

# Introduction

## Ordre juridique et logique de marché

Jacques CHEVALLIER

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)  
CERSA-CNRS

Droit et marché se situent à première vue sur des plans radicalement différents : le droit se présente comme un dispositif normatif visant à assurer l'encadrement des conduites, en imposant le respect de certains modèles de comportement ; le marché peut être défini comme le lieu (réel ou fictif) d'échanges entre agents économiques s'effectuant sur la base d'un prix résultant de la confrontation d'offres et de demandes de biens et services<sup>1</sup>. Droit et marché contrastent ainsi, tant par leur champ d'application (la société tout entière pour le premier, les relations économiques pour le second) que par leur finalité (agir sur les comportements pour le premier, organiser les échanges pour le second).

Il convient cependant d'élargir les perspectives.

D'une part, droit et marché apparaissent comme deux modèles possibles et concurrents d'aménagement des rapports sociaux : l'un de type « vertical », reposant, sinon toujours sur la contrainte ou l'impérativité, du moins sur l'édiction de règles destinées à guider l'action, à orienter les conduites<sup>2</sup> ; l'autre de type « horizontal », résultant de la confrontation des préférences individuelles<sup>3</sup>. Et de même que l'économie n'est pas soustraite à l'emprise du droit, la rationalité marchande peut gagner d'autres sphères de la vie sociale. Karl Polanyi a bien souligné que l'« économie de marché » qui s'est construite au cours du XIX<sup>e</sup> siècle avait été indissociable de l'avènement d'une « société de marché », l'ensemble des

1. « Le marché », *Actions et recherches sociales*, sept. 1992, n° 3.

2. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme. Le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, « L'égalité », Tome 51, 2008, p. 341 et s.

3. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1995.

relations sociales se trouvant encadrées dans le système économique<sup>4</sup> : le développement du capitalisme s'est en effet traduit, non seulement par l'extension continue de la place occupée par les relations marchandes dans la vie sociale, mais encore par la pénétration des valeurs liées au marché dans des sphères qui lui étaient à l'origine étrangères<sup>5</sup>.

D'autre part, et plus profondément, rationalités juridique et marchande interfèrent. Les rapports marchands ne sauraient être conçus indépendamment d'une dimension juridique, plus ou moins explicite : ils impliquent l'existence d'obligations réciproques des parties en présence, formalisées dans un lien de type juridique ; le rapport marchand ne peut être pensé sans référence à la figure juridique du contrat, qui en est la condition même et qui remonte au plus loin dans l'histoire des sociétés. À travers le contrat, les acteurs économiques décident des formes et des limites de leurs engagements, à partir d'un principe de liberté et d'égalité ; ils créent par là même un cadre formalisé et normalisé d'interaction, à l'intérieur duquel se déploieront leurs échanges. À l'inverse, la production du droit évoque irrésistiblement la figure du marché : elle résulte de la confrontation d'une offre, provenant des autorités investies du pouvoir de produire des normes juridiques, et d'une demande, émanant de groupes sociaux ; l'École du *Public Choice* a bien montré que la production du droit était indissociable des contraintes du « marché politique »<sup>6</sup>, offre et demande s'alimentant l'une l'autre pour augmenter sans cesse le volume des textes et par-là même la pression juridique. L'inflation normative dans les sociétés contemporaines est, dans une large mesure, le produit de cette dynamique. À la juridicisation des rapports marchands correspondrait donc la marchandisation du droit.

Cette interférence conduit à poser la question des rapports entre droit et marché en termes d'interaction réciproque : tandis que le marché prend appui sur le droit, l'ordre juridique apparaissant comme un dispositif d'encadrement des rapports marchands, la logique marchande ne reste pas étrangère au monde du droit et tend à influencer sur la construction et le fonctionnement de l'ordre juridique ; c'est cette relation dialectique, mieux cette tension dynamique qu'il s'agit de mettre en évidence. Trois idées fondamentales peuvent être avancées pour l'éclairer : garant dans tous les cas de la logique marchande, l'ordre juridique est amené à la réguler dans des conditions variables ; mais il se trouve lui-même investi de manière croissante par une logique marchande dont l'emprise s'étend dans la vie sociale.

