LES COURANTS DOCTRINAUX DU DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE

Maxence Chambon

Appréhendé en tant que discipline académique, le droit public de l'économie possède un rapport ambivalent à la doctrine. Si les productions doctrinales y sont nombreuses et les controverses parfois vives, il n'est pas certain que la matière soit, dès lors que l'on prend la notion au sérieux, encore réellement partagée en différents « courants ». Si le doute est permis, il convient d'en exposer les ressorts ainsi que les motifs permettant d'envisager la renaissance d'une structuration paradigmatique de la matière.

Par-delà l'ampleur du sujet, traiter des courants doctrinaux du droit public de l'économie a tout de l'entreprise délicate à la finalité quasi inaccessible.

Délicate, l'entreprise l'est assurément comme tout travail portant, non pas immédiatement sur le matériau juridique mais sur le discours savant ou autorisé entendant appréhender ledit matériau. Ce discours sur le discours, médiat par lui-même, peut apparaître comme d'autant plus fuyant que la notion de doctrine[1] possède, particulièrement en droit, trois sens qui s'entremêlent souvent confusément : l'expression d'une opinion, d'une thèse ou d'une théorie sur le droit, d'une part, l'ensemble de ces opinions émises sur le droit, d'autre part, et l'ensemble des auteurs réalisant ces travaux, enfin[2].

Mais surtout la présente contribution semble audacieuse du fait du choix des directeurs de la revue d'en confier la rédaction à un non-spécialiste du droit public de l'économie. La distance que l'auteur de ces lignes concède à l'égard de l'objet sur lequel porte la doctrine qu'il est censé évoquer est naturellement susceptible d'être porteuse d'effets de sens. Espérons qu'elle soit également propice à un certain décentrement à l'égard de la matière qui, bien qu'impliquant de porter sur elle un regard oblique, permette peut-être d'appréhender plus directement le discours qu'elle suscite.

Dans cette perspective, et sans porter par là un jugement de valeur que la qualité de l'auteur de ces lignes rendrait à la fois excessif et insignifiant, il convient de reconnaître que le droit public de l'économie n'apparaît pas de prime abord comme une discipline éminemment doctrinale.

Il ne s'agit évidemment pas de nier qu'une doctrine déjà ancienne[3], éminente et parfois foisonnante se soit saisie, souvent précocement[4], des modalités et des évolutions de l'action publique relative à l'économie, ni d'oublier que, rapportée au juge, la doctrine a fait l'objet de travaux stimulants dans le cadre de cette discipline[5]. Il s'agit simplement de constater une certaine homogénéité de la doctrine la conduisant à une forme d'atonie. Ce constat peut être appliqué à l'ensemble du discours sur le droit[6]. Il nous paraît cependant acquérir une acuité particulière en droit public de l'économie. Autrement dit, si la réalité et la richesse de la doctrine en droit public de l'économie sont incontestables, il n'est pas certain qu'elle donne lieu à l'émergence de véritables « courants » doctrinaux.

C'est par ce doute, plutôt que par une description convenue des positions doctrinales adoptées en droit public de l'économie, que nous souhaiterions aborder ce sujet. Ce choix repose, d'une part, sur une certaine appréhension de la situation actuelle de la doctrine et, d'autre part, sur la tentative de caractériser la notion de « courant » doctrinal.

S'interrogeant il y a déjà quelques décennies sur le déclin de la doctrine, Philippe Jestaz, distinguait la double fonction de compréhension et d'opinion qu'elle endosse et constatait, malgré la persistance de controverses, une grande vigueur du premier versant mais un affadissement du second[7].

Une telle analyse alimente l'intuition selon laquelle un « courant » doctrinal désignerait une situation intermédiaire se situant en deçà du concept d'« *école* » mais au-delà de la simple coexistence voire de la confrontation de positions doctrinales éparses. Or, si tel est le cas, la dissipation de la « doctrine d'opinion », dont le droit public de l'économie nous semble emprunt, ne peut qu'endiguer l'apparition et le maintien de véritables courants doctrinaux.

Une ébauche de l'idée de « courant » peut être esquissée par comparaison avec celui d'« *école* ». Les auteurs s'étant penchés sur ce concept se rejoignent pour estimer qu'une telle édification doctrinale résulte de la rencontre de deux

éléments : le partage d'« *une conception* grosso modo commune *de la définition, des fondements, voire de la fonction* »[8] d'une discipline ou d'une institution juridique s'inscrivant dans la durée[9], d'une part, et « *l'existence de mécanismes de transmission du savoir* »[10] se réalisant par une « *organisation dans lequel on distingue un maître et des disciples* »[11], d'autre part.

Dans cette perspective, « *Proche de ce concept, celui de courant doctrinal ou de mouvement doctrinal traduit l'existence de postures doctrinales diverses, voire opposées, sans que l'on puisse identifier une relation de maître à disciples* »[12]. C'est ici que nous nous écartons de cette démonstration pour proposer une définition plus exigeante du concept de « courant doctrinal ». Il nous semble en effet discutable que l'inexistence d'« écoles » du fait de l'absence d'une relation maître/disciple laisse fatalement place à des courants lesquels s'évinceraient naturellement de « *l'existence de postures doctrinales diverses* ».

L'idée de courant doctrinal n'évoque-t-elle pas quelque chose de plus que l'état sommaire de toute doctrine nécessairement composée d'une diversité d'opinions du fait de la pluralité des auteurs qui la composent ? Comme le remarque Phillipe Jestaz : « *Bien entendu la controverse existe toujours : il en ira ainsi, par nature même, tant qu'il y aura des juristes* »[13]. La notion de courant suppose sans doute, malgré l'absence de mécanisme de transmission du savoir, une certaine « *cristallisation* » d'un mouvement de pensée[14], une certaine structuration de la doctrine se partageant en différentes appartenances paradigmatiques conscientes voire revendiquées bien que de manière spontanée ou horizontale.

D'ailleurs, l'exemple de l'« *école de Poitiers* » dénommée ainsi, semble-t-il abusivement par Hauriou[15], conduit à considérer que « Des « *ébauches » d'écoles doctrinales ont existé en droit administratif au XIXe siècle (…). En admettant que cette analyse puisse faire débat, convenons que des courants doctrinaux ont existé à cette époque, en droit administratif, et que ceux-ci ont préfiguré les écoles doctrinales apparues (…) au XXe siècle* »[16]. Or, si ces courants ont préfiguré les écoles à venir c'est bien parce qu'il ne s'agissait pas seulement d'opinions doctrinales éparses mais parce que Foucart et Ducrocq promouvaient un certain « modèle » de droit administratif conçu au prisme des libertés individuelles ; modèle auquel d'autres auteurs pouvaient adhérer et qui pouvait être rejeté par d'autres proposant d'ailleurs un modèle alternatif, libéral-étatiste, reposant sur une lecture plus dirigiste du droit administratif[17].

C'est précisément ce type de modèles paradigmatiques qui nous semblent aujourd'hui assez largement absents du droit public de l'économie. Par contraste avec l'« école de Poitiers », existe-t-il encore, non seulement des auteurs, mais des pensées, sinon « étatistes » en droit public de l'économie, du moins sceptiques ou alternatives par rapport au « *credo* »[18] de la concurrence libre et non faussée ? De tels courants sont-ils même encore concevables compte tenu des contraintes politiques et épistémologiques qui s'imposent à la doctrine ?

La question mérite d'être posée tant un observateur extérieur peut être troublé par le décalage existant entre les bouleversements qu'a connu le droit public de l'économie depuis une trentaine d'années, au point de voir la plupart de ses têtes de chapitres les plus classiques disparaître[19], et la surprenante impassibilité ainsi que l'apparente concorde, qui caractérisent la doctrine.

Pourtant, la doctrine constate que « *La libéralisation des économies a considérablement fait évoluer le droit public économique* », le secteur public étant atteint « *dans son existence et sa légitimité même* » traduisant une « *substantielle réduction du champ de l'action économique de la puissance publique* »[20]. Elle n'hésite pas à affirmer que « *l'avenir même du droit public économique pourrait sembler menacé* »[21] au point de s'interroger quant à son « *obsolescence* »[22] ou à s'écrier, comme d'autres en leur temps, « *on nous change notre droit administratif !* »[23].

Mais bien que ces perturbations soient considérées comme alarmantes, la doctrine, privilégiant désormais une approche « scientifique » plutôt que « polémique » ou « politique » de son objet d'étude, se borne le plus souvent à « suivre (*les évolutions du droit positif) dans tous les sens du terme sous prétexte d'en rendre un compte fidèle* »[24]. C'est pourquoi, pour saisissantes qu'elles soient, ces évolutions sont généralement surmontées par le constat d'une *persistance* structurelle de l'État et du droit « public » de l'économie qui, bien que subissant des transformations substantielles profondes, confirmerait la *permanence* de ces institutions juridiques[25].

Il n'en a pourtant pas toujours été ainsi et rien n'impose que cette situation demeure. Comme toute matière neuve, le

droit public de l'économie a été un terreau fertile aux controverses, dont le tumulte semble néanmoins s'être affaibli avec le temps. La mise au jour des causes profondes de cet alanguissement conduit alors à s'interroger quant au caractère chronique de l'endiguement dont les courants doctrinaux font l'objet en droit public de l'économie. Reste que l'apparition de nouveaux enjeux et l'intégration des nouveaux paradigmes auxquels ils donnent naissance constituent, pour la doctrine en droit public de l'économie, la promesse de nouveaux détroits à explorer et, à leur faveur, celle de la renaissance des courants.

