

Le modèle du marché ¹

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social
13 rue Poliveau, 75005 Paris*

1. On pose volontiers en préalable que le marché libéral - sur lequel s'échangent librement les biens et les services et grâce à la pression concurrentielle duquel s'ajustent l'offre et la demande pour l'établissement du prix de marché, lequel, compte tenu des coûts de production, tend toujours à rejoindre le prix naturel des objets de marché - est un fait, de ces faits dont on ne dispose pas, de l'existence desquels on peut éventuellement se réjouir mais contre lesquels il ne sert de toute façon à rien de maugréer ou de vitupérer. Il est même le seul fait devant lequel, depuis l'effondrement des pays socialistes, chacun plie. La loi du marché est liée tout à la fois à la loi subjective de la compétition entre intervenants de même type et à celle objective de l'ajustement des intérêts contradictoires entre intervenants de type différent. En cela, le marché se définit, comme le suggère Arrow, comme l'interaction qui rend les décisions individuelles mutuellement compatibles. Mais c'est la loi du fait, celle avec laquelle on ne peut pas composer puisque, par définition, elle est donnée.

2. Pourtant, gratifier le marché de ce statut de fait, c'est en réalité procéder à sa divinisation, atteindre le plus haut degré de l'idolâtrie, de l'irrationalisme et de l'anti-scientifisme. Il n'y a pas loin de ce que l'on a appelé la « fatalité » à la fatalité, dont elle serait la nouvelle figure : contre les faits, il ne sert à rien de lutter. À l'époque où l'homme ne croit plus à grand-chose, estime plus que jamais disposer de la nature, même si c'est pour la chouchouter – conscience écologique aidant –, où la révolution kantienne dénie au fait un autre statut que celui de la construction de la raison humaine observante et par là-même absorbant et transformant ce qu'elle observe, on pense usuellement que le marché est un fait, c'est-à-dire ce qui échappe à l'esprit critique, l'indisponible par excellence. La plainte contre « la tyrannie des marchés » est exemplaire de cette soumission, même si c'est pour s'en inquiéter ². Le marché serait un fait

¹ Cette étude prend appui sur une conférence prononcée dans le cadre de l'École doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Je remercie le professeur Maurice Nussenbaum d'avoir bien voulu l'enrichir par les discussions tirées de ses observations.

² H. Bourguinat, *La tyrannie des marchés. Essai sur l'économie virtuelle*, Economica, 1995.

de toute éternité, constitué et fonctionnant hors de l'atteinte des hommes, avant les hommes, ces derniers étant les agents du marché, agissant aveuglement par le jeu de leur rationalité économique qui s'articule avec les règles objectives de maximisation de l'utilité³. Certes, cela n'a historiquement guère de sens et l'on peut dater l'apparition sociale du marché, mais cette relativisation historique ne semble plus jouer dans les esprits. Le marché serait ainsi une sorte de Dieu, dont l'homme est l'agent de la même façon que Hegel définissait l'homme comme le fonctionnaire de la Raison, l'agent de l'État, ce Dieu laïc aujourd'hui déchu. Le marché est là pour prendre la relève...

3. Mais le marché n'est pas un Dieu, et ce parce qu'il n'est pas un fait. Il ne l'est précisément pas parce qu'il est un modèle, historiquement daté. Or, le modèle se définit en sciences comme l'invention théorique - l'invention ayant toujours partie liée avec l'artificiel - permettant d'explicitier le fonctionnement de la nature, nature des choses, des âmes, des sociétés, etc., de leur donner un sens et une cohérence, de permettre une certaine prévisibilité, de susciter de surcroît le développement d'une technique adéquate, jusqu'à ce que la preuve soit apportée de l'inexactitude ou de la carence du modèle et qu'un nouveau modèle le détrône et s'installe un temps. Dans ce sens, on a pu définir la science économique comme « la manipulation d'hypothèses très abstraites tirées soit de l'introspection, soit d'observations empiriques, pour élaborer des théories du monde réel permettant de prévoir les événements », le but des économistes étant de « formuler des prévisions précises et intéressantes susceptibles, au moins en principe d'être infirmées empiriquement »⁴.

4. Donc le marché libéral des biens et des services est une invention. Les travaux historiques situent son entrée en scène au XVIII^e siècle⁵ et dans l'organisation des échanges dès avant⁶. Il serait à l'heure actuelle à son apogée, due notamment au phénomène de mondialisation des marchés⁷ et à l'adhésion du plus grand nombre au modèle. Mais ses lacunes apparaissent, à travers notamment la question sociale. De nouveaux modèles sont peut-être en passe de se constituer.

5. Mais un modèle, s'il est le contraire du fait, entretient néanmoins des rapports étroits avec lui. C'est d'abord les faits qui fournissent un certificat de pertinence au modèle, par l'expérience et la vérification. En outre, les faits sont affectés par le modèle, qui leur donne forme et les constitue ainsi en partie. L'on peut aller plus loin lorsqu'il s'agit de faits qui résultent eux-mêmes de l'activité humaine. En effet, l'action humaine

³ F. Tricou, « Rationalité du comportement des marchands et règles d'organisation des marchés », in *Quelles hypothèses de rationalité pour la théorie économique ?*, Cahiers d'économie politique, L'Harmattan, 1994.

⁴ M. Blaug, *La pensée économique. Origine et développement*, 4^{ème} éd., Economica, 1986.

⁵ C. Larher, *L'invention de l'économie politique au XVIII^{ème} siècle*, PUF « Léviathan » ; P. Rosanvallon, *La formation du concept de marché au XVIII^{ème} siècle*, thèse EHESS, 1978.

⁶ L. Depambour-Tarride, « Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire », ce volume.

⁷ *Aspects juridiques de la mondialisation des marchés financiers*, Banque et droit, 1995, n° 41, p. 17 et s. Cela pousse sur le devant de la scène juridique le droit de la concurrence : v. *infra* n° 18.

prend alors en tenailles le phénomène social ou économique, la barrière entre les deux étant de plus en plus floue⁸, entre l'observation et la pratique, entre la compréhension et la décision. Le modèle prend ainsi des assises plus puissantes dans la réalité qu'il constitue à double titre.

6. C'est donc en tant que le marché constitue un modèle inventé et instillé dans la réalité qu'il sera ici étudié. Et en tant qu'il est un modèle d'organisation. En cela, non seulement le marché se prête au discours mais le marché constitue lui-même un discours, mis en lumière par la perspective de la rhétorique économique⁹. Le marché relève ainsi de l'argumentation, de la légitimation par persuasion, de l'existence par adhésion des destinataires¹⁰. Dans ces conditions, il ne s'agit pas d'étudier en elles-mêmes, voire en y associant un jugement de valeur, les vertus ou les finalités du marché. Des vertus, on lui en prête beaucoup. Des vertus économiques tout d'abord. En effet, seul le marché libéral permet, par rapport aux théories simplement mercantilistes par exemple, l'accroissement de la somme globale des richesses, selon un mécanisme de justice commutative. Le marché, c'est l'assurance d'une certaine prospérité, cette prospérité dont on cherche aujourd'hui la philosophie¹¹, même si la répartition pose depuis toujours difficulté entre les acteurs du marché, entre ceux qui sont sur les marchés et ceux qui en sont exclus, selon un idéal de justice distributive¹².

Les finalités du marché, dans une première approche, sont, comme ses vertus, elles aussi de nature économique : l'accroissement de la somme globale des richesses. Ainsi, la théorie d'Adam Smith est avant tout une théorie de la croissance économique¹³. Nous sommes alors dans la tautologie puisque c'est l'effet intrinsèque du marché qui en constitue la finalité : le marché, en tant que mode d'accroissement des richesses, a pour fin l'accroissement des richesses. De cette tautologie, l'on passe aisément à l'autonomie du modèle.

7. Mais l'on peut dissocier l'effet et le but, et se souvenir alors de la fin que la philosophie classique s'assigne, tel qu'Aristote l'enseignait notamment, au début de l'*Éthique à Nicomaque* : le bonheur des hommes. Pour se contenter encore du marché, il faudrait alors adopter ici une conception très matérialiste du bonheur humain et assimiler la prospérité à la condition nécessaire mais aussi suffisante de l'épanouissement de la personne¹⁴. Cela explique sans doute que le droit de la concurrence fait primer de plus

⁸ B. Bürgenmeier, *La socio-économie*, Economica, 1994.

⁹ D. MacCloskey, *The rhetoric of economics*, 1985, traduction française à paraître. V. R. Nadeau, « L'économique comme littérature », in *Argumentation et rhétorique*, revue Hermès, n° 16, 1995, p. 85 et s.

¹⁰ Sur la puissance de la rhétorique sur la réalité sociale, v. spéc. *Sciences sociales et argumentation*, Année sociologique 1994, 1995 et *Argumentation et rhétorique*, revue Hermès, n° 15/16, 1995, préc.

¹¹ H. Hude, *Philosophie de la prospérité. Marché et solidarité*, Ed. du prologue - Economica, 1994.

¹² V. *infra* n° 51 et s.

¹³ V., par ex., Cl. Jessua, *Histoire de la théorie économique*, PUF « Économie », 1991, p. 142 et s.

¹⁴ Sur la question de la personne, et plus particulièrement des sentiments, v. *infra* n° 25.

en plus l'intérêt final du consommateur ; il en naît des difficultés nouvelles de frontière entre droit de la concurrence et droit de la consommation ¹⁵.

À l'inverse, si l'on devait considérer que cette prospérité est nécessaire – ce qui ne va déjà pas de soi – mais non suffisante, une condition et non une cause, cela suffirait à relativiser le marché comme instrument idoine. C'est d'ailleurs ce qui avait conduit Joseph Schumpeter à prédire la fin du capitalisme, non pas par effondrement sur ses propres assises mais en raison de son incapacité à appréhender autre chose que la prospérité économique ¹⁶, ce en quoi il avait une conception plus raisonnable de l'économie libérale et capitaliste que celle que nous avons aujourd'hui. En effet, dès l'instant qu'on s'éloigne de la tautologie précitée, le marché n'est qu'un instrument du bonheur, un instrument parmi d'autres, pour une certaine forme de bonheur qui ne peut en exclure d'autres, un instrument qui doit laisser place à d'autres instruments, voire s'effacer devant ceux qui permettent la satisfaction de ces autres désirs, autres besoins, que sont l'épanouissement culturel, spirituel, etc., de l'homme. On observera pourtant que la doctrine religieuse semble « avoir renoncé à exercer son magistère sur la vie économique et le droit des affaires » ¹⁷, contrairement à une longue tradition ¹⁸, pour s'incliner devant un étonnant partage de compétences. Cela rejoint l'affirmation caustique de Joseph Schumpeter : « La Bourse est un médiocre substitut pour le Saint Graal » ¹⁹...

