

Droit et marché: évolution

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur de droit économique, Sciences Po (Paris)

Sans doute a-t-on la nostalgie des blocs qui se font face, aussi massifs qu'hostiles, aussi puissants que ceux qui en brandissent les qualités sont sûrs de l'emporter dans des lendemains qui chanteront. En effet, on trouve dans les discours et études des uns et des autres autant d'informations que d'affirmations. Cela n'est pas un reproche, l'économie n'est pas plus que le droit une science et ne peut prétendre restituer d'une façon neutre des faits. L'économie est un système qui promeut une certaine idée de l'être humain.

Dès lors, lorsque l'on confronte deux idées aussi puissantes que le droit d'un côté, idée forte depuis l'Antiquité en Occident, et le marché de l'autre, idée forte depuis le XVIII^e siècle dans ce même Occident, idées que certains continuent de croire universelles, voire allant de soi, ce sont comme deux tortues romaines qui se mettent en marche. Parfois ensemble pour dominer le reste, la nature par exemple, parfois l'une contre l'autre, prétendant chacune à une position hiérarchique avantageuse, voire exclusive. Elles sont d'autant plus puissantes qu'elles sont réductrices, ainsi la notion de « marché » par rapport à celle d'« économie », comme le relève Gérard Marcou¹.

Chacune de ces idées promet le bonheur de la population, le droit par l'idée de l'être humain dont la part serait conservée, le marché par l'idée d'une part de gâteau dont une miette tomberait toujours sur l'assiette tendue par le consommateur.

Cet ouvrage donne de multiples illustrations de ce qui est en train de se passer, c'est-à-dire la transformation du droit en objet de consommation, d'un droit devenu un amas de miettes du gâteau commun produit par le dynamisme distributeur du marché. Mais chaque contribution rappelle que droit et marché sont des idées, des idées assez semblables. Elles ont été imaginées en Occident, région du monde dans laquelle tout être humain peut circuler, parler et agir librement.

1. G. MARCOU, « L'apparition du droit du marché et l'ordre public économique », cet ouvrage.

En cela, ce sont des idées-sœurs qui s'articulent. Espérons que les lendemains de l'évolution en cours ne conduiront pas à perdre cet héritage si précieux.

§ 1

DROIT ET MARCHÉ : DEUX INSTITUTIONS FACE À FACE

Jacques Chevallier l'affirme d'emblée: droit et marché sont « sur des plans radicalement différents »². Les contributeurs s'accordent pour admettre qu'avant de se différencier, droit et marché ont en commun d'avoir été institués.

On peut définir une institution comme une construction fondamentale faite par le politique pour l'organisation du groupe social. Ainsi, l'institution, en tant qu'elle est une construction sur laquelle se développent par la suite des mécanismes et des comportements qui y puisent leur légitimité, est un socle posé sans condition, un *a priori*. En cela, l'institution s'oppose à la nature des faits et relève par essence du politique et du pouvoir de celui-ci de construire les bases d'un système.

Le droit et le marché sont l'un et l'autre des institutions. Il convient de le rappeler, car cela n'est plus ni acquis, ni toujours admis, ni même perçu, puisque le marché est ressenti aujourd'hui comme relevant de l'ordre du fait, c'est-à-dire l'opposé absolu de l'institution.

Si l'on veut bien admettre que le droit et le marché sont des constructions politiques et sociales, on constate que ces deux institutions fonctionnent d'une façon dialectique l'une par rapport à l'autre.

A. DROIT ET MARCHÉ COMME INSTITUTIONS

Le droit est une institution, le marché est une institution.

1. Le droit, comme institution

Le fait que le droit soit constitué en système, même s'il est de *Common Law*, n'est pas contesté. Comme le souligne François Brunet³, l'association est si souvent faite entre le droit et l'autorité, puis entre l'autorité et la norme, que la qualification de système juridique politiquement institué vient presque naturellement.

Même pour ceux qui adhèrent à l'idée d'un « droit naturel », ce caractère institué du droit n'est pas plus contesté. En effet, pour les tenants du droit naturel

2. J. CHEVALLIER, « Ordre juridique et logique de marché », cet ouvrage.

3. F. BRUNET, « Marché et autorité normative », cet ouvrage.

dit « classique », la référence est certes faite à la nature physique des choses, c'est-à-dire un ensemble de faits – comme le corps des êtres humains, la distinction des saisons, du jour et de la nuit, etc. –, mais celle-ci ne vient que limiter le pouvoir du législateur institué de poser des règles de droit. Si l'on reprend Antigone face à Créon, l'incarnation du droit naturel qui se dresse face au roi de la cité ne prétend pas prendre sa place ou dénier son pouvoir institutionnel d'édicter les règles de conduite sociale, mais simplement prétend y poser des limites, ici une limite au décret qui expose le cadavre humain aux quatre vents. Le droit naturel classique ne dénie pas le caractère institutionnel du droit. Il y pose des limites, celles-ci étant constituées par la nature physique, avant tout celle des corps dont même la puissance institutionnelle du droit, qui est entre les mains sacrées du politique, ne dispose pas.

