



HAL
open science

Concurrence entre économie et droit aux racines de l'identité européenne

Martin Quesnel

► **To cite this version:**

Martin Quesnel. Concurrence entre économie et droit aux racines de l'identité européenne. Démocratie et marché dans l'Union européenne, Eric Carpano; Gaëlle Marti, Jun 2019, Lyon (Université Lyon 3), France. hal-04081056

HAL Id: hal-04081056

<https://hal.science/hal-04081056v1>

Submitted on 19 Oct 2023

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

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

Concurrence entre économie et droit aux racines de l'identité européenne

Martin Quesnel

Maitre de conférences en droit public à l'Université CY Cergy Paris

Membre du laboratoire CPJP

Les rapports entre le droit et l'économie au fil de la construction européenne se caractérisent par une certaine forme de concurrence, laquelle illustre une part importante des enjeux de la coexistence de la démocratie et du marché. Évoquer les liens entre ces deux disciplines permet également de mesurer la singularité de chacune, pour mieux saisir leur rôle dans l'édifice européen.

En plus du droit institutionnel et matériel de l'Union européenne, plusieurs aspects d'histoire des idées politiques et de philosophie politique viennent éclairer les questions que soulève la concurrence entre droit et économie dans le projet européen. Observer le contexte du traité de Rome puis plus généralement le sort réservé aux doctrines économiques dans le droit de l'Union européenne permet de mieux saisir certaines orientations qui entrent en résonance avec la crise de légitimité et d'identité que traverse l'Union.

Il ne faudrait pas néanmoins exagérer de prime abord l'autonomie de ces deux disciplines. L'histoire de l'Université française prouve par exemple que l'économie et le droit ont longtemps été conçus comme inséparables dans ce pays fondateur du projet européen. A partir du moment où l'économie politique¹ a été introduite dans toutes les Facultés de droit françaises², les deux disciplines n'ont cessé d'entretenir des liens étroits que l'évolution de leur statut à l'Université n'a guère distendus. Si l'autonomie de l'économie au sein du système universitaire français a été reconnue en 1968, actant une séparation de fait avec les Facultés de droit qui l'accueillaient depuis presque un siècle, l'imbrication entre le droit et l'économie a eu tendance à suivre une voie inverse, que l'approfondissement de l'intégration européenne illustre de la manière la plus éclatante. Dès les premiers pas du projet communautaire, l'économie a en effet acquis une place de choix au côté du droit en tant que socle du cadre institutionnel imaginé par les pères fondateurs³.

Le contexte idéologique et politique de la naissance de la Communauté économique européenne invite d'abord à regarder cette Communauté comme une création inédite. La CEE est conçue comme un laboratoire du progrès économique et social qui emprunte une voie autre que celle du modèle de l'État-nation adossé à sa Constitution. Il n'est pas étonnant, dès lors, que l'économie s'y voit reconnaître un rôle nouveau et central, alors que les vieux États européens issus du modèle westphalien s'étaient constitués autour des notions beaucoup plus anciennes de souveraineté et de république. La CEE naît comme une certaine expérience de la modernité, et

¹ L'adjectif « politique » disparaîtra progressivement à la fin du XIXe siècle, pour laisser place à l'appellation contemporaine d'économie. C'est au français Antoine de Montchrestien que l'on doit l'expression d'« économie politique » (voir en ce sens DENIS (H.), *Histoire de la pensée économique*, PUF, coll. Thémis, 1966, p. 92).

² Décret du 26 mars 1877.

³ Parmi les pères fondateurs, rappelons ici que si Robert Schuman était juriste de formation, Jean Monnet était considéré comme un économiste, ce dont témoigne l'ouvrage consacré à cette question : Bossuat (G.) (dir.), *Jean Monnet et l'économie*, Pieter Lang Ed., 2018, 252 p.

elle incarne en quelque sorte l'idéal d'un positivisme étendu à l'ensemble des sciences sociales⁴, à une période où l'économie aspire véritablement à investir presque tous les domaines du savoir. Le projet européen vise alors le modèle prôné par la majorité des élites politiques des années 1950 : le libre jeu du marché, incarné par un marché commun dans lequel la concurrence est non faussée⁵.

C'est ainsi que, comme dans la République Fédérale Allemande, la légitimité du projet européen issu du Traité de Rome est fondée sur la réussite économique, qui tient lieu de « contrat social européen »⁶. Il s'agit là d'un aspect singulier, dont on peut penser qu'il condamne l'idée même d'identité de l'Union européenne à demeurer moins évocatrice d'un point de vue historique que ne peuvent l'être les identités des Etats nations européens⁷. Le projet européen, en grande partie à cause de son contexte historique, ne s'appuie guère sur l'idée d'un peuple unifié formé par l'histoire, mais sur la promesse d'une paix entretenue par le progrès économique. En cherchant l'identité européenne, on trouve d'abord l'économie.

Ce projet politique adossé à un marché unificateur heurte nécessairement la vision classique d'un ordre juridique fondé sur le pouvoir constituant du droit qui trouverait sa source dans le contrat passé par un peuple et ses représentants pour faire société. A travers la CEE nouvellement créée, la lecture prioritairement économique des enjeux sociétaux transforme le droit en instrument de l'efficacité des rapports marchands. Comme l'a mis en lumière Michel Foucault, les premiers pas de l'intégration européenne doivent beaucoup à l'école de pensée ordolibérale née en Allemagne⁸, et issue précisément de l'association d'économistes et de juristes. Si les ordolibéraux allemands ne font aucunement l'impasse sur les fondements philosophiques et politiques de leur modèle, la place accordée à l'économie change la nature même du projet politique qui s'appuie sur un tel modèle. Bien que le terme soit souvent galvaudé, il semble juste d'évoquer ici un changement de paradigme consécutif au début de l'intégration européenne.

