PHYSIONOMIE DES ACTES DE SOUVERAINETÉ ÉCONOMIQUE

La colonisation du secteur privé par la puissance publique

Jean-Hugues Barbé

Cette contribution cherche à montrer, d'une part, que la souveraineté économique ne se réduit ni à la défense d'intérêts matériels, ni à la préservation de l'indépendance nationale, mais qu'elle s'exerce d'abord comme une faculté de mise en ordre du monde économique.
Elle propose, d'autre part, d'appréhender la souveraineté économique non pas seulement à partir des textes constitutionnels ou d'une compréhension dogmatique de la souveraineté, mais de ses manifestations dans la réalité sensible. L'étude des actes de souveraineté économique, expressions d'un pouvoir ordonnateur, capable de donner une direction à un monde économique fondamentalement indéterminé, met au jour plusieurs de leurs traits caractéristiques : pluralité de leurs auteurs, contestabilité de leur prétention à dire l'ordre, processus décisionnel diffus et réversibilité des normes qu'ils instituent. Les actes de souveraineté économique apparaissent ainsi comme étant dispersés, disputés, processuels et révocables

La notion de souveraineté économique connaît un regain d'usage dans les discours publics, sans que l'on ne s'accorde sur ce qu'elle désigne exactement ou sur la manière dont elle peut être saisie juridiquement. Plutôt que de chercher à en fournir une définition substantielle, le présent texte propose une hypothèse de méthode : la souveraineté économique se laisse moins appréhender comme un titre que comme une série de manifestations, c'est-à-dire comme un ensemble d'actes par lesquels une autorité clôt une indétermination et ordonne, au moins provisoirement, des rapports économiques. Ces notes n'entendent ni offrir une théorie générale achevée de la souveraineté économique, ni proposer un inventaire exhaustif de ses occurrences contemporaines. Elles visent plus modestement à dégager un cadre d'intelligibilité : identifier la grammaire commune de ces actes et suggérer, à partir de quelques exemples, les traits que prennent aujourd'hui les manifestations de la souveraineté économique. La démarche suivie est exploratoire : elle ouvre un programme d'analyse plutôt qu'elle ne prétend le refermer. L'ordre suivi ici inverse celui de la recherche. Par souci de clarté, on expose d'abord l'approche de la souveraineté économique à laquelle nos analyses ont conduit (I), avant de parcourir les manifestations qui l'ont nourrie (II).

I. Un autre regard sur la souveraineté économique

L'observation des cas exposés en seconde partie fait apparaître plusieurs traits caractéristiques des actes de souveraineté économique. Avant de les dégager (B), quelques précautions méthodologiques sont nécessaires : la souveraineté nourrit un champ doctrinal foisonnant et il convient de préciser d'emblée la position adoptée (A).

A. Une approche par les actes

S'éloignant des approches dogmatiques de la souveraineté, la démarche entreprise se veut réaliste. Elle repose sur trois prémisses qui ouvrent notre regard : la souveraineté se constate, et c'est dans ses actes que son exercice s'observe (1) ; elle est affaire d'autorité, et ses actes ne sont donc pas de pure force (2) ; elle ne se réduit pas à la défense d'intérêts matériels, et ce sont alors les actes d'ordonnancement qui sont retenus (3). Ces prémisses délimitent le champ de l'observation et fixent les conditions sous lesquelles on peut suivre l'exercice de la souveraineté économique à la trace.

1. La souveraineté se constate

La souveraineté ne se loge pas nécessairement dans un titre. Elle est un principe immanent d'action, un régime d'activité, dont les manifestations débordent le texte. Elle est cette puissance immanente de la communauté politique par laquelle les conditions de son existence et de son développement sont déterminées et assurées. Aussi, pour suivre les expressions de la souveraineté il ne faut pas seulement se focaliser sur les textes mais davantage observer ses manifestations dans le monde sensible[1]. L'étude de la souveraineté économique implique donc, en suivant la piste suggérée par Olivier Beaud, de se pencher sur les actes par lesquels elle se manifeste[2].

De plus, la souveraineté ne se manifeste pas seulement au moment fondateur de l'État. Elle ne s'épuise pas dans la détermination de la forme de gouvernement de la communauté politique par un acte constituant. Elle agit en permanence pour la conservation et le développement de la communauté politique. La souveraineté se rattache ainsi plutôt à une dynamique par laquelle la « volonté de puissance »[3] de la communauté politique s'exerce ou, comme l'indique Denis Baranger, « la souveraineté est l'*animus* universel de l'État, ou du moins la forme que prend cet *animus*, cette volonté incessante, capable de se porter sur tous les objets ». Paul Kahn confirme cette lecture de la souveraineté comme *dynamis*, soit une énergie par laquelle une communauté politique affirme continuellement sa manière d'être[4]. Cette conception dynamique de la souveraineté trouve par ailleurs un écho en science politique, notamment dans l'analyse systémique de David Easton[5]. Pour celui-ci, la politique ne saurait être réduite à un ensemble d'institutions closes et statiques, ni être pensée à partir d'une séparation rigide entre l'État et la société civile. Elle doit au contraire être appréhendée comme un système ouvert, continuellement exposé aux pressions de son environnement social. Les revendications économiques, les attentes sociales, les conflits et les formes de soutien y circulent sous forme de flux, auxquels le système politique répond par des décisions, des normes et des politiques publiques. La souveraineté s'y manifeste alors moins comme une propriété institutionnelle que comme une capacité permanente de la communauté politique à transformer ces interactions, à absorber les tensions et à se reconfigurer pour assurer sa propre persistance.

La question de la nature ou du périmètre des communautés politiques ne nous retiendra pas, ni celle de savoir si l'État-nation ne serait pas aujourd'hui dépassé en tant que forme d'expression juridique de l'autorité politique[6]. Il est évident en revanche que l'État-nation n'est pas le seul lieu d'exercice de l'autorité politique souveraine. La souveraineté s'exprime à travers des espaces et par des acteurs qui dépassent largement le périmètre strictement national. La souveraineté n'est ainsi pas nécessairement attachée à la figure du peuple ou de la nation, éloignant notre compréhension de la souveraineté économique du nationalisme économique.

Il résulte de cette première précaution que la souveraineté peut être approchée comme une puissance immanente par laquelle les conditions d'existence et la manière d'être d'une communauté politique s'affirment.

2. La souveraineté est affaire d'autorité

La souveraineté ne se confond pas avec le pur pouvoir, mais renvoie à l'autorité qui s'exerce naturellement dans une communauté politique[7]. La souveraineté est certes dépassement du légal et se déploie hors des limites ou aux interstices des règles positives. Elle est, pour reprendre les mots de Pierre Legendre, « la capacité de créer sur fond de toute-puissance »[8]. À ce titre, elle se reconnaît dans les manifestations d'une autorité qui s'extrait du droit positif. Pour autant, la souveraineté ne libère pas une force arbitraire. Comme l'indique Simone Weil, « la force brute n'est pas souveraine ici-bas. Elle est par nature aveugle et indéterminée. Ce qui est souverain ici-bas, c'est la détermination, la limite »[9]. Et, si certains philosophes, au premier rang desquels trônent les figures de Bodin et de Machiavel[10], ont rompu avec la finalisation du pouvoir et ont assimilé pouvoir et autorité[11], dans les faits l'autorité politique n'a pas disparu. Elle reste « un fait social majeur » et se maintient sous la forme de « l'autorité publique de l'État »[12].

Rapprochée ainsi de l'autorité plutôt que du pouvoir, la souveraineté n'est pas l'expression d'une volonté subjective arbitraire. Elle est plutôt le produit d'une relation entre les gouvernants et les gouvernés[13]. S'il dispose du cadre légal positif suivant la formule *princeps legibus solutus*, le souverain n'en reste pas moins limité dans son action, qui doit être perçue comme légitime[14]. Elle est cette « faculté d'entraîner l'assentiment »[15], dont Benoît Montay nous rappelle qu'elle est « caractérisée par la reconnaissance, se manifestant par l'adhésion volontaire et non la soumission contrainte ; l'autorité est la qualité de l'individu qui, proposant la fin la plus raisonnable et les moyens les plus adaptés, obtient l'obéissance sans force »[16]. L'acceptation de l'acte souverain par ses destinataires, de même que son effectivité, concourent tout autant à sa qualification que l'écart par rapport au cadre légal existant qu'il réalise. Ainsi, l'acte souverain est apprécié par rapport à ses effets ordonnateurs vérifiés dans la durée et à l'assentiment qu'il recueille. Autrement dit, c'est dans l'institution de règles effectives que se reconnaît l'action souverain et pas seulement dans la capacité à se départir du légal.

3. La souveraineté économique est appréhendée dans sa fonction

d'ordonnancement des rapports économiques

Cette contribution interroge la souveraineté économique non pas tant dans sa dimension de puissance que dans sa fonction d'ordonnancement du monde économique. Certes, dans le contexte de notre civilisation industrielle, la souveraineté politique ne peut que difficilement s'affirmer sans puissance économique. Pour autant, la souveraineté économique ne se réduit ni à la défense d'intérêts matériels ou à l'accroissement d'une puissance économique, ni à la préservation de l'indépendance nationale : elle s'exerce d'abord comme une faculté de mise en ordre des choses. On l'aborde dès lors non comme un attribut ou un titre exercé en vue d'accroître la puissance économique nationale, mais comme la manifestation sensible d'une puissance publique ordonnatrice, identifiable à travers les effets juridiques et matériels d'actes d'ordonnancement des activités économiques.