Pour ceux qui participent au courant du « droit naturel moderne », issu de la philosophie des Lumières, il s'agit de poser que chaque être humain naît égal en droit à tout autre être humain. Ce point culminant de l'abstraction juridique, ce point culminant de l'institution, a été atteint par l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, remplaçant par la puissance juridique du politique une inégalité de fait par une égalité fondamentale de droit, indiscutable et posée comme allant de soi, depuis toujours, existant puisque dit.

Ainsi, en dépit d'une perception positiviste du droit, qui récuse toute idée de droit naturel et limite le droit à ce qu'écrivent les sources du droit répertoriées officiellement par le droit lui-même, essentiellement lois, règlements et parfois jurisprudence, la nature institutionnelle du droit n'est jamais contestée, même si l'on admet généralement qu'elle n'inclut pas la totalité du droit en raison de ce que Gurvich fut l'un des premiers à désigner comme le « pluralisme juridique ».

2. Le marché, comme institution

L'affirmation du marché comme institution convainc moins aisément. Cela tient à ce que les mécanismes économiques, notamment la rencontre de l'offre et de la demande, sont perçus d'une façon croissante comme des faits. Il est donc important que Jacques Chevallier comme Gérard Marcou rappellent avec insistance la nature institutionnelle du marché⁴. Claire Mongouachon démontre que le marché renvoie à une normativité⁵.

Il est vrai que la nécessité d'institutions pour le bon fonctionnement du marché a été très discutée et défendue par un courant d'économistes, souvent appelée « l'école de Harvard » dite « institutionnaliste », qui insiste sur la nécessité de législations correctrices, notamment sur le marché du travail, et sur la nécessité d'institutions, notamment juridictionnelles.

4. J. CHEVALLIER, « Ordre juridique et logique de marché », cet ouvrage ; G. MARCOU, « L'apparition du droit du marché et l'ordre public économique », cet ouvrage.

5. C. MONGOUACHON, « Les sources idéologiques du droit du marché : de l'ordolibéralisme au néolibéralisme », cet ouvrage.

Il s'agit ici plutôt de rappeler que les institutions ne renvoient pas à l'éventuelle nécessité d'une présence du droit venant de l'extérieur du marché pour imposer à celui-ci des règles exogènes ou pour pallier des défaillances structurelles, comme la résolution des conflits, mais d'affirmer que le marché n'existe pas à l'état naturel.

Le marché est une idée, comme l'est le droit. Il fallait en effet être un occidental, un citoyen de l'Antiquité, temps particulier d'un lieu particulier, pour affirmer *ubi societas, ubi jus*. De la même façon, il fallait être un occidental, au XVI^e siècle et en Europe, autour de la Méditerranée, pour instituer le « jeu de l'échange », pour reprendre l'expression de Braudel, c'est-à-dire transformer les rencontres régulières entre marchands dans certaines villes avec des changeurs en une institution soutenue par une idée abstraite : le marché.

Le marché a été institué par une longue maturation politique et intellectuelle et par une confluence, notamment montrée par Pierre Rosanvallon, qui a pu se déployer par le croisement avec la pensée juridique de la philosophie des Lumières.

Car les deux institutions, le droit et le marché, sont articulées l'une à l'autre, non pas sans difficulté ni dialectique.

B. LE RAPPORT INSTITUTIONNEL DIALECTIQUE ENTRE DROIT ET MARCHÉ

Ces deux institutions que sont le droit et le marché entretiennent des rapports immédiatement difficiles. En effet, parce que les institutions sont par nature politiques, elles sont créées par le droit, le marché étant comme les autres une création du droit. À son tour, la considération du marché justifie la mise en place d'institutions juridiques qui lui sont adéquates et propres.

1. Le marché, production du droit

Le droit n'est pas seulement nécessaire au bon fonctionnement du marché, notamment en ce qu'il produit une sécurité qui lui est spécifique, la « sécurité juridique ». Le droit est ce par quoi le marché en tant que système a été mis en place.

En effet, c'est le système juridique qui est le cadre du marché, puisque le droit de propriété est nécessaire au marché et qu'il est fourni par le droit. Ce lien de naissance semble dénié par la science économique qui définit souvent la propriété comme la maîtrise et le contrôle d'une chose – c'est-à-dire comme un fait. C'est ainsi qu'il est fréquemment affirmé en économie ou en finance que les actionnaires sont « propriétaires » de l'entreprise, ce qui est faux ; le fait qu'ils en aient la maîtrise semble pourtant suffire aux économistes pour fonder l'affirmation.