L'ALANGUISSEMENT DES CONTROVERSES

Le droit public de l'économie est loin d'avoir toujours été le théâtre de l'apparente harmonie qui le caractérise aujourd'hui. Son installation dans le paysage académique fut le fruit d'intenses controverses doctrinales propices à l'émergence de véritables courants. Cette période tumultueuse semble cependant pour l'essentiel révolue. La fixation du vocable « droit public de l'économie » et le consensus plus ou moins général relatif à la manière dont il faut en comprendre l'objet en sont le témoignage. Ce consensus a cependant un prix : celui d'une certaine atonie et peut-être même d'un certain aveuglement de la doctrine.

Si le droit public de l'économie demeure « *une notion qui prête à controverse* »[26], le temps des disputes doctrinales relatives à la dénomination et, par extension, à la nature même du droit « public » dans ses relations avec l'économie semble passé.

En témoigne les époques déjà anciennes des principales publications promouvant l'idée d'un « droit économique »[27] ou d'un « droit économique public »[28]. Il est par ailleurs révélateur qu'après avoir publié l'un des premiers ouvrages intitulé « Droit économique » dès 1982, l'un des précurseurs de la matière – du moins au sens actuel – publie, une vingtaine d'années plus tard, un nouvel ouvrage cette fois intitulé « Pour un droit économique »[29]. La formule ouvertement engagée et orientée de l'ouvrage le plus récent ne trahit-elle pas l'échec de l'installation en France d'une certaine appréhension des rapports entre droit et économie dont le « droit économique » entendait précisément rendre compte ?

Cet échec a par ailleurs été finement analysé par François Blanc qui en a bien documenté le cheminement académique[30]. Quoi que l'on puisse penser des soubassements théoriques et idéologiques qui animaient les titulaires des premiers cours de « droit économique » à Sciences Po[31], il est patent que cette ambition d'une appréhension hybride et autonome du droit et de l'économie n'a survécu, ni au caractère marqué de la distinction entre droit public et droit privé en France, ni à son acclimatation au milieu universitaire. L'influence d'André de Laubadère, titulaire du premier cours à l'Université de Paris a, semble-t-il, été décisive dans l'abandon d'une conception ambitieuse de la matière reposant sur le postulat de son originalité et de la singularité du régime juridique qui en résulte au profit d'une conception plus modeste, centrée sur son objet : l'étude des règles de droit public possédant une dimension économique[32]. Dans cette perspective, la première note du manuel de Pierre Delvolvé peut être lue à la fois comme un hommage à l'illustre prédécesseur et comme l'affirmation de la perpétuation de ce choix en faveur du « droit public de l'économie »[33].

Ainsi, par-delà quelques originalités[34], la doctrine semble désormais, pour l'essentiel, convertie à ce découpage disciplinaire. Une tentative postérieure à ces premières controverses aurait pu ranimer l'idée d'un droit économique transcendant les catégories du droit public et du droit privé. Elle portait cette fois sur la fonction endossée par la puissance publique dans le cadre d'une économie de marché.

Parmi les caractéristiques de fond que possèderait le « droit économique », à l'image d'une inclination pour la flexibilité favorable aux incitations et au droit souple, la régulation constituerait la marque des transformations subies par le droit et par l'État au contact de l'économie et, plus encore, du marché. La doctrine s'est emparée avec ferveur de ce nouvel objet engendrant une « *profusion* » de travaux[35] et de véritables controverses[36]. Il nous semblerait toutefois excessif de considérer que ce tumulte doctrinal ait donné lieu la constitution de véritables courants.

Si les approches de la régulation ont effectivement été diverses, il y a loin à considérer que la doctrine se soit partagée et structurée en différentes tendances dont ses membres se réclameraient. Tout se passe justement ici comme si la profusion doctrinale avait au contraire nuit à l'émergence de courants tant la doctrine est éclatée et la notion de régulation « *victime de son succès* »[37].

En effet, ne s'accordant pas même sur la réalité de la notion, laquelle a pu être qualifiée d'« *effet de mode* » ou d'« *astuce d'image pour masquer la misère d'un fourre-tout* »[38], la régulation a été perçue, parfois comme caractérisant les nouvelles modalités d'intervention de l'État dans l'économie désormais concurrentielle[39], parfois comme caractéristique de la règlementation des secteurs nouvellement ouverts à la concurrence[40], et ce tout en la décelant, ou non, dans l'action des autorités indépendantes de régulation[41], ou dans les actes spécifiques que cette fonction engendrerait[42]. D'autres y ont même plus fondamentalement vu un nouveau type de régulation des rapports sociaux fondé sur l'horizontalité et la souplesse[43].

Mais si la profusion des approches dont la régulation a fait l'objet n'a pas été propice l'apparition de courants véritablement suivis, c'est sans doute aussi parce que la doctrine a préféré concentrer ses efforts sur la réfutation de l'originalité et, par extension, de la réalité juridique de ce concept, lequel a dès lors été relégué dans les limbes des « notions doctrinales »[44].

Il ne s'agit en rien de nier la légitimité de ces travaux ni davantage leur pertinence. Il est naturel et heureux de discuter la valeur d'une notion dont la réalité même semble fuyante. Les motifs de doute étaient nombreux et devaient être relevés à l'image de l'absence de corrélation nécessaire entre autorités administratives indépendantes et régulation, de l'absence d'exclusivité du droit souple et de son invocabilité à la régulation, ou encore de la possibilité d'appréhender la régulation comme une police spéciale visant à garantir un ordre public économique renouvelé[45].

Il s'agit simplement de souligner le ressort et la portée de ces travaux. Pour minutieuses et denses qu'elles soient ces analyses n'ont d'autre but que de s'interroger et de démontrer que la régulation « *ne saurait (…) constituer une catégorie juridique du droit administratif* » en raison de la contingence de la notion et de l'indigence du régime qu'elle implique[46]. Autrement dit, ces analyses sur lesquelles la doctrine majoritaire semble s'être accordée[47] sont de pure facture positiviste. Adoptant un angle d'analyse strictement juridique et trouvant dans le droit administratif leur système de référence, ces travaux ne peuvent que faire abstraction de la valeur heuristique plus générale de la notion de régulation.

Il est révélateur à cet égard que certains auteurs, plus nuancés, reconnaissant tout de même le caractère « *incontournable* » *de la notion de régulation pour le « discours sur le droit administratif », estiment qu'« Il n'est peut-être plus l'heure de poser la question du statut épistémologique de la notion de régulation, mais de se pencher sur d'autres interrogations : la légitimité des autorités de régulation indépendantes ; la généralisation des systèmes de régulation dans tous les systèmes juridiques et donc leur globalisation ; le vrai fondement de l'évolution constatée depuis trente ans, le droit de l'Union européenne* »[48]. Mais, de telles interrogations sont-elles encore accessibles, presque admissibles, lorsqu'une grille de lecture strictement positiviste constitue la grammaire de la doctrine juridique majoritaire ?

D'ailleurs, si ce doute est fondé, il ne doit pas mécaniquement conduire à critiquer la doctrine telle qu'elle se conçoit dans un climat positiviste. Au fond, l'idée d'un « droit public de l'économie » et d'une relativité de la régulation décrivent peut-être mieux la réalité du droit, et l'on peut voir alors dans le tarissement des controverses et la douceur des courants doctrinaux l'accession de la doctrine à un stade de sophistication supérieur atteint grâce à la scientificité de ses analyses.

Simplement, si tel est le cas, il nous semble que cette sophistication a un prix. Elle suppose et implique l'adoption par la doctrine d'une objectivité formelle dans l'appréhension du droit public de l'économie et de ses manifestations qui, si elle semble faire consensus aujourd'hui, implique son atonie à l'égard de transformations pourtant profondes et la rend en partie aveugle à certaines évolutions.

S'agissant de l'atonie de la doctrine en droit public de l'économie, parmi de nombreuses illustrations, le consensus entourant l'évolution de la conception de l'intérêt général dans une économie concurrentielle, dans le sillage des travaux de G. Clamour[49], nous semble frappant. La majorité de la doctrine semble s'accorder, presque avec soulagement, sur la persistance de cette catégorie politico-juridique[50]. Pourtant l'intégration des exigences de la concurrence libre et non faussée en son sein et donc d'une forme d'ordre public économique conduit le juge à procéder, après l'administration, à une conciliation des impératifs économiques et non économiques d'intérêt général[51].

Certes, une lecture juridique et donc plutôt formelle de la situation conduit assez naturellement à estimer que le changement de substance est sans effet sur la catégorie. Mais ces impératifs économiques sont-ils de même nature que

les impératifs non-économiques ? Ne sont-ils pas de facture plus objective parce que plus « scientifiques » dès lors qu'ils font appel à des notions économiques comme celle de marché pertinent ou de monopole naturel ? Et si tel est le cas, n'impliquent-ils pas une certaine relativisation voire une conditionnalité des impératifs plus politiques dont est porteur de l'intérêt général au point d'en contredire la dimension volontariste pourtant caractéristique du droit public français ?

La même impassibilité doctrinale a pu être observée, selon nous, à l'égard de l'évolution de la notion de service public sous l'influence du droit économique européen[52]. Préférant les notions de services d'intérêt général[53] ou de services d'intérêt économique général[54] au nom du paradigme de la concurrence libre et non faussée, le droit de l'Union européenne a induit une conditionnalité et un certain démembrement de la notion de service public « à la française ».