Est ainsi tenu pour souverain l'acte qui tranche là où aucun ordre constitué ne fournit la solution. L'indétermination qu'il vient clore n'est toutefois pas d'une seule espèce, et il importe de distinguer trois registres que ces notes mobilisent tour à tour : une indétermination épistémique, tenant à la faillibilité des savoirs ; une indétermination juridique, tenant aux lacunes du droit et à la texture ouverte des normes d'habilitation ; une indétermination ontologique enfin, tenant à ce que les choses ne possèdent pas de statut intrinsèque et n'en reçoivent un que par qualification. Un même acte peut en clore plusieurs à la fois.

Toute clôture d'indétermination n'est pas pour autant souveraine. L'acte souverain ne se contente pas de trancher une incertitude à l'intérieur d'un ordre constitué. Il porte sur l'ordre lui-même, en instituant ou en déplaçant le référentiel à l'aune duquel les décisions ultérieures deviennent intelligibles et évaluables. Il ne consiste donc pas à choisir entre des options données dans un espace de possibles déjà structuré, mais à configurer cet espace, en déterminant ce qui comptera désormais comme option pertinente, comme rationalité admissible ou comme catégorie opératoire de l'action publique. La souveraineté ne se reconnaît pas seulement, dès lors, à l'intensité de l'indétermination levée, mais à sa nature : est souverain l'acte qui clôt une indétermination portant non sur une règle ou une donnée isolée, mais sur les principes d'organisation du champ économique lui-même. Fixer le taux directeur à 2 %, 3 % ou 4 % n'est pas un acte souverain. Il s'agit d'un arbitrage technique effectué à l'intérieur d'un référentiel déjà constitué, celui d'une politique monétaire orientée vers la stabilité des prix. De même, définir les modalités d'attribution des fréquences ou fixer les obligations de couverture territoriale ne constitue pas un acte souverain. Ces décisions interviennent à l'intérieur d'un cadre déjà admis : celui d'un secteur organisé selon les principes du marché concurrentiel. Décider en revanche que la stabilité des prix devient l'objectif cardinal de la politique monétaire, ou que les industries de réseau doivent s'organiser selon un principe de concurrence et non de monopole public, relève d'un autre ordre d'opérations. De tels actes ne sélectionnent pas une solution dans un cadre : ils déterminent le cadre dans lequel des solutions deviendront pensables comme rationnelles ou légalement admises. La souveraineté économique se manifeste alors comme puissance d'institution du référentiel et non comme simple pouvoir de décision à l'intérieur de celui-ci. En témoigne, l'écart que l'acte souverain creuse à l'égard des solutions disponibles, de l'état du droit existant, de l'administration compétente ou encore des opinions de corps constitués.

Ainsi entendu, le critère permet de distinguer la souveraineté de la simple compétence. La compétence est un pouvoir conféré et mesuré par une norme d'habilitation, qui en fixe l'objet, l'étendue et les conditions ; l'acte est souverain lorsqu'il déborde cette mesure, soit qu'aucune norme ne l'habilite, soit qu'il excède manifestement ce qu'elle autorisait. La souveraineté n'est donc pas un pouvoir qui s'ajouterait à la compétence : elle est ce qui se manifeste au point où la compétence cesse de rendre compte de l'acte. Entre l'application mécanique d'un texte et l'acte qui invente sa propre habilitation s'étend pourtant un continuum, celui du pouvoir d'appréciation et de l'interprétation créatrice. C'est l'intensité de l'excès qui fait la différence, un pouvoir d'appréciation, si large soit-il, demeurant en deçà du seuil tant qu'il reste rattachable à l'habilitation. Ce départage ne concerne au demeurant que l'indétermination juridique, seule à mettre en jeu une habilitation susceptible d'être excédée : une décision y est tenue pour souveraine lorsqu'on ne peut raisonnablement la considérer comme déterminée par le droit positif, ni rattachable à un texte ni au pouvoir d'interprétation de son auteur, lequel, quoi qu'en disent les tenants d'une conception absolutiste de ce pouvoir, reste toujours contenu dans le texte, sauf à ne plus pouvoir parler d'interprétation. En revanche, là où l'indétermination est épistémique ou ontologique, l'acte est souverain non d'excéder une compétence, mais d'instituer un référentiel ou un statut que nul savoir, nulle nature ne fixait.

B. Les traits caractéristiques des actes de souveraineté économique contemporains

Suivis dans leurs manifestations, les actes de souveraineté économique présentent une série de caractéristiques qui s'éloignent des attributs bodiniens de la souveraineté. Ainsi, les actes de souveraineté économique se caractérisent par la pluralité de leurs auteurs, la contestabilité de leur prétention à dire l'ordre, la diffusion processuelle de leur formation et

la réversibilité des normes qu'ils instituent. Autrement dit, les actes de souveraineté économique apparaissent aujourd'hui dispersés, disputés, processuels et révocables.

Encore faut-il prévenir un malentendu sur le statut de ces quatre traits, sous peine de leur faire porter un poids qu'ils ne sauraient soutenir. Ils ne constituent pas le critère de l'acte souverain : ils en sont les manifestations. Dispersion, contestation, formation processuelle et réversibilité ne sont pas le propre de la souveraineté économique ; on les retrouve dans quantité de décisions qui ordonnent la vie économique sans rien devoir à elle. Ce qui qualifie l'acte souverain n'est donc pas la manière dont il se forme ni le sort qu'il connaît, mais l'objet de l'indétermination qu'il clôt : est souverain, on l'a dit, l'acte qui institue le référentiel et non celui qui opère un choix à l'intérieur de celui-ci. Les quatre traits ne définissent pas cet acte ; ils le décrivent une fois qu'il a été identifié par son objet. Aussi ne dresse-t-on pas ici une liste close et exhaustive, mais le relevé des traits saillants que l'approche par les actes fait apparaître sur les cas retenus, ouvert à l'enrichissement comme à la révision. C'est à cette condition, en les tenant pour la physionomie et non pour l'essence, qu'ils éclairent quelque chose de la souveraineté économique contemporaine.

1. Des actes dispersés

Parmi les attributs que la représentation classique tenait pour acquis, l'indivisibilité est celui que l'observation des actes économiques met le plus rudement à l'épreuve. La doctrine logeait cette indivisibilité dans le sujet : le souverain est un, et de l'unité du titulaire procédait l'unité de la puissance. Diviser la souveraineté, c'était la détruire, la partager entre plusieurs mains, la nier. Suivie dans ses manifestations économiques, la souveraineté défait pourtant ce lien. Ce qui demeure un n'est plus l'auteur, mais l'acte lui-même. Trancher le statut d'une chose, fixer l'usage légitime d'une ressource, arrêter l'orientation d'une politique : l'opération reste partout la même, pleine et entière, et chaque fois véritablement souveraine. Seul change celui qui l'accomplit.

Le juge y procède lorsqu'il qualifie le disponible et l'indisponible et ferme ainsi une indétermination que la loi laissait ouverte ; le législateur, lorsqu'il nationalise ou crée un nouveau type d'établissement public ; la Banque centrale européenne, lorsqu'elle institue une norme monétaire excédant son mandat ; la Commission européenne, lorsqu'elle abolit dans un secteur entier les droits exclusifs et oblige les États à les supprimer. Chacun de ces actes clôt une indétermination et fixe une direction. Aucun de leurs auteurs ne tient les autres pour les co-titulaires d'une décision qu'il faudrait composer à plusieurs. Le juge ne légifère pas et la Commission ne juge pas ; l'un et l'autre prononcent néanmoins un acte d'ordonnancement que rien ne distingue, quant à sa portée souveraine, de celui du législateur. La pluralité des auteurs n'est donc pas un partage, mais la reprise entière, par des mains différentes, d'une même puissance d'ordonnancement des rapports économiques.

De là vient que la souveraineté économique n'est pas divisée, mais dispersée. La distinction n'est pas verbale. Une souveraineté divisée supposerait un tout fractionné en parts dont chacune ne vaudrait que rapportée aux autres. Une souveraineté dispersée se reconnaît au contraire à ce que chaque acte vaut pour lui-même, complet là où il se forme, sans qu'on puisse l'additionner aux autres ni le ramener à un foyer unique. Ce n'est pas une même puissance fractionnée entre plusieurs titulaires, mais une même opération, clore l'indétermination et ordonner le monde économique, que reprennent une multiplicité d'acteurs.

2. Des actes disputés

Les actes de souveraineté économique, dès le moment même de leur édiction, sont susceptibles d'être contestés, car ils redéfinissent les règles du jeu et remettent en cause les équilibres existants. Leur concrétisation dépend donc des rapports de force et des contextes politiques dans lesquels ils émergent. Or, sur de nombreux enjeux économiques, la pluralité des centres de décision rend incertaine l'identification même de l'autorité habilitée à trancher. Plusieurs institutions peuvent simultanément revendiquer le droit de se prononcer sur un choix qualifié de souverain, tandis que d'autres leur dénient la compétence de le faire. Les normes d'habilitation, à la texture bien souvent largement ouverte, laissent une large place à la dispute : elles deviennent le support d'une lutte concurrentielle de légitimités, dans laquelle le champ des compétences est moins donné que discuté.