De la même façon, le droit a construit l'institution du marché par le mécanisme du contrat, dont le droit romain a conçu le mécanisme pur à travers le « pacte

nu». Sans contrat, il ne peut y avoir de marché. Par la référence à la notion plus vaste et plus confuse d'«engagement», la notion juridique a perdu ses contours et Sarah Dormont montre que le marché a une conception si restrictive du contrat qu'il dénature celui-ci⁶. Plus encore, la théorie économique des contrats ne se réfère pas à la notion juridique des contrats, notamment en ce que ceux-ci sont par leur nature juridique dotés d'une force obligatoire, mais a davantage trait aux relations d'«agence» et aux asymétries d'information.

Le marché est né comme système, décrit par Adam Smith, parce que le droit l'instituait comme tel, que le droit conférait aux êtres humains une liberté, la «liberté d'entreprendre», liberté constitutionnelle sur laquelle est construite l'entreprise, que le droit dessinait le droit de propriété privée comme droit de l'homme, que le droit construisait le contrat doté du pouvoir de tenir malgré le temps qui passe. Le marché est une invention politique advenue par la force du droit.

Le marché comme le droit est un artefact. Pourtant, parce que la science économique et à sa suite le droit économique font revenir le droit à un certain archaïsme, le mouvement actuel consiste à se détacher de l'artefact pour revenir aux faits qui lui préexistaient et que le droit avait transfigurés. Ainsi les réglementations et les décisions ont aujourd'hui tendance à remplacer la notion nette et juridique de «contrat» par le constat simple de «lien» ou à qualifier de «contrat» tout accord entre des entités, tout en éliminant la notion de «personne», invention juridique romaine, pour y préférer la notion d'entreprise ou d'unité économique. L'idée générale est d'attacher directement des effets au «fait» de l'entreprise, devenue «sujet de droit».

Il s'agit d'un premier rapport dialectique entre le marché et le droit, le marché archaïsant le droit. Mais dans un mouvement dialectique moins négatif, le marché produit à son tour un effet institutionnel sur le droit.

2. Le marché, producteur d'institutions juridiques

Il est plus difficile de soutenir que le marché produit du droit, sans se voir reprocher d'avoir cédé à la tentation de la joliesse du parallélisme des intitulés des titres de plans... Mais il est vrai que le marché une fois institué par le droit, de la même façon que la créature de l'ingénieur et imprudent docteur, se développe selon sa propre *dunamis*. En effet, lorsque le marché a été inventé, l'économie était encore construite sur des territoires dont les contours correspondaient aux frontières du pouvoir normatif du pouvoir politique: les frontières de l'État à l'intérieur et le maillage international des traités à l'extérieur.

Parce que le marché, comme l'entreprise, est un espace de liberté – liberté de circuler et liberté d'entreprendre –, les frontières du droit ont coïncidé tant que les économies se sont développées nationalement, le déploiement international prenant la forme d'un maillage international, public et privé, la branche du droit

6. S. DORMONT, «Le contrat à l'épreuve du marché», cet ouvrage.

constitué par le droit international privé étant du droit public interne. Ce principe de liberté, d'entreprendre et de travail, justifie que la « fonction publique » puisse, comme l'explique Clément Chauvet, se rapprocher du droit du travail⁷, car l'activité a été conçue comme étant de même nature.

La difficulté est venue lorsque ce maillage de relations bilatérales contractuelles, étatiques (droit international public) ou privées (droit du commerce international) a donné place de fait à un véritable marché construit sur un espace de libertés, espace établi par la liberté de circuler (personnes, marchandises et capitaux), de s'établir et d'entreprendre.

Cette double liberté d'entreprendre et de travailler, avec des outils (matériels ou immatériels) circulant librement, est venue du marché, lequel n'a pas d'autres frontières que le désir des consommateurs et l'agilité des offreurs à le satisfaire, alors que les institutions juridiques demeuraient d'une amplitude plus restreinte, dans le cercle des espaces politiques nationaux. Cette distorsion géographique est aussi terrible pour l'Europe, qui par l'arrêt *Costa* a accédé au statut d'espace juridique autonome, que pour le droit supra-européen.

Dès lors que le marché, comme institution construite sur les deux libertés d'entreprendre et de circuler, s'était établi, il a si ce n'est directement « engendré », car le marché continue de n'être pas une personne, à tout le moins justifié et servi de base à l'élaboration d'institutions juridiques.

