'on pressent le modèle étatique se confondre avec l'organisation économique d'une grande surface, avec laquelle il partage le souci de compétitivité ¹²², et la loi du marché se confondre avec le marché des lois...

39. Les conclusions pouvant être dégagées d'une telle confrontation du public et du privé face à la réglementation de l'économie invitent à l'esquisse d'un tableau nuancé : en raison des courants divers, parfois contradictoires qui traversent la matière ; publicisation du privé, privatisation du public, émergence de zones intermédiaires. En raison également des différences profondes d'ordre idéologique, qui séparent et opposent les nombreux interprètes de ces phénomènes. Du moins retiendra-t-on peut-être d'une telle exploration que face à la réglementation de l'économie, les divisions traditionnelles clas-

¹¹⁸ M.-A. Frison-Roche, « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites », préc., spéc. p. 20.

¹¹⁹ J.-P. Henry, *op. cit.*, spéc. p. 644.

¹²⁰ J.-P. Henry, *op. cit.*, spéc. p. 655.

¹²¹ A. Madelin, *Chers compatriotes*, préc., spéc. pp. 69-70.

¹²² Il est vrai que dans le même temps on observe parfois que « sous sa forme multinationale le groupe est sans doute à l'origine du mythe le plus prométhéen du monde moderne : faire de la planète une immense entreprise » : L. Boy et A. Pirovano, « Ambiguïtés du droit économique (Éléments d'une méthodologie) », *Procès*, 1981 n° 7, p. 7, et spéc. p. 18. Aj., dans cette perspective, F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, 1977. Comp., sur la tendance à l'universalisme planétaire de l'économie de marché, G. Farjat, « La notion de droit économique », *Arch. phil. droit*, T. 37, 1992, p. 27 et spéc. p. 48.

siquement érigées par la dogmatique juridique ne sortent pas indemnes ¹²³. On ne saurait sans doute s'en étonner, alors que sous bien d'autres aspects la vision dualiste du public et du privé en vient à se brouiller au point que ces modèles naguère antithétiques perdent de leur exclusivisme pour se fondre parfois en une forme de synthèse aux contours indécis ¹²⁴.

Faculté Jean Mounet
54 boulevard Desgranges 92331 Sceaux Cedex

¹²³ V. en ce sens, B. Oppetit, « Les autorités publiques et l'entreprise privée », préc., spéc. p. 171 : « l'interpénétration de l'intérêt général et des intérêts économiques privés conduit inéluctablement à une confusion des catégories juridiques ».

¹²⁴ Sur ce constat, V. J. Chevallier, « Présentation », in *Public/privé*, préc., spéc. p. 10.