Un exemple emblématique, que nous ne développerons pas davantage en seconde partie, est fourni par l'action de la Banque centrale européenne face à la crise de la dette souveraine. En juillet 2012, Mario Draghi déclare que l'institution fera « tout ce qui sera nécessaire » (*whatever it takes*) pour préserver l'euro. Le programme qui traduit cet engagement, les opérations monétaires sur titres (OMT), ne sera jamais activé : son annonce suffit à produire ses effets. Attaqué devant la Cour constitutionnelle allemande, qui y voit un dépassement de mandat, il est validé par la Cour de justice de

l'Union européenne dans l'arrêt *Gauweiler*[17]. Un second programme, l'assouplissement quantitatif proprement dit, prend le relais à partir de 2015 sous la forme d'achats massifs de dette publique. Il suscite à son tour un litige, que la Cour de justice tranche dans l'arrêt *Weiss*[18] avant que la Cour de Karlsruhe ne considère, en mai 2020, que la Banque centrale comme la Cour de Justice n'avaient pas respecté leur mandat[19] : la première en instituant une norme monétaire nouvelle, capable de redéfinir les règles du jeu économique en réponse à une crise que les cadres juridiques existants ne permettaient pas de résoudre ; la seconde, en ne procédant pas à la vérification de la « proportionnalité » des rachats d'obligations souveraines par la BCE. Surtout, l'épisode donne à voir une lutte concurrentielle de légitimités : une banque centrale qui excède son habilitation, une cour nationale qui en conteste la compétence, une cour européenne qui revendique le dernier mot sans qu'aucune ne puisse l'imposer aux autres[20]. Que cette norme ait fini par s'imposer ne tient pas à une habilitation préalable, mais à ce qu'aucun acteur n'avait les moyens de s'y opposer durablement[21].

Ce caractère disputé n'est pas propre à la monnaie. On le retrouvera, en seconde partie, au cœur même de l'ouverture des industries de réseau à la concurrence, dont la genèse oppose durablement deux conceptions rivales de l'intégration économique : une « Europe de la concurrence », d'inspiration ordo-libérale, et une « Europe de la politique industrielle », attachée au volontarisme étatique. Avant de s'imposer comme norme, un choix souverain est ainsi l'enjeu d'une lutte entre visions concurrentes de l'ordre économique et entre plusieurs instances prétendantes à une légitimité ultime.

3. Des actes processuels

De l'étude des exemples exposée en seconde partie, il ressort que les actes de souveraineté économique ne résultent pas d'une volonté une et arbitraire et rarement de la délibération d'une instance pleinement autonome et isolée. Ils procèdent plutôt d'un processus diffus, marqué par une certaine insaisissabilité. La formation de ces actes juridiques est complexe, sinon mystérieuse, produit de nombreuses interactions et dépendante d'un certain état politique, économique et social du pays. L'accès à l'essence de la souveraineté est en effet compliqué, car elle réside dans les relations entre les membres de la communauté politique et est le fruit d'interactions complexes. Sa localisation est rendue d'autant plus difficile qu'elle se manifeste dans des processus décisionnels formels et informels, où les croyances, les valeurs et les mobilisations sociales jouent un rôle aussi important que les règles écrites. Cependant, les études sociologiques, notamment celle présentée plus bas sur l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels, dévoilent en partie la boîte noire de ces processus décisionnels politiques et juridiques et montrent que les actes de souveraineté économique sont l'expression d'une synthèse de diverses croyances, de perceptions multiples et variées de la réalité qui s'entrecroisent, de luttes et d'expressions d'intérêts divergents.

4. Des actes réversibles

L'opération d'institutionnalisation réalisée par les actes de souveraineté économique est temporaire. Les normes qui en sont issues sont en effet toujours réversibles. Elles dépendent des rapports de force et des contextes politiques et peuvent être renversées lorsque ces rapports changent. Cette réversibilité, impliquée par la contestabilité des actes juridiques souverains[22], montre que la souveraineté économique n'est pas un état stable, mais un processus dynamique, où les normes sont constamment renégociées et réévaluées au regard de l'évolution des circonstances et de la progression des connaissances. Au sujet des normes de bonne politique économique, Frédéric Lordon considère en ce sens que « l'élection d'une norme de politique économique n'a ainsi rien d'irréversible. C'est que la stabilité de la norme est directement fonction de la force ou de la solidité du référentiel qui a permis de le sélectionner. Que fasse retour une forme de contestation critique ou une incertitude épistémique et ce référentiel peut se trouver affaibli, la multiplicité d'équilibres de norme rétablie et l'indétermination faire résurgence »[23]. L'abandon de la norme du monopole public pour les industries de réseau au profit de la norme de l'ouverture à la concurrence en est un bon exemple (détaillé ci-dessous).

II. La souveraineté économique au miroir de ses actes

C'est à l'épreuve des actes que ces traits doivent maintenant se vérifier. La prérogative souveraine s'exerce ici à un double titre. Sur les choses, d'une part, en informant la matière par un pouvoir de libre disposition et d'affectation, dont elle fixe le statut en les rendant disponibles ou indisponibles, marchandes ou non. Sur le comportement des acteurs économiques, d'autre part, en fixant l'orientation d'une politique publique économique ou en déterminant les modes de gestion d'entreprises, ainsi de la nationalisation[24] ou de la création d'un nouveau type d'établissement public[25]. Ces actes interviennent là où le droit positif, les catégories établies ou les solutions techniques ne suffisent pas et leur multiplicité en interdit toute typologie. Aussi, l'étude a-t-elle porté sur deux types d'exemples : les actes qui concrétisent

des choix fondamentaux de politique économique (A) et ceux qui déterminent le statut des choses (B).

Ces exemples ne servent pas seulement d'illustrations : c'est en eux que se laissent observer les quatre traits caractéristiques des actes de souveraineté économique dégagés plus haut. La pluralité des auteurs et la diffusion processuelle s'y lisent dans la manière dont les normes se forment. Leur caractère disputé et leur réversibilité s'y lisent dans la manière dont ces normes s'imposent, contre des prétentions rivales, puis demeurent exposées à leur renversement.

A. L'élaboration souveraine de choix fondamentaux de politique économique

Faute de pouvoir fonder la politique économique sur un système prédéterminé, scientifique ou idéologique, les choix fondamentaux se prennent dans le cadre d'un référentiel contingent, façonné par les circonstances et les représentations d'un moment donné. On en exposera d'abord la logique (1), avant de l'éprouver sur l'exemple de l'ouverture des industries de réseau à la concurrence (2).

1. La logique du référentiel

L'indétermination sur le fond de laquelle s'exerce la souveraineté rend illusoire toute tentative de fondation de la politique économique d'un pays sur un système économique prédéterminé et définitif. La complexité des activités économiques et la variété des fins secondes que poursuivent les diverses politiques publiques économiques ou non économiques tiennent hors de portée de l'agir humain toute détermination objective et définitive de la « bonne » politique économique, que l'on ne peut qu'approcher sans jamais l'atteindre pleinement. C'est donc depuis ce fond indéterminé que l'autorité souveraine impose pour un temps une direction en établissant une norme de politique publique à l'aune de laquelle seront orientées et jugées les actions des acteurs économiques. Les choix économiques fondamentaux ainsi réalisés ne sont d'ailleurs jamais valables que pour des situations et des moments donnés. L'évolution des faits et la nouveauté des circonstances imposent aux gouvernants de les réorienter périodiquement.

Faute de pouvoir se déduire directement d'un savoir, le choix d'une politique économique se construit : il est le résultat d'un processus clos par un acte de souveraineté et le produit d'une synthèse qui cristallise des luttes politiques, des influences, des compromis, des croyances, des fragments de théorie, des analyses empiriques, … Ainsi que le résume Frédéric Lordon, « la politique économique se déploie sur fond d'indétermination immanente mais temporairement levée »[26]. Cette synthèse ne résulte pas de l'application technique de principes rationnels, mais elle se forme dans un référentiel, soit un cadre cognitif structurant l'action publique, une matrice d'interprétation qui définit ce qu'il est possible de penser, de dire et de faire à un moment donné[27]. Ce référentiel n'est pas un principe rationnellement démontré de gouvernement économique, mais un produit contingent de l'histoire cognitive collective, qui pallie l'absence d'une base épistémologique assez stable pour fonder une politique objectivement déterminable, en raison de l'incomplétude théorique, de l'incertitude sur les causalités et de la pluralité irréductible des interprétations[28].

Pour illustrer ce phénomène, Frédéric Lordon prend l'exemple de la mise en œuvre de la désinflation compétitive dans le contexte d'une influence grandissante de l'opinion globalisée des marchés financiers sur la politique économique[29]. À partir du début des années 1980 en effet, la France fait de la lutte contre l'inflation, de l'ancrage du franc au mark et de la maîtrise des coûts salariaux la clé de voûte de sa stratégie macroéconomique. Cette orientation, loin d'être simplement un choix technique, devient progressivement l'horizon cardinal du pensable en matière de politique économique. Elle s'impose comme norme car elle parvient à s'inscrire durablement dans le référentiel partagé par l'État, les institutions internationales, les experts macroéconomiques, les organes de formation des élites, la sphère médiatique économique et les marchés financiers. Et le maintien de la norme de la désinflation compétitive ne s'explique pas par ses seuls résultats économiques. En effet, si la politique de désinflation compétitive a obtenu des résultats bien réels en ramenant de la stabilité monétaire et en crédibilisant la France auprès des marchés financiers, le chômage n'a pas diminué et la croissance est restée faible. Son maintien s'explique davantage par la confiance collective qu'elle inspirait, ne devant sa déstabilisation qu'à la dégradation de cette confiance. La validité d'une norme de bonne politique risque toujours en effet d'être rattrapée par le réel : « le pouvoir d'autovalidation que porte avec elle la norme de politique économique ne contrôle pas l'intégralité du réel où demeurent des forces de rappel qui finiront par rendre apparents les éventuels paralogismes et les insuffisances du référentiel. Il reste donc une possibilité de contrôle de la validité empirique de ses énoncés »[30]. Tant que la croyance en la désinflation compétitive était unanime, aucune autre politique n'était réellement envisageable. Toutefois, dès que la contestation a ressurgi dans l'espace politique et social, la norme a cessé de faire autorité par simple évidence. Elle a perdu son monopole d'interprétation, son caractère naturel, et s'est trouvée

ramenée au rang de choix parmi d'autres. La désinflation compétitive n'a donc pas été seulement renversée par la force persuasive d'une démonstration économique, mais par une désagrégation progressive de l'évidence qui la portait. La désinflation compétitive ne déborde aucune habilitation : choisir une orientation macroéconomique relève du libre pouvoir politique, non d'une compétence qu'une norme mesurerait. L'indétermination qu'elle clôt n'est pas juridique mais épistémique, aucun savoir ne déterminant la « bonne » politique économique. Ce qui la distingue pour autant d'un choix politique ordinaire, c'est qu'elle institue le référentiel même à l'aune duquel les actes ultérieurs seront jugés : elle ne tranche pas dans un cadre donné, elle pose le cadre. La souveraineté s'y reconnaît non à une compétence excédée, mais à l'institution d'une mesure que rien, dans l'ordre du savoir comme dans celui du droit, ne prescrivait.