Ces considérations paraissent à première vue bien théoriques mais bruissent actuellement à Bruxelles, dans la question de savoir si les services publics, normalement organisés en monopoles et contraires à ce titre aux exigences du marché concurrentiel, peuvent néanmoins bénéficier d'une légitimité, évoquer une autre perspective, s'ils peuvent échapper à cet enfermement de la problématique du pur économique ²⁰.

8. D'autre part et d'une façon générale, l'organisation peut se définir comme un agencement de différents éléments d'une façon cohérente au regard d'une fin. La forme la plus achevée de l'organisation est le système, c'est-à-dire un ensemble autonome de ce qui lui est extérieur – mais néanmoins en corrélation avec lui ²¹ – et dépassant l'addition des éléments qui le composent, mettant en corrélation chacun de ses éléments

¹⁵ Y. Serra et J. Calais-Auloy (dir.), *Concurrence et consommation*, Dalloz « Thèmes et commentaires », 1994.

¹⁶ *Capitalism, socialism and democracy*, New York, Harper and Brothers, 1942 ; trad. franç. G. Fain, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, préf. J.-Cl. Casanova, Payot « Bibliothèque historique », 1990.

¹⁷ A. Laingui, « Théologie morale, casuistique et droit des affaires », in *Histoire, gestion et management*, 1992, p. 89.

¹⁸ O. Abel, « L'Ambition protestante d'une justice capitaliste », in *De l'injuste au juste*, Dalloz « Thèmes et commentaires », à paraître.

¹⁹ *Capitalisme, socialisme et démocratie*, préc., p.188.

²⁰ V., not. D. Truchet, « État et marché », ce volume, et *infra*, n° 46 et s.

²¹ Sur le systémisme juridique et le lien qu'il établit entre le droit et l'économie, v. not. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, sa présentation par J. Clam, in *Sociologie juridique*, Année sociologique, 1995, et la mise en perspective des travaux de N. Luhmann par A.-J. Arnaud et P. Guibentif (dir.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, L. G. D. J. « Droit et société », 1993. V. aussi G. Teubner, *State, law and economy as autopoietic systems. Regulation and autonomy in a new perspective*, Guiffre, 1992, *Le droit : un système autopoïétique*, PUF « Voies du droit », 1993 et *Droit et réflexivité*, 1995.

de façon à ce que cet agencement fonctionne et produise des réponses et des solutions sans sollicitation extérieure. Sans doute le marché libéral peut-il prétendre à ce statut ultime de l'organisation, dès l'instant que les conditions d'installation du marché sont réunies, c'est-à-dire un objet, une offre et une demande le concernant, une concurrence entre acteurs et une autorité de marché. C'est à travers cette dernière condition nécessaire que le droit peut apparaître comme une condition de l'économie libérale²².

9. Mais il s'agit plus précisément de savoir comment cette invention qu'est le marché réussit à être aujourd'hui le modèle théorique de la réalité entière et son mode concret d'organisation, comment un tel avalement a pu s'opérer. Parce qu'il tend au système, le marché se propose d'explicitier la totalité du réel. En cela, il est, après le freudisme, la dernière en date des grandes théories totalisantes, totalitaires²³. Le marché a seul la prétention théorique, l'arrogance abstruse de tout comprendre, de tout connaître et de tout régler.

En effet, pour les thuriféraires du marché, et l'on pense notamment à Hayek²⁴, le marché suffit, par son fonctionnement et sans autre référence que ses propres lois, à obtenir un équilibre général de la société. Ce modèle extraordinaire de l'autosuffisance, tant dans l'observation, l'explication que dans l'organisation, tient à trois qualités du modèle : le marché est apte à absorber tous les phénomènes compatibles avec lui, par un mécanisme logique d'appropriation ; il est apte à ignorer tout ce qui n'est pas conforme à lui, par un mécanisme logique d'anéantissement ; il est apte à sanctionner tout ce qui, en son sein, est contraire à ses règles de fonctionnement, par un mécanisme logique de sanction. Il ne s'agit certes que d'une analyse du modèle, qui participe donc du radicalisme de ce dernier et ne traduit pas plus la réalité que lui. Le fait que « Les beaux modèles classiques avec leurs marchés concurrentiels où se confrontent une offre et une demande atomisées n'existent que dans les manuels »²⁵ est une constatation qui ne doit pas prendre un tour critique car il est normal que les modèles, qui sont des inventions, n'existent effectivement que dans les livres. Il demeure que ces imaginations livresques influencent le réel et c'est à ce titre qu'il faut même dire qu'on apprend la réalité dans les livres²⁶. Entre autres les modèles peuvent donner sens à certaines évolutions concrètes ; ces dernières sont ici liées aux aptitudes théoriques du marché libéral, sans lequel les événements et les faits restent inintelligibles. Et ces aptitudes sont proprement vertigineuses : aptitude à absorber (I), aptitude à ignorer (II), aptitude à sanctionner (III).

²² V. *infra*, n° 28 et s.

²³ Comme le dit J.-P. Dupuy, « sur le ring des idéologies, le marché est seul à tenir encore debout » (*Le sacrifice et l'envie. Le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, Fondation Saint-Simon/Calmann-Lévy, 1992, p. 8).

²⁴ *Law, legislation and liberty*, 3 volumes, 1973, 1976, 1979 ; trad. franç. R. Audouin, *Droit, législation et liberté*, PUF, 1980, 1982, 1983 ; rééd. « Quadrige », 1995 ; *La constitution de la liberté*, Litec, 1994.

²⁵ D. Sicot (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en économie*, 3ème éd., Syros, 1994, p. 70.

²⁶ □V. *supra* n° 5. Cela est vrai en esthétique comme en économie ; sur la première perspective et l'idée proche de « vérité en peinture », N. Grimaldi, *Le soufre et le lilas. Essai sur l'esthétique de Van Gogh*, Encre marine, 1995, spéc., p. 57 et s.

I. — LE MARCHÉ, MODÈLE DE L'AUTOSUFFISANCE
PAR SON APTITUDE À ABSORBER

10. Le marché libéral dévore proprement tout sur son passage ! On sait que, d'une façon plus générale, certains auteurs cherchent à expliquer tout phénomène humain par la loi de l'offre et de la demande ²⁷. Mais cet impérialisme du marché joue d'une façon intrinsèque et d'une façon extrinsèque, comme l'on peut parler d'expansion interne ou externe dans les entreprises. D'une façon extérieure, le modèle du marché libéral est en train d'absorber les autres types de marché et de constituer comme objet de marché ce qui y échappait jusqu'alors (A). De cela, résulte une conception paradoxale et impérialiste du droit du marché, à la fois servant et dominateur (B).

A. — *L'absorption de l'environnement*

11. Le marché concurrentiel des biens et des services est une sorte de pieuvre théorique qui s'étend progressivement pour recouvrir de son modèle d'autres marchés environnants mais spécifiques (1), annexant également des objets jusqu'ici hors de son atteinte (2).

1. L'absorption des autres marchés.

12. Il s'agit ici de mesurer le rapprochement théorique et pratique nouveau entre le marché libéral des biens et des services et le marché du travail, d'une part, et le marché financier, d'autre part. D'une façon assez inattendue, ces deux modèles distincts sont en train de se fondre dans la problématique du marché concurrentiel des biens et des services.

13. En ce qui concerne le marché du travail, et bien qu'Adam Smith par exemple mesure la valeur naturelle d'échange d'un bien en fonction du travail incorporé et du travail commandé ²⁸, on s'accordait à assurer que le marché du travail était distinct du marché du bien et des services, pour des raisons techniques et pour des raisons fondamentales. Du point de vue technique, Marshall a démontré que le marché du travail n'est pas un marché concurrentiel dans la mesure où, indépendamment des volumes, l'offre de travail était le fait d'agents puissants qui peuvent résister à un jeu de la demande qui tendrait vers une augmentation des salaires. C'est pourquoi on ne pourrait obtenir un juste salaire ²⁹ si l'on voulait faire jouer une référence faussée au marché libéral.

²⁷ Sur ce mouvement, essentiellement anglo-saxon, v. B. Lemennicier, *Économie du droit*, Cujas, 1991.

²⁸ □A. Smith, *La richesse des nations*, trad. G. Garnier, 1843, rééd. 1991, Garnier-Flammarion, Livre 1er, chap.V, p. 38.

²⁹ J.-E. Ray, « Le chef injuste. L'exemple du chef d'entreprise », in *De l'injuste au juste*, préc.

14. Dans une perspective fondamentale, il est impossible de dissocier le produit du travail du travailleur lui-même. Or, la personne³⁰ du travailleur ne peut être l'objet d'un jeu de marché concurrentiel qui le ravalerait à n'être que le support de son travail. Ce que Marx stigmatisa comme l'aliénation de la force de travail consistait précisément à montrer l'assimilation que les capitalistes auraient fait entre travail et travailleur. L'autonomie du marché du travail par rapport au marché des biens et des services était donc la traduction de cet humanisme en retour.

15. La distinction s'efface aujourd'hui ; des travaux théoriques le démontrent³¹ et on en trouve des traces tangibles. Ainsi, l'organisation internationale du travail s'effrite et c'est désormais au sein de l'organisation mondiale du commerce que la question du travail est abordée, sous l'expression symptomatique de « clause sociale ». Si l'on doit mêler alors les deux marchés, ou plutôt absorber le marché du travail dans le marché des biens et des services, la spécificité de l'organisation du travail ne peut plus trouver grâce. En effet, par rapport à l'organisation de la concurrence, la législation du travail n'a aucunement les mêmes fondements et les mêmes finalités, étant précisé que les buts constituent les fondements de ces législations téléologiques que sont le droit du travail et le droit de la concurrence. Le premier a pour fonction de contrarier la loi du marché tandis que le second a pour fonction de permettre sa pleine effectivité. Or, il n'est pas indifférent de noter la revendication nouvelle de suppression du code du travail afin de permettre l'existence concurrentielle des entreprises.

16. Plus encore, le droit de la concurrence prétend aujourd'hui juger à son aune les mécanismes de régulation des rapports de travail. On sait que les relations individuelles de travail sont régies par un corps spécial de règles qui ne porte plus guère que le souvenir du droit des contrats tandis que les relations collectives de travail sont constituées, plus politiquement, par des équilibres qui s'établissent sur un mode corporatiste. La convention collective représente à ce titre une réussite. Mais, du point de vue de la concurrence, la convention collective peut tomber dans la qualification d'entente. Et les autorités de la concurrence n'ont pas hésité à les condamner à ce titre. Si l'on peut considérer que la convention collective ne peut certes prétendre servir de masque à une entente illicite sur les prix, on appréciera la façon dont la doctrine cria à l'assassinat !³². L'ensemble est à tout le moins signe de l'absorption grandissante du marché du travail par le marché des biens et des services.