4. K. POLANYI, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, 1<sup>re</sup> éd., 1944, Gallimard, 1983.

5. M. RAINELLI, « L'ordre concurrentiel : approche d'un économiste », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges Pirovano*, Ed. Frison-Roche, 2003, p. 13 et s.

6. G. TULLOCK, *Le marché politique. Analyse économique des processus politiques*, 1976.

## § 1

## L'ORDRE JURIDIQUE GARANT DE LA LOGIQUE MARCHANDE

Les contrats régissant les rapports marchands s'adossent nécessairement à un ordre juridique, qui apparaît comme la condition de leur existence et de leur validité. Cependant, si l'économie de marché a besoin de s'appuyer sur un cadre, cette relation peut être conçue différemment : tantôt, ce cadre n'est perçu que comme un auxiliaire d'un ordre de marché ontologiquement premier ; tantôt il est censé être la condition même de l'existence de l'économie de marché. La mondialisation des marchés ne supprime pas l'exigence de règles du jeu, dépassant cette fois les États, pour encadrer leur développement.

**A. LE DROIT, GARANT DE L'ORDRE DE MARCHÉ**

La pensée libérale traditionnelle est fondée sur l'affirmation de la primauté de l'ordre de marché et partant sur celle du contrat qui en est la traduction juridique. Cette vulgate libérale, quelque peu oubliée avec le développement de l'État providence, a été réactivée par le discours néolibéral<sup>7</sup> : le marché est perçu comme le moyen le plus efficace, le plus rationnel et le plus juste d'harmonisation des comportements ; et le contrat apparaît comme le vecteur de la construction de l'« ordre de marché », au sens où l'entend notamment Hayek, c'est-à-dire un « ordre spontané » (catallaxie), engendré par la confrontation et l'ajustement des préférences individuelles. On sait que pour Hayek<sup>8</sup>, la régulation par le marché, *via* la technique contractuelle, est la seule forme compatible avec la liberté, si tant est qu'« une société libre et une société pluraliste, sans hiérarchie commune de fins particulières » : chacun est conduit par le gain qu'il recherche à servir des besoins collectifs dont il n'a pas connaissance directe.

Néanmoins, cet ordre de marché implique pour Hayek l'existence d'une « armature permanente de lois », c'est-à-dire de règles définies *a priori*, fixes, abstraites, impersonnelles, générales : il s'agit de « règles de juste conduite », permettant de « déterminer quelles choses appartiennent à tel ou tel individu », non « ce que valent les choses », qui « formulent les conditions sous lesquelles toute personne peut acquérir ou céder des choses déterminées », non ce qu'elles doivent acquérir ou céder (ce qui mettrait en cause les droits de propriété). Ces règles (*nomoi*) dérivent « des conditions d'un ordre spontané » : elles ne sont pas posées par une autorité mais « découvertes », notamment par les juges : cependant elles conditionnent bien l'existence de l'économie de marché.

7. V. VALENTIN, *Les conceptions néolibérales du droit*, Economica, coll. Corpus-Essais, 2002.

8. F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Tomes 1 et 2, PUF, 1980.

### B. LE MARCHÉ INSTITUÉ PAR LE DROIT

L'idée selon laquelle l'avènement de l'économie de marché aurait été le produit du développement spontané des échanges est illusoire : encore aurait-il fallu que cette économie soit « instituée », c'est-à-dire encadrée par des règles. Pour Max Weber, un lien étroit existe entre le développement de l'économie de marché et le processus d'autonomisation d'un droit désormais dégagé de la religion, de la morale et aussi de l'économie ; l'économie de marché avait en effet besoin d'un droit « séparé », garantissant les investissements, le commerce, la sécurité des transactions. Si des marchés localisés ont toujours existé, bien avant la formation des États, la constitution de marchés nationaux a été concomitante de l'apparition de l'État moderne<sup>9</sup>. Ils ont été construits par les États à travers l'édiction d'un ensemble de règles juridiques garantissant la propriété privée, la liberté contractuelle, le jeu de la concurrence ; pour Coase<sup>10</sup>, il était nécessaire d'établir des règles et des mécanismes de sanction pour que le marché existe en tant qu'« institution ».