La suite de l'intégration européenne a été marquée par l'émergence de l'analyse économique du droit comme source incontournable d'évolution du droit de l'Union. Ce nouvel horizon a inscrit dans la durée la concurrence entre économie et droit dans l'appréhension de

⁴ « Réorganiser scientifiquement la société » était bien à la fois l'objectif initial et la visée finale d'Auguste Comte, ainsi que le rappelle Annie Petit (*in* Raynaud (P.) et Rials (S.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 125.

⁵ Article 3 § f du traité instituant la CEE.

⁶ Strassel (C.), « le modèle allemand de l'Europe : l'ordolibéralisme », *En Temps Réel*, Cahier N°39, juin 2009, (<https://www.entempsreel.com/files/cahier39.pdf>), p. 20.

⁷ Si tant est que l'identité nationale soit elle-même un concept opératoire. Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre thèse : Quesnel (M.), *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2015, p. 111 et s. et 138 et s.

⁸ Citons ici le célèbre cours de Foucault au Collège de France, *Naissance de la biopolitique*, dans lequel le philosophe expose notamment l'influence qu'ont pu avoir les ordolibéraux allemands sur la pensée économique de leur époque, entre autres aux Etats-Unis et en France. Il cite plus spécialement les écrits de Walter Eucken en 1952 pour les rapprocher de la politique agricole commune élaborée par Mansholt, alors vice-président de la Commission européenne (Foucault (M.), *Naissance de la biopolitique*, Gallimard/Seuil, coll. *Hautes études*, 2004, p. 147). La précision oblige néanmoins à signaler que les références aux textes d'Eucken sont souvent faites par Foucault via l'ouvrage de F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, et comportent ainsi plusieurs renvois erronés, dont celui de la p. 147. L'influence des ordolibéraux sur les Communautés européennes, soulignée par de nombreux autres auteurs après Foucault (dont Bilger lui-même, notamment dans un article de 2009), n'en demeure pas moins tout à fait démontrable.

l'espace commun. Précisions toutefois les conditions de cette concurrence : économie et droit ont bien entendu chacun leur place incontournable dans l'action publique, mais ce qui retient notre attention, c'est la concurrence des *analyses* propres à chacun de ces domaines. Si l'on considère que l'exigence démocratique a été progressivement rapprochée des dogmes du marché, il est utile de s'interroger sur les caractéristiques d'une démocratie propre à l'Union européenne en considérant le rôle historique tenu par l'économie dans ce projet.

Le projet européen est un édifice marqué par ces rapports renouvelés entre l'économie et le droit. Puisque l'unification politique doit provenir de la réussite d'un marché commun, le droit communautaire a visé des objectifs très concrets, et il a accompagné une forme particulière d'institutionnalisation de l'économie, que traduit notamment la notion de « constitution économique »⁹.

Le changement qui s'opère du fait de ce rôle nouveau assigné à l'économie bouleverse plusieurs concepts fondateurs de la philosophie politique. Parce que la science économique dite orthodoxe se fonde largement sur le comportement de l'individu rationnel (la fameuse figure de *l'homo oeconomicus*) – y compris pour concevoir certaines institutions comme les entreprises ou les syndicats – elle délaisse la théorisation d'un espace public et politique duquel émaneraient des décisions prises par des citoyens et leurs représentants. Tout se passe alors comme si *l'homo oeconomicus* se substituait à l'animal politique. Le développement des sciences sociales a engendré une mutation dans l'appréhension des individus dont les conséquences ne cessent de redéfinir la vision de l'espace public.

En reprenant les observations formulées par Foucault, on perçoit également la tendance de l'économie à esquiver l'anthropologie pour l'étude du comportement humain¹⁰. Le droit contemporain se redéfinit lui aussi à l'aune de cette irruption de l'économie dans le champ des connaissances sur l'homme, avec une grande importance accordée à la rationalité et à l'utilité.

L'un des domaines dans lesquels le renouveau des rapports entre économie et droit se manifeste le plus nettement est sans doute celui de la concurrence. Le droit de la concurrence, pilier du droit matériel de l'Union européenne, est ainsi une des branches du droit où se cristallise une partie des prétentions du marché à incarner les aspirations démocratiques. On trouve par exemple sous la plume de Marie-Anne Frison-Roche des réflexions sur le passage de la notion de service public à celle de service universel, qui viendrait illustrer le fait que « l'analyse économique du droit fait reculer le dogmatisme », en ce qu'elle incite à réfléchir sur les buts poursuivis, les fins du droit, rejoignant ainsi l'idéal démocratique¹¹. Le droit matériel de l'Union européenne vient ainsi remodeler certaines notions de droit administratif français, ce que plusieurs études récentes viennent illustrer¹². Les autorités nationales de la concurrence,

⁹ Sur cette notion, voir le très substantiel article de Lionel Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *Jus Politicum*, n° 21, p. 445-482.

¹⁰ *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 257-258. Foucault explique en critiquant cette position que « La prise en compte du sujet comme *homo oeconomicus* n'implique pas une assimilation anthropologique de tout comportement quel qu'il soit avec un comportement économique. (...) C'est-à-dire que la surface de contact entre l'individu et le pouvoir qui s'exerce sur lui, le principe par conséquent de régulation du pouvoir sur l'individu, ne va être que cette espèce de grille de *l'homo oeconomicus* ».

¹¹ Frison-Roche (M.-A.), « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *Les Petites Affiches*, 19 mai 2005, ° 99, p. 18.

¹² Voir par exemple la thèse de D. Guinard, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2012, 578 p., et la thèse de F. Tesson, *Les limites de l'influence du droit du marché intérieur sur les activités administratives françaises*, thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2010, 623 p.

plus généralement, sont tenues depuis 2004 d'appliquer le droit européen de la concurrence¹³. L'action de la puissance publique est ainsi toute entière passée au crible des très nombreux indicateurs et outils d'analyse que sous-tend toute approche économique. Enfin, la notion de régulation occupe désormais une place centrale en droit de la concurrence.