17. Le marché financier ne se porte pas théoriquement mieux. Pourtant, on a toujours affirmé que le marché financier et le marché des biens et des services ne pouvaient être confondus car l'argent et les valeurs mobilières sont l'objet du premier tandis que, sur le second, l'argent ne sert que d'éléments de fongibilité et permet concrètement l'échange, depuis qu'il s'est distingué du troc. Certes, dans le même temps, les deux marchés sont corrélés puisque, d'une part, ce sont les capitaux qui financent le phénomène majeur de l'innovation sur le marché des biens et des services et permettent son

³⁰ V. *infra*, n° 23 et s.

³¹ Th. Revet, *La force de travail. Étude juridique*, LITEC, 1992.

³² B. Edelman, *À bas le droit du travail, vive la concurrence !*, *D.* 1992, chron. p. 1 et s.

dynamisme et que, d'autre part, la théorie du marché financier conceptualise l'épargne comme échange d'une consommation immédiate contre de l'argent en vue d'une consommation future de biens et de services augmentée par le jeu de l'intérêt. Mais, le marché financier, techniquement régi par des autorités de marché distinctes, n'est pas construit sur les mêmes bases théoriques dans la mesure où il repose sur la notion d'arbitrage dont la négation est l'hypothèse du crack financier.

Les deux marchés présentent pourtant des principes communs. C'est ainsi que le marché financier est lui aussi soumis au principe de la libre circulation, notamment par le jeu de la négociabilité des titres, voire à celui de la libre compétition lorsque la loi du marché financier prend la forme d'une offre publique. Mais ce marché n'est pas proprement concurrentiel et l'on ne saurait assimiler le mécanisme de la cotation au mécanisme général de formation du prix, ne serait-ce que parce que l'inscription à la cote résulte d'une décision d'autorité. Cela explique sans doute qu'en droit le contrôle juridictionnel des prix dans les offres financières constitue la quadrature du cercle³³. En outre, le marché financier est transparent, ce que n'est pas nécessairement le marché des biens et des services. Enfin et surtout, par nature, le marché financier est réglementé : ce sont les règlements et les institutions qui le fondent et le font exister : il n'est pas autonome ; il est, dans sa définition même, réglementé alors que le marché libéral paraît, dans sa définition même, non réglementé, si ce n'est tout à fait spontané.

18. Mais cela est de moins en moins vrai. Du côté des objets de marché, l'économie des biens et des services se financiarise. Et sans doute cette évolution est préoccupante en ce qu'elle conduit les entreprises à concevoir un développement financier et non plus économique, cette désincarnation de l'économie rendant plus obsédants les dangers systémiques et les perversions de la bulle financière. Les deux marchés tendent pratiquement à s'interpénétrer et l'on observe notamment que des entreprises utilisent comme stratégie la cotation sur un marché financier étranger afin de mieux conquérir le marché concurrentiel correspondant³⁴. Plus théoriquement, du côté de la régulation, la réglementation ne caractérise plus le marché financier, parce que la globalisation des marchés financiers, d'une part, et la montée en puissance des marchés financiers de gré à gré nichés dans les réseaux télématiques, d'autre part, rendent impossible une réglementation étatique. Dans le même temps qu'une réglementation des marchés financiers devient illusoire – et l'affaire de la Barings vient de l'illustrer dans les faits –, ce sont des mécanismes de concurrence qui se mettent en place entre les différentes places financières et entre les différents types de marché. C'est désormais selon les lois d'un marché libéral mondial totalement désincarné et libéré de toute attache corporelle ou territoriale que la finance s'organise. Ainsi la spécificité du marché financier s'estompe au profit d'une problématique concurrentielle.

Mais il ne s'agit encore que de dévorer ses voisins. L'annexion est plus violente lorsqu'il s'agit d'absorber des objets essentiellement récalcitrants.

³³ M.-A. Frison-Roche et M. Nussenbaum, « Les méthodes d'évaluation financière dans les offres publiques de retrait et les retrait obligatoires », *Revue de droit bancaire et de la Bourse*, 1995, p. 56 et s.

³⁴ P. Clauzel, « Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers », in *Aspects juridiques de la globalisation des marchés financiers*, préc., p. 18 et s.

2. L'absorption des autres objets.

19. Les biens et les services qui sont sur le marché tirent leur spécificité et leur caractère commun de leur aptitude à être échangés par l'interface monétaire. Seule compte la valeur d'échange³⁵. Or, plus la catégorie en question est vaste et plus la spécificité des objets qui ont vocation à y participer est gommée. Sur un marché, tout se ressemble puisque tout s'échange dès l'instant qu'une offre rencontre une demande et que cela seul a pertinence, effet, réalité³⁶. On peut d'ailleurs penser que la mathématisation de l'économie, analogue à celle de la nature, a contribué à cet assèchement considérable de la réalité, dans le même temps qu'elle détruisait l'unicité de l'homme en créant l'équivalent monétaire. C'est de cette réduction de la réalité que le marché tire son pouvoir extraordinaire de neutralisation des différences. L'économie de marché a matérialisé et neutralisé la réalité comme la religion l'avait spiritualisée. C'est d'ailleurs pourquoi l'économie peut ainsi donner congé à la religion³⁷. Le circuit économique a remplacé la loi du cosmos et peut faire en sorte qu'un castor soit égal à deux daims, pour reprendre l'exemple célèbre d'Adam Smith³⁸, sans que l'on songe devant cela à exprimer une quelconque et réaliste incrédulité. Que reste-t-il alors des autres valeurs que celle de l'aptitude à être échangé ? le beau ? le savant ? la valeur que chaque personne porte en elle ? ses sentiments ? etc. Elles semblent bien subir l'absorption par le modèle du marché.

a. Le beau et le savant.

20. Laurent Thévenot et Luc Boltansky ont travaillé à dupliquer le modèle d'organisation autosuffisante pensé par Adam Smith dans d'autres « mondes » où chacun prend spontanément sa place, la régulation des conflits s'opérant sans intervention d'une autorité ou d'une règle extérieure³⁹. Ils opposent ainsi les modes de régulation, les « économies de la grandeur » des divers mondes, notamment le monde marchand et le monde

³⁵ C'est pourquoi Fernand Braudel désigne une rupture entre « vie matérielle » (au sens d'économie très élémentaire) et « vie économique » et observe que « l'économie commence au seuil de la valeur d'échange », in *Civilisation matérielle, économie et capitalisme. XVe-XVIIIe siècle*. Volume 2, *Les jeux de l'échange*, A. Colin, 1979, rééd. Livre de poche, Avant-propos.

³⁶ Cette affirmation théorique rend certes de moins en moins compte de la réalité du fait que la technique du « sur-mesure » se développe considérablement, notamment concernant les produits technologiques, sur le marché des biens et des services. Il en résulte techniquement un maniement de plus en plus difficile du critère de substituabilité. La théorie économique de la firme vise en outre à modéliser cette réalité d'un produit fait pour un seul opérateur (v. *infra* n° 41 et s.). Cela est également vrai pour les produits financiers, lesquels demeurent pourtant régis par le principe de libre négociabilité (v. *supra* n° 17). Cette modélisation du sur-mesure financier reste à faire et l'on songe concrètement à compartimenter le marché financier en conséquence.

³⁷ V. *supra* n° 7.

³⁸ *La richesse des nations*, préc., Livre 1er, chapitre VI, p. 65.

³⁹ *De la justification, les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991.

savant. Mais, alors que, selon ces auteurs, les mondes n'interfèrent que par mégarde ou dysfonctionnement passager, il semble bien que le marché tende à envahir les autres mondes et à imposer sa régulation.

21. Prenons le savoir, dans sa forme qui serait la plus pure : la science. On admet aisément que la technique est sur le marché, tandis que la science, désintéressée, ne le serait pas. La technique se vend et s'achète ; la science se discute et se délibère. La valeur d'échange de la technique s'exerce grâce à la propriété des objets techniques mais encore grâce à la propriété industrielle qui protège l'invention et non les idées. Mais aujourd'hui, la distinction entre la science et la technique s'effrite dans la mesure notamment où le progrès scientifique ne peut se faire que dans des conditions d'équipements techniques considérables, et la science elle-même se marchande. Sans aller jusqu'aux thèses sociologiques marxisantes du marché du savoir, qu'il est d'ailleurs de mode d'appliquer à la doctrine juridique ⁴⁰, il est exact que la science tend à être objet de marché. L'évolution chaotique vers la brevetabilité des découvertes génétiques va dans ce sens. Plus encore, dans la même régression qui consiste à annexer la personne à ce qu'elle produit ⁴¹, il y a un marché des cerveaux, un marché des têtes, avec leurs chasseurs, nouvelle version cocasse des daims et des castors précités, l'ensemble se détachant du marché général du travail.

22. Quant à la beauté, sans même évoquer l'industrie du cosmétique, la constitution d'un marché de l'art est incontestable et date du début du siècle ⁴². On peut même y voir la plus belle illustration de la thèse subjective du marché, basée sur la confiance et la valeur subjectivement attribuée à un objet qui n'est plus tant l'objet de l'échange que le support de l'échange. Le beau se rapproche alors de la monnaie fiduciaire, avec la déconnexion que cela entraîne avec l'objet lui-même : les tableaux furent un temps les nouveaux assignats. Leur beauté n'a pas été détruite pour autant : elle est simplement devenue indifférente.

b. La personne

23. La personne n'est pas sur le marché. L'article 1128 du code civil le dit à sa façon lorsqu'il vise ce qui est hors commerce, et l'on sait quel usage la jurisprudence en fit pour déclarer illicite la convention de mère-porteuse ⁴³, récusant l'hypothèse d'un marché des bébés. Mais la personne est une invention. En cela, face à l'invention concu-

⁴⁰ Y. Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992 ; CURAPP-CHDRIP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

⁴¹ V. *supra*, n° 13 et s.

⁴² V. par ex. *Entretiens avec Marcel Duchamp, 1961*, André Dimanche Éditeur, 1994, spéc. p. 17 et s., l'auteur se retirant en conséquence du marché par arrêt de ce qu'il convient d'appeler sa « production ».

⁴³ □ Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, p. 417, rap. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991, II, 21752, com. J. Bernard, concl. Dontenwille, note F. Terré, *RTD civ.* 1991, 517, obs. D. Huet-Weiller.

rente du marché, elle s'effrite, dans une destruction décrite par l'analyse post-moderne ⁴⁴.