Or, si l'avènement du service universel, qui a pu être qualifié de « *service minimal harmonisé* »[55] ou la réduction du service public à une simple obligation[56] ont été finement étudiés, rares sont, nous semble-t-il, les analyses appréhendant ces évolutions sous un angle critique[57].

Il en va plus généralement de même pour l'évolution de la place et du rôle de l'État dans le cadre d'une économie de marché. Alors même que la plupart des spécialistes de la matière reconnaissent sans peine la banalisation dont il fait l'objet dans ce contexte, ils se satisfont aisément de sa persistance en tant que garant du bon fonctionnement du Marché en faisant valoir qu'il ne s'agit là que d'une transformation de son rôle et non d'une mutation de son être dont il serait par ailleurs dépourvu[58]. Mais cette transformation est-elle vraiment sans effet sur la structure et sur la notion même d'État, du moins telle qu'on l'entend depuis deux siècles ?

Il est permis de s'interroger ; certains ayant vu, dans cet État régulateur, plus qu'un simple avatar de l'État postmoderne[59], mais un « État néolibéral »[60]. Peut-il être en effet réellement anodin que l'État consente ainsi à renoncer à dicter les règles du jeu économique – qu'il s'agisse d'ailleurs pour lui de consacrer une licence généralisée comme dans l'État gendarme ou un dirigisme accusé comme dans l'État providence – pour se muer en exécutant fidèle de lois économiques qui lui échappent ? Les récents questionnements du Conseil d'État sur la souveraineté, y compris dans son versant économique, traduisent peut-être un certain trouble à cet égard[61].

Plus encore, cette hypothèse d'une persistance structurelle de l'État malgré une transformation substantielle semble parfois fragile. Tandis que certains auteurs soulignent au titre de la persistance de l'État l'ampleur inédite de sa qualité d'actionnaire caractérisant désormais pour l'essentiel sa position par rapport au secteur public[62], les mêmes auteurs s'interrogent quelques pages plus loin de la manière suivante : « *Faut-il enfin exiger que l'État actionnaire se comporte comme un actionnaire ordinaire et tirer la conséquence de ce que, ne le pouvant pas, à l'évidence, il ne doit plus jouer ce rôle ?* »[63].

Il est néanmoins vrai que « *l'invocation de la banalisation est en elle-même parfois suspecte et procède alors plus d'une habitude confortable et simplificatrice que d'une exacte appréciation des faits* »[64]. Mais le même reproche ne peut-il être opposé à la position inverse consistant à voir dans toute trace de persistance de l'État et du droit public la preuve de leur permanence ? Si « *les occasions de constater un recul des procédés exorbitants d'intervention publique sur l'économie sont nombreuses* », l'analyse doit-elle fatalement conduire à la relativisation de leur signification[65] ?

Il semble en effet acquis que les règles de droit commun émaillent toujours davantage le droit public de l'économie, celui-ci devant sa permanence aux diverses adaptations dont elles font l'objet en vue de leur application à la sphère publique. Mais le droit public, fût-il de l'économie, et plus encore le droit administratif, peuvent-ils être réduits à une collection de dérogations aux règles du droit commun ? Et, dans l'affirmative, désigne-t-on encore la même chose lorsqu'on utilise les vocables « droit public » ou « droit administratif » ? Ne prenons-nous pas le risque de les réduire à des labels ? Comme le remarque un peu abruptement Bertrand Seiller à propos de l'intériorisation par le Conseil d'État de la concurrence dans son office, « *Le juge administratif regrettera-t-il un jour ses efforts pour soumettre les personnes publiques au primat de la libre concurrence ? La défense d'une part de sa sphère de compétence pourrait, en effet, produire à terme de désastreux effets pervers* »[66].

Si cette inclination de la doctrine, défavorable à l'émergence de courants doctrinaux, la conduit à une forme d'impassibilité face aux évolutions subies par le droit public et l'État en droit public de l'économie, il est possible qu'elle ait pour effet de négliger d'autres changements majeurs.

De ce point de vue, l'idée d'un « droit économique » ou d'un « droit économique public » avait le mérite, compte tenu du caractère davantage transdisciplinaire de leur approche, de saisir d'autres objet d'études, parfois éloignés du droit public, mais qui ne lui sont pas étrangers à mesure que le droit public de l'économie se conçoit comme un « *droit public du marché* »[67]. Il en va ainsi tout particulièrement de la notion d'entreprise.

Sans oublier que l'entreprise a fait l'objet de travaux en droit public[68], une approche de « droit économique » nous rappelle qu'elle pourrait être appréhendée dans une perspective « publiciste » renouvelée. Comme le rappelle F. Blanc, la manière dont les Nations Unies concevaient le droit économique en 1948 les conduisait à « *traiter en bloc les puissances publiques et privées* », en vue de l'établissement d'une organisation du marché à visage humain consistant, « *non pas seulement à organiser les marchés, mais surtout à accorder des droits de l'homme contre les structures économiques* »[69].

Si l'on mesure l'écart entre cette ambition et la manière dont est désormais organisé le marché – au fond l'écart entre mondialisation et globalisation – la doctrine devrait peut-être davantage se pencher sur la notion d'entreprise, non pas seulement d'entreprise publique interrogeant la figure de l'État actionnaire, mais également d'entreprise privée qui est toujours davantage conduite à prendre en charge des questions *politiques* et à se constituer en véritable système juridique. Mais une fois encore le découpage académique dont le droit public de l'économie est le témoignage ne favorise pas ces analyses croisées entre droit privé et droit public. Si de telles analyses existent, elles sont encore rares et largement impuissantes à élever l'entreprise au rang de nouveau paradigme du droit public de l'économie ainsi qu'à provoquer l'émergence de courants[70].

L'ENDIGUEMENT DES COURANTS

Cette tendance à l'alanguissement des controverses auxquelles le droit public de l'économie a pourtant donné lieu ne doit pas surprendre. Il s'explique selon nous par l'existence d'obstacles qui inhibent les conditions même d'émergence de véritables courants. Outre les obstacles institutionnels que nous avons évoqués plus haut[71], ces obstacles nous semblent principalement d'ordre dogmatique, d'une part, et épistémologique, d'autre part.

S'agissant des obstacles dogmatiques endiguant selon nous l'émergence de courants doctrinaux, l'influence que le néolibéralisme exerce désormais, non seulement sur l'État et son droit, mais également sur les représentations du monde et sur le langage des juristes ne peut être occultée.

Comme de nombreux auteurs l'ont souligné[72], le néolibéralisme ne se confond en rien avec l'ultralibéralisme. Plus proche de l'ordo-libéralisme allemand[73], le néolibéralisme se conçoit comme une « *troisième voie* »[74] se situant entre le laisser-faire et la planification assignant à l'État « *un rôle « raisonnable » et surtout conforme au marché, c'est-à-dire faisant respecter la concurrence et le mécanisme des prix ainsi que l'équilibre budgétaire* »[75]. C'est en cela que le néolibéralisme est peut-être porteur d'une « ruse » pour la doctrine puisque, bien qu'étant désormais relégués au rang de garant du fonctionnement du marché, l'État et son droit demeurent, fût-ce au prix de bouleversements profonds.

Il est ainsi convenu de constater qu'« *on a plus assisté à une transformation qu'à un recul de l'État* »[76]. La doctrine semble en effet largement s'accorder pour considérer que « *loin de dépérir, le droit public économique se développe et accompagne désormais une présence étatique qui emprunte des voies nouvelles, faites de régulation, d'actionnariat ou de partenariat et de garantie supérieure de l'intérêt général* »[77]. Dans cette perspective, il est possible de démontrer de manière très convaincante que la libéralisation elle-même serait le fruit de la planification[78].

Mieux, cette acceptation par l'État de se mettre ainsi au service de l'économie, bien que pouvant être conçue comme la condition de sa persistance en économie de marché, serait elle-même relative et n'empêcherait pas le retour de certaines poussées interventionnistes à l'image des adaptations dont le droit public de l'économie a pu faire l'objet durant la crise sanitaire[79] ou encore de la faculté désormais consacrée pour l'État de mettre en échec les règles de la concurrence dès lors que les intérêts supérieurs de la Nation sont en jeu[80].

Une telle tendance, bien que faisant l'objet d'un large consensus, peut ne pas totalement convaincre. Non parce qu'elle serait le véhicule d'analyses erronées – toutes ces analyses sont parfaitement *vraies* en droit – mais parce qu'elle repose sur des postulats que l'on peut ne pas partager. Parmi eux, la conviction selon laquelle la permanence des structures étatiques et du droit public malgré les transformations dont elles font l'objet suppose d'adhérer au moins partiellement à

une conception instrumentale et formelle de ces institutions, fondée sur la « *rituelle invocation à la plasticité aussi remarquable que nécessaire des formes juridiques* »[81] qui, elle, est discutable.

Or, « *l'espace existe pour une autre thèse, celle d'une expérience dégradée de la juridicité* »[82], du moins de celle qui caractérisait jusqu'à une période récente le droit administratif classique et la conception française de l'État qui en formait le socle. Elle suppose cependant, pour être seulement perceptible, d'adopter ou de conserver une appréhension plus substantielle, particulariste, peut-être même un peu naïve voire affective, de l'État et de son droit, éloignée des canons d'objectivité et de scientificité régissant les mœurs doctrinales actuelles.