2. L'ouverture des industries de réseau à la concurrence

L'ouverture des industries de réseau à la concurrence offre un exemple particulièrement révélateur du processus de construction d'une norme de bonne politique économique, entendue comme cristallisation provisoire d'un référentiel structurant l'action publique et les activités économiques sur fond d'indétermination. À l'instar de la désinflation compétitive, cette norme ne procède ni d'une démonstration économique décisive ni d'un acte souverain extraordinaire et solennel, mais d'un processus historique complexe, fait de déplacements progressifs des cadres cognitifs, de reconfigurations institutionnelles et de validations empiriques successives.

À la sortie de la Seconde Guerre mondiale, l'organisation des industries de réseau selon le modèle du monopole public reposait elle-même sur un référentiel largement partagé, qui a durablement orienté les choix de politique économique. Ce cadre de pensée articulait tout d'abord des considérations scientifiques, les industries de réseau (télécommunications, électricité, gaz ou postes) étant alors analysées comme des monopoles naturels. Les coûts fixes très élevés associés aux infrastructures, conjugués à d'importantes économies d'échelle, rendaient économiquement rationnel, selon les théories dominantes, qu'un seul opérateur assure leur gestion. Dans ce cadre, la concurrence apparaissait non seulement inutile, mais potentiellement inefficiente. C'est pourquoi, durant plusieurs décennies et dans de nombreux pays, la fourniture de ces services a été confiée à des organismes publics ou à des opérateurs privés placés en situation de monopole, dans un contexte intellectuel marqué par la conviction que l'économie, appréhendée désormais comme un objet pour l'action publique, constituait un domaine sur lequel l'autorité politique pouvait légitimement intervenir et qu'elle devait activement ordonner[31].

Ce référentiel était également porteur d'une forte charge idéologique. En France, il s'inscrivait dans l'héritage du Conseil national de la Résistance, qui faisait de l'appropriation collective des moyens de production stratégiques un instrument de lutte contre les « féodalités économiques ». Les grandes nationalisations de l'après-guerre répondaient à cette ambition de mise sous contrôle public de secteurs jugés essentiels à la collectivité. Elles trouvaient en outre leur justification dans la diffusion des idées keynésiennes et dans la croyance, largement partagée à l'époque, dans les vertus de la planification, institutionnalisée dès 1946 avec la création du Commissariat général au Plan[32].

À ces considérations scientifiques et idéologiques s'ajoutaient enfin des exigences pratiques décisives : la reconstruction et la relance des activités économiques supposaient des investissements massifs que l'initiative privée, profondément désorganisée par la guerre et confrontée à une pénurie de capitaux, était incapable de réaliser sans le soutien actif de l'État.

La norme de l'organisation monopolistique des industries de réseau a toutefois été progressivement supplantée par une nouvelle norme exigeant l'ouverture à la concurrence. Là encore, la transformation ne s'est pas opérée par un acte de souveraineté en majesté, mais par une succession de remises en cause partielles et hétérogènes. Sur le plan scientifique, l'optimalité du monopole a été de plus en plus contestée. Les analyses ont mis en lumière les faibles incitations à l'innovation, les phénomènes de rentes et les rigidités organisationnelles propres aux situations monopolistiques, soulignant les gains potentiels d'une concurrence au moins partielle[33]. Sur le plan idéologique, la diffusion du néolibéralisme depuis le fameux colloque Lippmann de 1938[34], porté surtout par ses courants français et européens plutôt qu'américains[35], a également contribué à fragiliser le référentiel antérieur. En promouvant une alternative au dirigisme comme au laissez-faire, il a ainsi préparé le terrain pour une transformation profonde des modèles d'organisation des activités économiques.

Il serait par ailleurs réducteur d'interpréter cette évolution comme la simple transposition de prescriptions idéologiques ou comme l'effet mécanique de contraintes européennes. En France, particulièrement, la haute fonction publique s'est progressivement convertie aux vertus de la concurrence conçue « comme un levier de modernisation et de renforcement

de la compétitivité »[36], au regard de considérations résolument pragmatiques. L'inefficacité croissante de certains grands établissements publics industriels et commerciaux a contribué à délégitimer le modèle du monopole public[37], en même temps que la concentration sur les marchés était plus largement remise en cause[38]. Ces constats empiriques ont renforcé l'idée que le maintien de la norme antérieure ne permettait plus de répondre de manière satisfaisante aux exigences économiques contemporaines. Parmi les facteurs déterminants de l'évolution de l'organisation des industries de réseau, le rapport Bergougnoux sur les *Services publics en réseau* en identifie trois grandes catégories : des « évolutions techniques structurantes » et des « évolutions de marché » propres à chaque secteur telles que le développement des nouvelles technologies et l'explosion des besoins dans le domaine des télécommunications, ainsi que des « conséquences d'évolutions géopolitiques » parmi lesquelles « l'éloignement des risques de crise énergétique » et le « développement des échanges transcontinentaux dans le cadre de la mondialisation de l'économie »[39]. Les considérations pragmatiques ont donc joué un rôle important dans l'avènement de la norme de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau. Cette norme de bonne politique économique a depuis été en partie confortée par l'expérience dans certains secteurs. La libéralisation des télécommunications, par exemple, a produit des effets bénéfiques tangibles pour les consommateurs, en termes de prix, de qualité de service et d'innovation[40]. C'est à l'aune de ses bénéfices réels pour l'économie et en comparaison de ce qu'offrirait un système dirigiste, que doit être évalué le recours à l'outil du marché et le maintien au cas par cas de la norme de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau.

Ainsi, la promotion de la concurrence apparaît moins comme le produit exclusif de contraintes externes imposées par les institutions européennes que comme l'aboutissement d'une « trajectoire plus endogène de développement des politiques de concurrence en France »[41], relativisant la lecture de la politique de libéralisation des industries de réseau comme un renoncement à l'exercice de la souveraineté. Dès le milieu du XXe siècle, à l'instar d'autres pays européens, la France se dote en effet d'un arsenal juridique favorable à la concurrence, dont la promotion ne résulte pas d'une « européanisation unilatérale », mais plutôt d'un « entrelacement entre les politiques nationales et européennes »[42].

Toutefois, évidemment, la construction du marché commun européen a grandement contribué à promouvoir le marché concurrentiel comme levier de développement économique. Il convient de rappeler que le marché concurrentiel promu par l'Union européenne diffère à la fois de l'idée du marché comme ordre spontané et autorégulé des activités économiques envisagée par une partie des économistes, ainsi que de l'idée de marché de la philosophie libérale classique compris comme « mode alternatif du politique »[43]. Contrairement à ce que certaines conceptions idéologiques laissent encore entendre, la prééminence de l'utilisation de l'outil du marché pour l'organisation d'activités économiques n'emporte pas de dilution du politique. De plus, il n'existe pas un marché unique et homogène, mais une pluralité de marchés sectoriels, chacun doté de règles propres et d'un mode de fonctionnement spécifique. Ces marchés ne sont ni spontanés ni autorégulés : ils sont institués de manière souveraine.

Par ailleurs, la construction de la norme de l'ouverture à la concurrence ne saurait être comprise comme un processus linéaire et consensuel, mais doit être appréhendée comme le produit de luttes politiques permanentes entre conceptions concurrentes. Se retrouve ici le caractère disputé annoncé plus haut : la norme concurrentielle ne s'est imposée qu'au terme d'une lutte que nul arbitre suprême n'a tranchée par un acte de souveraineté extraordinaire. Loin de s'imposer d'emblée comme une évidence, la politique de la concurrence communautaire s'est constituée, dès les années 1960, dans un contexte de conflictualité institutionnelle opposant deux visions de l'intégration économique : une « Europe de la concurrence », d'inspiration ordo-libérale, et une « Europe de la politique industrielle », fondée sur un volontarisme étatique assumé. Laurent Warlouzet montre en particulier que la politique communautaire de la concurrence, portée au sein de la Commission par un réseau ordo-libéral majoritairement allemand autour de la direction générale de la concurrence, a très tôt rencontré des résistances, notamment de la part d'un réseau franco-italien favorable à une conception plus interventionniste de l'action publique, soucieuse de préserver la capacité des autorités politiques à orienter les structures industrielles[44]. Cette lecture conflictuelle rejoint pleinement l'analyse sociologique présentée par Pierre Muller, pour qui le référentiel n'est jamais donné, mais se construit dans des « réseaux de politiques publiques » et des « forums », transcendant la distinction État – société civile, où s'affrontent des acteurs porteurs de visions du monde divergentes, disposant de ressources inégales pour faire reconnaître leur interprétation de la réalité économique comme légitime[45]. La norme concurrentielle apparaît ainsi comme le produit d'une synthèse instable et d'un processus de sélection politique, au cours duquel l'Europe de la concurrence s'est progressivement imposée comme horizon du pensable, sans pour autant éliminer totalement l'Europe de la politique industrielle.