Jean-Pierre Baud a montré que la doctrine juridique romaine avait procédé à l'invention de la notion de personne afin de se dispenser de penser juridiquement le corps humain ⁴⁵. Tant que la personne physique, qui n'est pas moins inventée que ne l'est la personne morale, n'a pas été techniquement détachée du corps, tant qu'il s'est toujours agi du « corps en personne » ⁴⁶, la problématique du marché a été évitée.

24. Mais puisque les organes, et cette nouvelle catégorie juridique que sont les produits du corps, selon l'expression de la loi du 29 juillet 1994 ⁴⁷, peuvent désormais fonctionner biologiquement d'une façon autonome, ils ont vocation à exister sur un marché. Certes, l'abstraction qu'est la personne physique n'en est pas affectée. Mais si l'on songe que le travail est désormais sur le marché libéral et concurrentiel ⁴⁸, qu'il en est de même du sentiment du beau ⁴⁹, qu'il en est de même de la culture ⁵⁰, alors on ne voit guère ce qui reste de l'idée de personne concrètement vidée. En effet, sans doute l'être humain peut-il se définir comme un corps animé et forgé par la civilisation, ayant vocation à aller vers le beau ; mais si ces qualités sont sur le marché, que reste-t-il de la personne, si ce n'est une enveloppe sans consistance à titre de leurre ou de consolation ?

25. Dans ces conditions, peut-on considérer qu'il reste encore à la personne une qualité qui ne soit pas happée par le modèle du marché et qui justifie qu'elle en soit sauvée tout entière ? L'on peut songer aux sentiments. Certes, les commentateurs ont montré la continuation entre le premier ouvrage d'Adam Smith, *Théorie des sentiments moraux* et *La richesse des nations* ⁵¹ mais l'on peut interroger d'autres sentiments : l'amour et l'amitié. En ce qui concerne l'amour, une suspicion a été amenée par la sociologie et précisément la conception de plus en plus sociologique de l'économie lui donne son poids : il y aurait un marché de l'amour sur lequel les couples ajustent leurs demandes et leurs prétentions. On observera que ce marché, en raison de la généralisation du divorce, devient de plus en plus « contestable » au sens économique du terme, c'est-à-dire sans barrière à l'entrée –, le second conjoint se présentant comme concurrent potentiel –, et susceptible de subir la concurrence d'autres marchés, le concubinage pouvant fort bien prendre place analogique dans ce que l'on désigne techniquement comme la « concurrence intermodale ». Dès lors, – et la question ne surprend plus aujourd'hui –,

⁴⁴ Pour un panorama du phénomène, v. B. Melkevik, « Les paradigmes de modernité et de postmodernité en droit », in *Carrefour : Philosophie et droit*, J. Boulad-Ayoub (dir.), Montréal, ACFAS, Les cahiers scientifiques, n° 80, 1994, p. 15 et s.

⁴⁵ □ *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil « des travaux », 1993.

⁴⁶ □ J.-P. Baud, « Le corps, personne par destination », in *Droit des personnes et de la famille*, Mélanges D. Huet-Weiller, P. U. S.-L. G. D. J., 1994, p. 13 et s.

⁴⁷ L. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain qui, à travers un nouvel article 16-1 du code civil, les soustrait à l'emprise d'un droit patrimonial.

⁴⁸ V. *supra* n° 14 et s.

⁴⁹ V. *supra* n° 22.

⁵⁰ V. *supra* n° 20 et s.

⁵¹ V. not. sur ce point l'introduction de *La richesse des nations*, dans l'édition Garnier-Flammarion, préc.

il est de bon ton de se demander si la famille ne fonctionne pas selon le modèle du marché ⁵².

26. Mais si cette interrogation est plausible concernant les époux, notamment dans l'hypothèse du divorce ⁵³, elle ne semble pas l'être concernant les parents et les enfants. En effet, tout d'abord, on ne choisit pas ses parents et ses enfants, ce qui est contraire à une condition essentielle du marché, et les barrières y sont très fortes, plus encore pour sortir que pour entrer ⁵⁴. En outre, les agents ne cherchent pas à maximaliser leur profit, d'autant moins que la protection sociale existante ôte aux parents le motif d'avoir des enfants pour être pris en charge par ces derniers lorsqu'eux-mêmes ne travailleront plus. Ainsi la famille, dès l'instant qu'on ne la limite pas au couple, ne fonctionne pas comme un marché, ne fonctionne pas même comme un échange. Certes, les cours de récréation des écoles peuvent éventuellement donner prise à une analyse à partir du modèle du marché, d'autant plus que le marché lui-même peut se lire à partir de la théorie des jeux ⁵⁵, mais dans la famille, c'est le principe de fraternité qui s'applique. Et la fraternité est inconnue du marché, en raison de la structure atomistique de ce dernier, tandis qu'elle est intimement liée à l'affectif, au sang et au politique ⁵⁶. Le marché désagrège.

Aussi peut-on examiner avec plus d'assurance encore le sentiment de l'amitié. On remarquera notamment que Jacques Derrida a consacré un de ses derniers livres à ce qu'il appelle « la politique de l'amitié » ⁵⁷. Il y montre que l'amitié n'est pas objet de marché, notamment parce que l'on doit la considérer comme un sentiment civique et rationnel. Là encore joue l'opposition première entre le politique et l'économique.

Mais le droit est-il mieux loti ?

B. — *L'absorption du droit*

27. Le droit est l'ensemble des règles objectives et générales qui organisent les rapports sociaux. Mais le marché a prétention à être l'ensemble des règles objectives et générales qui organisent les rapports sociaux. Deux coqs pour une même basse-cour... Certes, le marché a besoin du droit pour fonctionner mais en le mettant à son aune, à sa

⁵² Il faut certes distinguer l'analyse économique de la famille, somme toute classique, la qualification de la famille comme unité économique étant acquise, et la modélisation de l'organisation familiale spontanée, postulant que ses membres agissent purement et simplement selon une rationalité économique de marché.

⁵³ Parce que l'économie peut alors effectivement s'épanouir, là où le sacré s'est éteint. Sur ces deux pans, v. J. Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit du mariage*, Mélanges G. Ripert, t. 1, 1950, p. 339 et F. Terré, « Terre à terre dans le droit du divorce », in *Droit des personnes et de la famille*, préc., p. 483 et s.

⁵⁴ Ainsi peut-on songer à l'adoption comme modalité d'entrée volontaire, alors que l'impossibilité de briser les liens de filiation et notamment de déshériter rend improbable la sortie du marché.

⁵⁵ Sur l'application de la théorie des jeux aux rapports juridiques et sociaux, J.-D. Reynaud, *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, A. Colin, 1993.

⁵⁶ J. Derrida, *Politiques de l'amitié*, Galilée, 1994. V. cep. *infra* n° 47.

⁵⁷ *Ibidem*.

mesure, à sa botte (1). Et au lieu de se faire tout petit, le droit du marché, par une sorte de revanche, prétend aujourd'hui prendre le pas sur les autres branches du droit (2).

1. La définition ancillaire du droit du marché.

28. Le marché concurrentiel ne peut pas fonctionner sans droit. En effet, la loi du marché, qui permet de neutraliser les rapports de force, est dans le même temps celle qui va faire prévaloir le fort sur le faible parmi les offreurs⁵⁸, dans un mécanisme destructeur qui insuffle le dynamisme du marché. La mise en compétition des acteurs par le marché permet l'ajustement des prix, entraîne aussi l'élimination du faible et la constitution finale du fort en monopole. Le risque apparaît d'une disparition de la concurrence et de l'apparition de prix imposés. L'expression est connue : la concurrence tue la concurrence. Le marché s'empoisonne : tel Mithridate, le droit va fournir les règles et les institutions qui permettront sa pérennité. Se constitue le droit spécial de la concurrence mis en œuvre par des autorités spéciales de la concurrence.

29. Mais inversons la perspective : pour le droit, le marché est un fait, même s'il s'agit d'un fait dont il reconnaît la complexité⁵⁹ et à propos duquel la Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle de motivation. Et le droit est supérieur au fait. D'une façon générale, le droit prétend disposer de la réalité et dominer le fait, le mécanisme des fictions étant la formulation la plus extrême de ce pouvoir. On peut encore considérer que le droit du marché financier se construit de la sorte, puisque le droit en constitue les règles et en donne les mots d'ordre. En outre, sur le terrain de la philosophie politique, si la loi est souveraine, elle ne peut servir autre chose que la volonté du législateur⁶⁰. Même dans une conception plus sociologique de la loi où cette dernière considère la situation de fait afin de s'y adapter pour mieux prétendre la régir⁶¹, le droit revendique alors sa supériorité au fait.

30. Mais le droit du marché libéral s'est constitué sur des affirmations inverses. Le marché possède ses propres lois, dont nul ne peut disposer⁶² et le droit serait ridicule d'y songer, dès l'instant que nous ne sommes plus en période d'économie administrée et de réglementation des prix. Le droit du marché est un instrument au service de ce dernier⁶³ ; il doit en adopter la prétendue neutralité. Il ne pourrait pas contrarier la loi du marché ou même surajouter d'autres impératifs. Le droit n'a le pouvoir que de servir : il devient une discipline proprement ancillaire. Il est ainsi notable que si le droit

⁵⁸ V. *infra*, n° 1 et s.

⁵⁹ G. Canivet, « L'expertise en droit de la concurrence », in *L'expertise*, Dalloz « Thèmes et commentaires », 1995, p. 51 et s.

⁶⁰ M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, PUF « Léviathan », 1990.

⁶¹ J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, PUF « Droit, éthique et société », 1994.

⁶² V. *infra* n° 1 et s.

⁶³ Certes, dès l'instant que l'on met en doute la faitalité du marché, (v. *supra* n° 3 et s.), le terrain juridique devient singulièrement mouvant et la doctrine s'émeut de la difficulté corrélative qu'il y a à manier une telle notion. V. M.-Ch. Boutard Labarde et D. Bureau, *La détermination du marché pertinent*, R. J. D. A. 1993, p. 743 et s. ; L. Vogel, *Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence*, JCP 1994, I, 3737.

financier a la prétention d'imposer une certaine éthique dans les comportements financiers, le droit de la concurrence ne se l'autorise pas. La distinction de ce dernier avec le droit de la concurrence déloyale tient aussi à cela ⁶⁴.