Bien que n'étant pas exempte de critiques, une telle approche redonne à la doctrine la possibilité de considérer que « *Ce qu'a connu le droit administratif dans le cours de la période 1920-2020 ne peut être saisi dans les limites d'une métamorphose : plus que d'un changement de forme, il s'agit d'une mutation véritable, au sens où il a fini par produire autre chose que lui-même. (…) Derrière les mots immuables de « droit administratif », une autre juridicité est advenue et s'est imposée* »[83]. Car, en effet, si « *c'est bien l'économie concurrentielle de marché qui tend à devenir, en tant que telle, principe de validité de l'action publique, quel qu'en soit l'objet* »[84] alors il est permis de considérer qu'« *à bien des égards, l'entité juridique dénommée aujourd'hui encore « droit administratif » est le retournement du droit administratif classique !* »[85].

Une telle appréhension du droit public économique ne permet-elle pas, en effet, de mieux mesurer la distance qui sépare un intérêt général d'essence fondamentalement politique laissé, pour l'essentiel, au volontarisme de l'administration et un intérêt général en partie capté par des considérations économiques qui se veulent en partie soustraites à la volonté étatique ? De même, une telle approche permet de saisir, voire de discuter, l'évolution qu'ont connu les services publics qui, même pour ceux qui avaient une vocation économique, étaient caractérisés en droit public français par l'exorbitance et l'évidence, tandis qu'ils sont désormais soumis, sous l'influence du droit européen de la concurrence, à une double exigence de banalisation et d'exception[86]. Cette conception alternative du droit public de l'économie offre en outre la possibilité d'appréhender les sursauts que connaît ponctuellement l'interventionnisme étatique avec un regard plus sceptique. En effet, les mesures exceptionnelles destinées à soutenir l'économie durant la crise sanitaire tout comme la faculté pour l'État de poursuivre les intérêts essentiels de la Nation, exceptions à la concurrence libre et non faussée, peuvent être lues comme infirmant l'emprise de la loi du marché sur l'État et son droit, mais également comme la confirmant ; de telles mesures demeurant, du fait de leur caractère précaire ou strictement proportionné, conditionnées par la loi économique[87].

Pourtant, cette analyse dominante en droit public de l'économie n'est pas elle-même totalement étrangère à l'idée d'une singularité intrinsèque de l'État et du public particulièrement marquée en France. La thèse de la continuité de ces structures, malgré les transformations dont elles font l'objet en économie de marché est souvent présentée comme le produit et comme le témoignage de la persistance et du renouvellement de cette singularité propre à l'ordre juridique français[88].

Quoi que l'on pense de cette interprétation, il reste étonnant que cette analyse « positiviste » conduisant à une appréhension plutôt formelle et instrumentale du droit public de l'économie domine désormais la doctrine au point d'occulter l'émergence d'analyses plus critiques ou plus sceptiques quant à la permanence des cadres juridiques traditionnels. Comment expliquer une telle inclination peu propice à l'émergence de courants ?

Une explication politique ou dogmatique peut être avancée consistant à souligner la propension du néolibéralisme à sortir de son lit pour se convertir en « *programme politique* » prétendant déterminer le « vrai », « *empiriquement vérifiable* » de l'organisation sociale, avec le soutien d'analyses économiques toujours plus sophistiquées parce que « scientifisées »[89]. Dans cette perspective, « *le néolibéralisme s'est imposé comme une sorte de langage spontané* », il est devenu « *notre commune expérience (…) se donn(ant) pour la traduction contemporaine de la Nécessité* »[90]. Puisqu'il semble toujours aussi difficile de concevoir un « ailleurs » du néolibéralisme, « *l'attitude la plus courante – celle qui, pour nous juristes, trouve son expression dans la doctrine universitaire – consiste à s'adapter à cette situation plutôt qu'à tenter d'en sortir. L'adhésion plutôt que la mise en doute, au nom du principe de réalité !* »[91].

Mais, pour déterminantes qu'elles soient, ces contraintes dogmatiques nous semblent tirer leur puissance de considérations plus profondes qui sont cette fois de nature épistémologiques.

Malgré quelques réticences et quelques résistances, le droit est entré de plain-pied dans l'âge positif. La doctrine s'est convertie, pour l'essentiel et, semble-t-il, particulièrement en France[92], au positivisme dans l'espoir d'appréhender objectivement son objet d'étude afin d'en décrire la réalité. Ce tournant ne s'est toutefois pas opéré sans difficulté ; la science moderne du droit balançant depuis le XIXe siècle entre deux modèles : d'un côté, celui des sciences dures et, plus précisément, des sciences mathématiques cherchant « *une illusoire sécurité* » dans la déduction logique et la description du droit positif et, de l'autre, celui des sciences de la culture ou de l'esprit « *tentant d'assumer sa qualité de discipline du sens et de la signification* »[93].

Le premier des deux modèles semble désormais à ce point privilégié par la doctrine, qu'il ne paraît plus toujours résulter d'un choix méthodologique revendiqué mais qu'il tend à constituer la norme, le mode « normal », presque « convenable », d'analyse « véritable » du droit aujourd'hui. Certaines remarques laissent, à nos yeux, parfois transparaître cet *habitus* de la doctrine juridique contemporaine. On le trouve peut-être sous la plume de Jacques Caillosse qui, promouvant pourtant une lecture critique du droit public de l'économie, prend soin de souligner qu'« *il est en cette matière une première règle à suivre. Elle consiste à se garder de toute lecture morale du sujet* »[94]. De même et bien que s'apprêtant à affirmer à la lumière des évolutions intervenues depuis dix ans au titre de la libéralisation de l'économie qu'« *on nous change notre droit administratif !* », Pierre Delvolvé juge la dénonciation par certains auteurs du fait que le droit administratif tendrait ainsi à servir le Grand capital[95] comme « *inutilement politique* »[96].

Politique, la critique l'est certainement. Le serait-elle en outre « *inutilement* », cela reste selon nous à discuter tant ce type d'analyse ressortit à cette doctrine d'opinion dont la rareté endigue l'émergence de courants doctrinaux.

Ces mises en garde témoignent néanmoins d'une tendance générale à réduire la doctrine à la science juridique et, ce faisant, à confondre les deux pratiques[97]. S'il est évidemment louable et nécessaire d'essayer d'opérer une césure nette entre l'activité cognitive exercée sur le droit et le droit lui-même afin que cette activité offre des gages d'objectivité et d'impartialité, cette ambition ne peut conduire à nier la nature malléable de l'objet de cette activité analytique, lequel ne peut manquer d'être modelé par son analyse même ni, par extension, à condamner la doctrine à une sorte d'indifférence à l'égard de l'objet étudié et des valeurs qu'il véhicule.

Comme le remarque Étienne Picard, la réduction de la doctrine à la science juridique conduit « *à refuser à toute activité cognitive relative au droit d'avoir ses propres valeurs, convictions et principes, à tout le moins lui interdire de les mêler à la constitution de l'objet étudié, alors qu'ils ont toujours été constitutifs du droit lui-même comme processus créatif et auto-créateur : le droit n'a progressé que parce que ceux qui l'élaboraient, en l'interprétant ou en le déterminant, y ont justement introduit leur propre conception du juste, de l'opportun ou du convenable. (…) Sans une doctrine du droit, l'incapacité de la femme mariée, l'inégalité de l'enfant naturel (…) plus généralement le principe d'égalité (…) ni le principe de légalité, n'auraient eu quelque chance de s'affirmer et de prospérer* »[98].

Rapportées au droit public de l'économie, ces considérations autorisent, par exemple, à dévoiler, derrière l'exigence de concurrence libre et non faussée dominant le droit public de l'économie contemporain, le paradigme de la croissante et, ce faisant, à en interroger le bien-fondé, la signification et la portée[99]. Une telle analyse n'est-elle pas nécessaire dès lors que l'on prétend procéder au verdissement de la croissance ou de la commande publique[100] et intégrer au droit public de l'économie des exigences de sobriété voire de décroissance[101] ?

De même, la réhabilitation d'une lecture plus « politique » du droit public de l'économie conduirait la doctrine à s'emparer avec davantage de vigueur de situations qui ressemblent à de véritables cas-limites du « credo » de la concurrence libre et non faussée. Est-il vraiment plus pertinent de se borner à décrire les errements du mécanisme ARENH qui, précisément au nom d'une conviction dogmatique dans les vertus de la concurrence et la nécessité de l'établir à tout prix, a fini par peser sur les finances d'EDF et sur les usagers, au point que son ancien président aille jusqu'à exercer un recours contentieux contre le décret l'organisant[102] et ce, pour conduire au rachat par l'État de l'entièreté des actions de la société dont la seule explication réside dans la nécessité de soustraire la société publique au regard scrutateur du marché[103] ?

Surtout, rien ne dit qu'une telle approche positiviste soit elle-même objectivement plus pertinente que des approches alternatives. Comme le souligne Olivier Jouanjan, si la décision juridique doit être fondée en droit, il n'en va pas de même – et il ne peut en aller de même – de la doctrine car « *ce que raconte cette histoire de la constitution de la discipline juridique en science, c'est précisément que la fondation du droit par le droit suppose un montage théorique, un méta-*

discours stipulant les conditions mêmes d'administration des preuves de la validité des énoncés juridiques et que ce méta-discours n'est pas lui-même « fondé en droit », qu'il est plutôt lié à un ensemble de représentations et de modèles de la scientificité »[104]. D'ailleurs, Max Weber lui-même, pourtant généralement présenté comme le chantre de la neutralité axiologique, admettait que, le droit étant un objet de culture pétri de valeurs, il revienne au commentateur, non seulement de restituer le système de valeurs dont le droit est le véhicule et d'en juger la cohérence par rapport au discours de ses auteurs, mais également d'en juger la pertinence à l'aune de ses propres valeurs à condition de faire preuve de transparence[105].