Le rôle que l'État a joué dans l'institution de l'économie de marché a été mis en évidence par Polanyi. Pour Polanyi, si l'idée d'un « marché autorégulateur », « s'ajustant lui-même », a été la source et la matrice de la civilisation du XIX<sup>e</sup> siècle – le « modèle du marché » tendant alors à s'étendre à l'ensemble des relations sociales –, elle était « purement utopique » ; il s'agissait d'un simple mythe, véhiculé par la pensée libérale. Le « laisser-faire » n'avait en effet rien de naturel : « les marchés libres n'auraient jamais pu voir le jour si on avait simplement laissé les choses à elles-mêmes » ; contrairement au credo libéral, « le laisser-faire lui-même a été imposé par l'État » et « l'économie du laisser-faire produite par l'action délibérée de l'État ». *A contrario*, la société s'est « autoprotégée » contre la généralisation du modèle de marché, qui aurait abouti à sa destruction, en faisant pression pour obtenir des mesures destinées à enrayer l'hégémonie du marché. Dans tous les cas, le mythe du marché autorégulateur se serait effondré entre les deux guerres ; c'est « la grande transformation » qui s'est produite dans l'imaginaire libéral. L'intervention de l'État sera alors perçue comme indispensable pour maintenir l'économie de marché.

### C. MONDIALISATION DES MARCHÉS ET ORDRE JURIDIQUE TRANSNATIONAL

Si la mondialisation des marchés n'est pas un phénomène radicalement nouveau et si elle a caractérisé plusieurs phases de l'évolution de l'économie mondiale (voir le concept d'« économie-monde » de Fernand Braudel), elle a pris une dimension nouvelle depuis les années 1990 : la croissance continue du commerce international, qui témoigne selon l'OMC d'un processus d'« intégration

9. A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, p. 44 et s.

10. R. COASE, *La firme, le marché et le droit*, 1988, Diderot, 1998.

des économies nationales par le commerce», le développement de « sociétés transnationales »<sup>11</sup> plutôt que multinationales, dont la stratégie se déploie au niveau mondial, la globalisation financière attestent de l'existence d'un marché mondial des biens et services.

Si les transactions sur ce marché passent, elles aussi, par le canal du droit, ce « droit de la mondialisation »<sup>12</sup> est, dans une large mesure, construit à l'initiative des opérateurs économiques. Au fil des échanges, formalisés par contrats, se sont consolidées un ensemble de pratiques et d'usages, que la Chambre de commerce internationale a contribué à fixer<sup>13</sup>; et les litiges entre opérateurs sont résolus sur la base de ces usages, par la voie de l'arbitrage qui est devenu le procédé normal de règlement des différends commerciaux internationaux. Ainsi assiste-t-on apparemment, conformément aux analyses de Hayek, à l'avènement au niveau mondial d'un « ordre spontané de marché », présentant tous les attributs de la juridicité, sans avoir besoin pour autant de s'appuyer sur un ordre juridique hétéronome qui en serait le garant.

Si elle atteste bien de la dynamique de la mondialisation, cette présentation doit cependant être corrigée : non seulement les règles conçues par les opérateurs économiques exigent, pour répondre à l'exigence de sécurité et de prévisibilité qu'impose le développement des échanges, d'être endossées par des autorités publiques, situées au niveau international, régional ou national, mais encore c'est bien un ordre juridique transnational, placé en surplomb des États, qui s'est progressivement édifié pour garantir le bon fonctionnement de l'économie mondiale ; la mondialisation des échanges suppose en effet loyauté, transparence et égalité des conditions de concurrence, ce qui implique les règles du jeu stables. L'idée d'une économie mondiale capable de s'autoréguler, à travers un droit formé au fil des échanges, apparaît donc comme un mirage : son fonctionnement est bel et bien encadré par un ordre juridique construit à l'initiative d'organisations internationales, telle l'OMC<sup>14</sup>, et à partir des principes arrêtés dans le cadre des rencontres entre les dirigeants des principales puissances économiques de la planète (G8 et G20).