Parmi elles, les plus efficaces sont l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et le CERDI, qui sont les institutions juridiques internationales du marché. Les autorités de marchés, qu'il s'agisse des autorités de concurrence ou des autorités de régulation, ont pour caractéristique d'être internalisées dans le marché. Même si celui-ci n'en est pas la source, on pourrait dire qu'il en est le nid. Jacques Chevallier estime qu'elles sont « aux antipodes du dirigisme »⁸, tandis que Régis Lanneau distingue avec précision et exemples les mouvements de déréglementation et de privatisation de ce qui est une nouvelle « gouvernance des marchés »⁹, dont ces autorités sont les piliers et à propos desquelles Sébastien Adalid montre la place d'honneur faite à « l'expertise »¹⁰. Plus encore, celles-ci ne peuvent fonctionner de fait qu'approuvées dans leur composition et leur action par le marché qui partage les mêmes critères d'efficacité.

De la même façon que les marchés suscitent la création d'institutions qui leur sont propres, les « autorités de marché », ils justifient la création de catégories dont l'élaboration puise dans l'imagination et la puissance de l'ordre juridique

7. C. CHAUVET, « Les "privatisations" de la fonction publique », cet ouvrage. L'auteur montre que la soumission de l'emploi public au droit privé est classique: l'emprunt au Code du travail pour la protection du travailleur et sa mobilité doivent être approuvés, les difficultés venant lorsque, par une confusion conceptuelle, l'idée de « marché » pénètre dans l'État par le biais de contrats dessinant au cas par cas la situation des agents.

8. J. CHEVALLIER, « Ordre juridique et logique de marché »; sur l'analyse de ce vocable, v. S. ADALID, « La nouvelle gouvernance économique de l'UE: mesurer et rapprocher les politiques nationales », cet ouvrage.

9. R. LANNEAU, « Néolibéralisme, droit et marché », cet ouvrage.

10. S. ADALID, « La nouvelle gouvernance économique de l'UE: mesurer et rapprocher les politiques nationales », cet ouvrage.

mais dont ils sont sans doute la source première : ainsi, Jean Sirinelli estime que le droit offre au marché de nouvelles catégories juridiques, les « actes de marchés »¹¹.

Cette dialectique entre deux institutions inventées successivement par la pensée occidentale – d’abord le droit, puis le marché –, fonctionne assez bien, dans la mesure où chaque « ordre » renvoie aux mécanismes de l’autre.

Symétriquement, les marchés se déploient en intégrant les contraintes juridiques rattachées à des soucis qui leur sont étrangers, comme les droits de l’homme, parce que le droit, loi commune, ne se discute pas, ne s’achète pas, même si les opérateurs ajustent leurs comportements en fonction des contraintes ou des opportunités que le droit constitue pour eux, le droit ne représentant pour eux qu’une « réglementation », une variable de choix parmi d’autres, ni plus ni moins.

Cette flexibilité des opérateurs de marché – la mobilité des agents, la liquidité du capital, ces qualités économiques qui sont les qualités de l’autre côté du miroir des trois libertés juridiques de liberté de circulation, ces qualités qui font la puissance endogène du marché – n’est pas en soi critiquable.

Le fait que les agents économiques, assujettis comme tout autre au droit, cherchent à être dans la situation la plus favorable par rapport à la règle, qu’ils portent des noms plus *up to date*, comme « optimisation », est la plus classique et commune des attitudes, comme le souligne Sara Godechot-Patris¹². Plus encore, s’il est astucieux, l’auteur de la règle de droit peut en jouer pour obtenir en deux temps le comportement attendu, non plus en ordonnant un comportement mais en mettant l’acteur de marché en position d’agir comme l’auteur de la norme le souhaite. La théorie des incitations n’est jamais qu’un hommage fait au législateur habile, ayant lu la fable de l’âne qui n’a pas soif.

Mais ce rapport dialectique, en lui-même difficile, par exemple en matière de finances publiques, en droit pénal ou en droit du travail, est détruit lorsqu’un rapport hiérarchique s’y substitue.

Il fut peut-être un temps où l’État avait la puissance par son bras séculier qu’était le droit public de se substituer au marché par des entreprises publiques monopolistiques. On ne pouvait guère parler de hiérarchiser puisque la puissance politique, ayant notamment consisté à transformer des monopoles de fait en monopoles de droit, avait anéanti l’existence de marché, assimilé à l’absence d’intérêt général. L’État a peut-être perdu cette puissance et l’absence de vertu que représente aussi la « concurrence fiscale » décrite par Alexandre Maîtrot de la Motte¹³ rend nostalgique de l’image de l’État bienveillant qui fait rire les nouveaux sarcastiques de notre temps.