Dans cette perspective, « *la grande difficulté (de la doctrine juridique française actuelle) à nourrir la controverse juridique* »[106] et, a fortiori, à faire naître des courants, provient de son uniformité épistémologique spontanée et indiscutée voyant dans une forme de positivisme le mode le plus achevé d'étudier le droit. L'absence de discussion quant aux conditions d'appréhension du droit en général et du droit public de l'économie en particulier est tel qu'il est permis de se demander, avec d'autres, si ces considérations méthodologiques ne tendent pas à changer de statut pour devenir *esthétiques*[107]. En somme, il est possible qu'un positivisme de stricte obédience soit devenu le geste de la science juridique au point de donner à la théorie générale de l'État des allures surannées et d'empêcher la structuration des disciplines juridiques en différents modèles ; entravant, par exemple, l'émergence d'un « *droit public du marché* » différent du droit public de l'économie en ce qu'il reposerait précisément sur la relégation, fût-elle consentie, de l'État dans le cadre d'une économie de marché.

Mais l'avènement de nouvelles circonstances et, avec elles, de nouveaux paradigmes, vient peut-être raviver ce tableau doctrinal.

LA PROMESSE DE DÉTROITS

Si la renaissance des courants passe par une réflexion sur les modèles épistémologiques et par leur diversification, de telles réflexions semblent connaître un certain regain dans la doctrine récente. À côté d'un discours promouvant une lecture économique du droit public de l'économie apparaît son supposé envers consistant en une approche écologique du droit public de l'économie. Supposé car, contrairement aux apparences, ces deux lectures antagonistes partagent peut-être une structure commune. Si tel était le cas, il existerait une place pour une lecture réhabilitant l'autonomie du juridique par rapport à l'économique et à l'écologique à laquelle certains s'attachent d'ores et déjà et qui pourrait peut-être être une source d'inspiration pour la doctrine en droit public de l'économie.

Malgré le succès qu'elle a rencontré, et les multiples travaux auxquels elle a donné lieu[108], l'analyse économique du droit ne semble pas avoir particulièrement essaimé en droit public de l'économie. Cette relative indifférence peut être interprétée comme un signe de persévérance de l'attachement la doctrine à l'égard des catégories juridiques traditionnelles caractérisant le droit public. Elle peut également être interprétée, en sens inverse, comme la marque de ce désintérêt de la doctrine pour les questionnements portant sur les soubassements de l'analyse juridique des interventions de l'État relatives à l'économie.

Dans cette perspective, un ouvrage détonne par rapport à cette placidité de la doctrine. Son titre même, « *Pour une analyse économique du droit des interventions de l'État dans l'économie* »[109], ne laisse pas de place au doute. L'ambition de son auteur se situe bien au plan conceptuel des modalités d'analyse du droit public de l'économie et, plus encore, il procède à un choix. Ce choix est aussi conscient qu'assumé comme en témoigne les premières pages de l'ouvrage débutant par une distinction entre la pensée classique et la pensée moderne ; l'auteur rangeant naturellement l'analyse économique du droit dans la seconde catégorie et optant en sa faveur.

Contrairement à l'appréhension classique du droit se focalisant sur « *les questions relatives à l'essence du droit ou de la justice* », « *l'analyse économique du droit ne s'embarrasse ainsi pas à définir l'objet de son analyse* », car « *elle focalise son attention sur les relations de cause à effets, et notamment l'effet du droit sur le système d'incitations dans lequel vivent les acteurs* »[110]. Il est permis, en juriste, d'être troublé quant à la définition du droit comme « système d'incitations ». Il reste que cette analyse, qui n'est que la traduction du conséquentialisme de Posner[111], est porteuse d'une « *vision renouvelée du droit (qui) interroge, naturellement, ce qui pourrait constituer une « doxa » juridique* »[112]. Or, si « *en lui offrant un point de réflexion, elle entre en dialogue avec cette dernière* »[113], on peut penser que certaines des conditions de renaissance des courants s'en trouveraient restaurées.

Seulement pour que cette promesse se réalise, encore convient-il qu'une part de la doctrine se reconnaisse dans cette

position doctrinale au point de la revendiquer et de susciter chez leurs opposants – ici les tenants d'une conception juridique classique du droit public de l'économie – le sentiment qu'ils appartiennent eux-mêmes à un courant de pensée. Or, quand bien même « *dans ses grandes lignes, ce modèle (l'analyse économique du droit) paraît « pertinent » et affirmer que l'homme est mû par ses intérêts ne semble pas absurde au regard de l'expérience quotidienne* »[114], le caractère « *frustre et caricatural* »[115] de ce modèle de rationalité économique explique peut-être le faible écho que ces travaux ont pour le moment reçu en droit public de l'économie. La promotion d'une analyse économique du droit public de l'économie ne constitue donc encore qu'une potentialité de renaissance des courants doctrinaux.

Si l'analyse économique du droit n'a pas encore infusé dans la doctrine, il n'en va sans doute pas de même s'agissant du droit public de l'économie lui-même. Comment en effet ne pas voir dans la primauté de la concurrence libre et non faussée l'instrument et, ce faisant la consécration, du principe de maximisation de la richesse se trouvant au fondement de l'analyse économique du droit théorisée par Posner[116] – le paradigme de la croissance faisant office de chaînon manquant entre ces deux éléments[117] – ?

Quels qu'en soient les mérites heuristiques, cette pensée peut effectivement être conçue comme « *frustre et caricatural(e)* » en raison de la réduction des préférences sur lesquelles elle repose conduisant au cantonnement de l'analyse économique aux phénomènes de marché. Contrairement à l'utilitarisme benthamien qui se fonde sur la notion plus large d'intérêt[118], Posner affirme que « *la seule forme de préférence qui importe dans un système de maximisation de la richesse est celle qui s'appuie sur l'argent, en d'autres termes, celle qui s'insère dans un marché* »[119]. Mais, de manière apparemment paradoxale, une telle réduction de l'analyse économique permet et emporte son extension à des domaines traditionnellement considérés comme se situant hors du marché. De ce point de vue, toute la singularité de l'analyse économique du droit consiste à avoir étendu « *le paradigme du marché aux situations de marché implicite ou hypothétique* »[120], à image du marché du mariage ou de celui de l'éducation des enfants.

Dans cette perspective, la soumission des activités de santé ou des actes de police aux exigences de la concurrence, la tendance à la patrimonialisation des autorisations, ou encore la valorisation des propriétés publiques, ne constituent-elles pas autant de traductions juridiques de cette appréhension économique des rapports sociaux ?

Or, c'est aussi sans doute en réaction contre cette vocation « propensive »[121] de l'analyse économique du droit que se développe une analyse écologique ou environnementaliste du droit – y compris économique.

Un important effort de relecture du droit international économique à l'aune des enjeux sociaux et environnementaux contemporains vient d'être fourni à cet égard[122]. L'auteur promeut, pour ce faire, une analyse duale du droit international économique distinguant, d'une part, le droit international « *croissantiel* » visant, par la protection de l'investissement et la dérèglementation du commerce, à favoriser la croissance mondiale et, d'autre part, ce qu'il désigne comme un droit international « convivial » reposant sur un encadrement de l'économie à des fins sociales, environnementales et au nom des droits de l'homme.

Dans le même sens, un important projet de recherche sur la Transition écologique du droit économique a récemment vu le jour. Il a donné lieu à la publication d'un rapport dont l'ambition s'évince de son titre même : « *La transformation écologique du droit économique* »[123]. Parmi les objectifs formulés par le rapport, se trouve celui de « *Mobiliser le droit économique, tout en le transformant* »[124] supposant, d'abord, de s'interroger sur le droit économique comme « *obstacle à la transition écologique* »[125] pour pouvoir l'envisager, ensuite, comme un « *levier de la transition écologique* »[126].

Force est cependant de constater que la tonalité générale du rapport, la majorité des personnes ayant participé à son élaboration et, au fond, l'utilisation même du vocable « droit économique », semble plutôt privatiste. Si ce sentiment est fondé, il conforte le constat que la doctrine privatiste s'est récemment emparée de considérations environnementales, et donc extra-économiques, dans le champ économique à la faveur du développement de la RSE. Or, cette tendance a naturellement été propice à des réflexions fondamentales sur la notion d'entreprise, mais également sur celle d'intérêt général engendrant une forme de repositionnement du droit des sociétés contrastant avec le droit public de l'économie[127].

Il ne s'agit pas de considérer que la doctrine a été aveugle à ces exigences environnementales en droit public de l'économie. Comme nous l'avons relevé plus haut, un certain nombre de travaux se sont, par exemple, saisi de la question

du verdissement de la commande publique[128]. Mais ces analyses ne possèdent vraisemblablement pas encore la portée qu'ils peuvent acquérir en droit privé voire en droit international car, comme le souligne certaines études, les évolutions réelles qu'a connu le droit de la commande publique dans le but d'intérioriser des exigences environnementales, semblent toujours tributaires de cette hégémonie, encore insuffisamment discutée, de la concurrence et de la croissance[129]. Tout comme l'analyse économique, l'analyse écologique du droit public de l'économie ne semble donc pour le moment porteuse que de la promesse d'une renaissance des courants.