Une telle évolution qui saisit l'ensemble de l'espace public invite à lier toujours plus systématiquement le droit et l'économie pour analyser les spécificités d'une intégration européenne qui unit par le marché (I). A cet égard, il apparaît que le défi pour une démocratie européenne issue du marché consiste désormais à éprouver les ressorts de son identité en dehors de ce cadre d'origine. Les crises économiques et les enjeux sociétaux rendent nécessaire une redéfinition de la démocratie européenne dans laquelle le droit retrouve ses accents politiques. L'Union européenne a utilisé les ressorts de l'économie beaucoup plus largement que n'avaient pu le faire les organisations d'intégration, et elle se trouve face aux limites de cet exercice. Le projet européen ne peut se passer d'une démocratisation de l'espace de concurrence qui repose plus directement sur le rôle du droit dans la légitimation du pouvoir (II).

I. Du légitime à l'efficient : unir par le marché

Animés par la volonté puissante de garantir la paix sur un continent ravagé, les fondateurs des communautés européennes ont bâti un projet caractérisé par sa genèse ordolibérale (A) qui a peu à peu laissé place à une consolidation marquée par des orientations strictement économiques (B).

A. La genèse ordolibérale

La logique d'intégration à l'œuvre depuis les premiers traités communautaires a installé l'idée d'un dépassement possible de la légitimité démocratique grâce à un renvoi à l'efficacité économique. L'immersion dans la pensée ordolibérale allemande offre ici une perspective éclairante. Pour Franz Böhm, l'un des pères de l'ordolibéralisme, la concurrence constitue également le fondement moral d'une économie basée sur le profit, parce qu'elle n'est pas seulement un mécanisme incitatif, mais avant tout un instrument de privation de pouvoir¹⁴. Alors que l'Allemagne a sombré dans le totalitarisme en mettant son destin entre les mains du parti nazi et de son chef, les ordolibéraux veulent un système, un cadre juridique, qui puisse à lui seul empêcher en toute hypothèse l'appropriation du pouvoir, et notamment du pouvoir économique. Le système apte à garantir une concurrence réelle et non faussée et à exclure toute forme de domination sera donc un système juste et légitime. En lieu et place d'une théorie du pouvoir, les ordolibéraux prônent une théorie de l'atomicité du pouvoir. La garantie d'un juste cadre économique offre la possibilité d'une société d'individus libres et autonomes. Pour Eucken, autre figure majeure de l'ordolibéralisme, la science économique a une finalité politique¹⁵.

¹³ Règlement n° 1/2003.

¹⁴ Franz Böhm, "Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts", 1957, rééd. in Ernst-Joachim Mestmäcker, (dir.), *Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1960, p. 22 (cité par Mougouachon (C.), « L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique » *Concurrences*, N° 4, 2011, p. 74).

¹⁵ Voir en ce sens Deschamps (M.), « L'articulation économie, droit et politique dans la pensée ordolibérale », Documents de travail GREDEG, n° 2013-31, p. 6.

A travers l'influence que la pensée ordolibérale a pu avoir sur les débuts de la construction européenne, la recherche de l'efficacité économique a dicté des choix normatifs assez nets dès les premiers traités, ce qui a façonné cette identité européenne indissociable de l'économie. C'est visible dans la plupart des domaines du droit communautaire, et même les notions plus politiques sont concernées, puisque comme le remarque Kaarlo Tuori, « *Le chemin de la Constitution européenne a débuté dans la sphère économique et, par conséquent, la citoyenneté européenne était tout d'abord une citoyenneté économique* »¹⁶. Avant que des droits ne soient attachés au statut de citoyen européen, ils étaient reconnus au travailleur européen en tant qu'agent économique¹⁷.

En toute hypothèse, le droit est omniprésent au sein de la structure économique d'ensemble, parce que le marché est d'abord un cadre normatif, qui permet entre autre de déterminer l'étendue des compétences transférées à l'Europe communautaire. Ces transferts de compétences ont certes épousé à partir de 1992 des aspirations à une intégration plus politique et plus démocratique¹⁸, mais il est indéniable qu'ils ont également accompagné un approfondissement et une intensification des échanges au sein de la Communauté et de l'Union nouvellement créée. L'expérience européenne peut aussi être regardée comme le déploiement progressif de multiples leviers normatifs et politiques destinés à fournir au marché les conditions durables de son fonctionnement libre et généralisé.

Une notion particulière entretenant des liens privilégiés avec la doctrine ordolibérale offre ainsi un axe de réflexion pour envisager les rôles respectifs de l'économie et du droit au sein de l'Union : celle de *constitution économique*. Cette notion, qui a un sens restreint en économie¹⁹, désigne au sens normatif les normes constitutionnelles relatives à l'économie²⁰. Une constitution économique fidèle au modèle ordolibéral place ainsi l'ordre concurrentiel en son centre. L'étendue de la réglementation économique au sein des communautés puis de l'union européenne a conduit plusieurs juristes européens de langues diverses à parler de constitution économique au sein de l'Union²¹. Dès l'origine, cette constitution économique européenne est présente dans le traité de Rome à travers la mention explicite de la « concurrence non faussée ». Le traité de Maastricht précisera encore un peu les dogmes économiques de l'Union naissante en édictant l'obligation pour les Etats membres et les organes de l'Union de respecter « l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre »²². L'identité juridique de l'Union est donc non

¹⁶ Tuori (K.), « La constitution économique parmi les constitutions européennes », *Revue internationale de droit économique* 2011/4 (t.XXV), p. 574.

¹⁷ En témoignent les textes dérivés initiaux sur la libre circulation des personnes, notamment la directive n° 64/220/CEE relative aux travailleurs indépendants, et la directive n° 64/221/CEE relative aux restrictions justifiées pour des conditions d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

¹⁸ Le traité de Maastricht est à juste titre considéré comme un tournant, même si ce tournant ne doit pas occulter les avancées nombreuses qui lui sont antérieures, et qui ont concerné notamment le Parlement européen.

