

Le pouvoir économique	563
La propriété	591
La régulation	611
La responsabilité	631
Le risque	655
L'Union européenne	671
Le vivant	693
Table des matières	713

INTRODUCTION

Jean-Baptiste RACINE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

À Gérard

À Laurence

À Antoine

Parler du droit économique au XXI^e siècle est ambitieux, sinon irraisonné. Ce siècle n'a que vingt ans ; il est dans sa jeunesse et son avenir est encore devant lui. À ceci s'ajoute que le découpage en siècles est forcément arbitraire et qu'il n'y a jamais de rupture lors du passage d'un siècle à un autre. L'ambition est en réalité autre. Le présent ouvrage a pour objet de faire un bilan du droit économique aujourd'hui et de tenter d'esquisser les voies futures d'évolution. Le droit économique a un passé. Il a aussi, plus que jamais, un avenir tant les questions qu'il traite sont devenues essentielles à l'époque contemporaine.

Le passé du droit économique est connu¹. Il est inutile de le retracer ici en détail². Disons qu'il y a plusieurs foyers d'éclosion et d'expansion et plusieurs écoles de droit économique.

Ce sont d'abord les États-Unis qui ont créé le droit de la concurrence, autrement dit le droit *antitrust*, lors de la bascule entre le XIX^e siècle (*Sherman Act* de 1890) et le XX^e (*Clayton Act* de 1914). Mais le droit économique a vraiment émergé en tant que tel en Allemagne lors de la République de Weimar (*Wirtschaftsrecht*)³. Puis, il fut utilisé au début de l'URSS, notamment sous l'impulsion de Pachoukanis⁴, ce jusqu'aux purges staliniennes. Le droit économique a ensuite connu l'une de ses plus belles consécration à la faveur de la création de la Communauté européenne, devenue depuis Union européenne (l'Europe étant, dans ce schéma, construite avant tout par l'économie et par le droit). Tout au long du XX^e siècle, le droit économique a permis d'appréhender l'économie en tant qu'objet juridique. Car c'est bien cela le droit économique : le droit dont l'objet est l'économie,

1. Pour une réflexion déjà ancienne, nous conseillons la lecture d'un auteur hongrois (F. DE KRÁLY, « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in *Mélanges F. Geny*, 1935, t. 3, p. 111).

2. V. G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 20 et s.

3. L'auteur phare en la matière était J.W. HEDEMANN (*Reichsgericht und Wirtschaftsgericht*, Jena, 1929).

4. E.B. PACHOUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, L'asymétrie, Réverbérations, 2018 (texte originel de 1924).

plus spécialement les rapports économiques⁵. Il s'intéresse alors à l'action de l'État sur l'économie (que l'État soit dirigiste ou, à l'inverse, refuse d'intervenir dans l'économie). Il s'intéresse aussi aux comportements des acteurs privés, ce pour révéler, à la faveur du mouvement de concentration, une forme de dirigisme privé (qui appelle l'intervention du droit de la concurrence). À vrai dire, dans cette perspective, le droit économique est neutre idéologiquement. Dans la mesure où l'économie est prise comme objet et que, partant, elle est objectivée, peu importe l'idéologie sous-jacente. Le droit économique peut être libéral ou dirigiste. Il peut aider au bon fonctionnement d'une économie de marché ou, à l'inverse, mettre en forme juridiquement les outils d'une économie dirigée et planifiée. En toute hypothèse, quel que soit le modèle économique adopté, l'économie ne peut jamais se passer de droit. Même dans une économie au libéralisme le plus poussé, il faut encore du droit pour en assurer le bon fonctionnement. Il faut ainsi reconnaître le droit de propriété, accorder la force obligatoire au contrat, établir des règles de responsabilité civile, etc. Les travaux de Hayek, penseur libéral s'il en est, sont en ce sens, même si l'auteur défend un ordre spontané au détriment d'un ordre construit⁶.

Dans cette optique, Gérard Farjat aimait à rappeler qu'il y avait des cycles en droit économique⁷. Dès lors que l'on raisonne sur la base des rapports entre État et marché (ce qui peut être perçu comme une vision simplificatrice des choses), il y a au gré des cycles plus ou moins d'intervention de l'État et plus ou moins de liberté laissée au marché. La réalité laisse actuellement une place prépondérante aux logiques de marché, ce qui aboutit à des tendances à la marchandisation⁸ ou à la marchéisation. Toutefois, l'État est toujours là en garant de dernier ressort. La crise sanitaire liée à la pandémie de covid-19 l'a montré. L'État est toujours présent et a la capacité d'intervenir. Sa non-action est donc une forme d'action rentrée ou retenue, l'État pouvant mobiliser à tout moment ses capacités pour, en temps de crise (c'est alors conjoncturel), prendre les mesures qui s'imposent au besoin au moyen de « vieilles » méthodes (on pense par exemple aux