Si ces deux types d'analyse pourraient irriguer favorablement et diversement le droit public de l'économie, leur divergence pourrait n'être, d'un certain point de vue, qu'apparente. Contrairement à ce qu'une appréhension superficielle de ces prismes d'analyse pourrait suggérer, il est possible qu'ils partagent une structure commune malgré leur divergence substantielle. Loin de conduire à une restriction du renouvellement épistémologique du droit – public – de l'économie, ce constat pourrait l'enrichir d'une manière supplémentaire de l'appréhender.

Une certaine parenté entre les analyses économique et écologiques du droit, a pu être décelée dans leur commune prétention à trouver dans la nature des choses le fondement des montages théoriques que ces analyses suscitent[130]. Tel est le cas de la Nature, dans le cadre de l'analyse écologique du droit, précisément en ce qu'elle ne se réduit pas au simple écosystème mais est conçue comme l'anthropocène dont le caractère quasi cosmologique n'est pas sans rappeler ni sans appeler une forme de jusnaturalisme[131]. Bien que plus surprenant à première vue, un constat comparable peut être opéré à propos de l'analyse économique du droit. Par-delà l'appareillage scientifique dont les analyses économiques sont parées, elles reposent le plus souvent, au fond, soit sur une conception psychologique de l'homme comme dans l'utilitarisme benthamien, soit sur une « *fic*tion », celle de l'homme rationnel, qui n'est pas sans lien avec le recours à l'état de nature dans la philosophie classique, dans le cadre de l'analyse économique du droit de Posner[132].

Ces précisions sont importantes car elles permettent de percer le voile scientifique de ces théories. Il ne s'agit aucunement de réfuter toute valeur scientifique à ces analyses mais simplement de rappeler que tous ces montages, pour incontestables qu'ils soient, reposent sur un postulat ou sur une hypothèse laquelle est, certes scientifiquement vérifiée, mais *a posteriori*, par des études scientifiques[133]. Il s'agit simplement de souligner que ces analyses, comme toute science[134], demeurent soumises à la discussion, non seulement leurs résultats jusqu'à leur réfutation par de nouvelles analyses, mais les postulats même sur lesquels ces analyses se fondent. Il s'agit en somme de rejeter l'idée, défendue par certains, que, puisque la science économique serait devenue une science expérimentale analogue à la biologie, toute critique de la concurrence libre et non faussée ou de la dérèglementation du marché constituerait une forme de négationnisme[135].

Une telle précision n'est pas sans lien avec notre sujet. En restituant à la science la place qui est la sienne dans ces théories économiques ou écologiques, elle permet de persister à distinguer la dimension normative et la dimension cognitive à l'œuvre dans ces analyses et, ce faisant, de réserver un espace pour une analyse « juridique » du droit y compris lorsqu'il est appréhendé au prisme de l'économie ou de l'écologie.

C'est l'ambition du « *droit en transition* », qui entend notamment « *offrir les clés juridiques d'une prospérité sans croissance* »[136]. Quoi que l'on puisse penser de ce programme, l'essentiel à nos yeux est qu'il promeut la préservation d'une autonomie du juridique par rapport à l'économique et à l'écologique ; le droit y étant conçu comme un « type particulier *de discours, dont la spécificité réside dans sa façon très singulière d'articuler une dimension normative et une dimension cognitive* »[137]. Cette proposition se situe dès lors au plan du méta-discours sur le droit, des conditions épistémologiques en vertu desquelles un discours est concevable sur l'objet juridique. Elle est donc susceptible de recéler, elle aussi, la promesse d'un courant.

Elle l'est d'autant plus qu'elle ne se borne pas à défendre la simple préservation d'un champ juridique dans l'analyse économique ou écologique du droit qui conduirait seulement à retrouver et à conforter le positivisme ambiant. En témoigne la critique formulée par son principal promoteur à l'égard de la doctrine majoritaire caractérisée, selon lui, par « *cette approche, qui relève de ce que l'on pourrait appeler un « positivisme non réfléchi » (…)* », en vertu duquel « *l'espace normatif serait divisé en deux* », en deux sphères étanches : la sphère politique se situant en amont et dans laquelle le juriste n'aurait rien à dire « en juriste » et la sphère juridique en aval dans laquelle il trouverait son champ d'intervention naturel mais lequel serait dépourvu de toute considération politique.

Il ne s'agit pas non plus de promouvoir un simple retour à un jusnaturalisme perdu comme le confirme la distance prise par le même auteur à l'égard de la forme renouvelée de jusnaturalisme qu'il décèle aussi bien dans l'analyse économique

qu'écologique du droit[138].

Si le droit en transition repose, il est vrai, sur un « *idéal de justice* », il est essentiellement conçu pour produire une « *interprétation* » renouvelée et autonome du droit y compris dans ses relations avec l'économie[139]. Or, bien qu'étant plutôt axée sur l'individu et sa dignité, une telle théorie n'est pas étrangère aux considérations collectives et publiques. Permettant par exemple de mieux distinguer les normes qui assurent ou sécurisent l'échange marchand et celles consistant à l'encourager et à en étendre l'empire[140], cette proposition doctrinale permet, par extension, de saisir « *la menace que l'hypertrophie du modèle croissantiel fait peser sur l'autonomie politique* »[141]. Autrement dit, le droit en transition offre les conditions d'un renouveau des analyses critiques en droit public de l'économie.

Considérant en effet comme « *pertinent de se saisir, en juristes, du narratif consistant à voir comme principe fondateur* » la croissance ou la concurrence libre et non faussée[142], cette approche permet d'opposer à ce « *narratif* », le récit de l'intérêt général, dans sa version plus classique et politique, comme principe fondateur de l'État et du droit public en vertu, par exemple, d'une perspective « historiciste » ou généalogique inspirée de la pensée de Savigny. Or, si une telle entreprise conduit à souligner l'intériorisation des considérations économiques à l'intérêt général et la continuité des institutions publiques, elle implique aussi de mieux mesurer la distance qui sépare ce faisant ces catégories de leur fondements politiques initiaux. Dans cette perspective, le droit en transition suppose également d'« *interroger la monopolisation du droit* » par un certain nombre de professionnels du droit[143] ; cette tendance témoignant elle aussi d'une restriction voire d'un renoncement à l'autonomie politique qu'il convient d'interroger.

Une dernière illustration permettra peut-être de convaincre, si ce n'est la pertinence, du moins la légitimité d'une telle approche. Elle n'est pas tirée du champ habituel du droit public de l'économie mais a tout à voir avec les rapports entre l'État et le marché. Comme chacun sait, la réalisation d'opérations d'envergure par l'administration donne lieu à la conclusion de contrats publics d'affaires, parfois avec des entités privées étrangères, lesquels sont régulièrement soumis à l'arbitrage commercial international. Or, bien qu'étant une véritable justice, l'arbitrage est une justice privée qui se constitue, compte tenu des intérêts économiques et financiers qu'elle génère, en un véritable marché. Dans cette perspective, la lutte pour la floraison de la « Place de Paris » comme l'une des premières places mondiales d'arbitrage fait rage et l'affirmation d'une compétence administrative pour connaître d'une partie des sentences intéressant les personnes publiques apparaît aux yeux des spécialistes, depuis sa consécration, comme inacceptable car contre-productive[144].

Un récent groupe de travail ayant proposé la consécration d'un code de l'arbitrage a profité de cette opportunité pour demander, une fois encore, la suppression de toute compétence administrative en la matière. Cette proposition, les conditions dans lesquelles elle a été formulée, ses justifications et sa portée, nous semble emblématiques des rapports de force entre l'État et le marché, de cette monopolisation du droit par les professionnels qu'elle induit et, par-delà l'originalité du domaine ici en cause, d'une certaine atonie doctrinale.

Résumée à grands traits, cette proposition n'est rien d'autre que de la préconisation faites par certains des plus éminents représentants de la Place de Paris, à travers la juridiction administrative à l'État lui-même, de s'effacer de ce domaine afin de laisser prospérer ce marché du droit, fût-ce au prix d'une dissipation des considérations d'intérêt général que de tels litiges ne manquent pourtant pas de charrier. Les arguments mobilisés ne laissent d'ailleurs aucun doute ; la nécessité de « *gagner en attractivité dans le contexte d'une concurrence avivée entre les droits de l'arbitrage* », afin d'assurer et de renforcer « *le* leadership *de la place de Paris* »[145] sont de facture explicitement et exclusivement économique. Il n'est guère surprenant, dans une telle ambiance, que le caractère renforcé du contrôle des sentences par le juge administratif au nom de ces exigences d'intérêt général apparaisse seulement comme un désavantage concurrentiel pour l'ordre juridique français par rapport aux ordres juridiques étrangers[146].