¹⁹ Drexler (J.), « La Constitution économique européenne - L'actualité du modèle ordolibéral », *Revue internationale de droit économique*, 2011/4 t.XXV, p. 423.

²⁰ *Ibid.*, p. 424.

²¹ *Ibid.*, p. 421.

²² Article 3 A § 1 et 2 du traité CE modifié par le traité de Maastricht. Notons cependant que l'objectif de concurrence non faussée s'est retrouvé rétrogradé avec le traité de Lisbonne d'objectif des traités à protocole.

seulement marquée par l'importance accordée au marché, mais encore par le rôle central reconnu à la notion de concurrence²³.

Cette vision initiale a nécessairement imprimé une identité durable dans le droit communautaire puis de l'Union européenne. Parmi les nombreuses illustrations normatives de cette tendance à envisager le droit comme devant être au service du marché, on peut citer l'article 145 TFUE. Selon cette disposition, les Etats membres s'attachent « à promouvoir une main-d'œuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie ». L'article renvoie certes ensuite aux objectifs énoncés à l'article 3 du traité sur l'Union européenne, parmi lesquels figure la promotion de la justice et de la protection sociale, mais il est bien question de concevoir des marchés du travail taillés pour réagir rapidement à l'évolution de l'économie, plutôt que des dispositifs protecteurs à l'initiative de la puissance publique pour offrir des garanties aux travailleurs soumis aux ajustements de ce marché. Il est aisé d'illustrer les préoccupations prioritairement liées aux garanties du libre marché qui caractérisent l'ordre juridique européen. Une majorité d'économistes y voient la marque de la prise en compte de réalités empiriques, mais l'histoire et le droit comparé indiquent que d'autres préoccupations ont pu guider d'autres orientations normatives²⁴.

Ces éléments issus de doctrines économiques apparaissent paradoxalement de manière éparse dans le droit primaire, qui fait en revanche une place de choix aux fondements politiques plus classiques du droit de l'Union européenne, spécialement dans le TUE. Figurent ainsi parmi les toutes premières dispositions du préambule du traité sur l'Union européenne les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit, cités dès le troisième alinéa de ce préambule. L'alinéa 6 est consacré au rappel de l'attachement des Etats membres aux droits sociaux fondamentaux, tandis que l'économie n'est mentionnée qu'au 9^e alinéa. Les apparences sont donc trompeuses, ou en tous cas la place des considérations économiques face aux enjeux politico-juridiques est relative. Il suffit en réalité d'observer les premières dispositions de l'autre traité constitutif pour porter un regard plus réaliste sur l'importance de la constitution économique européenne. L'économie, l'emploi, la concurrence et le commerce occupent les alinéas 3 à 7 du préambule du TFUE. Et la donne historique vient rappeler que l'économie a précédé les fondements juridiques et politiques plus classiques, le TUE étant apparu 35 ans après le début des Communautés européennes. Les fondements juridico-politiques courent donc après une constitution économique qui les précède²⁵.

²³ La Cour de justice défend avec une attention particulière le principe de concurrence au sein de la Communauté, comme en témoigne l'arrêt *Continental Can* du 21 février 1973 : « cette exigence est si essentielle que, sans elle, de nombreuses dispositions du traité seraient sans objet ». La Cour de justice reconnaît dans cet arrêt qu'elle défend la concurrence en tant que telle et pas seulement s'il y a un préjudice reconnu pour le consommateur.

²⁴ La notion même de « constitution économique » était à son origine marquée par l'idéologie sociale démocrate, et elle visait à limiter le pouvoir du capital par la contrainte du droit. Voir en ce sens Zevounou (L.), « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *op. cit.*, p. 455.

²⁵ De ce fait, Lionel Zevounou estime que la mise en place des Communautés européennes ne peut pas être considérée de façon évidente comme le résultat de l'influence majoritaire du courant ordolibéral. L'ordolibéralisme postule en effet que la constitution économique doit naître grâce à une institution qui lui est extérieure (et qui, par hypothèse, la précède) : l'Etat (qui était par hypothèse l'Etat allemand). *Ibid.*, p. 460.

Cette chronologie a permis de prêter à certains des architectes de l'intégration européenne²⁶ l'idée de départ selon laquelle la société concurrentielle fonctionnant de façon optimale serait fondée sur la figure de « l'individu-entreprise »²⁷. A travers ce type de représentation autour de laquelle s'accordent plusieurs courants de la pensée libérale, est née l'idée d'une convergence *néolibérale*, qui autoriserait par la suite le rapprochement du projet européen avec le modèle de société américain. S'il existe une controverse autour de l'idée d'un socle commun du néolibéralisme²⁸, prolongée en partie par la réfutation même de ce terme par de nombreux économistes, force est de constater que la manière de penser l'économie a été profondément bouleversée à partir du colloque Walter Lippmann de 1938. Or, c'est lors de ce colloque auquel étaient présents à la fois les théoriciens ordolibéraux Röpke et Rüstow et le célèbre Hayek, que fut ouvertement questionné – et implicitement consacré – le terme de néolibéralisme²⁹. Par la suite, le rôle de l'économie dans la société et les attentes placées en elle face aux enjeux politiques les plus larges ont été repensés au sein de ces courants que l'on nomme communément néolibéraux. Des points de vue divers se sont bien exprimés dès le départ, mais l'importance reconnue au marché et à la concurrence dans le champ européen ont installé l'ordolibéralisme comme une doctrine tutélaire³⁰, qui fut cependant associée à d'autres courants.