5. Sur la notion de rapports économiques, v. G.-J. MARTIN, *Cours de Droit économique général*, DEA de droit économique de Nice, 2000-2001, inédit : « Les rapports économiques sont ceux qui, à la faveur du phénomène de concentration, ont pour objet ou pour résultat la centralisation des décisions et du pouvoir économique ou la réglementation (ou la régulation) des échanges entre les unités de production ou entre les unités de production et les tiers ».
6. F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, 2013. V. aussi, D. DANET, « Le droit économique doit-il être hayekien ? », *RIDE* 1995, p. 407.
7. Faisant en cela référence à P. VER LOREN VAN THEMAAT, « Les rapports entre les grands principes de 1789 (Leur évolution dans le temps et dans l'espace) », in *Liberté et droit économique*, G. FARJAT et B. REMICHE (dir.), De Boeck, 1992, p. 187.
8. E. LOQUIN et A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, Litec, 2010.

nationalisations) ou bien de formes d'« amortisseurs » sociaux (chômage partiel, garanties des prêts, etc.).

Il existe aussi une pluralité d'écoles. La première qui nous vient en tête est bien sûr l'École de Nice, celle qui nous a formé. C'est alors le nom de Gérard Farjat qui émerge, véritable figure de proue de l'école niçoise de droit économique. N'oublions pas tous les autres foyers qui ont fait vivre et font encore vivre le droit économique, comme, notamment, l'École de Rennes (Claude Champaud et Jean Paillusseau), l'École de Dijon (plus orientée sur le droit économique international), l'École de Bruxelles (le Centre Perelman travaillant sur des objets relevant du droit économique)⁹ ou bien encore Sciences-Po Paris (avec les travaux de Marie-Anne Frison-Roche). Ajoutons à cela tous les réseaux existants, notamment par le biais de l'Association internationale de droit économique, fondée en 1982 à Tunis par Gérard Farjat, Alexis Jacquemin et Bernard Remiche¹⁰. À travers le monde, le droit économique a une vie académique intense et continue.

Il reste que le droit économique est toujours regardé avec un certain scepticisme par nombre de juristes. La raison essentielle est qu'il n'y a pas d'accord sur sa définition ou son périmètre. Gardons-nous de proposer une énième définition du droit économique. Comme le pensait Gérard Farjat, le droit économique vit sans définition¹¹. Et il n'est plus question aujourd'hui de se demander si le droit économique existe ou non¹². Néanmoins, dans les milieux académiques, parler de « droit » désigne habituellement une matière aux contours définis, assise sur un corps de règles cohérent, règles le plus souvent contenues dans un code. Rien de tel en droit économique (encore que la Belgique connaisse un Code de droit économique). On ne saurait le réduire aux seuls droit de la concurrence, droit de la distribution et droit de la consommation. Le droit économique est transversal dès l'instant où il s'intéresse à l'économie, dès lors qu'est identifié un rapport économique. Branche du droit ? Matière ? Discipline ? Peu importe. Ce qui compte, c'est le couplage droit/économie. Le droit économique est l'ensemble des règles de droit, d'où qu'elles proviennent, qui permettent au droit d'appréhender les phénomènes économiques, les rapports économiques. C'est pourquoi le droit économique est souvent vu comme une méthode ou une lecture du droit et non comme une matière à part entière, au périmètre prédéfini. Ainsi, si l'on découpe le droit en disciplines, le droit économique fait figure d'intrus, car il ne s'intègre véritablement dans

9. B. FRYDMAN, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans l'action économique*, Th. KIRAT et E. SERVERIN (dir.), CNRS éd., 2000.
10. <http://www.aide-ride.org>.
11. « La notion de droit économique », *Arch. philo. dr.* 1992, p. 27.
12. G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges Vigreux*, Toulouse, 1981, t. 2, p. 767.

aucune, ou, au contraire, les pénètre toutes dès lors qu'un rapport économique existe.