Sur le plan national, si les grandes lois organisant formellement l'ouverture à la concurrence des industries de réseau ne

sont intervenues qu'à la suite des différents paquets de directives européennes, plusieurs décisions antérieures traduisent néanmoins une inflexion progressive du cadre de référence hérité de l'après-guerre. Dès les années 1970 et 1980, l'État français a engagé des ajustements significatifs du mode de gouvernance de ces secteurs, en assouplissant les formes traditionnelles de tutelle administrative et en introduisant des instruments de pilotage inspirés de la rationalité économique, tels que les contrats de programme ou les contrats d'objectifs conclus avec les grands établissements publics industriels et commerciaux. Sans remettre formellement en cause le monopole public, ces dispositifs ont contribué à déplacer les critères de légitimation de l'action publique, en subordonnant progressivement l'organisation dirigiste des industries de réseau à des exigences d'efficacité, de performance et de comparaison avec des standards de marché. La neutralisation de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel constitue un acte davantage déterminant[46]. En interprétant de manière restrictive, sinon *contra legem*, la portée normative de l'exigence de propriété collective des services publics nationaux ou des monopoles de fait, le juge constitutionnel a desserré la contrainte constitutionnelle pesant sur les modalités d'organisation des industries de réseau. Ce faisant, il a contribué à reléguer la norme de l'organisation monopolistique issue de l'après-guerre au rang d'option parmi d'autres, juridiquement possible mais politiquement contingente, préparant ainsi le terrain à des transformations plus radicales.

Pour faire de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau une véritable norme de politique économique, un autre verrou normatif devait être levé au niveau européen. En effet, alors que la construction européenne et les Traités fondateurs sont marqués depuis l'origine jusqu'à aujourd'hui par des indéterminations sur la manière de concilier la promotion du marché concurrentiel et le maintien de la discrétion des États dans leur choix de politique industrielle, la Cour de justice a progressivement résolu certaines des indéterminations légales majeures de manière souveraine. Dans le cas particulier de l'existence des monopoles publics, plusieurs décisions traduisent l'expression d'un pouvoir souverain sur la manière de combiner le principe de neutralité du régime de la propriété des États membres (article 345 TFUE), celui de l'aménagement des monopoles nationaux de manière à mettre fin à toute discrimination entre les ressortissants des États membres (article 37 TFUE) et de la compatibilité des droits exclusifs aux règles du marché commun et de la concurrence (article 106 TFUE). La Cour a ainsi clarifié « l'obscure clarté » de l'article 37 du traité CEE[47], et ce en l'absence de direction univoque du système général des Traités qu'une simple interprétation téléologique ou systématique n'aurait pu résoudre. La Cour s'est prononcée dans le sens d'une absence d'exigence d'abolition des monopoles, au profit « d'un aménagement de façon à assurer à l'expiration de la période de transition l'entière disparition de discriminations entre ressortissants des États membres »[48]. La Cour a par la suite légitimé les initiatives de la Commission européenne pour imposer aux États membres l'ouverture à la concurrence de leurs industries de réseau, notamment le Livre Blanc de 1985 sur l'achèvement du marché intérieur[49]. Le caractère souverain de ces décisions réside dans l'impossibilité de les rattacher au pouvoir d'interprétation du juge en raison de l'absence d'une signification clairement établie des dispositions sur lesquelles la Commission a fondé ses directives.

Le secteur des télécommunications constitue un bon exemple de cette résolution progressive et souveraine de l'indétermination de l'organisation des industries de réseau. En effet, la publication en juin 1987 du *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*[50] dont les conclusions ont été approuvées par le Conseil en 1988[51], a ouvert la voie à la directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988, *relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication*. Cette directive contraignait notamment les États membres à abolir « les droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture de services de télécommunications autres que le service de téléphonie vocale et prennent les mesures nécessaires afin de garantir le droit de tout opérateur économique de fournir lesdits services de télécommunications » (article 1er). Cette initiative de la Commission fut contestée par plusieurs États membres, notamment au motif de l'absence de fondement juridique établissant clairement la compétence de la Commission. Le problème se cristallisait autour de la compréhension de l'article 90 TCE, et plus particulièrement de son troisième paragraphe, dont la « claire obscurité », selon les mots de l'avocat général Giuseppe Tesauro[52], fut surmontée par la Cour de justice dans son arrêt *France c/ Commission* du 19 mars 1991[53].

Le litige invitait la Cour à se prononcer à la fois sur la portée des obligations des États membres concernant l'existence et les modalités de fonctionnement des entreprises publiques ou concessionnaires de droits exclusifs dans le secteur des télécommunications et sur l'éventuelle violation du principe des compétences d'attribution de la Commission. Il s'agissait en d'autres termes de déterminer si la Commission, par cette directive, ne s'était pas elle-même donné compétence pour édicter une règlementation générale d'un secteur économique ou si elle s'était contentée de mettre en œuvre sa compétence de contrôle de l'application par les États membres des règles des Traités. La Cour, s'écartant des conclusions de son avocat général[54], a validé la suppression générale des droits exclusifs exigée par la Commission. Elle considéra qu'eu égard à la « diversité et la technicité des produits », leur existence même méconnaissait les règles du marché commun et de la concurrence. Le caractère souverain de la décision tient là aussi à ce qu'elle excède l'interprétation :

faute de signification clairement établie de l'article 90, la directive et l'arrêt, pris ensemble, orientent un choix de politique économique que les traités ne déterminaient pas et attribuent à la Commission une compétence générale qu'aucune disposition ne lui conférait[55]. Ce faisant, les décisions de la Commission et de la Cour modifient « les conditions mêmes de la présence de l'État dans un secteur économique déterminé » et « affectent les équilibres institutionnels » de l'Union[56].

Ainsi observé, le choix de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau ne résulte pas d'un geste souverain isolé et aisément identifiable, ni d'une conversion idéologique soudaine[57], mais d'un processus graduel fait d'ajustements successifs et de transformations de dispositifs existants[58]. Au fil de ce processus, une série d'actes a rendu politiquement et juridiquement possible l'ouverture à la concurrence des industries de réseau, laquelle sera ultérieurement consacrée par les paquets successifs de directives sectorielles libéralisant les télécommunications, la poste, les chemins de fer et l'énergie (électricité, gaz). En s'écartant parfois du cadre normatif existant ou en dissipant les indéterminations fondamentales qu'il recelait, les autorités qui en furent à l'origine ont exercé un véritable pouvoir souverain, redéfinissant les conditions mêmes de l'organisation de ces activités. Ainsi comprise, la construction de la norme de l'ouverture à la concurrence apparaît comme un processus ponctué d'actes souverains levant une indétermination fondamentale quant au mode raisonnable d'organisation d'activités économiques. On y aura reconnu les traits annoncés. Le référentiel se construit par sédimentation et par lutte. La souveraineté économique y est exercée par le juge, au cours d'un processus diffus. Et la norme reste révocable parce que sa construction ne tient qu'à la solidité du référentiel qui la porte : qu'il vienne à se défaire et l'évidence qui la soutenait cède avec lui.

B. La détermination du statut des choses

À l'instar de la politique économique, le statut et la valeur des choses ne sont pas ontologiquement déterminés : ils résultent d'une construction juridique et politique (1). L'exemple de l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels confirme la pertinence de cette approche (2).

1. Une construction juridico-politique

À la suite de l'analyse que Yan Thomas propose des opérations de qualification des choses en droit romain, c'est une approche procédurale, plutôt que substantialiste, qu'il convient d'adopter[59]. Les choses n'y sont pas appréhendées à partir de propriétés intrinsèques, mais à travers les dispositifs juridiques qui les qualifient, les rendent ou non disponibles et les affectent à des fins et des usages déterminés. En se plaçant dans la perspective de la *res* comme réalité procédurale, et non comme catégorie statique, Yan Thomas met en lumière les mécanismes par lesquels les choses circulent entre différents statuts juridiques, passant notamment du sacré au profane, et inversement, selon un mouvement continu. La sortie du commerce d'une chose ne s'opère pas ainsi en raison de sa nature, mais en fonction de son affectation[60]. Les *res sacrae* comme les *res publicae* tiraient ainsi leur statut non de qualités substantielles, mais de leur destination respective : aux dieux pour les premières, à la cité ou à l'usage commun pour les secondes. Cette affectation n'est pas un simple acte déclaratif ; elle résulte de procédures complexes de fondation et de délimitation, mobilisant des magistrats, des rites, des personnels sacerdotaux, ainsi que des techniques juridiques et cadastrales étroitement imbriquées. C'est par ces opérations que se trouve institué un espace juridiquement qualifié, soustrait aux circuits ordinaires de l'appropriation et de l'échange. Le caractère extra-commercial de certaines choses apparaît alors comme l'effet d'une décision juridique formalisée, et non comme le reflet d'un ordre naturel ou religieux préexistant.

Cette analyse de Yan Thomas, dont on retient la lecture procédurale du statut des choses, et non la teneur historiquement située des qualifications romaines, apporte de précieux enseignements pour apprécier la manière dont le statut juridique et la valeur des choses se constituent aujourd'hui. Leur évolution s'analyse en effet aujourd'hui encore comme un processus et c'est bien sur ce passage d'un statut à un autre, par exemple de chose marchande à non marchande, que nous devons nous pencher, en nous plaçant toujours dans le cadre d'affaires particulières, plus que sur un régime statique de droit positif. De nombreux exemples confirment cette lecture procédurale de la construction du statut des choses, dont l'analyse rejoint celle de l'élaboration des normes de bonne politique économique.