L'ordre juridique ne crée pas seulement les conditions indispensables au jeu du marché ; il intervient aussi pour corriger certains de ses effets.

11. S. STRANGE, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, 1996.

12. A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1998 ; J. CHEVALLIER, « Mondialisation ou droit de la mondialisation ? », in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 37 et s.

13. J. SHAPIRA, C. LEBEN, *Le droit international des affaires*, 4<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Que sais-je, 1994.

14. M. RAINELLI, *L'Organisation mondiale du commerce*, 6<sup>e</sup> éd., La Découverte, 2002.

## § 2

## L'ORDRE JURIDIQUE RÉGULATEUR DE LA LOGIQUE MARCHANDE

Il convient de préciser qu'on entend ici le terme de « régulation » au sens large, qui est son sens originnaire. Tend en effet à prévaloir désormais une acception étroite, faisant de l'« État régulateur » une figure nouvelle de l'État, conçu comme un simple arbitre du jeu économique, et du « droit de régulation » une figure nouvelle du droit, caractérisée par le pragmatisme et la flexibilité. Or, la fonction de régulation, entendue comme l'ensemble des mécanismes par lesquels un système organisé parvient à préserver ses équilibres essentiels, apparaît en réalité, non seulement inhérente à l'existence de la société et de l'État, mais encore consubstantielle au droit, et plus précisément à l'ordre juridique<sup>15</sup>.

Dans la mesure où il tente de remédier aux dysfonctionnements du marché, l'ordre juridique apparaît dans tous les cas comme un régulateur de la logique marchande ; néanmoins, cette ingérence peut être plus ou moins forte, conçue en termes tantôt d'encadrement, de tutelle ou de supervision.

**A. L'ENCADREMENT DU MARCHÉ**

Cette première configuration est celle qui prévaut au stade de l'État libéral. L'idéologie libérale exclut en principe toute idée de régulation du marché par l'ordre juridique étatique. L'équilibre économique est censé être d'autant mieux assuré qu'il résulte du libre jeu du marché, non d'une régulation étatique qui ne peut que le fausser ou le dénaturer. L'État est tenu de se borner à garantir le fonctionnement du marché, en établissant seulement le cadre juridique indispensable à son épanouissement.

Cette vulgate libérale n'a jamais correspondu à l'état réel de l'économie. D'abord, l'ordre juridique étatique a été amené à s'immiscer dans le fonctionnement du marché par la détermination des règles du jeu concurrentiel au nom de la défense de la libre concurrence : des législations ou réglementations, précoces aux États-Unis, tardives en France, vont s'attacher, non seulement à la préservation des structures concurrentielles (contrôle des concentrations, égalisation des conditions de la concurrence), mais encore à la protection contre les comportements anticoncurrentiels (ententes, abus de position dominante). L'ordo-libéralisme, pour qui l'État a la responsabilité de créer un cadre normatif permettant une concurrence « libre et non faussée » entre les entreprises justifiera, dans les années trente, ces interventions.

Ensuite, il s'agira aussi de corriger les mécanismes concurrentiels, en imposant aux agents économiques de prendre en compte d'autres considérations, telles

15. F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1991 ; J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p. 827 et s.

que la protection des consommateurs ou des exigences d'ordre social. Au nom d'un ordre public économique conçu de manière large, des règles seront ainsi établies pour assurer la liberté et la régularité des transactions, l'égalité des cocontractants, le respect de la propriété privée, le statut des entreprises. L'ingérence dans la sphère de l'économie marchande va cependant bien au-delà : tandis que des mesures d'encadrement (réglementation des biens et services) de protection (droits de douane) ou d'incitation (encouragement des exportations, grands travaux) sont adoptées, l'État est amené à faire fonctionner des services de régulation économique (monnaie, épargne, crédit, impôt), à créer les infrastructures nécessaires à l'essor de la production, à se substituer à l'initiative privée pour gérer certaines entreprises.