31. Ainsi, dans l'application du droit de la concurrence, le marché constitue l'*alpha* et l'*omega*. En effet, avant d'examiner si les éléments constitutifs d'une entente ou d'un abus de position dominante sont réunis, il convient préalablement de déterminer le marché pertinent, lui-même à partir du critère économique de la substituabilité des produits sur ce marché. Voilà pour l'*alpha*. Cette détermination est absolument décisive puisque le caractère anticoncurrentiel du comportement sera apprécié en fonction des contours du marché. En cela, l'utilisation du qualificatif « pertinent » emprunté au droit de la preuve, dans lequel il désigne l'élément dont la preuve aura une influence sur l'issue du litige, est particulièrement heureuse. Lorsque les éléments constitutifs du comportement anticoncurrentiel ont été avérés, le calcul de la sanction dépend encore du marché, à travers la notion de « dommage à l'économie ». Le marché est la victime ⁶⁵ dont le droit se soucie, pour la protection duquel il s'active, étant observé que les entreprises victimes de l'agissement ne peuvent pas elles obtenir de dédommagement des autorités de marché. L'exigence bientôt commune d'une affectation effective du marché par le comportement pour entrer en condamnation, ce que l'on désigne comme le critère du « seuil de sensibilité », confirme que seul le marché dans son fonctionnement concret est considéré.

32. Plus encore, le droit devient lui-même, et un marché, et un objet de marché. Certes, on a pourtant démontré que le droit pouvait être considéré comme l'un des beaux-arts ⁶⁶ mais ce qualificatif ne protège plus de la mise sur le marché ⁶⁷. Le droit est un service et le juriste un prestataire. L'office de l'avocat en est singulièrement perturbé, même s'il est vrai que l'avocat a toujours été partagé entre le sacré et le marché ⁶⁸. En outre, le thème du marché concurrentiel du droit est repris par les professions juridiques et on rappellera à ce titre que le Conseil de la concurrence avait émis un avis défavorable au projet de loi qui devint la loi du 31 décembre 1991 sur la fusion des professions juridiques et judiciaires, en ce qu'elle constitua un monopole du conseil et de la représentation en droit au bénéfice des avocats.

⁶⁴ M.-A. Frison-Roche, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, R. J. D. A., 1994, p. 483 et s.

⁶⁵ Sur la personnalisation du marché, v. *infra* n° 64.

⁶⁶ □Ph. Jestaz, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts », *RTD civ.* 1979, p. 480 et s.

⁶⁷ V. *supra* n° 21.

⁶⁸ L. Karpic, *Les avocats entre l'État, le public et le marché. XIII-XXème siècles*, Gallimard « Bibliothèque des sciences humaines », 1995. Le juge lui-même est aujourd'hui aux prises avec une rentabilité qu'on lui demande et une exigence d'adaptation à ce que l'on appelle « la demande de droit », exigences de marché qui s'ajustent difficilement avec l'origine essentiellement sacrée de son office. V., par ex., M.-A. Frison-Roche, « Philosophie du procès : propos introductifs », in *Le procès, Archives de philosophie du droit*, tome 39, 1994, p. 19 et s., spéc. p. 21 et s.

33. Mais le phénomène le plus nouveau est la mise sur le marché du droit objectif lui-même, mis en concurrence. Tout d'abord, le droit est mis en concurrence avec des régulations normatives a-juridiques, telles que la déontologie, laquelle prétend par exemple évincer la réglementation juridique en matière financière, en s'affirmant comme mode de régulation interne des entreprises⁶⁹. Mais ce sont surtout les législations entre elles qui sont mises en concurrence, du fait de leur attache territoriale qui les constituent comme des produits limités et particuliers qui sont offerts à des utilisateurs aptes techniquement à se soumettre à la législation qui leur convient. La demande s'oriente vers l'offre. Le phénomène de délocalisation est une conséquence de cette mise en concurrence des législations entre elles. L'implantation est le prix payé pour obtenir la législation convoitée. Ce n'est plus la loi mise en esclavage par le marché, c'est la loi qui est manipulée comme un objet de marché, à la disposition de qui l'estime apte à l'usage auquel il la destine. On ne saurait mieux réifier la volonté normative.

Dans ces conditions, le droit de la concurrence devrait engendrer une sorte de répulsion théorique. Il est au contraire la branche du droit la plus impérieuse qui soit.

2. La vocation impérialiste du droit du marché.

34. On notera tout d'abord sociologiquement un certain sentiment d'appartenance à une élite de ceux qui pratiquent le droit de la concurrence⁷⁰, sentiment de club que l'on retrouve accru en matière financière, par l'effet conjugué d'un mécanisme de spécialisation poussée, du prestige découlant de l'économie et du nombre relativement peu élevé de personnes actives en la matière. Cela est un premier élément favorable à l'impérialisme de la matière.

35. Mais ce qui fonde la vocation du droit du marché concurrentiel à absorber les autres branches, c'est paradoxalement son hétérogénéité maximale par rapport à ces dernières. En effet, si une branche du droit se constitue par éloignement d'une branche matrice, comme le droit du travail par rapport au droit des contrats par exemple, la distinction peut se faire, entre droit général et droit spécial, du fait de cette déclinaison. Mais le droit de la concurrence vient de l'économie et non du droit. Dès lors, ce n'est pas un droit spécial au sens où ce dernier n'existe que par rapport à un droit commun : c'est un droit autre. Ainsi, la régulation du droit spécial et du droit général ne peut plus jouer. Cette règle élémentaire de conflit ne joue plus : le droit de la concurrence a vocation à se superposer sur toute autre branche du droit, dès l'instant qu'il reconnaît un marché, une entreprise, un produit, des acteurs et un prix.

36. On a vu que le droit du travail y résiste très difficilement⁷¹. Mais voyons précisément le droit commun, la souche-mère : le droit civil⁷². Un contrat sera annulé alors

⁶⁹ V., *infra* n° 42.

⁷⁰ *Les pouvoirs normatifs en jeu dans le droit de la concurrence*, Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1994.

⁷¹ V. *supra*, n° 22 et s.

⁷² F. Dreiffuss-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369 et s. ; M. Malaurie-Vignal, « Droit de la concurrence et droit des

qu'il est civilement valable, une responsabilité civile sera établie sur la demande du Ministère de l'économie, etc., toutes règles hérétiques au regard des règles juridiques communes. Mais dès l'instant que toute situation contractuelle peut être visée par le droit de la concurrence, il ne saurait plus être question de droit général et de droit spécial, lequel par définition doit avoir un domaine d'application plus restreint que celui du premier. Comme cela n'est pas le cas⁷³, il y a bien une superposition envahissante, une occultation.

Mais la puissance d'un modèle tient moins dans sa capacité à incorporer ce qui lui est à première vue étranger pour le faire sien qu'à son pouvoir de faire que ce qui lui est contraire ne soit plus. Il s'agit alors de son aptitude à ignorer.

II. — LE MARCHÉ, MODÈLE DE L'AUTOSUFFISANCE PAR SON APTITUDE À IGNORER

37. Le marché libéral parvient théoriquement à constituer un modèle cohérent, engendrant spontanément l'équilibre général. Mais ce n'est qu'au prix d'ombres que le marché étend sur les mécanismes qu'il se refuse à connaître, dont il décide de ne pas rendre compte. Et la puissance du modèle est telle que ce qu'il ignore tend à disparaître. Le modèle du marché repose donc autant sur un certain nombre de « boîtes noires » que sur des éléments répertoriés et mis en corrélation. On peut même dire que c'est des boîtes noires que le modèle tire son énergie, sorte d'antimatière théorique et sociale. Ces boîtes noires peuvent être sur le marché (A) ou hors du marché (B).

A. — *Les « boîtes noires » du marché*

38. Le droit a ses boîtes noires, ses chiffres noirs, ses bêtes noires : ce qu'il ne peut percevoir, atteindre et sanctionner. La théorie du marché a des opacités qu'elle entretient en ce qu'elles lui permettent de prétendre à la totalité de l'explication. On peut évoquer deux boîtes noires : l'entreprise (1) et la convention (2).

1. L'entreprise.

39. L'affirmation selon laquelle l'entreprise est une boîte noire sur le marché peut sembler paradoxale dans la mesure où le marché régit le comportement des entreprises et qu'il faut préalablement qualifier l'organisation en cause d'entreprise pour concevoir l'application du droit de la concurrence. C'est même sans doute en droit de la concurrence que l'on trouve la définition la plus achevée de l'entreprise. Mais pour le droit de la concurrence, il semble y avoir bien peu de différence entre le cordonnier et la société internationale. Et on sera sensible au fait que les économistes semblent continuer à

contrats », *D.* 1995, chron., p. 51 et s. ; v. aussi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, 5ème éd., Précis Dalloz, 1993, n° 358, p. 275 et s.

⁷³ V. *supra* n° 32.

prendre usuellement cet exemple du cordonnier, comme les théoriciens du droit non juristes prennent régulièrement comme exemple de norme juridique la peine de mort...

40. En effet, c'est bien cette organisation assez embryonnaire qui est visée par la théorie classique du marché, laquelle repose sur une vision atomistique du marché, vision qui affectionne le modèle de l'entrepreneur individuel. Ainsi le droit de la concurrence a du mal à prendre en considération le phénomène des groupes de sociétés. D'une façon plus générale, on a du mal à modéliser ce qui se passe à l'intérieur de l'entreprise, les arbitrages qui s'y opèrent, etc. Un pont s'établit alors de la science économique à la science des organisations. Certes, la théorie économique de l'agence, dont on a songé à faire application au droit des sociétés, cherche à intégrer cette organisation particulière qu'est l'entreprise en y incorporant précisément la théorie du marché. Il s'agit notamment de conceptualiser les délégations de pouvoir qui sont le moteur du fonctionnement de l'entreprise, dans une organisation telle que la personne déléguée ne profite pas de la supériorité d'information dont elle bénéficie, puisqu'elle fait le travail, pour se comporter selon son intérêt personnel et non selon celui du déléguant. La théorie de l'agence cherche ainsi à neutraliser le « hasard moral ».

41. En outre, la théorie économique de la firme a cherché à offrir à l'entreprise un modèle de comportement alternatif à celui du marché, en soutenant que l'entreprise peut s'organiser de l'intérieur, par l'intégration d'un partenaire économique, dans une régulation qui récuse l'entière aliénation du comportement de l'entreprise au marché⁷⁴.