La détermination du statut de marchandise des choses résulte en effet aujourd'hui directement de l'intervention d'actes juridiques souverains levant une indétermination fondamentale dans le cadre d'affaires particulières. Cela vaut tant par exemple pour la marchandisation des choses, soit « le processus par lequel on transforme en marchandise quelque chose qui ne l'était pas préalablement »[61], que pour leur démarchandisation. Il en va ainsi de la marchandisation des

semences[62], des organismes génétiquement modifiés ou du corps humain par la reconnaissance de la gestation pour autrui. Il en va également ainsi pour les cas de démarchandisation des produits sanguins labiles[63], des zones humides[64] ou encore des hydrocarbures non conventionnels (exemple étudié *infra*). À chaque fois, le statut de ces choses s'est posé dans le cadre d'affaires particulières dont la résolution a nécessité un acte souverain de disposition, c'est-à-dire un acte libre par lequel une chose est délibérément placée dans une situation juridique nouvelle. Ces actes souverains de disposition, édictés par des acteurs multiples, tracent une ligne, une limite dans le monde des utilités, entre le disponible et l'indisponible, le marchand et le non marchand, l'exploitable et le non exploitable ; limite toujours temporaire, dépendant de circonstances particulières et de référentiels contingents. Ils traduisent l'exercice d'un pouvoir économique souverain de haute direction des choses. Ramenant celles-ci à leur indétermination juridique première, il devient capable de les distinguer, d'en déterminer le statut et de leur assigner une destination. Cette action n'est donc pas celle d'un propriétaire, ni même d'une personne juridique, qui ne pourrait agir que sur les biens que le droit positif lui réserve et au moyen d'un nombre limité d'instruments juridiques. Ce pouvoir transcende la distinction du droit public et du droit privé, comme celle de la propriété publique et de la propriété privée.

Le critère qui vient d'être posé doit à son tour être éprouvé sur un acte qui, tout en déplaçant la ligne du disponible et de l'indisponible, ne l'institue pas. Le déclassement d'une dépendance du domaine public en offre l'exemple. Un bien frappé d'inaliénabilité (art. L. 3111-1 CG3P) redevient cessible dès lors qu'il a été désaffecté puis déclassé (art. L. 2141-1 CG3P) : la ligne du marchand et du non marchand s'en trouve bien déplacée, l'opération prête à contestation contentieuse, procède d'une procédure diffuse et demeure réversible par reclassement. Il est possible, là aussi, d'y voir les traits caractéristiques des actes de souveraineté économique. Mais la ligne est ici déplacée par subsomption sous un référentiel déjà donné, celui de la domanialité, dont l'affectation et la désaffectation sont les critères, fixés par le droit positif et contrôlés par le juge. L'acte applique la mesure, il ne l'institue pas : il range un bien sous une catégorie préexistante, il ne crée pas la catégorie. Le contraste avec l'interdiction de 2011 n'en ressort que plus nettement. Interdire l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels, ce n'est pas subsumer une ressource sous un statut disponible, c'est instituer le statut même sous lequel elle devient indisponible, à rebours du référentiel minier qui la tenait pour exploitable. Le déclassement subsume, la loi de 2011 institue. C'est en cela seulement, et non dans les traits qu'ils partagent, que le second est souverain quand le premier ne l'est pas.

2. L'exemple de l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels

Le cas particulier de l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels est intéressant à plusieurs égards. À partir de 2010, l'octroi de plusieurs permis exclusifs de recherches d'hydrocarbures, délivrés selon des procédures administratives ordinaires à la demande d'opérateurs industriels et initialement cantonnés aux cercles bureaucratiques compétents, fait l'objet d'une controverse rapide dès lors qu'il est associé à l'usage potentiel de la fracturation hydraulique. La controverse, d'abord technique et confinée dans le cadre légal du code minier, devient une affaire publique environnementale et politique, suscitant une mobilisation intense d'élus et de collectifs locaux. Elle ne sera résolue que lorsque la loi du 13 juillet 2011 interdira l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique[65].

L'analyse sociologique de l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels réalisée par Philippe Zittoun et Sébastien Chailleux[66] rejoint les analyses de production des normes de bonne politique économique en ce que la décision d'interdiction se présente comme un acte souverain : elle procède d'une synthèse excédant les espaces institutionnels constitués et met fin à une affaire dont la résolution imposait de dépasser le cadre légal existant et de renouer avec l'indétermination originaire des choses. La loi du 13 juillet 2011 s'analyse bien en effet comme un acte souverain de disposition, par lequel l'État a entendu soustraire durablement une activité économiquement envisageable à l'ordre des usages licites des ressources naturelles.

Cette affaire illustre également, de manière particulièrement éclairante, la conception relationnelle de la souveraineté évoquée en préambule, en rupture avec une lecture strictement subjectiviste. Elle met en évidence un acte souverain de disposition, issu d'un rapport de forces. Celui-ci s'est joué, d'une part, hors de l'administration compétente, et même contre elle, notamment contre le Bureau exploration-production hydrocarbures (BEPH), attaché à la continuité des autorisations délivrées et hostile à toute suspension au nom d'une prétendue impossibilité juridique. Ce mouvement est d'autant plus remarquable que le contexte institutionnel était celui du fait majoritaire et d'un régime souvent présenté comme fortement présidentialisé. Il s'est déployé contre la volonté, ou, à tout le moins, malgré la réticence initiale, de la majorité politique, en particulier du Président de la République et du Premier ministre, ainsi que l'atteste la succession de

quatre inflexions gouvernementales en deux mois à peine. Les deux chercheurs relèvent en effet que « la mise à l'ordre du jour médiatique du problème du gaz de schiste et l'interpellation du pouvoir dans les forums publics commencent fin décembre 2010, et le gouvernement donne une première réponse le 26 janvier 2011, suivie quatre jours plus tard d'une deuxième réponse, différente si ce n'est contradictoire, puis d'une troisième et enfin d'une quatrième réponse deux mois plus tard, chaque solution envisagée se substituant à la précédente »[67]. Ce paradoxe, posé comme une « énigme » au début de leur ouvrage[68], Philippe Zittoun et Sébastien Chailleux l'expliquent par les pressions et les luttes qui ont progressivement transformé une décision administrative routinière d'octroi de permis de recherche en une affaire publique environnementale majeure, dont la résolution ne pouvait plus relever de simples ajustements administratifs ou procéduraux, mais appelait l'intervention d'un acte de portée souveraine. Les deux sociologues montrent ainsi comment l'énoncé de l'interdiction a émergé en dehors des cercles habituels de l'administration sectorielle et de la majorité gouvernementale, porté par une coalition d'acteurs extérieurs, avant de s'imposer progressivement face aux différentes solutions envisagées par l'exécutif.

Surtout, la décision d'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures non conventionnels se distingue d'une simple mesure de police administrative ou d'une régulation sectorielle : elle constitue un véritable acte souverain de disposition, en ce qu'elle réalise une mise hors-jeu normative de l'exploitation économique d'une ressource naturelle pourtant légalement possible, au nom d'une appréciation globale de l'intérêt général. Le caractère souverain de la décision d'interdiction se manifeste avec une particulière netteté en ce qu'elle a été prise à rebours de puissants vents contraires tant économiques que politiques. L'interdiction de l'exploration des hydrocarbures non conventionnels, et plus précisément de la fracturation hydraulique, est en effet intervenue contre les intérêts des grands groupes industriels de l'énergie, en dépit des perspectives de croissance, d'emploi et d'indépendance énergétique invoquées, et à rebours d'une orientation longtemps dominante privilégiant les impératifs économiques sur les considérations environnementales. Elle s'inscrit en outre en divergence avec les politiques suivies par plusieurs États voisins, la France ayant fait le choix d'une interdiction générale malgré un environnement normatif favorable à l'exploration[69]. Ce choix, soutenu par un consensus transpartisan, maintenu au-delà de l'alternance politique de 2012 et validé par le Conseil constitutionnel[70], s'est durablement imposé comme un point de fixation normative, résistant aux pressions économiques et aux changements de majorité. Les revirements successifs du Gouvernement témoignent moins d'une maîtrise initiale que d'une recherche progressive de légitimité. En effet, selon l'analyse sociologique de l'affaire du gaz de schiste, l'exécutif a avant tout cherché à « écarter, affaiblir ou déplacer les revendications et la pression qu'elles exercent sur le gouvernement »[71]. L'interdiction s'est alors imposée non comme la solution la plus conforme aux préférences initiales de l'exécutif ou aux objectifs économiques poursuivis, mais comme la seule capable de mettre un terme durable au désordre politique produit dans le forum public et, ce faisant, de restaurer les conditions minimales d'exercice de l'autorité souveraine. Ainsi, la souveraineté s'y manifeste moins comme un pouvoir discrétionnaire unilatéral que comme une capacité d'arbitrage ultime, exercée sous pression, par laquelle l'État redéfinit les usages légitimes du territoire et de ses ressources.

L'affaire du gaz de schiste donne à voir les mêmes traits caractéristiques des actes de souveraineté économique sur le terrain des choses. L'interdiction a émergé hors des cercles compétents et contre eux, portée par une coalition d'acteurs : sa genèse est dispersée et processuelle. Et parce qu'elle ne tient qu'à un rapport de forces, ce point de fixation demeure, comme toute norme souveraine, disputé et révocable, quelle qu'ait été jusqu'ici sa stabilité.