L'ordre juridique libéral assure ainsi la régulation de la logique marchande en s'efforçant de l'encadrer et sans chercher à se substituer à elle. À l'intérieur des règles qu'il édicte, le marché est censé trouver par lui-même son équilibre ; c'est ce qui va être modifié au stade de l'État providence.

## B. LA TUTELLE DU MARCHÉ

L'avènement de l'État providence marque la fin de la croyance dans l'aptitude du marché à « s'autoréguler » ; la « grande transformation » évoquée par Polanyi serait caractérisée par la fin de cette « utopie ». La crise des années trente lui a porté, on le sait, un coup sévère en démontrant les limites de l'économie de marché et son incapacité à résoudre par ses propres forces les contradictions que son fonctionnement engendre. Il appartient désormais à l'État de veiller à ce que la croissance soit régulière, continue, harmonieuse, en corrigeant les effets de la logique marchande. L'ordre juridique étatique sera dès lors amené à s'ingérer dans le fonctionnement du marché, en tentant de remédier à ses fluctuations conjoncturelles et/ou à ses déséquilibres structurels.

Cette conception nouvelle de la régulation du marché par l'ordre juridique prendra deux formes essentielles.

D'une part, on assiste à la limitation du champ d'application de la logique marchande par l'extension de la sphère de la gestion publique placée hors marché : les économies capitalistes deviendront peu ou prou des « économies mixtes », reposant sur la coexistence d'entreprises privées et de puissantes entreprises publiques, contrôlant souvent les secteurs de base de l'économie et soustraites à la pression de la concurrence. Les grandes entreprises publiques structurées en réseaux bénéficieront ainsi en France d'un statut monopolistique.

D'autre part, le droit applicable au marché se caractérise par une positivité nouvelle. Un droit nouveau est apparu avec l'État providence, droit « interventionniste », conçu comme un instrument d'action aux mains de l'État et visant, non plus à encadrer le marché, mais à atteindre certains objectifs, à produire

certaines effets économiques et sociaux<sup>16</sup>. Alors que le droit moderne « de type formel » garantissait l'autonomie des acteurs, ce droit nouveau « de type matériel » et « de type réflexif » cherche à infléchir les équilibres économiques. On sait que Hayek procédera à une critique radicale de la « rationalité constructiviste » sur laquelle repose ce « droit régulateur »<sup>17</sup> : le « droit de la liberté » (*nomos*), enraciné dans la « nature des choses » et non produit de l'arbitraire des hommes (*thesis*), serait incompatible avec toute législation visant à mettre en pratique un idéal de « justice distributive » et *a fortiori* avec toute mesure d'« intervention » ou de « réglementation ». Une telle intervention est en effet injuste, puisqu'elle assure à certains des avantages aux dépens des autres et elle perturbe l'ordre global en empêchant l'ajustement spontané des intérêts.

La crise de l'État providence a remis en cause cette mise en tutelle de la logique marchande par l'ordre juridique étatique.

### C. LA SUPERVISION DU MARCHÉ

Avec la crise de l'État providence, on a vu apparaître une version nouvelle de la régulation juridique du fonctionnement du marché. La conception volontariste d'un État investi de la mission et doté de la capacité d'ordonner le développement économique n'a pas résisté au nouveau contexte résultant de la mondialisation. Non seulement l'État a perdu la maîtrise de leviers d'action économique mais encore l'arme juridique dont il avait fait usage pour régir la vie économique s'est émoussée ; l'ouverture des frontières et l'interpénétration des économies ont poussé au desserrement des contraintes pesant sur les activités économiques et des pressions se sont exercées, notamment au niveau européen, pour obtenir la levée de réglementations nationales faisant obstacle aux échanges et faussant le jeu de la concurrence.