42. Pourtant, il est aujourd'hui fréquent d'affirmer l'existence d'un mouvement de « marchésisation des entreprises », signifiant que l'entreprise est gouvernée de l'extérieur par le marché. Mais tout d'abord, cette puissance ne semble être attribuée qu'au marché financier⁷⁵ et non pas au marché des biens et des services. En outre, ce qui concrétise plus précisément le pouvoir du marché financier dans le fonctionnement interne de l'entreprise, ce n'est pas le marché en tant que tel, – car s'il influe, il ne gouverne pas⁷⁶ l'absence de contrôle du marché sur les rémunérations des dirigeants l'ayant démontré – mais l'autorité de marché à laquelle l'entreprise se réfère. Il s'agit là d'un aspect de la nouvelle théorie de la *corporate governance*⁷⁷. Il est notable que cette

⁷⁴ R. Coase, « The nature of the firm », *Journal of Law and Economics*, 1937. Sur les prolongements de cette théorie, par ex., G. Kœnig, *Les théories de la firme*, Economica « Gestion Poche », 1993, et sur son intérêt en matière de relations économiques verticales, v. L. Benzoni, « La multiplicité des formes d'organisation des relations verticales », in *Les relations verticales dans les industries de réseau*, Colloque Paris IX-Dauphine, 27 octobre 1994.

⁷⁵ M.-N. Dompe et A. Dorison, « Les pouvoirs dans l'entreprise », in *Entretiens de la COB*, 1994.

⁷⁶ Peut-être l'affirmation devra-t-elle être relativisée en raison de l'obligation nouvelle des fonds de pension de voter aux assemblées et la perspective de modification législative pour admettre la constitution de fonds de pension français. Sur la distinction entre propriété, contrôle et pouvoir, v. *Intérêt social et intérêt de marché*, à paraître.

⁷⁷ V., principalement, *Corporate governance*. « Le gouvernement d'entreprise », *Revue d'Économie Financière*, n° 31, 1994 ; P. Charlety, « Le gouvernement d'entreprise, un survol de la littérature théorique et empirique », *Bull. mens. COB*, n° 285, nov. 1994 ; O.

conception s'harmonise avec la culture américaine de marché mais que la question actuelle est de savoir si elle pourra s'acclimater dans les pays latins.

Cela montre ainsi la puissance de la régularité extérieure et les limites du modèle de l'autosuffisance de l'organisation économique ; mais on relèvera dans le même temps que l'autorité de marché est au juge ce que le droit est à l'économie : le cousinage est assez lointain.

2. La convention.

43. On retrouve à propos des conventions le paradoxe précédent de l'ignorance de l'entreprise. En effet, la rencontre de l'offre et de la demande autour d'une chose et d'un prix sur le marché constitue évidemment sous l'angle juridique un contrat. Mais le marché façonne une conception précise du contrat : il s'agit d'un accord qui ne se prolonge pas dans le temps et qui ne lie que deux personnes particulières. Ce reflet de l'atomisme économique permet l'ajustement par tâtonnement, chaque nouvel accord rapprochant le prix du marché du prix naturel. Si l'accord entre parties porte atteinte à cette conception, le marché perd alors son reflet et ne comprend plus.

Certes, on peut songer ici à la théorie économique des conventions⁷⁸, proposant un modèle alternatif au marché. Mais l'appellation de la théorie économique des conventions est trompeuse en ce sens où il s'agit moins d'une référence à la notion juridique de contrat qu'à la notion sociologique de convention sociale entre acteurs aux intérêts partiellement divergents et convergents comme mécanisme d'organisation. L'équité de Rawls, c'est-à-dire l'égalité acceptable par les différents acteurs, relève de cette conception des choses.

Si l'on veut revenir à une analogie plus forte avec la notion juridique de contrat, il convient plutôt de faire référence à la théorie précitée de la firme. Selon cette théorie, l'entreprise peut organiser son comportement par le mécanisme intégrateur du contrat et non en référence au mouvement incessant du marché. Ce choix est opéré notamment lorsque l'investissement préalable à la transaction économique est trop important et trop spécifique pour supporter le coût de transaction liée à l'insertion dans le mécanisme concurrentiel⁷⁹.

44. Dans la perspective traditionnelle et à rebours, le lien entre la théorie classique du marché et le droit de la concurrence explique que ce dernier sanctionne en principe les conventions qui organisent ainsi par anticipation et dans le temps les rapports économiques : ce pouvoir de figer est essentiellement contraire à la définition du marché qui laisse les flux en perpétuelle adaptation. Tout mécanisme d'intégration est très difficilement admis et il a fallu la montée en puissance du droit de la distribution, aux prémisses radicalement différentes puisque fondé sur le mécanisme de l'intégration économique,

Pastré, « Le gouvernement d'entreprises : questions de méthode et enjeux théoriques », *ibidem* et A. Couret, « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* », *D.* 1995, chron., p. 163 et s.

⁷⁸ A. Orléan (dir.), *Analyse économique des conventions*, PUF « Économie », 1994.

⁷⁹ V. not. l'exemple développé par L. Benzioni, préc.

pour que les réseaux de distribution sélective puissent trouver grâce. De la même façon et pendant longtemps, toute forme de coopération a été suspectée : il en résulte la situation très délicate de la filiale commune au regard du droit de la concurrence, alors qu'elle serait sans doute une conséquence naturelle des ajustements dans les comportements économiques si la théorie de la firme était appliquée. Certes, les autorités de la concurrence évoluent dans leurs anathèmes et accueillent aujourd'hui de meilleure façon la distribution sélective et les structures coopératives, afin de permettre notamment ces alliances nécessaires pour l'attaque des marchés nouvellement ouverts. Mais l'on peut alors se demander si cela ne procède pas d'une confusion entre le droit de la concurrence et la politique de la concurrence.

Les boîtes noires sur le marché, qui relèvent tout autant de l'incapacité théorique que de la stratégie d'occultation, existent encore hors du marché. Plus la théorie est totalisante et plus elle fabrique de boîtes noires.

B. — *Les « boîtes noires » hors du marché*

45. Le modèle du marché libéral ignore puissamment un concept et une question : le concept de l'État (1) ; et la question sociale (2).

1. L'élimination du politique.

46. Voilà bien le nœud de l'affaire : le marché libéral a été inventé pour se passer du politique⁸⁰ ! Ce dernier a été arraisonné par la théorie du marché⁸¹. Le marché libéral, correspondant à une définition analogique du contrat social, dispense de sa dimension politique. La « main invisible » d'Adam Smith doit être non seulement définie comme celle qui guide l'ajustement des prix mais elle doit être aussi appréhendée comme celle qui relie les hommes entre eux : la cohésion et la prospérité sont apportées par le marché. La paix aussi ; en effet, comme l'opère le contrat, le marché neutralise les passions parce qu'il fait jouer le vice contre le vice, la violence des intérêts privés entre eux. La violence est expulsée dans le marché, comme elle peut l'être dans le sacré⁸². Là aussi, le commerce international et l'idéal d'une globalisation des marchés des biens et des services, a vocation à remplacer la guerre, voire à remplacer la diplomatie. C'est d'ailleurs sur un tel raisonnement que l'Europe a été construite : établir le marché intérieur, c'est transformer les belligérants en commerçants, donc en partenaires en concurrence, c'est-à-dire en paix. Le « projet de paix universelle » s'exprime aujourd'hui de cette façon, en évocation d'un « ordre concurrentiel

⁸⁰ P. Rosanvallon, *Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil « Points politique », 1989.

⁸¹ Ainsi, la « philosophie morale et politique "anglo-saxonne"..., de Smith à Hayek, des utilitaristes à Rawls, de Locke à Nozick, fait corps avec une société dominée par l'économie » (J.-P. Dupuy, *Le sacrifice et l'envie. Le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, préc., p. 7).

⁸² V. *supra* n° 8. V. aussi sur le rôle de la monnaie comme arrêt de la violence, P. Dumouchel et J.-P. Dupuy, *L'enfer des choses. René Girard et la logique de l'économie*, 1979.

mondial »⁸³, d'apparence apolitique et aphilosophique. Mais le discours du marché ne semble pourtant pas suffire au rétablissement politique et social des pays sortis de l'organisation marxiste.

47. On remarquera pourtant la profonde ressemblance entre la théorie du marché et la théorie politique du contrat social, ce qui explique sans doute qu'elles forment les deux branches d'une même alternative. En effet, pour penser le contrat social, Rousseau a d'abord conçu l'individu, qu'il désigne dans *Le vicaire savoyard* comme un « tout solitaire et parfait » avant de poser le lien entre les individus. De la même façon, le marché postule un agent économique solitaire et parfait – au regard de la raison économique – qui entre dans un quasi-contrat social constitué par le marché. Ainsi, la théorie du marché est proprement le décalque de la théorie politique des Lumières et de la même façon qu'on a pu parler de « politique de la solitude » pour désigner la philosophie politique de Rousseau⁸⁴, on pourrait désigner le marché comme l'économie de la solitude. En cela, il est allergique au principe de fraternité, ce qui expliquera que la question sociale soit prise en charge par le politique, dans une conception politique de la cité qui est alors plus proche de celle d'Aristote et de la notion de *filia* que de celle des Lumières. Ce choix est fondamental et reste ouvert.

48. Le politique n'est pas simplement évincé par le marché libéral : il est néantisé par lui parce que le marché ne comprend pas l'État, au double sens du terme⁸⁵. On peut en effet poser que l'État est la manifestation moderne du politique. Il se définit comme une organisation radicalement distincte de celle du marché, notamment dans ses organes, ses méthodes et ses buts. Et si le marché a besoin d'institutions, notamment d'autorités de marché en charge de pouvoirs quasi-juridictionnels, cela n'implique pas que ces autorités soient nécessairement de nature étatique⁸⁶.

49. Le marché libéral n'ignore pourtant pas l'État mais il en neutralise totalement la spécificité. On peut considérer que cela est pire.

Il y a tout d'abord absorption du politique dans le marché, à travers les théories en vogue du « marché politique », développées par les économistes radicaux américains. Selon celles-ci, les élections, les choix politiques, etc., s'organisent selon des mécanismes de marché. C'est alors l'abandon du Politique comme œuvre de raison pour une description de la politique comme procédé d'ajustement et de compromis.

En outre, pour en revenir à l'État, ce dernier représente politiquement une personne incommensurable dont la puissance est légitimée par des visées supérieures⁸⁷. À ce

⁸³ V., par ex., D. Brault, *Droit de la concurrence comparée. Vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Economica « Droit des Affaires et de l'Entreprise », 1995.

⁸⁴ R. Polin, *La politique de la solitude ; essai sur J.-J. Rousseau*, Sirey « Philosophie politique ».

⁸⁵ M.-A. Frison-Roche, « L'État, le marché et les principes de droit interne et communautaire de la concurrence », *Les petites affiches*, 17 mai 1995, n° 59, p. 4 et s.

⁸⁶ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, PUF, 1986.