11. J. SIRINELLI, « Les techniques unilatérales d’intervention des autorités publiques sur le marché », cet ouvrage.

12. S. GODECHOT-PATRIS, « Le *law-shopping* en droit civil et commercial », cet ouvrage.

13. A. MAÎTROT DE LA MOTTE, « La concurrence fiscale dans l’Union européenne », cet ouvrage.

En tout cas, le droit de la régulation exprime aujourd'hui un nouvel équilibre entre droit et marché, dépassant une distinction qui demeure entre le droit privé et le droit public mais qui ne peut plus prétendre au statut de *summa divisio*¹⁴. Sébastien Adalid montre qu'ainsi « sphère publique » et « sphère privée » peuvent désormais dialoguer dans une commune « expertise », le nouveau critère d'excellence qui serait le point commun¹⁵. Cet équilibre s'institutionnalise dans les autorités de régulation, sur lesquelles notamment une nouvelle Europe est en train de se construire et parmi lesquelles il faut désormais compter la Banque centrale européenne, dont on dit que l'expertise légitime le pouvoir.

Mais cet équilibre dynamique entre droit et marché serait mis en péril dès l'instant que l'on oublierait que le marché est une institution mais n'est que cela. Or, comme le dit François Brunet, le marché est certes aujourd'hui « au frontispice » du droit européen¹⁶, place d'honneur qui lui est donnée bientôt au seuil de toute académie. Nul n'entre ici qui n'admet la place première du marché...

§ 2

LA PERSPECTIVE DU MARCHÉ, COMME « FAIT DOMINATEUR »

En effet, que l'on observe ce qui est affirmé à propos du marché à l'extérieur du droit ou à l'intérieur du droit économique, celui-ci tend de plus en plus à être présenté comme un « fait ». Ce statut nouveau d'un fait de dimension mondiale entraîne un fatalisme juridique, qui entraîne non seulement un impérialisme du droit de la concurrence, mais aussi une réduction du droit à être un objet de marché. Ce constat est d'ailleurs parfois encouragé, le métier de juriste devenant florissant et le droit étant un élément de l'efficacité des places. Le *law shopping* a déjà dressé ses tréteaux¹⁷, on attend les manuels de *Law & Marketing*¹⁸.

A. L'ACCÈS POLITIQUE DU MARCHÉ AU STATUT DE « FAIT »

Le marché est défini comme un espace sur lequel l'ensemble des offres et des demandes se rencontrent sur des biens ou des services dont le prix est connu. Cette confrontation des offreurs et des demandeurs permet de produire un prix adéquat, appelé fréquemment « juste prix », dès l'instant que les offreurs et les

14. Par ex. J. SIRINELLI, « Les techniques unilatérales d'intervention des autorités publiques sur le marché » ; T. PARIS, « Les contrats public-privé, une réponse aux besoins du marché », cet ouvrage.

15. S. ADALID, « La nouvelle gouvernance économique de l'UE : mesurer et rapprocher les politiques nationales », cet ouvrage.

16. F. BRUNET, « Marché et autorité normative », cet ouvrage.

17. S. GODECHOT-PATRIS, « Le *law shopping* en droit civil et commercial », cet ouvrage.

18. P. DE MONTALIVET, « Le marketing du droit », cet ouvrage.

demandeurs peuvent sans coût à la fois entrer et sortir du marché (absence de barrière à l'entrée) et choisir leur partenaire (absence d'entente et d'abus de position dominante).

Le marché des biens et service n'est pas transparent. Seuls les marchés régulés le sont. L'information sur les prix étant suffisante pour que l'autorégulation s'opère, le désir des offreurs d'attirer les demandeurs et celui des demandeurs de payer le moins possible pour le produit le plus adéquat à leur fonction d'utilité est suffisants pour que la machine à calculer que constitue le marché fasse surgir le prix adéquat. C'est en cela que par le mécanisme de la cotation, le marché financier est le marché « le plus pur ». Au passage, le marché incite en lui-même à l'innovation, car les offreurs inventent pour attirer les clients, voire construisent des marchés pour créer les nouveaux objets de désir. Le marché sélectionne puisque la concurrence par les mérites conduit à l'élimination de l'offreur qui ne propose plus de produits satisfaisants tandis que l'entrepreneur, même désargenté et sans titre, mais travailleur, imaginatif et anticipatif du goût de son époque, va faire fortune : le marché est juste et efficace.

Cela est vrai. La Banque mondiale le pose dans son programme *Doing Business* et elle n'a pas tort. Cette autorégulation vertueuse repose sur l'idée que le marché fonctionne non pas sur le rejet de l'État, mais plutôt sur l'efficacité des entreprises, grandes et petites, et l'appétit de consommation, consommation de tout, tout bien et tout service, tout ce que tout un chacun peut désirer. Dès lors, le contrat est l'instrument naturel du marché et, la distinction entre le droit public et le droit privé devenant incongrue, les contrats public-privé s'imposent avec une sorte d'évidence pratique¹⁹.

Ainsi, il faut et il suffit de laisser libre cours à ce qui est simplement la nature humaine, qui consiste à vouloir consommer l'objet de ses désirs. Si ceux-ci ne sont pas produits par soi-même, voilà l'opportunité pour un autre de le proposer à travers l'instrument indispensable du marché que constitue la monnaie, rendant échangeables les choses différentes dans une évaluation commune par un seul étalon. Ainsi, comme le souligne Sébastien Adalid, le marché revendique son absence de référence à toute valeur²⁰.