Telle qu'elle est désormais conçue, la régulation se situe aux antipodes du dirigisme pratiqué par l'État providence : elle présuppose l'existence de marchés ouverts, dans lesquels des opérateurs, disposant d'une capacité d'action autonome, déploient des stratégies concurrentielles. La régulation vise seulement à assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble, sans fausser pour autant la logique marchande. Par la régulation, l'État ne se pose plus en acteur mais en arbitre du jeu économique, en se bornant à superviser le fonctionnement du marché. L'exercice de cette fonction passe par le canal du droit, mais selon des modalités différentes de la réglementation classique. S'appliquant aux secteurs économiques ouverts à la concurrence, le « droit de régulation » aurait pour fonction de réaliser dans ces secteurs un équilibre entre le principe de la concurrence et la réalisation

16. C.-A. MORAND (dir.), *L'État propulsif*, Publisud, 1991 et *Le droit néomodernisme des politiques publiques*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1999.

17. *La route de la servitude*, 1944, Quadrige, 1985.

d'autres objectifs<sup>18</sup>. Il prendrait appui sur l'existence d'autorités indépendantes, cumulant plusieurs types de pouvoirs mais dont la mise en œuvre serait subordonnée au respect de certaines exigences fondamentales (impartialité, transparence, proportionnalité). Ce droit de régulation se présenterait comme un droit souple, pragmatique, flexible, élaboré en relation étroite avec les destinataires et en permanence réajusté en fonction des résultats obtenus.

Par ailleurs, l'ordre juridique étatique se trouve concurrencé dans sa fonction régulatrice par d'autres ordres juridiques situés au niveau international et régional, avec lesquels il interagit en formant un ensemble complexe. Les règles édictées par les États pour réguler le marché vont être passées au crible des principes définis à un niveau supra-étatique et éventuellement remises en cause comme étant de nature à fausser le jeu de la concurrence. Les États vont être ainsi conduits à réajuster les dispositifs qu'ils avaient édifiés, sous la pression des nouveaux régulateurs des marchés. Parallèlement à l'action menée par l'OMC en faveur de la libéralisation des échanges, le droit de l'Union européenne est tout entier fondé sur la réhabilitation de la logique du marché, par l'élimination des entraves ou des entorses possibles à la concurrence. La régulation juridique du marché passe désormais par des voies plurielles, auxquelles il convient d'ajouter l'auto-régulation déployée par les opérateurs économiques, contrastant avec le monolithisme de l'ordre juridique classique.

À travers ce pluralisme, se dessine un processus plus subtil d'investissement de l'ordre juridique lui-même par la logique marchande.

### § 3

#### L'ORDRE JURIDIQUE INVESTI PAR LA LOGIQUE MARCHANDE

L'ordre juridique semble avoir perdu le capital d'autorité lié à son double attribut traditionnel de « systématisme » et de « normativité ». Tandis que le pluralisme des foyers de droit rendait plus flous ses contours, le développement du droit souple rendait la force normative de ses énoncés moins évidente ; cette évolution peut être interprétée comme l'indice d'une pénétration de la logique marchande dans l'ordre juridique, pénétration dont témoignent tout à la fois l'essor du contrat, la managérialisation du droit et la mise en concurrence des systèmes juridiques.

18. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *Dalloz*, 2001, n° 7, p. 610 et s. et « Définition du droit de la régulation économique », *Dalloz*, 2004, n° 2, p. 126 et s. J.-P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2012, p. 16 et s.