À nos yeux saisissante, une telle instrumentalisation du droit et de la justice à des fins économiques, l'est d'autant plus que le groupe qui la promeut n'a pas agi spontanément mais sur la sollicitation du gouvernement ; son intervention s'inscrivant en effet dans une stratégie plus large d'« *influence par le droit* » poursuivie conjointement par les ministères des affaires étrangères et de la justice[147]. Or, à notre connaissance, seuls certains membres privatistes de la doctrine se sont émus, à propos d'une autre réforme, de cette tendance des pouvoirs publics à réduire le droit à un instrument d'attractivité[148]. Il nous semble pourtant que l'appropriation par l'État d'une telle lecture purement économique du droit et de la justice, qu'elle soit consacrée ou non en droit positif, témoigne d'une rupture franche, peut-être plus nette qu'à l'accoutumée avec le « *narratif* » sur lequel il repose depuis deux siècles, laquelle aurait mérité quelques

commentaires.

Gageons que la promesse d'une renaissance des courants doctrinaux à laquelle la constitution de la présente revue ne manquera pas de participer permettra de raviver les controverses au sein d'une discipline qui, peut-être plus que d'autres, se doit d'être doctrinale.

Notes de bas de page

Sur la notion, v. vot., Ph. Jestaz, Ch. Jamin, La doctrine, Dalloz, 2004 ; A. Sériaux, « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, 1994, p. 65.

J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 103 ; Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, préc.

On pense, par exemple, à A. de Laubadère, *Droit public économique*, Dalloz, 1ère éd., 1974.

Par-delà les frontières du droit public, G. Farjat, *Droit économique*, PUF, coll. « Thémis », 2e éd., 1982 ; au sein du droit public, S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2005.

Dossier « Une doctrine économique des juges français ? », *RFDA*, 2024, p. 611.

J. Chevallier, « La fin des écoles ? », *RDP*, 1997, p. 679.

Ph. Jestaz, « Déclin de la doctrine ? », *Droits*, n° 20, 1994, p. 85.

S. Gilbert, « Les écoles doctrinales », *in La doctrine en administratif*, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2010, Travaux de l'AFDA – 3, p. 89, spéc., pp. 91-92.

J. Chevallier, « La fin des écoles ? », *op. cit.*, p. 679.

Ibid.

S. Gilbert, « Les écoles doctrinales », *op. cit.*, p. 89.

Op. cit., pp. 94-95.

Ph. Jestaz, « Déclin de la doctrine ? », *op. cit.*, p. 91.

J. Chevallier, « La fin des écoles ? », *ibid*.

Précis de droit administratif, Paris, Larose, 3e éd., 1897, p. 245 et s.

S. Gilbert, *op. cit.*, p. 95.

Sur l'opposition de ces deux « courants », S. Gilbert, *op. cit.*, p. 98 et s.

Conseil de la concurrence, *Rapport public*, 2002.

Que l'on songe à la généralisation de l'opposabilité de la concurrence libre et non faussée à l'ensemble du champ de l'action administrative, à la quasi-disparition des EPIC, autrement dit à la déchéance dont a été frappée l'idée de commerçant public, aux transformations de la propriété publique sous l'influence de la libéralisation de l'économie ou encore au remplacement progressif de l'État propulsif ou entrepreneur par la figure de l'État actionnaire et partenaire. Sur ce constat, M. Lombard, « Le droit public de l'économie du XXIe siècle », *AJDA* 2009, p. 1217.

J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 9e éd., 2018, p. 19.

Ibid.

F. Bottini, *L'obsolescence programmée du droit (public) économique ?*, Legitech, 1ère éd., 2025.

P. Delvolvé, « Dix ans de droit administratif », *in* AFDA, *Les controverses en droit administratif*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2017, p. 1, spéc., p. 14.

Ph. Jestaz, « Déclin de la doctrine ? », *ibid*.

En ce sens, v. not., J. Chevallier, « L'État régulateur », RFAP, 2004, p. 473 ; J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, préc. Voir également, P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Lefebvre Dalloz, 3e éd., 2025, spéc., p. 43.

Op. cit., p. 1.

Parmi une multitude de travaux, v. not., F. de Kiraly, « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique. Sa nature, son contenu, son système », *Mélanges Gény*, Dalloz, 1934, t. 3, p. 111 ; R. Savatier, « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », D., 1961, chron. 117 ; C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », D., 1967, chron. 215 ; G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges Vigreux*, 1981, p. 767 ; G. Farjat, *Droit économique*, préc.

D. Truchet, « Réflexions sur le droit économique public en droit français », *RDP*, 1980, p. 1009.

G. Farjat, *Droit économique*, préc. ; du même auteur, *Pour un droit économique*, « Les voies du droit », PUF, 2004.

F. Blanc, « Du droit public économique au droit public de l'économie », *in* Y. Gaudemet et B. Plessix, *L'enseignement du droit aujourd'hui. Qu'a-t-on fait de l'héritage de Jacques Cujas ?*, LGDJ, 2024, p. 157.

De nombreuses citations de MM. Chénot et Debré, affirmant le caractère secondaire et non souverain de la discipline juridique, sont à ce titre édifiantes, voir F. Blanc, *op. cit.*, p. 161 et s.

Op. cit., p. 177 et s.

« Les développements de cette introduction restent très imprégnés de ceux d'André de Laubadère dans son Précis de droit public économique dont le présent ouvrage prend la suite » (…). Il convient cependant de souligner cependant que l'auteur justifie essentiellement ce choix pour des motifs pédagogiques tout en relayant minutieusement les positions opposées.

Ces originalités, bien que n'étant pas dépourvues de signification de fond, sont désormais le plus souvent liées à des découpages différents de la matière au sein du droit public, B. du Marais, *Droit de la régulation économique*, Presses de Sciences Po-Dalloz, 2e éd., 2021 ; B. Delaunay, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 3e éd., 2023 ; G. Eckert, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2e éd., 2013 ; S. Nicinski, *Droit public des affaires*, LDGJ, 10e éd., 2025.

A. Sée, « Peut-on se passer de la notion de régulation ? », *in* AFDA, *Les controverses en droit administratif, op. cit., p.* 131, spéc., p. 138.

Pour une illustration, v. not., l'échange entre A. Sée et R. Rambaud *in* AFDA, *Les controverses en droit administratif, préc.*, respectivement p. 131 et p. 157.

C. Champaud, « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, p. 54.

M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, chron. 610.

V. not., J. Chevallier, « De quelques usages du concept de régulation », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 71.

M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », préc.

Parmi d'autres, J. Chevallier, « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP 1986. I. 36 ; « Les autorités administratives indépendantes et la régulation du marché », *Justices*, 1995, p. 81.

Parmi de nombreux travaux, M.-A. Frison-Roche, « Régulation et contrat : présentation du thème et synthèses du 11e forum de la régulation », *LPA* 3 mai 2005, p. 3 ; L. Cohen-Tanugi, « L'émergence de la notion de régulation », LPA 10 juillet 1998, p. 4 ; L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif*, LGDJ, 2009.

V. not., G. Timsit, « Régulation et théorie du droit », in G. Marcou et F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, services*

publics et intégration régionale, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2005, p. 151.

Voir A. Sée, « Peut-on se passer de la notion de régulation ? », préc.

Op. cit., p. 139 et s.

Op. cit., p. 147.

Est, nous semble-t-il, assez révélatrice de ce point de vue la « controverse » entre A. Sée et R. Rambaud, lesquels s'accordent pour l'essentiel, c'est-à-dire sur le caractère contingent de la régulation comme catégorie juridique, et se distinguent seulement sur la valeur doctrinale que l'on peut ou non lui prêter.

A. Sée, *op. cit.*, p. 155.

Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz, 2006, spéc., p. 711 et s.

V. not., J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, op. cit., p. 22 ; B. Delaunay, *Droit public de la concurrence, op. cit.*, p. 88 et s. Sur cette question, J. Caillosse, « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *AJDA*, 2016, p. 761.

A. Sée, *op. cit.*, p. 135.

Hormis quelques doutes émis par la doctrine (M. Debène et O. Raymondie, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, 1996, p. 183 ; M. Lombard, « Service public et service universel, ou la double inconsistance », *Mélanges B. Janneau*, Dalloz, 2002, p. 507), il semble que la doctrine ait essentiellement épousé la proposition faite par J.-D. Combrexelle au Conseil d'État consistant à *« réinventer un nouveau droit du service public conciliant les exigences traditionnelles du service public avec celles du droit de la concurrence »*, (concl. sur CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris, AJDA*, 1998, p. 10) au point que cette évolution semble *« tellement établie qu'on n'y voit rien d'autre qu'un fait juridique normal ou allant de soi »*, J. Caillosse, *L'état du droit administratif*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2015, p. 103.

V. not., *Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe*, Communication de la Commission européenne, 22 décembre 2011 ; B. Boissard, « Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques », *RDP*, 2006, p. 1301.

Art. 106 § 2 TFUE ; J.-Ch. Zarka, « La place des services d'intérêt économique général dans les traités communautaires », D., 2005, p. 1122 ; J.-V. Louis et S. Rodrigues, *Les services d'intérêt économique général*, Bruylant, 2006.

A. Sée, *op. cit.*, p. 150.

S. Ziani, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, t. 245, 2015.

À l'exception notable de J. Caillosse, v. not., « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *op. cit.* ; « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA*, 2000, p. 99 ; « Le service public à la française : déconstruction d'un mythe ? », in J.-J. Pardini et C. Devès (dir.), *La réforme de l'État*, Bruylant, 2005, p. 177.

Voir *supra*, note 25.

J. Chevallier, « L'État régulateur », préc.

Y. Nouvel, « L'État néolibéral au cœur de la mondialisation économique », *in* SFDI, *L'État dans la mondialisation*, colloque de Nancy, Pedone, 2013.