Ces notes ne prétendaient pas clore le débat sur la nature de la souveraineté économique, mais seulement la suivre dans ses traces. Le parti pris était méthodologique avant d'être théorique : à l'image d'une réalité que l'on n'atteint qu'à travers ses manifestations, c'est en observant les actes par lesquels une autorité lève une indétermination et ordonne des rapports économiques, que nous avons tenté d'en dégager les contours. De ce relevé se dégage moins une essence qu'un portrait composé d'empreintes : les actes de souveraineté économique se révèlent dispersés, disputés, processuels et révocables. Pluralité de leurs auteurs, contestabilité de leur prétention à dire l'ordre, diffusion du processus dont ils procèdent, réversibilité des normes qu'ils instituent, autant de traits qui, sans former une théorie, dessinent une physionomie reconnaissable.

Ce portrait reste inachevé, et c'est son inachèvement même qui en fait le prix pour la suite. Les terrains retenus demeurent largement étatiques et européens, alors que la pluralité des auteurs invite à porter également le regard vers les acteurs privés et transnationaux, dont la part dans l'ordonnancement du monde économique ne cesse de croître. Reste également ouverte la question du critère permettant d'apprécier ces actes. Si les normes ne sont que des cristallisations contingentes, les juger à leurs effets ne résout qu'en apparence la difficulté : encore faut-il un étalon du bon effet, qui est lui-même une norme dépourvue de fondement objectif. Et faut-il s'en tenir là, ou l'action souveraine demeure-t-elle soumise à des exigences plus profondes, celles de la raison pratique et de la prudence (*phronesis*)[72], voire d'un ordre

naturel des choses[73] qui excéderait la seule volonté de son auteur ? Ces notes n'auront pas tranché ces interrogations. Elles auront seulement, si du moins elles ont atteint leur but, montré qu'il y avait là un objet à observer, et une manière de le faire.

Notes de bas de page

En ce sens, Denis Baranger relève dans les discours des juristes un effort d'identification de la souveraineté dans la réalité sensible, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, Dalloz, 2012.

O. Beaud, *La Puissance de l'État*, PUF, coll. « Leviathan », Paris, 1994, p. 23.

F. Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*, trad. Maurice de Gandillac, Gallimard, « Folio/Essais », Paris, 2009, Deuxième partie, § De la domination de soi, p. 156.

P. Kahn, *Political theology, four new chapters on the concept of sovereignty*, Columbia University Press, New-York, 2011, p. 52, (ma traduction) : « L'État n'est pas un objet ou une règle ; c'est un pouvoir qui fait continuellement l'histoire dans un sens plutôt qu'un autre. Il requiert de l'énergie – une dynamique au sens classique. Il doit continuellement affirmer sa manière d'être. En l'absence de cette volonté, il pourrait se trouver simplement balayé par d'autres organisations politiques qui s'affirment au même moment et à la même époque ».

D. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, John Wiley, New York, 1965.

O. Beaud, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 13 : « l'État universel existe aujourd'hui avec la mondialisation de l'espace, des techniques et des communications, et des rapports politiques. Cette universalisation du pouvoir est contraire à la logique de l'État, logique d'une rétractation du pouvoir sur la sphère limitée de l'espace national ».

La souveraineté est une forme d'expression de l'autorité politique, laquelle est naturelle dans le sens où « la cité n'existe pas sans le commandement » (C. Delsol, *L'autorité*, PUF, « Que-sais-je », 1994, Paris, p. 54) ; voir aussi A. Supiot, « Aux origines des États : la souveraineté de la limite », *Revue Défense Nationale*, 2022/2, n° 84 : « De ce côté juridique, en effet, la notion de souveraineté est apparue bien avant les œuvres de Bodin ou Hobbes. Elle a d'abord été forgée par les médiévaux, pour articuler l'*auctoritas* attribuée au pape et la *potestas* reconnue à l'empereur. La souveraineté désigne alors l'*auctoritas superlativa* du souverain pontife. [...] Forme canonique de la souveraineté, cette *auctoritas superlativa* transporte sur la Terre la puissance ordonnatrice attribuée à Dieu par les théologiens ».

P. Legendre, *Leçons VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Paris, Fayard, 1988.

S. Weil : « L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain » [1943], *Œuvres*, éd. par F. de Lussy, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 1999, p. 1207.

B. Montay, *L'autorité perdue. Pour une théorie des fonctions de l'Exécutif*, PUF, coll. « Leviathan », Paris, 1994, p. 338 : « [...] à l'ancienne assise transcendantale du pouvoir, les philosophes de la modernité ont substitué une assise immanente : sans transcendance et sans des fins qui l'encadrent, l'autorité se réduit ou se résume au pouvoir, c'est-à-dire au droit du plus fort, force néanmoins nécessaire à la communauté politique et à la sauvegarde des droits naturels de l'homme que les théories contractualistes ont tâché de légitimer par le consentement du peuple ».

A. Supiot, « Aux origines des États : la souveraineté de la limite », article précité : « C'est seulement à partir du XVe siècle que la notion de souveraineté devint le lieu d'une confusion de la *potestas* et de l'*auctoritas*, comme on le voit dans la célèbre définition que lui donne Bodin : "La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République" ».

B. de Jouvenel, *De la souveraineté. À la recherche du bien politique*, Librairie Médicis, 1955 ; S. Goyard-Fabre, « Légitimité », *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*.

B. Montay, *L'autorité perdue, op. cit.*, p. 324.

M. Loughlin, *The idea of public law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 81 (ma traduction) : « Le pouvoir politique ne réside pas dans un lieu spécifique, (…). Le pouvoir politique est généré par la relation particulière qui évolue entre le souverain et les sujets, le gouvernement et les citoyens ».

B. de Jouvenel, *De la souveraineté, op. cit.*, p. 49.

B. Montay, *L'autorité perdue, op. cit.*, p. 406.

CJUE, 16 juin 2015, *Gauweiler c. Deutscher Bundestag*, aff. C-62/14.

CJUE, 11 décembre 2018, *Heinrich Weiss e.a*, aff. C-493/17.

BVerfG, 5 mai 2020, *Urteil des Zweiten Senats vom*, 2 BvR 859/15.

Le Président de la Cour constitutionnelle allemande, Andreas Vosskuhle, contestant la légitimité démocratique de la décision de la Cour de Justice, déclara que pour « la première fois de son histoire, la Cour constitutionnelle allemande constate que les actions et décisions des institutions européennes n'ont manifestement pas été prises dans le cadre des compétences européennes et ne peuvent donc pas avoir d'effet en Allemagne ».

Sur ce débat voir not. S. Dahan, O. Fuchs, M.-L. Layus : « "Whatever It Takes?", Regarding the OMT Ruling of the German Federal Constitutional Court », *Journal of International Economic Law*, Vol. 18, n° 1, mars 2015, p. 137.

Expliquant la différence de l'accord épistémique dans le cadre des activités scientifiques et des activités sociales, Frédéric Lordon indique que dans le monde social, *« la modalité épistémique de l'unanimité est fondamentalement instable […]. Il est de l'essence de la raison […] de revenir indéfiniment sur ses propres produits, en permanence exposés à l'insécurité intellectuelle et mis à l'épreuve. L'unanimité n'y est donc qu'un état de grâce particulièrement éphémère. Le régime permanent, c'est la contestation critique et l'affrontement des idées »* (F. Lordon, « Les apories de la politique économique à l'époque des marchés financiers », Annales, Année 1997, 52-1, p. 165, p. 176).

F. Lordon, « Les apories de la politique économique […] », article précité, p. 172.

O. Beaud, « Nationalisation et souveraineté, la nationalisation comme acte de puissance publique », *LPA*, 24 novembre 1995, n° 141, p. 11.

J.-H. Barbé, *Nouvelles recherches sur la condition des établissements publics en droit public*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 333, 2024.

F. Lordon, « Les apories de la politique économique [...] », article précité, p. 165.

Sur les approches cognitives des politiques publiques et sur la notion de référentiel, voyez not. P. Muller, *Les politiques publiques*, PUF, 2018, pp. 50 et s. Frédéric Lordon le définit comme « l'ensemble des énoncés constitutifs d'un corps de doctrine résumant le fonctionnement de l'économie et autour duquel est ralliée la majeure partie de l'opinion publique économique » (F. Lordon, « Les apories de la politique économique [...] », article précité, p. 161).

Ibid., p. 164 : « Si l'indétermination est ainsi la condition première de la politique économique, elle n'est en effet pas pour autant son actualité permanente. C'est là tout l'enjeu de la configuration référentielle que de sélectionner une norme, et *par là* de stabiliser un monde ».

Nous ne reprenons pas à notre compte l'ensemble des analyses de l'auteur sur l'influence de l'opinion globalisée des marchés financiers sur la politique économique, notamment celle le conduisant à considérer « la contrainte d'exposition permanente de la politique économique aux jugements des marchés financiers » comme « un recul de souveraineté ». En effet, le dessaisissement d'une compétence exercée jusque-là par le Gouvernement au profit d'une autre instance, le marché ou la Banque centrale, peut aussi s'interpréter comme un acte souverain de la communauté politique qui exprime alors une plus grande confiance dans ces autres instances, tel que le marché financier, que dans les actuels gouvernants.

F. Lordon, « Les apories de la politique économique à l'époque des marchés financiers », article précité, p. 171.

P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, éd. Seuil, Paris, 1990, p. 250. Sur l'émergence de l'idée d'économie comme « catégorie de l'action publique », v. T. Angeletti, *L'invention de l'économie française*, Presses de SciencesPo, Paris, 2023.

P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours, op. cit.*, p. 244.

Parmi une littérature française foisonnante, ont notamment directement influencé le rapport Stoffaës évoqué *infra* ;
J.-J. Laffont et J. Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, 1993 et « Libéralisation et charges d'accès : une introduction », document présenté à l'atelier « Approches économiques et régulation », Commissariat Général du Plan, 1994 ; ainsi que A. Perrot, « La régulation des activités en réseaux », contribution pour le Commissariat Général du Plan, juillet 1994. Voir aussi d'A. Perrot, « Ouverture à la concurrence dans les réseaux : L'approche stratégique de l'économie des réseaux », *Économie et Prévision*, 1995, n° 119-3, p. 59.