B. La consolidation des orientations économiques

Il existe à n'en pas douter un pluralisme au sein des orientations économiques qui ont pris place dans le droit de l'Union. Si l'ordolibéralisme a marqué plusieurs des fondateurs de la CEE, on trouve également des aspirations plus interventionnistes, visibles notamment dans le projet de la Politique Agricole Commune³¹. Mais l'on voit donc surtout depuis une vingtaine d'années une pénétration de plus en plus nette des doctrines de l'analyse économique du droit, qui marquent notamment la jurisprudence de la CJUE. Cette doctrine, née aux Etats-Unis dans les années 1970, et qui est également connue sous le nom d'économie du droit s'est développée – comme l'ordolibéralisme – sous l'influence conjuguée d'économistes et de juristes. Mais les économistes ayant soutenu l'analyse économique du droit ont plutôt été influencés à l'origine par l'école de Chicago³² que par les économistes classiques desquels étaient davantage partis les ordolibéraux.

L'analyse économique du droit a l'avantage d'entretenir des liens intrinsèques avec la théorie du droit, en déployant une approche à la fois positiviste et systématique des rapports entre le droit et l'économie. Le lien qu'elle instaure entre la règle de droit et l'efficacité économique implique

²⁶ Parmi les pères fondateurs des Communautés très proche du courant ordolibéral, on peut citer Walter Hallstein, qui fut recommandé au Chancelier Adenauer par Röpke, avant de devenir l'un des principaux acteurs de la création de la CECA et de la CEE, jusqu'à être désigné président de la première Commission de la CEE.

²⁷ Sur cette notion, voir Audier (S.), « Les paradigmes du "néolibéralisme" », *Cahiers philosophiques*, 2013/2 (n° 133), p. 22.

²⁸ C'est encore Michel Foucault, assez incontournable sur cette question, qui est à l'origine de l'évocation de ce socle commun (*Naissance de la biopolitique*, *op. cit.* . 80).

²⁹ Sur l'ensemble de cette question, voir Audier (S.), *Le Colloque Lippmann : aux origines du « néolibéralisme »*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2012.

³⁰ Pour un point de vue nuancé, voir Zevounou (L.), « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *op. cit.*, p. 465 à 468.

³¹ Sans même parler du fait qu'un sein même des ordolibéraux, des sensibilités différentes et parfois assez éloignées se sont exprimées dès le départ, et ont marqué l'histoire de ce courant de pensée.

³² A l'image de Ronald Coase, qui est considéré comme le principal inspirateur de l'analyse économique du droit, et qui a rejoint le département de droit de l'Université de Chicago en 1964.

une concurrence ordonnée qui doit fournir au législateur comme au juge des critères d'appréciation d'un cadre juridique donné. Ainsi que le rappellent Bruno Deffains et Stéphane Ferey, « l'analyse économique du droit est précisément née de la crise de l'interprétation qui traversait la théorie américaine du droit dans les années 1970 »³³. La tradition américaine du réalisme juridique a progressivement mais profondément rejeté le formalisme juridique et toutes ses conséquences, pour rejoindre un mouvement plus général de déconstruction³⁴. Le projet de l'analyse économique du droit est d'abord une entreprise positiviste, qui entend montrer l'incidence des règles juridiques sur l'efficacité économique³⁵.

Ainsi, à l'instar de l'ordolibéralisme, l'analyse économique du droit est un système qui possède sa rationalité interne. Mais le rapport entre le droit et l'économie est d'une nature différente dans l'analyse économique du droit et dans l'ordolibéralisme : là où l'ordolibéralisme part du droit comme outil pour concevoir la constitution économique, l'analyse économique du droit entend ajuster le droit en fonction de ses effets économiques. Il y a ainsi un certain renversement de la logique entre l'un et l'autre de ces courants. Contrairement à ce que laisse entendre une vision trop répandue, y compris parmi les juristes, l'analyse économique du droit n'est pas simplement un discours sur les conséquences possibles du droit, et ce n'est donc pas seulement un discours externe au droit³⁶. L'analyse économique du droit renferme une prétention à incarner une théorie de l'interprétation juridique.

Ce faisant, l'analyse économique du droit dispute à la norme juridique sa prétention à instituer de manière autonome les conditions de comportements sociaux vertueux. Ce n'est pas dans la règle elle-même que l'on cherche les conditions d'une juste application et d'une interprétation conforme à l'intention du législateur, mais dans l'effet de cette règle aux regards des connaissances issues de l'économie. L'analyse économique du droit exclut ainsi l'hypothèse selon laquelle les normes juridiques auraient un impact éducationnel³⁷. Même l'utilitarisme de Bentham est rejeté par certains auteurs de ce courant, à l'instar de Posner, l'une des figures de l'analyse économique du droit, pour qui « le sens du droit s'épuise dans ses seuls effets »³⁸. La méthode positiviste inhérente à l'analyse économique du droit consiste ainsi à faire des prédictions empiriquement vérifiables sur les effets supposés des règles juridiques. La promesse est alors d'évaluer les conséquences du droit sur l'efficacité allocative à partir du modèle de l'individu rationnel maximisateur.

Y a-t-il alors, derrière cette autre manière d'imbriquer le droit et l'économie, une orientation économique spécifique ? A cette question d'ampleur, les réponses proposées peinent elles-mêmes fréquemment à échapper à certains partis pris. Pour Bruno Deffains et Stéphane Ferey, « il est proprement impossible d'assimiler analyse économique du droit et libéralisme », et ce parce qu'il existe certes « des analyses économiques du droit libérales, voir ultralibérales

³³ Deffains (B.) et Ferey (S.), « « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007/1 (n° 45), p. 232.

³⁴ *Ibid.*, p. 232-233.

³⁵ Kirat (T.), « Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? » *Revue économique*, volume 49, n°4, 1998, p. 1059.

³⁶ Deffains (B.) et Ferey (S.), « Théorie du droit et analyse économique », *op. cit.*, p. 239.

³⁷ Kirat (T.), « Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *op. cit.* p. 1060.