Mais Jacques Chevallier relève que désormais c'est l'ensemble de ces propositions ainsi présentées, voire ressenties, comme une succession de faits, qui transforme la société²¹ : le marché ne serait plus une institution mais un fait. Comme le souligne Sarah Dormont²², le marché a une « propension à dominer les objets qui l'entourent », tendance renforcée par le droit qui le sert. Le marché tient cette puissance parce qu'on lui accorde ce statut : être un fait aussi inhérent

19. T. PARIS, « Les contrats public-privé, une réponse aux besoins du marché », cet ouvrage.

20. S. ADALID, « La nouvelle gouvernance économique de l'UE : mesurer et rapprocher les politiques nationales », cet ouvrage : l'auteur montre que, toute valeur évacuée, les critères « techniques » permettent, voire exigent, l'évaluation de tout.

21. J. CHEVALLIER, « Ordre juridique et logique de marché », cet ouvrage.

22. S. DORMONT, « Le contrat à l'épreuve du marché », cet ouvrage.

à tout être humain que sa vie biologique, aussi naturel, aussi inévitable, aussi légitime, aussi universel.

Ainsi, le marché ne doit pas se justifier, pas plus que la respiration. Le marché est un fait universel, comme l'alternance du jour et de la nuit. La perspective change et Claire Mongouacou montre que le marché n'est pas l'espace de la liberté humaine, conception classique, mais une machine d'efficacité, servi par un droit de la concurrence dont la référence à l'efficacité devient le centre²³. Que l'on change de conception, soit, l'essentiel est d'en avoir conscience. Or, on ne prétend pas avoir troqué un système pour un autre; on prétend se mouvoir dans des faits, dans de l'incontestable, dans ce qui se soustrait au jugement, dans de l'inévitable. Enfin débarrassés de l'idéologie dont le droit dégoûlerait pour accéder aux faits, qui parleraient d'eux-mêmes.

Certes, certaines personnes sont, comme dans l'ordre de la nature, plus gâtées que d'autres, ont un coffre pectoral plus large pour engouffrer davantage d'air frais; tant mieux pour elles, elles seront plus riches. Si elles sont pauvres, elles ont le souffle court, alors on peut dire que la nature ne les a pas servies et s'arrêter là. On peut aussi contrer les effets naturels de l'inégalité entre les êtres humains et appeler le droit pour qu'il compense, en injectant de l'extérieur des mécanismes perturbateurs du marché. Un peu de sécurité sociale ou d'*Obamacare*, si le calcul coût-bénéfice ne rend pas injustifiable cette exception charitable.

Certes, un tel droit pourra être légitime, lorsque l'on pense par exemple que les pauvres doivent avoir accès aux soins; mais le droit est alors une institution, un artefact donc, qui fait un acte de violence, de contrainte, certes légitime, sur la situation naturelle que constitue désormais le marché. Plus encore, comme le rappelle Sarah Dormont²⁴, c'est aujourd'hui une conception appauvrie du contrat que le marché utilise et véhicule, voire une conception dénaturée, considérant que le contrat n'aurait pour seule fonction que d'échanger et de construire des richesses.

Ce nouveau statut du Marché comme fait est une victoire politique considérable. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Michigan v. EPA*, actuellement en délibéré, va éventuellement contrôler s'il est légitime d'imposer aux entreprises une contrainte juridique « trop » coûteuse au regard des bénéfices attendues en matière de santé.

L'analyse économique du droit passe ainsi du statut d'information de l'auteur de la règle au statut de norme juridique elle-même: le droit doit être économiquement efficace. Contre un tel fait, une telle primauté de l'efficacité²⁵, tout ce qui était construction juridique doit s'effacer. La première construction intimée

23. C. MONGOUACHON, « Les sources idéologiques du droit du marché: de l'ordolibéralisme au néolibéralisme », cet ouvrage.

24. S. DORMONT, « Le contrat à l'épreuve du marché », cet ouvrage: l'auteur posant que le contrat doit « entrer en résistance » face au marché.

25. F. BRUNET, « Marché et autorité normative », cet ouvrage.

de se dissoudre est la distinction du droit privé et du droit public, comme le montre Jean Sirinelli, à propos des actes administratifs unilatéraux²⁶.

En effet, cette transformation du marché comme fait hiérarchiquement supérieur au droit, qui n'est qu'institué – l'artificiel étant bien peu face au naturel –, s'appuie sur de nombreux éléments. En premier lieu, elle s'appuie sur son abstraction, le marché pouvant se résumer dans la « loi du désir », et étant le lieu où l'on peut consommer tout ce que l'on désire si l'on apporte l'instrument de la consommation qui est l'argent. En deuxième lieu, le marché est mondial puisque le désir est en chacun des êtres humains et depuis toujours. Le droit doit courir derrière le nouveau mot de « globalisation ». En troisième lieu, le marché constitue la nouvelle nature de l'être humain, découverte certes récemment mais qui existait depuis toujours : l'être humain est et n'est que désir de dévorer.