La souveraineté, EDCE, 2024.

J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique, op. cit.*, p. 23.

Op. cit., p. 43.

Op. cit., p. 26.

P. Idoux, « Droit économique et exorbitance du droit public », in X. Bioy, *L'identité du droit public*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2018.

Droit administratif, Flammarion, t. 2, 2001.

B. Delaunay, *Droit public de la concurrence, op. cit.*, p.

« Le droit administratif et l'entreprise », *RFDA*, 2024, p. 1.

F. Blanc, « Du droit public économique au droit public de l'économie », *op. cit.*, p. 173 et s.

Voir tout de même, Y. Gaudemet, « De la *compliance* à la vigilance : les entreprises au secours de l'État ? », *JCP*, 2023, doctr. 649 ; A. Rouyère, « L'entreprise compliante : une délégation de puissance publique ? », *RFDA*, 2024, p. 29. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer également à nos travaux, « Le constitutionnalisme sociétal ou la croissance comme motif de prétention politique des entreprises », in M. Chambon, V. Coq et H. Devillers (dir.), *Le paradigme de la croissance en droit public*, LexisNexis, 2023 ; « La RSE dans les contrats du commerce international : naissance d'un droit administratif sociétal ? », *RDAI*, 2024, p. 397.

F. Blanc, art. préc.

V. not., V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, 2002 ; J. Caillosse, « Faire du droit administratif à l'heure du néolibéralisme », *Jus Politicum*, n° 27, janvier 2022, p. 199.

P. Dardot et C. Laval, *Ce cauchemar qui n'en finit pas*, Paris, La Découverte, 2016 ; B. Amable, *Le néolibéralisme*, PUF, *Que sais-je ?*, 2023.

B. Amable, *op. cit.*, p. 23

Ibid.

V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, préc.

J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique, op. cit.*, p. 26.

F. Blanc, « Libéralisation ou planification ? », *RFDA* 2017, p. 76.

V. not., *Du service public du développement économique au service public de la survie économique, RFFP*, n° 152, novembre 2020.

Ph. Coleman, « La sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation en matière économique », *Dr. ad.*, n° 10, octobre 2023, 6.

J. Caillosse, « Faire du droit administratif à l'heure du néolibéralisme », *op. cit.*, p. 216.

Ibid.

Op. cit., p. 208.

Op. cit., p. 215.

Op. cit., p. 209.

B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 5e éd., 2024, n° 470.

Comme le remarque U. Lepont, *« si la réaffirmation de l'interventionnisme et la relégitimation des dépenses publiques*

dont témoignent les plans de relance actuels constituent un déplacement à l'intérieur du cadre néolibéral, elles ne remettent pas en cause le principe général de la supériorité du marché et des acteurs privés pour allouer les ressources, ni la nécessité de réduire le périmètre de l'État et de mener des politiques d'austérité. On comprend ainsi la logique des politiques économiques françaises actuelles, partagées entre, d'une part, la mise en avant croissante du rôle de l'État dans l'économie pouvant justifier des dépenses publiques nouvelles et même l'augmentation de l'endettement, et, d'autre part, le maintien de l'objectif de diminution de son périmètre au nom de la réduction des déficits et de la dette », « L'État revient… à reculons », *Le Monde*, 11-12 avril 2021.

J. Caillosse, « Faire du droit administratif à l'heure du néolibéralisme », *op. cit.*, p. 217 et s.

P. Bourdieu, « L'essence du néolibéralisme », *Le Monde diplomatique*, mars 1998, p. 3.

J. Caillosse, *op. cit.*, p. 222.

Ibid.

Sur ce point, v. not., G. Bligh, N. Sild, « Propos introductifs », *in* G. Bligh, N. Sild (dir.), *Actualité du droit naturel*, Mare et Martin, coll. Droit public, 2024.

O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *RESS*., 2003, p. 129.

J. Caillosse, *op. cit.*, p. 210.

F. Rolin, « Le droit administratif est-il au service du Grand Capital ? », *AJDA* 2016, p. 921. Pour des éléments de controverse, A. Antoine, Th. Perroud, « Le « Grand Capital au XXie siècle » et le droit administratif », *AJDA* 2016, p. 1361.

P. Delvolvé, « Dix ans de droit administratif », *op. cit.*, p. 14.

E. Picard, « « Science du droit » ou « doctrine juridique » », *Mélanges Drago*, Economica, 1996, p. 119.

Op. cit., p. 144.

M. Chambon, V. Coq et H. Devillers (dir.), *Le paradigme de la croissance en droit public*, préc.

V. not., V. Coq, « La commande publique « verte » : réelle avancée éthique ou *greenwashing* normatif », *in* M. Chambon, V. Coq et H. Devillers (dir.), *Le paradigme de la croissance en droit public, op. cit.*, p. 199. Pour une analyse plus générale, V. Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, LexisNexis, 2020.

M. Cirotteau, « La transition énergétique saisie par le droit : vers un nouveau droit public économique de l'énergie ? »,

JCP A n° 3 20 janvier 2025, 2016.

Pour une présentation détaillée de ce mécanisme, W. Gremaud, « L'accès régulé à l'électricité nucléaire historique : le chant du cygne », note sous CE, 3 février 2023, *Fédération Chimie Énergie FCE-CFDT et autres*, RFDA 2023, p. 908.

En ce sens, S. Bernard, « L'inédite « renationalisation » d'EDF par voie d'OPA », *AJDA* 2023, p. 1922.

O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *op. cit.*, p. 140.

L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 143.

Pour une proposition d'analyse de la doctrine en ce sens, M. Xifaras, « Après les théories générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

V. not., B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats* », de Boek, 2009 ; T. Kirat, *Économie du droit*, Repères, La découverte, 2e éd., 2012 ; E. Mackaay, S. Rousseau, P. Larouche, et A. Parent, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Thémis, 3e éd., 2021. V. également, J. Paillusseau, « Comment les activités économiques révolutionnent le droit et les théories juridiques », D. 2017, p. 1004 ; J.-F. Calmette, « L'analyse économique dans les contentieux publics », *AJDA* 2020, p. 925.

R. Lanneau, *Société de Législation comparée*, 2021.

Op. cit., p. 14

V. not., A. Strowel, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner », *APD* 1992, p. 143.

R. Lanneau, *op. cit.*, p. 15

Ibid.

Op. cit., p. 22

Ibid.

A. Strowel, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner », *op. cit.*, p. 151.

M. Chambon, V. Coq et H. Devillers (dir.), *Le paradigme de la croissance en droit public*, préc.

A. Strowel, art. préc.

R. Posner, Utilitarism, *Economics and Legal Theory*, *Journal of legal studies*, 1979, p. 103, spec., p. 119.

A. Strowel, *op. cit.*, p. 154.

B. Pellegrini, « Logique préventive et droit des libertés publiques », *La revue lacanienne*, 2007, n° 1, p. 82.

F. Couveinhes Matsumoto, *Droit international économique*, PUF, 2023.

Voir *La transformation écologique du droit économique*

Rapport, p. 31.

Op. cit., p. 32.

Op. cit., p. 34.

Pour une illustration au sein d'une vaste littérature, M. Tirel, « Le nouvel intérêt social, un changement de modèle normatif », *APD*, 2020, p. 537.

V. Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, préc.

V. Coq, « La réception du débat sur les éthiques environnementales en droit des marchés publics : vers la remise en cause du modèle croissanciste », préc.

O. Godard, « L'économie, l'écologie et la nature des choses », *APD*, 1992, p. 184.

B. Latour, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Paris, La Découverte, 2015.

A. Strowel, *op. cit.*, p. 147. Dans un sens voisin, voir également, B. Oppetit, « Droit et économie », *APD* 1992, p. 17.

Dans le même sens, A. Viala, « L'écologie politique au risque de l'épistocratie. Une lecture de la crise des « gilets jaunes », *in* A. Bailleux (dir.), *Le droit en transition*, Presses universitaires de Saint-Louis, 2020, p. 463.

D. de Béchillon, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du droit naturel », *in* J.-F. Niort et G. Vannier (dir.), *Michel Villey et le droit naturel en question*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1994, p. 53.

P. Cahuc, A. Zylberberg, *Le négationnisme économique*, Flammarion, 2016.

A. Bailleux, « Introduction », *in Le droit en transition*, préc.

Op. cit., § 9.

A. Bailleux, « Penser en juriste la prospérité sans croissance. Les promesses du droit en transition », in M. Chambon, V. Coq et H. Devillers (dir.), *Le paradigme de la croissance en droit public, op. cit.*, p. 211. L'auteur renvoie dos à dos le positivisme et le jusnaturalisme car ils *« ont en commun de refuser toute connotation politique à leur raisonnement. Mais là où pour le premier, le droit intervient en aval de la délibération démocratique, il précède et encadre cette délibération dans le second »*, spéc., p. 214.

Op. cit., § 20 et s.

Op. cit., § 70.

Op. cit., § 51.

Op. cit., § 91.

Op. cit., § 78 et s.

Pour des précisions, v. notre étude, « La proposition de suppression de la compétence administrative en matière arbitrale : présage d'une abdication étatique ? », *Lexbase*, 12 mai 2025.

Voir Rapport, p. 8.

J. Caillosse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 195.

Voir Stratégie de la France 2023-2028

L. Usunier, « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère », *RTD. Civ.* 2017, p. 343.