³⁸ Strowel (A.), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », *Archives de philosophie du droit* n°37, Droit et économie, Paris, Sirey p. 143-171, spéc. p. 166.

autour de l'École autrichienne par exemple, tout comme on trouve des recherches proches de l'utilitarisme au sein de l'école de Chicago », mais il existe également « une analyse économique du droit néo-institutionnaliste, fondée avant tout sur l'importance des coûts de transaction, une analyse économique du droit comportementale qui a renoncé à l'hypothèse de rationalité parfaite au profit d'une théorie de la rationalité limitée, ou encore des analyses directement inspirées de la théorie des jeux qui mettent l'accent sur les asymétries informationnelles et sur les stratégies des acteurs »³⁹. Cette diversité qui a accompagné le développement de l'analyse économique du droit n'occulte néanmoins en rien le postulat de départ qui est celui de « la rationalité du comportement de l'homme en société auquel la règle de droit impose dans la poursuite de ses objectifs des contraintes et des coûts »⁴⁰. Un tel postulat, s'il peut donner lieu à des constructions diverses, n'est pas partagé par l'ensemble de la communauté académique, loin s'en faut. Parmi les auteurs qui réfutent le bien fondé de l'analyse économique du droit et de ses postulats, l'on peut citer Jean-Jacques Sueur, pour lequel un tel mouvement met de côté « non seulement l'Etat, le pouvoir, mais aussi l'intérêt général », et même plus généralement « toutes les institutions dont le fondement se trouve dans le transcendant »⁴¹.

Quelle place possède cette analyse économique du droit au sein de l'Union européenne ? Il est possible d'identifier un tournant en 2002, lorsque le Tribunal de première instance des Communautés européennes a annulé trois décisions d'interdiction prises par la Commission en matière de concentrations⁴². Ces trois désaveux retentissants ont incité la Commission à développer son expertise dans le domaine de l'analyse économique, où elle avait des carences. Au fil des années, on a même pu voir un certain renversement de la logique de 2002, puisque dans une communication de février 2009, la Commission plaidait pour que le droit de l'abus de position dominante (article 102 TFUE) fasse l'objet d'une approche « plus économique », grâce notamment au test « du concurrent le plus efficient »⁴³. C'est ce que la Cour a accepté de faire dans son arrêt Intel du 6 septembre 2017⁴⁴. L'analyse économique du droit, dont les défenseurs soulignent fréquemment qu'elle est mal perçue et souvent incomprise en France⁴⁵, s'est assurée une place de choix à l'échelle de l'Union européenne.

II. De l'efficient au légitime : démocratiser l'espace de libre concurrence

La puissance intégrative du marché a joué pleinement son rôle pendant plus de 60 ans, mais elle se caractérise par certaines carences qui lui sont consubstantielles (A). L'une des voies

³⁹ Deffains (B.) et Ferey (S.), « Théorie du droit et analyse économique », *op. cit.*, pp. 224-225.

⁴⁰ Canivet (G.), « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *Les Petites Affiches*, n° 99, p. 28.

⁴¹ Sueur (J.J.), « Pour une autre « analyse économique » du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2012/1 (Volume 68), p. 112 et 116.

⁴² Il s'agit des affaires *Schneider Electric SA / Commission* (T-310/01 et T-77/02 du 22 octobre 2002) sur la fusion Legrand et Schneider ; *Airtours/Commission* (T-342/99 du 6 juin 2002) à propos de la fusion Airtours et First Choice ; et *Tetra Laval BV / Commission* (T-5/02 et T-80/02 du 25 octobre 2002) à propos de la fusion Tetra Laval et Sidel.

⁴³ Sibony (A.-L.), « analyse économique : la Cour de justice de l'Union européenne, en grande chambre, ouvre le prétoire à l'analyse économique jugeant que, en matière de rabais fidélistant aussi, il faut prendre au sérieux l'analyse des effets d'éviction (intel), *Concurrences* N° 4-2017, 6 septembre 2017, pp. 90-96.

⁴⁴ Affaire C-413/14 P, spéc. point 136.

⁴⁵ Voir notamment Frison-Roche (M.-A.), « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *op. cit.*, p. 15-17.

susceptibles de faire disparaître ces carences consisterait à (ré)engager une analyse juridique de l'économie (B).

A. Les carences d'un espace social appuyé sur le marché

Les soubresauts de l'économie fragilisent nécessairement un « pacte social » conçu historiquement pour « *promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les Etats* », pour reprendre les termes de l'article 2 du Traité de Rome. Puisque la méthode empirique, centrale en économie, illustre la survenue de crises systémiques plus ou moins massives à l'image de celle qui a frappé de plein fouet les pays européens à partir de 2008, le défi restant à relever pour l'Union consiste à garantir une acceptation proprement politique du projet débuté en 1951, sans laquelle les crises atteindront par hypothèse les fondements de ce projet. C'est en effet en s'appuyant sur la notion de légitimité que les régimes politiques contemporains, caractérisés par le constitutionnalisme, ont pu s'inscrire dans la durée. Ernest Renan disait dans sa célèbre conférence *Qu'est-ce qu'une nation* : « La communauté des intérêts est assurément un lien puissant entre les hommes. Les intérêts, cependant, suffisent-ils à faire une nation ? Je ne le crois pas. (...) un Zollverein [*littéralement : une union douanière*] n'est pas une patrie. »⁴⁶.

Si l'intérêt économique ne suffit pas, c'est sans doute en raison des fins différentes que poursuivent l'économie d'une part et le droit – et plus particulièrement le droit public – d'autre part. Le prisme de l'individu se retrouve confronté à celui du peuple⁴⁷. Or, faute de théorie du pouvoir, les doctrines économiques rattachées au néolibéralisme s'appuient sur une *biopolitique*, entendue comme le gouvernement intime des individus, « une prise de pouvoir sur la vie »⁴⁸. S'il existe bel et bien comme nouvel horizon, ce gouvernement exercé sur les individus continue à puiser sa source dans le peuple, ce *demokratia* sur lequel s'appuient les Etats contemporains. Mais « comment adresser des recommandations à un pouvoir qui n'existe pas, ou qui n'est que le mandataire muet d'un peuple introuvable » ?⁴⁹ Par la fiction du pouvoir constituant originaire, le droit a depuis longtemps réglé la question de la légitimité politique qui s'avère beaucoup plus incertaine dans le champ de l'économie.