Face à cela, le droit ne peut rien prétendre. Lié au Politique, il est limité dans des frontières et les quelques traités internationaux que les États peuvent faire pour « dicter » quoi que ce soit aux marchés sont risibles face à la puissance de la loi des désirs. D'ailleurs, qui sont ces politiques, pour s'opposer à ce qui est au fond des êtres humains depuis toujours, des êtres humains qui pacifiquement ajustent leurs désirs, de consommation et d'enrichissement sur des marchés gouvernés par les mêmes ajustements partout dans le monde ? Si l'on ne s'esclaffe pas, on rit sous cape, car les hommes politiques sont eux-mêmes des êtres humains habités par des désirs multiples dont nous savons presque tout par les médias. Cela nous conforte dans l'idée d'universalité du marché et dans la conviction d'absence de toute norme qui lui soit extérieure.

Lorsque l'on observe les choses à l'intérieur du système juridique, cela a été souvent relevé, la branche du droit « impérialiste » est désormais le droit de la concurrence, lequel serait seul à pouvoir prétendre constituer un « ordre ». Alors que le droit de la concurrence est avant tout construit sur du droit, ce qui peut paraître un truisme, il est aujourd'hui présenté comme la projection du marché lui-même, la formulation juridique dupliquée de la loi naturelle du marché, de l'ajustement naturel des désirs de consommation et d'enrichissement, dont le droit ne serait que le gardien neutre.

Dans ces conditions, ce qui fait exception doit se justifier par une « défaillance » du marché lui-même que le droit par sa puissance vient combler. C'est une définition du droit de la régulation, conçu comme l'ensemble des procédés juridiques palliant les défaillances temporaires ou définitives du marché.

Dans une telle perspective, le droit de la régulation ne vient pas contredire le marché ; il vient au contraire en asseoir la prédominance, puisque le droit ne pénètre dans le mécanisme naturel et autosuffisant du marché que si celui-ci souffre de grains de sable, que l'on peut éliminer soit par une régulation transitoire qui mènera vers la concurrence – la régulation étant le moyen de rendre effective une décision de libéralisation d'un secteur –, soit par une régulation

26. J. SIRINELLI, « Les techniques unilatérales d'intervention des autorités publiques sur le marché », cet ouvrage.

définitive, lorsque le marché souffre de défaillances définitives, par exemple des monopoles économiquement naturels ou des asymétries d'information. Dans cette acception, le droit de la régulation n'est jamais politique.

D'une façon plus générale, le droit n'est jamais politique. Aujourd'hui, c'est une condition pour qu'il soit admissible. Ainsi, l'État pourra être actionnaire d'une entreprise, l'«entreprise publique», à condition de se comporter comme un «actionnaire ordinaire», c'est-à-dire de n'être pas un être politique, recherchant autre chose qu'un retour financier raisonnable de son investissement.

Ainsi, le marché, ayant accès au statut de fait, a cassé le lien ontologique entre le Droit et le Politique.

Dès lors, il n'y a plus aucun obstacle pour que le droit ne soit plus qu'un objet d'offres et de demandes.

B. LE DROIT, OBJET D'OFFRES ET DE DEMANDES

Le droit a toujours donné lieu à des prestations de service. Le conseil juridique, la défense d'une personne, la réconciliation des ennemis, sont des prestations, même si Jean-François Humbert en rappelle la spécificité²⁷. Les contrats sont des biens qui circulent et qui sont produits par l'imagination des juristes, que certains disent sans borne.

Ceux qui détiennent le savoir et le savoir-faire juridiques sont des professionnels repérés et installés, par leurs titres ou par leurs réputations, cela n'est pas davantage contestable. Olivier Cousi souligne que la déontologie participe à ce mécanisme de réputation, de fiabilité et de confiance²⁸. Que l'on habille l'argent versé sous différents vocables, d'honoraires, si l'on a l'âme médiévale, ou de tarifs, si l'on a l'esprit étatique, n'empêche pas que cela se ramène à un prix.

Pierre de Montalivet affirme que «la rencontre entre le droit et le marketing s'est déjà opérée»²⁹. Il le souligne y compris pour cette prestation que l'on prétendit particulière, à savoir la législation.