⁸⁷ Ce qui rend les rapports entre l'État et le droit difficiles à organiser, au regard notamment de la norme constitutionnelle (V. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF « Léviathan », 1995) et l'on sera sensible au fait que les droits économiques ont jusqu'ici été

titre, si l'État intervient sur le marché, c'est pour imposer une autre rationalité, un intérêt général supérieur à l'intérêt économique. Mais le marché neutralise l'État en le ravalant d'une façon dérisoire au statut économique de l'entreprise. Un service administratif pourra alors être qualifié d'entreprise et sanctionné par abus de position dominante. Dès lors, l'État ne peut échapper à la loi du marché ; même l'action législative doit passer sous les fourches caudines du marché concurrentiel. Le droit communautaire de la concurrence est apte à broyer l'État par le déclassement ainsi opéré.

50. Mais l'on remarquera qu'au moment où le modèle du marché concurrentiel semble triompher, notamment du Politique et de l'État, les hommes politiques, avatars du politique, se soucient du statut de l'État et lui jurent fidélité. Lorsque l'amour rousseauiste des lois se meurt⁸⁸, on ne peut plus en appeler qu'à l'amour de l'État⁸⁹. Ce mouvement a l'avantage de mettre en lumière la dimension idéologique du modèle du marché. Cela est également observable au regard de l'autre problématique absorbée : la problématique sociale.

2. L'ignorance du social.

51. L'individu est membre d'une société et s'épanouit en son sein. Cette appartenance peut être médiatisée par l'insertion dans différents groupes, comme la famille ou l'entreprise. Il est difficile de concevoir l'individu sans aucune appartenance de ce type : même si l'on retient le concept d'individu, il demeure que l'être s'épanouit en contact, protégé et promu par l'autre, le groupe et la société. La capacité d'ignorance du modèle libéral vis-à-vis de ce qui ne relève pas de lui a eu là aussi des effets destructeurs. En dehors de l'allergie que le marché libéral a du phénomène de groupe, le succès du modèle a engendré la conviction chez chacun, – même chez les enfants – que seule la consommation, donnant le statut de demandeur sur le marché, ou seule l'activité professionnelle, donnant le statut d'offreur sur le marché, permet à l'homme d'exister. S'il ne peut accéder ni à l'un ni à l'autre, il n'existe pas. La disparition du statut social de la mère de la famille – non pas la disparition des mères de famille mais la disparition de leur statut social – tient aussi à cela.

52. Ce que l'on appelle l'exclusion, que l'on associe à une néantisation intolérable de l'individu, procède d'une conception de l'individu qui est une directe et symétrique conséquence du modèle du marché : parce que l'économie a remplacé non seulement le

peu effectivement reconnus dans les normes juridiques supérieures. Ces rapports se problématisent à travers la notion d'état de droit conceptuellement développée par Blandine Kriegel (V. par ex., *L'État et les esclaves*, Calmann-Lévy, 1979, *Les Chemins de l'État*, Calmann-Lévy, 1986, *L'État et la démocratie*, Doc. fr., 1986). Mais l'application de cette notion à la matière économique est encore très heurtée, l'œil du cyclone se trouvant dans ce que l'on pourrait appeler le « service public marchand » (M.-A. Frison-Roche, « Libres propos sur le "service public marchand", dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle », *R. J. D. A.*, 1995, p. 847 et s.).

⁸⁸ *L'amour des lois*, colloque Diké, avril 1995, Montréal, à paraître.

⁸⁹ J. Picq, *Il faut aimer l'État*, Flammarion, 1995.

politique mais la société elle-même en tant qu'elle permet à l'individu de s'épanouir, l'individu est perdu hors du marché. Hors du marché, point de salut, point d'existence : l'obsession de l'exclusion est une preuve du succès du modèle du marché dans le même temps qu'elle en atteste les limites pratiques. Même si l'on prend l'autre politique qui a été menée en la matière, c'est-à-dire celle des États-Unis, on a troqué des chômeurs contre des pauvres, c'est-à-dire qu'on a choisi de faire jouer en matière de travail une problématique de marché concurrentiel⁹⁰. Mais que l'on fasse jouer au marché un rôle mécanique d'exclusion⁹¹ qui s'apparente à un anéantissement de l'individu, ou un rôle mécanique d'une intégration qui s'apparente à un rabaissement de l'individu, les réticences ne peuvent que se faire jour.

53. Si l'on poursuit, on remarquera que les efforts théoriques qui sont entrepris pour penser la question sociale⁹² et celle de l'exclusion visent à repenser le rôle et l'organisation de l'État-Providence⁹³. Ainsi Pierre Rosanvallon évoque l'impératif de « citoyenneté sociale »⁹⁴ par laquelle la solidarité à l'égard de ceux qui sont exclus, ne pouvant plus prendre assise sur une problématique d'assurance, doit désormais passer par une « reformulation du contrat social »⁹⁵. On assiste ainsi à l'affrontement de plusieurs modèles de contrat social ayant vocation à fonder la société : le marché, d'une part, le politique et le social *stricto sensu* d'autre part⁹⁶. Cela semble signifier que l'État ne peut désormais prétendre exister en tant que tel qu'en prenant en charge ce que le marché rejette. C'est ainsi qu'à l'occasion du sommet mondial sur le développement social des Nations Unies du 6 mars 1995, c'est aux États que le Secrétaire général assigne la tâche d'assumer le social, tandis qu'il était affirmé en contrepoint que « le progrès social ne sera pas réalisé simplement grâce au jeu des forces du marché »⁹⁷.

54. Le marché ne le rejette d'ailleurs qu'en tant que le social est un mécanisme de solidarité librement admise et patriotiquement pratiquée⁹⁸. Mais en tant que le social est aussi un objet économique, et des plus intéressants – que l'on songe aux mécanismes de fonds de pension –, alors que certains prédisent la disparition du social « assurantiel »⁹⁹, on voit concrètement des entreprises d'assurances poser pied sur le

⁹⁰ V. *supra* n°12 et s.

⁹¹ J.-P. Fitoussi, « Le Libéralisme, système économique du juste ou de l'injuste. Compétitivité et cohésion sociale », in *De l'injuste au juste*, préc.

⁹² La littérature prolifère mais un ouvrage de référence est certainement J.-P. Dupuy, *Le sacrifice et l'envie. Le libéralisme aux prises avec la justice sociale*, préc. V. du même auteur « Les affaires sont les affaires », in *La justice* (W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, dir.), éd. Autrement « Morales », 1994, p. 123 et s.

⁹³ P. Rosanvallon, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-Providence*, Seuil, 1995.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 51.

⁹⁶ J. Affichard et J.-B. de Foucault, *Pluralisme et équité. La justice sociale dans les démocraties*, Commissariat général du plan, éd. Esprit, 1995, faisant suite à *Justice sociale et inégalités*, éd. Esprit, 1992.

⁹⁷ J. Somavia, président du comité d'organisation du sommet, *Les Échos de l'économie* du 7 mars 1995.

⁹⁸ P. Rosanvallon, préc.

⁹⁹ F. Ewald, *La société assurancielle*, Risques, n° 1, 1990.

marché ¹⁰⁰ et c'est d'une façon entêtante que l'on demande aux juridictions si les organismes de sécurité sociale constituent ou non des entreprises, afin de remettre en cause le caractère obligatoire des cotisations. Le marché achèvera ainsi de broyer l'organisation actuelle de la question sociale.

Même si le libéralisme capitaliste reste concrètement le meilleur mode d'organisation économique, comme la démocratie l'est pour le politique, son modèle renvoie donc une image assez effrayante des vertus concurrentielles. Si le modèle du marché est effrayant, c'est parce qu'il prend aujourd'hui prise sur l'idée que la vie se résume à l'économie et à la vie matérielle, ce qui ne peut être admis. C'est ce postulat au rabais qui mérite d'être combattu à travers le modèle du marché car c'est lui qui rend ce dernier repoussant. Or, le marché peut encore punir...

III. — LE MARCHÉ, MODÈLE DE L'AUTOSUFFISANCE PAR SON APTITUDE À PUNIR

55. Le marché punit qui ne joue pas sa loi (A). Et le droit de la concurrence y prête main forte. C'est pourquoi il faut donner dans bien des cas une définition répressive de cette branche du droit, voire la rattacher expressément aux théories de la défense sociale (B).

A. — *La loi du marché*

56. Cette loi du marché va entraîner deux mouvements que le droit prendra ensuite en relais. Ils sont d'ailleurs liés entre eux : la concentration des puissances (1) et l'élimination du faible (2).

1. La concentration des puissances.

57. La concentration des puissances relève de la mécanique du marché et, qu'on la craigne ou qu'on l'approuve au regard de la théorie économique ¹⁰¹, le droit de la concurrence la laisse en principe jouer, dès l'instant que la position dominante ne dégénère pas en abus.

58. Mais on relève alors l'ambiguïté du contrôle des concentrations et la difficulté corrélatrice à le classer dans le droit économique. En effet, si le droit de la concurrence est le garde-fou d'un marché spontané et n'intervient que dans l'hypothèse d'abus, le contrôle des concentrations ne peut participer de lui. Dès lors, si ce contrôle existe, c'est

¹⁰⁰ Cl. Bébéar, « Pour un changement radical du système », in *La protection sociale demain, Droit social*, 1995, n° 9-10, p. 734 et s.

¹⁰¹ J. Schumpeter, préc.

au titre de la politique de la concurrence ¹⁰² et l'on comprend que le droit français réserve alors ce pouvoir au Ministre de l'économie, alors que l'application du droit de la concurrence est entre les mains d'organismes juridictionnels ou quasi-juridictionnels. On observe ici une revanche du politique sur le marché ¹⁰³, exprimée par les termes mêmes de « politique de la concurrence » ; mais dans le même temps des auteurs observent l'incohérence qui en résulte et les hésitations du droit, notamment communautaire, en la matière. Peut alors être prônée une réintégration du droit des concentrations dans le droit de la concurrence *stricto sensu*, rapproché alors des mécanismes de contrôle des ententes ¹⁰⁴. Si le mécanisme de concentration des puissances peut se heurter au pouvoir d'une politique de la concurrence, c'est en raison de l'autre effet de la loi du marché qu'il peut s'agir de contrat, effet qui est l'élimination des faibles, ce qui renvoie d'ailleurs à la problématique de la question sociale et de la prise en charge par le politique ¹⁰⁵.