Les décisions prises à l'échelle européenne pour affronter les conséquences fâcheuses de la crise de 2008 ont ainsi jeté une lumière crue sur un fonctionnement dont on peut difficilement nier le caractère technocratique. Röpke et Erhard voyaient dès l'origine la construction européenne comme une institution technocratique contraire aux principes de l'Etat de droit⁵⁰. La signature du TSCG (Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance⁵¹) puis la mise en place du semestre européen associés aux outils que sont le Fond européen de stabilité

⁴⁶ Renan (E.), *Qu'est-ce qu'une Nation ?*, éd. Le mot et le reste, coll. « Attitudes », 2007, p. 32. Il est cependant utile de préciser qu'historiquement, l'unité douanière (zollverein) a précédé l'unité allemande.

⁴⁷ Aucune de ces deux figures – individu et peuple – n'étant d'ailleurs une réalité empirique dans l'économie ou dans le droit. L'*homo oeconomicus* mue par sa rationalité est un modèle théorique comme l'est le peuple qui donne naissance à la nation.

⁴⁸ C'est toute la thèse développée par Foucault dans *Naissance de la biopolitique*, résumée ici par Frédéric Gros dans l'introduction des œuvres complètes de Foucault (Foucault (M.), *Œuvres*, T. 1, Gallimard, Bibliothèque de la pléiade, 2015, p. XXVI.

⁴⁹ Sueur (J.-J.), « Pour une autre « analyse économique » du droit », *op. cit.*, p. 116.

⁵⁰ CANIHAC (H.), « (Néo-)libéralisme contre (néo)libéralisme ? Controverses économiques sur les débuts de la construction européenne en France et en Allemagne », *Trajectoires*, n° 10, 2016, pp. 4-5.

⁵¹ Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance du 2 mars 2012 entré en vigueur le 1er janvier 2013.

financière, le mécanisme européen de stabilité, ou les opérations monétaires sur titres ont bien contribué à faire naître des contraintes juridiques pour mettre en place des politiques économiques conjoncturelles, et ce parfois en dehors du cadre juridique du droit primaire. Ce droit fondé exclusivement sur des impératifs de nature économique illustre de la plus éclatante manière le renversement de la logique de la légitimité politique. Tant que le droit de l'Union européenne se renforce à la faveur de la conjoncture économique, il s'éloigne chaque fois un peu plus du modèle d'un pouvoir constituant populaire.

De telles évolutions viennent réhabiliter les craintes exprimées par plusieurs des figures historiques de l'ordolibéralisme. Röpke, toujours lui, mettait en garde contre le risque d'« éconocratie », c'est à dire la domination de la société par les économistes⁵². Il s'agit d'un type particulier de technocratie, auquel sont confrontées la plupart des institutions contemporaines, mais qui touche plus profondément l'Union européenne. Les carences de l'Union sont donc celles d'un espace modelé par et pour l'économie. Kaarlo Tuori observe qu'il n'y a pas de *demos* européen, et qu'il n'est pas possible d'identifier un « pouvoir constituant » et un « moment constitutionnel », qui sont les deux autres éléments du triptyque que forme la théorie constitutionnelle contemporaine⁵³.

La notion de communauté politique est ainsi la grande absente de l'histoire européenne entamée en 1951. Faute d'être parvenus à dessiner une identité européenne extra-économique, les acteurs de l'intégration s'en sont remis au critère de l'efficacité : « *la réussite ou l'échec vont (...) se substituer au partage légitimité/illégitimité* »⁵⁴. Prolongeant les analyses de Foucault, Antoine Garapon constate que le droit qui fondait traditionnellement sa légitimité sur l'origine de la règle se modifie sous l'influence de l'économie et fonde désormais sa légitimité sur l'effet de la règle⁵⁵. Ne faudrait-il pas alors y voir la consécration d'une nouvelle utopie politique où la réalité des rapports entre les individus serait la seule boussole ? Plusieurs ordolibéraux contestaient cette vision purement économique de l'ordre social. L'économie de marché ne peut fonctionner dans un vide moral et social, ce qui faisait écrire à Röpke en 1945 que la concurrence n'était pas « *un principe sur lequel il serait possible d'ériger la société toute entière* ». Il écrivait même à propos de la concurrence « *moralement et sociologiquement, elle est un principe dangereux, plutôt dissolvant qu'unifiant* »⁵⁶. Ce qui se trouve remis en cause, c'est l'unité totalisante du souverain juridique ; la fiction pacificatrice d'un peuple lié par son destin commun.

Les doctrines économiques qui s'appuient sur le marché en tant que garantie de l'organisation sociale optimale ont en commun de conduire à une accentuation du contraste entre l'organisation spontanée de la société et son organisation politique⁵⁷. Ces doctrines convergent ainsi vers une critique implicite de la société politique, mue par des artifices qui offriraient à un Etat omnipotent un pouvoir qui menace la liberté des individus. Si l'on ne se satisfait pas de cette opposition exacerbée entre le marché fondateur et la communauté

⁵² Deschamps (M.), « L'articulation économie, droit et politique dans la pensée ordolibérale », *op. cit.*, p. 19.

⁵³ Tuori (K.), « La constitution économique parmi les constitutions européennes », *op. cit.*, p. 561.

⁵⁴ Foucault (M.), *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁵ Garapon (A.), « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, 2013/4 (n° 52), p. 47.

⁵⁶ Röpke (W.), *La crise de notre temps*, Editions de la Baconnière, 1945, p. 236.

⁵⁷ Picavet (E.), « L'approche économique, le rejet du néolibéralisme et l'Europe », *Cahiers philosophiques* 2013/2 (n° 133), p. 66.

politique supposée, il reste la voie qui consiste à renverser les fonctions critiques pour imaginer une analyse juridique de l'économie.