Certes, dire que le droit «n'a pas de prix», c'est nier la réalité, ce qui est sans doute le meilleur moyen pour que celle-ci se rappelle à nous avec violence et sarcasme. Sara Godechot-Patris rappelle que le droit international privé a toujours permis à une personne de trouver un système de droit qui lui soit plus seyant³⁰. Ainsi, l'analyse économique du droit sur laquelle sont basés les rapports successifs

27. J.-F. HUMBERT, «Le droit est-il un marché?», cet ouvrage. L'auteur insiste sur le fait que le notaire n'exerce pas un métier, mais une fonction.

28. C. COUSI, «Les règles de déontologie des avocats sont-elles compatibles avec l'évolution du marché du droit?», cet ouvrage.

29. P. DE MONTALIVET, «Le marketing du droit», cet ouvrage.

30. S. GODECHOT-PATRIS, «Le *law shopping* en droit civil et commercial», cet ouvrage: l'auteur estimant que vouloir «éradiquer» le *law shopping* n'est pas la voie à privilégier, souhaitant plutôt l'unification des règles de conflit.

Doing Business, les tarifications des honoraires auxquelles conduit l'aide juridictionnelle et la réalité du marché qu'Internet est en train d'installer dans le conseil juridique plus ou moins mécanique, ne peut que révéler ce que l'on sait depuis toujours, à savoir que le droit est une prestation.

On pourrait soutenir que la « petite prestation » proposée par l'avocat ou le conseil ne saurait se comparer à la loi, comme le contrat, « petite loi », ne saurait se comparer à la grande. Mais la possibilité des opérateurs de marché de se soustraire à la loi est si forte qu'elle s'est transformée en une possibilité de négocier directement avec un politique qui n'est jamais qu'un gouvernement composé de ministres en prise avec de sérieux soucis de finances publiques, la négociation portant alors sur la soumission à un système juridique plutôt qu'à un autre. La concurrence entre systèmes juridiques est désormais un thème très étudié. Il n'y a pas qu'en droit des sociétés que celui qui n'a formellement pas voix au chapitre « vote avec ses pieds » : l'opérateur économique fait de même avec la législation, se soustrayant au système juridique qui développe une législation dont les effets unilatéraux ne lui conviennent pas.

Dès lors, le rapport entre la grande loi et la petite loi qu'est le contrat s'inverse. Jacques Chevallier y voit même un « basculement »³¹. Alors que la pyramide kelsénienne situe le contrat tout en bas, l'entreprise peut, soit parce qu'elle est de multiples implantations soit parce qu'elle fuit, se construire une loi « à sa main », par un contrat dans lequel un juge est virtuellement présent, qu'il soit arbitre ou le juge du système juridique visé par le contrat³².

Ainsi, le contrat, dont une clause peut prévoir que la loi extérieure restera pour les parties comme si elle était constante, même si de droit elle varie ultérieurement, fait ployer la grande loi. À l'inverse, le législateur, dont l'abstraction ne peut masquer qu'il est le prolongement d'un gouvernement, adopte des lois qui ne mécontentent pas les opérateurs, y compris les particuliers, au point de les faire fuir. L'attractivité devient une qualité requise. Le régulateur contractualise son action pour assurer son efficacité³³. La Loi devenant un produit de marché, il devient difficile de la désigner encore comme « grande ».

Cela n'est pas nécessairement critiquable. Il est difficile de parler du « droit » d'une façon si abstraite, Carbonnier rappelant qu'à Bruxelles la seule rue qui porte ce nom semble être une impasse. À constater avec Alexandre Maïtrot de la Motte l'ampleur du phénomène de la concurrence fiscale, on veut bien le croire, puisque les États semblent vendre à des entreprises une fiscalité qui n'exprime guère le bien commun du groupe social, mais dame le pion aux autres États avec lesquels ils ont pourtant vocation à construire une Union européenne³⁴.

Le droit est un pouvoir, et sans doute le marché, qui est aussi un espace de pouvoir, peut constituer un contre-pouvoir. Les institutions de marché,

31. J. CHEVALLIER, « Ordre juridique et logique de marché », cet ouvrage.

32. S. GODECHOT-PATRIS, « Le *Law-shopping* en droit civil et commercial », cet ouvrage.

33. R. LANNEAU, « Néolibéralisme, droit et marché », cet ouvrage.

34. A. MAÏTROT DE LA MOTTE, « La concurrence fiscale dans l'Union européenne », cet ouvrage : l'auteur montrant que là où les intérêts financiers deviennent très élevés, les discours de « gouvernance » butent.

notamment les banques centrales, sont des organismes dont la forme est ancienne mais les fonctions sont nouvelles, puisque les États mendient désormais sur les marchés, ce qui rend dérisoire leur prétention à les régir. Ainsi, les banques centrales sont peut-être les nouveaux lieux de souveraineté.

Mais il faut aussi avoir conscience des dangers que peut présenter cette évolution³⁵.

35. Sur cette perspective, v. M.-A. FRISON-ROCHE, *La fin du Droit*, à paraître.