F. Denord, « Aux origines du néo-libéralisme en France. Louis Rougier et le Colloque Walter Lippmann de 1938 », *Le Mouvement Social*, 2001, n° 195(2), p. 9.

A. Diemer, « Le néolibéralisme français ou comment penser le libéralisme au prisme des institutions », *Économie et institutions*, 20-21, 2014.

C. Didry et F. Marty, 2016, « La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre », *Gouvernement et action publique*, 2016/4, Vol. 5, p. 42.

C. Stoffaës, *Services publics*. Questions d'avenir, Commissariat Général du Plan, La documentation française, Paris, septembre 1995.

C. Didry et F. Marty, 2016, « La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre », article précité, p. 24 : « […] la perception des effets économiques des cartels a évolué après-guerre. Ces derniers initialement vus comme une condition de l'efficacité économique sont progressivement apparus comme un frein à la compétitivité de l'économie ».

J. Bergougnoux, L. Baumstark, N. Jestin-Fleury, *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Commissariat général du Plan, La Documentation française, pp. 20 et s. Voyez aussi les développements du rapport Stoffaës sur « La grande mutation des réseaux », pp. 131 et s.

Voyez par exemple le retour d'expérience sur les réformes du secteur des télécommunications dans le rapport dirigé par J. Bergougnoux précité, pp. 323 et s.

S. Billows et S. Viallet-Thévenin, « La fin de l'État stratège ? La concurrence dans les politiques économiques françaises (1945-2015) », *Gouvernement et action publique*, 2016/4, Vol. 5, p. 11.

Ibid., p. 13.

P. Rosanvallon, *Le libéralisme économique : histoire de l'idée de marché*, Seuil, Paris, 1989.

L. Warlouzet, « Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960 », *Histoire, économie & société*, 2008, 27e année (1), p. 47.

P. Muller, *Les politiques publiques*, op. cit., pp. 41 et s.

Cons. const., 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.*

C.-A. Colliard, « L'obscure clarté de l'article 37 du traité CEE », *D*., 1964, chron. p. 263.

CJCE, 3 février 1976, *Manghera e.a.*, aff. 59-75.

Comm. europ., *Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur*, COM(85) 310 final, juin 1985.

Vers une économie européenne dynamique - Livre vert sur le développement du marché commun des services et

équipements des télécommunications COM(87) 290 final, 30 juin 1987.

Résolution du Conseil du 30 juin 1988 (JOCE C 257/1 du 4 octobre 1988).

G. Tesauro, concl. sur CJCE, 19 mars 1991, aff. C-202/88, *France/Commission*.

CJCE, 19 mars 1991, aff. C-202/88, *France/Commission*.

L'avocat général Tesauro identifiait deux clés de lecture de la directive. La première, suivie par la Cour, situe l'acte dans le contrôle de légalité du comportement des États au regard des traités. La seconde, retenue par l'avocat général, y voit la manifestation d'un pouvoir normatif large, dépassant l'article 90 et procédant d'une politique industrielle suivie depuis plusieurs années, dont témoignerait une « motivation générale et insuffisante par rapport au type d'acte exigé pour constater une infraction », traduisant « une manière d'exercer le pouvoir prévu par l'article 90 § 3 différente de celle qui avait été envisagée jusqu'ici » et reposant sur « des considérations convenant davantage au choix d'une orientation nouvelle qu'il convient de donner au secteur des télécommunications qu'à la simple exigence de mettre fin à des infractions » (G. Tesauro, concl. précitées, points 43 et s.).

La Cour a rejeté le défaut de motivation retenu par l'avocat général, estimant que le pouvoir de surveillance de l'article 90§3 comporte la possibilité de préciser par voie de directive les obligations du traité, sans empiéter sur les compétences du Conseil tirées des articles 100 et 87 TCE.

G. Tesauro, concl. précitées, point 55.

B. Gaïti, « L'érosion discrète de l'État-providence dans la France des années 1960 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 58, 2014, p. 201.

W. Streeck et K. Thelen, *Beyond Continuity: Institutional Change in Advanced Political Economies*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Y. Thomas, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales ESC*, n°6, nov.-déc. 2002, p. 1449 : « la res du droit romain nous apparaît sur le mode d'une valeur liée à une qualification qui opère dans un procès ».

Ibid., p. 1441 : « Imaginer, comme l'ont fait des romanistes néo-thomistes, que leur nature de choses publiques est "objective" et "inhérente" est une vue de l'esprit qui laisse de côté l'essentiel du droit romain (et du droit tout court). Ce n'était pas la nature des choses qui parlait d'elle-même. C'était un magistrat qui formulait les limites et le service de ces lieux perpétuellement inaliénables ».

J.-B. Fressoz, F. Graber, F. Locher et G. Quenet, « IV. Marchandisation : appropriations et consommations de la nature », *in Introduction à l'histoire environnementale*, La Découverte, Paris, 2014, p. 55 : « Les objets de la nature, en effet, ne sont pas spontanément des marchandises : ces dernières sont le résultat d'une construction, d'une appropriation (parfois violente) doublée d'une transformation qui permet de rendre l'objet conforme aux échanges marchands.

Ibid. : « Deux processus concourent donc à la définition d'une marchandise : une qualification technique et une

qualification juridique. La qualification technique est un processus de codification et de standardisation, qui vise à définir très précisément l'objet de l'échange, [...] La qualification juridique est un processus qui permet l'appropriation des semences par la définition de droits de propriété. L'appropriation des variétés végétales ne devient une préoccupation majeure qu'avec les hybrides au début du XXe ».

À la suite de l'affaire du sang contaminé, la loi du 4 janvier 1993 *relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament* distingue les produits sanguins labiles des produits sanguins stables. Les premiers sont mis hors du commerce juridique et placés sous l'administration générale de l'Agence française du sang, établissement public, dont la mission est de coordonner et de contrôler l'action des établissements de transfusion sanguine. Les seconds peuvent faire l'objet d'une exploitation commerciale, dont seul le Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies, groupement d'intérêt public, est autorisé à les préparer.

Les politiques incitatives pour l'exploitation économique des zones humides (élevage, production de sel, récolte de tourbe et de sangsues, pisciculture) lancées au XVIIe siècle en France n'ont connu un véritable coup d'arrêt qu'au début des années 2000 avec l'adoption de la Directive-cadre sur l'eau du 23 octobre 2000 (voir J.-M. Derex, « Pour une histoire des zones humides en France (XVIIe- XIXe siècle) », *Histoire & Sociétés Rurales*, 2001, 15, p. 11 ; plus largement sur l'ancienneté et la réversibilité des phénomènes de « mise en économie de la nature », voir par exemple H. Levrel et A. Missemer, « La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains », *Revue économique*, Presses de Sciences Po, 2019/1, vol. 70, pp. 97 et s.

Loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 *visant à interdire l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux par fracturation hydraulique et à abroger les permis exclusifs de recherches comportant des projets ayant recours à cette technique.*

P. Zittoun et S. Chailleux, *L'État sous pression : Enquête sur l'interdiction française du gaz de schiste*, Presses de Sciences Po, Paris, 2021.

Ibid., p.145.

Ibid., p. 9 : « Pourquoi ce gouvernement, qui a pourtant délivré en mars 2010 trois premiers permis d'exploration du gaz de schiste à des compagnies et a commencé par rejeter toute idée d'interdiction et de gel des permis, change-t-il d'avis et décide-t-il d'interdire la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures sur le territoire national et d'annuler ces trois permis ? ».

Conformément à l'article 194 TFUE et à la directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 *sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures* qui considère que « les États membres possèdent la souveraineté et des droits souverains sur les ressources en hydrocarbures situées sur leur territoire », la commission européenne reconnait aux États membres une large marge de manœuvre pour décider des modes d'exploitation des hydrocarbures présents sur leur territoire (*Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions relative à l'exploration et à la production d'hydrocarbures (tels que le gaz de schiste) par fracturation hydraulique à grands volumes dans l'Union européenne*, COM/2014/023 final/2).

Cons. const., 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*, n° 2013-346 QPC.

P. Zittoun et S. Chailleux, *L'État sous pression [...], op. cit.*, p. 291.

J.-H. Barbé, « L’exigence de prudence dans l’action publique économique », *in* « La prudence en droit administratif », *RFDA*, n° 6, nov.-déc. 2025, p. 980.

Le « retour à la nature » est par exemple au cœur de l’enseignement des philosophes taoïstes sur l’art d’ordonner à la fois le monde et la collectivité humaine. L’action souveraine est décrite comme celle par laquelle son auteur retourne à « une sorte de soubassement ontologique, c’est-à-dire à un plan plus profond que celui de la praxis et qui la fonde » (A. Cheng, « Taoïsme, confucianisme et légisme », *in* C. Le Blanc et R. Mathieu (éd.), *Mythe et philosophie à l’aube de la Chine impériale*, Presses de l’Université de Montréal, 1992, p. 127). Les philosophes taoïstes chinois décrivent en effet un régime d’activité, désigné par la figure du Ciel, dans lequel les représentations intellectuelles et conscientes sont « désactivées ». L’homme est invité à suivre sans préconception aucune « la manifestation des choses » et à laisser agir l’ensemble de ses facultés, de ses ressources et de ses forces, connues et inconnues pour agir de manière efficace, spontanée et nécessaire (voyez les admirables *Leçons sur Tchouang Tseu* de J.-F. Billeter, Allia, Paris, 2002, not. pp. 46 à 50).