B. Vers une analyse juridique de l'économie

En tant que sujet d'étude, l'intégration européenne illustre pleinement l'efficacité des outils économiques dans le déploiement d'une solidarité interétatique qui s'étend à presque tous les domaines. A cet égard, la séquence du Brexit est un excellent révélateur : le niveau d'incertitude lié à une sortie de l'Union rappelle que les liens économiques ont été hissés largement hors d'atteinte du pouvoir politique⁵⁸. Il reste néanmoins possible de dépasser la concurrence entre droit et économie dans l'espace européen pour envisager une convergence vertueuse, autour d'une relation de réciprocité. La construction du marché commun a été « le moteur du processus d'intégration », qui a enclenché des processus constitutionnels non économiques, lesquels « se sont développées en tant que réponses aux demandes ou aux conséquences de la dimension économique »⁵⁹. Or, cette relation d'implication est parfois occultée par la propension du marché à capter entièrement le raisonnement juridique. Le risque est bien d'oublier que « le marché est un instrument d'intégration dans une construction juridique dont la finalité est politique »⁶⁰. Le Brexit illustre ici encore, mais cette fois au stade de son déclenchement, la fragilité d'un contrat social principalement économique.

Les raisonnements économiques mobilisés, malgré la pluralité des orientations auxquelles ils peuvent donner lieu, influencent le type de concepts qui seront mobilisés en droit – par le juge comme par le législateur – pour concevoir l'application et le bien fondé des normes : l'efficacité et l'efficacé sont constamment utilisées pour analyser le droit, à partir de la rationalité de l'individu. Sous l'influence de Ludwig Von Mises puis de Gary Becker notamment, l'économie est « devenue non plus la science étudiant la création des richesses, mais celle de la perception et de la décision humaine dans son ensemble »⁶¹. Comment, en partant d'une telle vision, ne pas faire de l'économie la seule grille de lecture pertinente pour analyser le droit ? En réintégrant à ces outils d'analyse la notion aussi imparfaite que fondamentale de *légitimité*. Si l'on admet que tout ce qui est efficace, efficace ou rationnel n'est pas nécessairement légitime, on brise la logique de l'analyse économique du droit.

L'analyse économique du droit, désormais solidement ancrée dans l'espace européen, a tendance à privilégier une vision du droit comme moyen plutôt que comme condition de la démocratie. La notion d'intérêt général se trouve alors esquivée⁶², et si le droit n'est qu'un moyen, la démocratie devient elle-même un simple outil de légitimation parmi d'autres des règles du marché. Pour renverser la logique, il est possible d'envisager une analyse juridique de l'économie. Elle consisterait en un examen des orientations sociales issues des grilles d'analyse économiques au regard de la nécessité fondatrice d'une légitimité juridique renvoyant à l'exercice de la démocratie. A y regarder de près, une telle voie n'est pas étrangère au processus

⁵⁸ Au terme de l'accord du 17 octobre 2019, le maintien des quatre libertés de circulation durant une période transitoire assorti de la promesse du gouvernement britannique d'aller vers un accord de libre échange ambitieux avec zéro droit de douanes et quota entre l'UE et le Royaume-Uni indique que les liens économiques seront largement conservés.

⁵⁹ Tuori (K.), « La constitution économique parmi les constitutions européennes », *op. cit.*, p. 563.

⁶⁰ Martucci « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/1 Volume 78, p. 136.

⁶¹ Schweitzer (S.) et Flourey (L.), *Droit et économie, un essai d'histoire analytique*, PUAM, coll. Droits, pouvoirs et sociétés, 2015, p. 121.

⁶² Sueur (J.-J.), « Pour une autre « analyse économique » du droit », *op. cit.*, p. 116.

d'intégration européenne : les avancées démocratiques de l'Union sont issues d'une démarche similaire. L'enjeu est bien de « retrouver le chemin de la politique »⁶³. Un tel procédé ne peut aboutir qu'à asseoir enfin le projet européen sur un processus politique transparent, démocratique, et formellement constitutionnel.

La très large application du principe de primauté dans les ordres juridiques nationaux s'affranchit depuis des décennies de toute forme d'acte constituant à l'échelle européenne, tout en renforçant l'approfondissement d'un marché intérieur au sein duquel les Etats s'engagent avec toujours plus d'intensité. Pour prévenir les crises de légitimité dans lesquelles l'Union paraît s'enfoncer, il faut donc parvenir à installer la réussite d'un marché unique rationnel dans un ensemble politique qui embrasse aussi les aspirations irrationnelles d'un peuple qui fantasme son identité. L'économie et ses outils d'analyse ont produit un espace de liberté, de paix et de richesses que les européens reçoivent en héritage, mais elle n'a pas semé le ferment d'identité qui, malgré son caractère artificiel, conditionne l'installation de la civilisation dans la durée⁶⁴. En fondant le pacte originel sur la fiction constituante, le droit assure à l'inverse un fondement légitime à un pouvoir qui reste à circonscrire. Rééquilibrée, la concurrence entre le droit et l'économie se pare à nouveau des vertus que lui prêtaient les premiers ordolibéraux.

Se dessine *in fine* la question du rapport à la vérité qu'entretiennent le droit et les sciences économiques. L'économie entend s'appuyer sur des vérités scientifiques, tandis que le droit entend mettre en forme le pouvoir sur des bases socialement et philosophiquement acceptables. Deux quêtes indissociables.

⁶³ Garapon (A.), (propos recueillis par Jean Merckaert) « Les marchés poussent la souveraineté à renoncer à elle-même », C.E.R.A.S, Revue Projet, 2016/4 N° 353, p. 9.

⁶⁴ « Être civilisé, c'est reconnaître l'identité comme une construction », Huston (N.), *L'espèce fabulatrice*, Actes sud, Babel, 2008, p. 95.