### A. L'ESSOR DE LA CONTRACTUALISATION

Si le contrat ne s'applique pas qu'aux seuls rapports marchands, il n'en est pas moins, on l'a vu, la figure emblématique de ces rapports. La prolifération des formules contractuelles dans les sociétés contemporaines, qui contribue à modifier en profondeur la configuration de l'ordre juridique, n'est dès lors pas indifférente; sans doute s'explique-t-elle par un ensemble de facteurs très divers (l'hyper-individualisme qui pousse à n'accepter que des disciplines librement consenties, l'érosion des rapports de confiance qui incite à la formalisation des engagements pris ou encore le mouvement de déréglementation consécutif à la crise de l'État providence). Cependant l'accent mis sur l'accord de volontés n'en traduit pas moins l'imprégnation du droit par la logique qui préside à la construction des rapports marchands.

Le mouvement se traduit d'abord par le basculement de la loi vers le contrat dans une série de domaines. Le contrat est plus que jamais l'instrument privilégié d'organisation et de régulation des marchés. En matière de relations sociales, l'équilibre entre les normes conventionnelles, négociées par les partenaires sociaux, et les normes d'origine étatique, résultant des lois et règlements, tend à se modifier, notamment en France, par un accent nouveau mis sur la négociation collective au nom de l'exigence de « démocratie sociale ». Mais l'action publique elle-même tend à passer de plus en plus par la voie d'une contractualisation<sup>19</sup> utilisée pour atteindre des objectifs variés : *moyen de coordination* imposé par la transversalité des politiques publiques et destiné à maintenir la cohérence de l'appareil administratif; *formule de coopération* permettant d'associer des partenaires privés à l'action publique; *procédé d'incitation* visant à orienter les comportements des acteurs économiques et sociaux; *technique de régulation* passant par des arrangements négociés; *mode d'imposition* permettant d'éviter le recours à la contrainte même dans des domaines régaliens (police, justice, fiscalité). Ce recours à la technique contractuelle est assorti d'une inflexion, voire d'une dénaturation, de la notion traditionnelle de contrat. Les frontières entre contrat et acte unilatéral, entre contrat et procédés plus souples de négociation deviennent floues. Le terme de « contrat » renvoie moins à une réalité juridique précise qu'il n'évoque un style de rapports fondés sur le dialogue plutôt que sur la contrainte.

Cette logique tend à gagner le droit tout entier, au-delà des procédés formels de contractualisation. La force de la règle de droit provient moins de ce qu'elle s'impose par voie d'autorité que du consensus dont elle est entourée. Ce consensus suppose que les destinataires soient partie prenante à son élaboration. Le droit tend à devenir ainsi un « droit négocié », fruit d'une délibération collective. Le débat et le marchandage autour de la règle attestent bien de la présence croissante d'une logique marchande autour des processus d'élaboration des normes juridiques.

19. J. CHEVALLIER, « Loi et contrat dans l'action publique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, 2004, p. 81 et s.; Conseil d'État, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », Rapport public 2008, *Études et documents*, n° 59, La Documentation française, 2008.

## B. LA MANAGÉRISE DU DROIT

La pénétration de la rationalité managériale dans l'ordre juridique est la résultante du constat que les normes juridiques ne disposent plus d'un bien-fondé de principe; elles sont désormais jugées à l'aune des résultats qu'elles permettent d'obtenir. Le droit tend dès lors à être traité comme un produit, une marchandise, dont il s'agit d'améliorer en permanence la qualité. L'appréciation classique portée sur le droit en termes d'«effectivité», qui renvoie à l'étude des conditions d'application des règles, est doublée par une interrogation en termes d'«efficacité», portant cette fois sur les effets qu'elles produisent. Le droit est perçu comme un «instrument», utilisé pour atteindre certains objectifs: sa rationalité ne se présume plus. Les normes juridiques sont dorénavant passées au crible de l'efficacité, qui devient la condition et la caution de leur légitimité.