2. L'élimination des faibles.

59. L'analogie est souvent faite entre la loi du marché et « la loi de la jungle ». La présentation du marché comme un fait accroît la puissance de cette loi fatale ¹⁰⁶. Ainsi, c'est la loi de la nature qui est la référence ultime de la loi du marché. À la soumission cartésienne de la nature physique par l'homme, succède une domination post-moderne de l'homme au marché. Or, la modernité avait voulu poser que l'homme était sorti de cette loi de domination naturelle par la civilité et, au regard de la présente philosophie de la soumission de l'homme au marché, l'on ne peut s'empêcher de penser à la philosophie désespérée de Sade, liant dramatiquement élimination du faible, loi de la nature et relativité des mœurs et du droit. À cet égard et indépendamment des situations individuelles, on comprend cette utilisation actuellement si fréquente du terme de « désespoir » attaché à la question sociale, désignant la soumission commune à cette nouvelle loi de la nature, avec laquelle on semble ne plus concevoir de bras de fer. Si un philosophe affirmait de nouveau et dans un autre sens qu'il ne faut pas désespérer Billancourt, cela ne signifierait-il pas qu'il faut cacher à l'homme la loi du marché, éviter qu'il en ait conscience, pour qu'il arrive à la supporter ?

60. Plus techniquement, le droit de la concurrence étant le serviteur de la loi du marché ¹⁰⁷ ne prend pas la défense du faible contre le fort, dès l'instant qu'un effet négatif sur le marché n'est pas observé. En outre, si le marché est altéré et le comportement anticoncurrentiel sanctionné à ce titre, c'est mécaniquement que le faible est de fait protégé par le rétablissement du bon fonctionnement du marché puisque ce dernier neutralise les rapports de force, mais cette protection n'est jamais le but de l'intervention des auto-

¹⁰² Sur les difficultés à distinguer droit de la concurrence et politique de la concurrence, v. *supra* n° 44.

¹⁰³ V. *supra* n° 46 et s.

¹⁰⁴ D. Brault, « Ententes et concentration : y aurait-il un accord tacite de répartition sur le marché de la protection de la concurrence ? », *R. J. D. A.*, 1995, p. 90 et s.

¹⁰⁵ V. *supra* n° 51 et s.

¹⁰⁶ V. *supra* n° 1 et s.

¹⁰⁷ V. *supra* n° 28 et s.

rités de la concurrence. Cela explique que l'entreprise victime ne puisse leur demander réparation du préjudice qu'elle a subi : cela n'est pas le propos.

61. Mais cette conception particulière du droit de la concurrence engendre des conflits au sein du système juridique dans la mesure où l'évolution de ce dernier a fait prospérer par ailleurs des droits unilatéraux de protection, par lesquels le pouvoir juridique entend d'une façon directe et volontaire rééquilibrer de droit des rapports déséquilibrés de fait, tels les rapports de travail ou de consommation. Pour prendre ce dernier exemple, le droit de la consommation peut se définir comme la défense massive du faible profane contre le professionnel averti. Mais le consommateur est par ailleurs la pièce maîtresse du marché concurrentiel, au sein duquel son statut diffère du précédent ¹⁰⁸. Dès lors, il y a antinomie entre droit de la concurrence et droit de la consommation, contradiction à propos de laquelle le système juridique n'a pas encore su élaborer une règle de conflit. Cette lacune du système juridique a vocation à le perturber durablement tant qu'on n'établira pas une règle de compatibilité ou une règle de hiérarchie entre ce droit de la situation dans laquelle évolue des personnages qu'est le droit de la concurrence et ce droit des individus en situation qu'est le droit de la consommation.

62. Ce conflit logique peut faire place au sein du système juridique à un conflit politique. Ainsi le marché est dynamique par sa puissance d'élimination des agents économiques inadaptés au profit d'agents économiques innovants. À cette conception correspondait l'ancien droit des faillites défini comme des voies d'exécution appliquées aux entreprises. Or, la loi du 25 janvier 1985 a renversé la tendance en déployant un système de survie, plus ou moins artificielle, des entreprises en difficulté. Indépendamment du peu de succès du dispositif, ce déploiement de mesures dérogatoires permettant à l'entreprise défaillante de continuer son activité, au besoin avec des aides d'État, sans devoir payer ses dettes, tout en contraignant ses partenaires économiques à maintenir leurs liens avec elle, constitue une législation anticoncurrentielle qui perturbe le marché. Fondamentalement, il y a une contradiction politique entre ce droit des procédures collectives et le droit de la concurrence. On remarquera d'ailleurs que l'État a pris pied dans le droit de la faillite, dont on a noté la publicisation, marque cette dialectique de pouvoirs entre l'État et le marché ¹⁰⁹, l'État cherchant par d'autres branches du droit à retrouver son pouvoir régulateur.

Mais cela est d'autant plus difficile que le marché s'est approprié ce qui fut la marque du politique, détenteur de la violence légitime : la répression. En effet, les théories de la « défense sociale » élaborées au XIX^e siècle connaissent aujourd'hui une résurgence étonnante, tant en droit de la concurrence qu'en droit financier, à travers ce qu'on peut analogiquement désigner comme une théorie de la « défense économique ».

¹⁰⁸ V. *supra* n° 7 et s.

¹⁰⁹ V. *supra* n° 46 et s.

B. — *La « défense économique »*

63. Le droit du marché présente un caractère répressif que ne saurait masquer le caractère formellement administratif des sanctions prises en la matière (1), cette répression s'organisant selon le modèle de la défense sociale (2).

1. Le caractère répressif du droit du marché.

64. L'on a développé du marché une conception organistique, celle-là même que Michel Foucault dénonçait dans la conception classique du « corps social »¹¹⁰. Ainsi, l'entreprise et l'agent économique sont des cellules, nourries et actives sur le marché, dont les interactions assurent la vitalité du tissu économique. À cette conception organistique du marché, s'ajoute un anthropomorphisme naïf. Il est particulièrement avéré concernant les marchés financiers : le marché est morose, frémit, s'impatiente, s'inquiète, s'interroge, exige, etc. Si on veut critiquer son mode de fonctionnement, on dira aisément qu'il est « cruel »¹¹¹... Les marchés doivent se défendre contre les agressions métaphoriquement microbiennes. Le droit des marchés réagit en conséquence sur un mode répressif pour éliminer les cellules nocives et développer des prophylaxies. L'intervention des autorités de marché relevant d'une sorte de santé publique avec laquelle on ne saurait badiner en raison des risques de contamination – dont le risque systémique constitue un exemple – doit prendre la forme la plus radicale possible.

65. Ainsi, le droit du marché est répressif. Non seulement parce qu'il établit aisément des passerelles vers le droit pénal, mais encore parce que, d'une façon intrinsèque, il a pour fonction de sanctionner ceux qui portent atteinte à sa loi, ceux qui utilisent des informations privilégiées sur le marché financier, ceux qui construisent ces sortes de digues prohibées que sont les ententes sur le marché des biens et des services, etc. Cette nature répressive peut se justifier dans une économie libérale dans la mesure où responsabilité et liberté vont de pair. Sans doute pourrait-on préférer une définition franchement pénale du droit des marchés, telle qu'on la trouve aux États-Unis, avec les règles d'interprétation et les garanties assorties, plutôt que le régime équivoque des sanctions administratives qui prévaut en France, sans que les garanties procédurales qui limitent et donc légitiment la répression, trouvent pleinement à s'appliquer. Plus fondamentalement, c'est une réglementation administrative de l'économie qui prend souvent forme grâce à l'outil répressif, brisant alors le lien entre droit pénal et liberté. C'est un premier point de contact avec les théories de la défense sociale.

¹¹⁰ *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard « Bibliothèque des histoires », 1972, rééd. « Tel », 1993.

¹¹¹ P. Rasmussen au sommet mondial sur le développement social, préc.

2. La transposition des principes de la « défense sociale ».

66. C'est le plus préoccupant dans l'état actuel de la législation économique du marché. On sait que la conception organistique de la société a suscité la théorie pénale de la défense sociale ¹¹². Dans ce cadre, l'intentionnalité, le libre arbitre, la conscience pénale, etc., n'ont aucune pertinence. Seules entrent en ligne de compte la dangerosité de la personne et la mesure de sûreté qui entraînera de façon adéquate sa neutralisation. On a critiqué à juste titre le peu de cas que cette théorie fait de la personne et la prédominance sans partage du groupe sur l'individu.

Mais que l'on regarde la sanction des ententes et des abus de position dominante : il s'agit bien d'une répression établie sur la notion de dangerosité. Ainsi pour sanctionner les ententes, il suffit que l'accord ait eu pour effet de perturber le marché, même s'il ne l'a pas eu pour objet. *Exit* l'intentionnalité. Nul besoin d'une faute pour sanctionner l'abus de position dominante. *Exit* la culpabilité. L'important est de mettre fin d'une façon générale aux comportements dangereux ou potentiellement dangereux pour l'intégrité du marché ou son efficacité concurrentielle. *Exit* l'obligation d'interpréter strictement les règles répressives. En cela, le droit de la concurrence et le droit financier des sanctions traduisent ce qui fut la théorie pénale de la défense sociale ; et puisque le social est réduit par le marché à l'économique, il s'agit bien d'un avatar, d'une théorie sous-jacente de « défense économique ».

67. Un des meilleurs exemples qu'on puisse en donner se trouve dans l'arrêt *Continental Can* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 21 février 1973 ¹¹³. Il s'agissait d'une concentration d'entreprises, opérée au regard d'un droit communautaire qui, à l'époque, ne comportait pas de mécanisme de contrôle des concentrations. Mais il a suffi que les juges affirment qu'un tel accroissement de puissance ne pouvait que conduire à des comportements anticoncurrentiels pour qu'ils puissent intervenir, sans texte spécifique et au nom du contrôle des abus de positions dominantes. Indépendamment de la balafre ainsi infligée au principe de la légalité des délits et des peines, il faut donc poser que certaines formes d'entreprises conduisent à des comportements déviants, selon la théorie de l'abus automatique, lorsque l'entreprise est très puissante, lorsqu'elle est tenue par l'État qui dispose par ailleurs du pouvoir régulateur, etc. Mais comment ne pas y reconnaître la théorie du criminel-né ? Et comment ne pas s'alarmer des risques que ce type de raisonnement comporte ?

On avait dénoncé les excès de la théorie de la défense sociale. L'on ne pointe pas assez du doigt ceux de cette sorte de défense économique. Cette défaillance tient fondamentalement à l'adhésion théorique si forte aujourd'hui, trop forte au modèle du marché.

¹¹² Lombroso, *L'homme criminel*, 2ème éd. franç., 2 vol., Alcan, 1895.

¹¹³ R. Saint-Esteben, *Clunet* 1974, p. 428 ; J. Vandamme, *Cah. dr. eur.* 1974, p. 112.