L'impératif d'efficacité va dès lors conduire à une managérisation du droit, visant à le rendre plus «performant». Cette managérisation entraîne une inflexion en profondeur des conditions d'emploi de la technique juridique. Elle se traduit par un accent nouveau mis sur la qualité des normes (qualité de la loi, sur laquelle insiste désormais le Conseil constitutionnel, mais aussi qualité de la réglementation). Elle conduit à rechercher les moyens d'améliorer les conditions de production du droit – objectif qui est au centre de la «légistique», dont l'ambition est d'améliorer la rédaction et la formulation des textes. Ce souci d'amélioration impliquera un travail plus systématique de collecte des données, l'intervention d'experts, dont le savoir sera mobilisé pour concevoir et formaliser la norme juridique, mais aussi l'association des destinataires au processus d'élaboration des normes. Elle pousse à préférer aux commandements juridiques traditionnels des techniques plus souples<sup>20</sup>, mais aussi plus efficaces, relevant de ce que Paul Amselek appelait en 1982 une «direction juridique non autoritaire des conduites»<sup>21</sup>. Enfin, et surtout, elle induit l'essor des méthodes d'évaluation qui, débordant le cadre du simple contrôle sur la bonne application des textes, sont destinées à mesurer les effets de règles juridiques, ainsi que leur impact social. Le développement des procédés d'expérimentation juridique par lesquels, avant d'être définitivement adoptés, les textes sont mis à l'épreuve, testés sur le réel, illustre bien cette conception nouvelle du droit, en montrant qu'il convient de procéder de préférence par tâtonnements, en n'hésitant pas à corriger le contenu envisagé en fonction des résultats enregistrés.

20. Conseil d'État, «Le droit souple», Rapport public 2013, *Études et documents* n° 64, La Documentation française, 2013.

21. P. AMSELEK, «L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales», *Revue du droit public*, 1982, p. 287 et s.

### C. LE MARCHÉ DU DROIT

Cette exigence de performance débouche tout naturellement sur la confrontation des systèmes juridiques, en vue de dégager ceux qui seraient les meilleurs. Le fameux rapport de la Banque mondiale de 2004, *Doing Business*, rangeait ainsi le système juridique français parmi les moins performants du monde en matière de droit des affaires (le rapport de 2013 le fait figurer au 34<sup>e</sup> rang sur 144 pays) ; d'où la création en réponse de la Fondation pour le droit continental visant à assurer la promotion et la diffusion du droit français à l'étranger ainsi que du groupement de recherche « Attractivité économique du droit » au Conseil d'État. Il n'en reste pas moins que toute une série de réformes récentes du droit français, en matière de droit des affaires mais aussi de justice pénale, témoignent de l'influence toujours plus grande du modèle juridique anglo-saxon, et plus précisément américain.

Les systèmes juridiques sont désormais mis en concurrence (*benchmarking*) et ce sont les solutions censées être les plus efficaces pour faire face aux problèmes qui tendent à s'imposer et à se diffuser. La « méthode ouverte de coordination » (MOC), qui conduit les instances européennes à confronter et à évaluer les mesures d'application de lignes directrices prises par les États avant toute formulation de recommandations s'inscrit dans la même perspective. Quant aux pratiques de *law shopping*, par lesquelles les opérateurs économiques choisissent le droit qui leur est le plus favorable<sup>22</sup> ainsi que les règles qu'ils vont appliquer au règlement de leurs différends par la voie de l'arbitrage, elles ne sont que la concrétisation de ces processus de marchandisation du droit favorisée par la mondialisation.

Si la relation entre ordre juridique et logique marchande est donc étroite et réversible, le marché ayant tout autant besoin d'être garanti et régulé par l'ordre juridique qu'il n'influe sur les conditions de production du droit, différentes configurations de cette relation existent bien. Le relâchement actuel de l'emprise du droit sur les mécanismes de marché, consécutif à la mondialisation des échanges, coïncide ainsi avec une pénétration plus forte de la logique marchande au cœur de l'ordre juridique ; cependant, comme l'a montré la crise de 2008, cette hégémonie du marché ne saurait être poussée trop loin sous peine de saper les fondations mêmes de l'ordre économique et social.

22. Au sein même de l'Union européenne, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice (l'arrêt *Centros* du 9 mars 1999 confirmé par les arrêts du 30 sept. 2003 et encore du 12 juill. 2012).