L'autre source de scepticisme, voire de contestation du droit économique, tient aux soubassements idéologiques de certaines écoles de pensée. Si le droit économique, en tant que tel, est neutre idéologiquement, en ce qu'il peut servir toutes les visions possibles de l'économie, ses penseurs ne le sont généralement pas. À Nice, dans les années 1970-80, l'inspiration puisait dans une analyse critique du droit, pour certains de source marxiste¹³, d'autres non. L'école niçoise rejoignait ainsi le Mouvement Critique du droit¹⁴. Gérard Farjat pouvait ainsi écrire en 1982 que le droit économique était l'antithèse du modèle juridique libéral (avec comme conséquences l'existence d'un droit de l'organisation de l'économie, la collectivisation du droit et l'effacement de la distinction du droit public et du droit privé)¹⁵. La coloration critique de la pensée niçoise a créé une forme d'affrontement avec une doctrine plus « classique ». Les lignes de front étaient multiples, et il faut avouer que certains de nos collègues niçois ne faisaient pas toujours preuve de diplomatie... Le droit économique était sulfureux. Tout cela est derrière nous désormais, car l'état de la pensée ne doit pas être figé à un stade historique. Gérard Farjat s'est converti au libéralisme dans les années 1990, époque où nous l'avons personnellement connu. C'est une conversion réaliste qui l'a guidé : il a accepté de considérer que l'économie de marché présentait bien des vertus pour peu qu'elle soit suffisamment encadrée et régulée par le droit. Il répétait à l'envi, lui qui avait connu la guerre lorsqu'il était enfant, que « mieux vaut pousser un caddie que tirer au fusil »¹⁶. Il disait que l'économie n'était pas « si mauvaise fille que cela » (lui, qui avait avant tout en horreur, et en opposition, tout intégrisme religieux, quel qu'il soit). Il estimait que le marché était « libérateur »¹⁷. La pensée s'est dès lors en grande partie dégagée de toute idéologie, sans perdre son aspect critique¹⁸ (mais la critique est l'apanage de la doctrine, car il n'y a pas de doctrine digne de ce nom si elle n'est pas critique, dans le

13. À titre personnel, le cours de droit civil que nous avons suivi en première année en 1987 était donné par Laurence Boy qui avait intitulé son cours « Introduction au droit bourgeois ». Premier contact avec le droit civil... Fabrice Siirainen, qui était assis sur les mêmes bancs, s'en souvient également.

14. M. KALUSZYNSKI, « Sous les pavés, le droit : le Mouvement Critique du droit ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et société* 2010, p. 523.

15. *Droit économique*, PUF, 2^e éd., 1982, p. 701 et s.

16. G.-J. MARTIN et J.-B. RACINE, « Gérard Farjat et la doctrine », *RIDE* 2013, p. 409.

17. G. FARJAT, *Pour un droit économique*, op. cit., p. 180.

18. F. SIIRAINEN, « Les dynamiques contemporaines du droit économique et la question du sens : quel avenir ? », in *Le sens des libertés économiques de circulation*, J.-S. BERGÉ et G.-C. GIORGINI (dir.), Larcier, 2020, p. 83.

sens noble du terme). L'idée fondamentale est que le droit ne doit pas être un suiveur ou un serviteur de l'économie¹⁹. Ce n'est pas elle qui doit dicter les règles, particulièrement les règles de droit. Il faut une économie de droit, comme il existe un État de droit, c'est-à-dire une économie soumise au droit²⁰. Une telle vision des rapports entre droit et économie est apte à fédérer, car elle introduit un élément de maîtrise du réel et permet au droit de concilier l'adaptation aux faits et la poursuite de buts politiques. C'est ici à la rivalité de deux normativités que l'on assiste : la normativité juridique et la normativité économique. Il existe bel et bien une normativité économique, celle issue des sciences économiques, qui raisonne en termes d'efficacité et d'allocation optimale des ressources. Pour reprendre les mots de Bruno Oppetit, le droit ne doit pas se plier systématiquement aux exigences de l'économie, à peine de nier sa normativité²¹.

L'émergence d'un droit économique de l'environnement est un bon exemple de cette vision du droit. Sous l'impulsion de Gilles J. Martin, cette approche du droit de l'environnement a non seulement permis de renouveler la matière, mais l'a inscrite dans les réalités du temps présent²². Les outils du droit économique sont utilisés pour protéger l'environnement (notamment par l'usage de techniques de marché ou bien encore de produits financiers). Le droit de l'environnement sera économique ou ne sera pas. C'est une manière d'englober dans la règle juridique l'objet économique et une finalité politique (la protection de l'environnement).

Dans cette optique, le droit économique se distingue du droit des affaires. Même si nous avons conscience de caricaturer quelque peu le propos, le droit des affaires se propose de donner les outils juridiques aux acteurs économiques pour faire des affaires (*doing business*). L'essence de ce droit est utilitariste (sans pour autant que nous attachions à ce qualificatif un quelconque sens péjoratif). Le droit économique, du moins tel que conçu à Nice, se veut plus « politique ». Il dépasse une logique purement utilitariste pour faire entrer une analyse des buts politiques de la règle de droit (sachant que l'utilitarisme est aussi le reflet d'un but politique : donner aux agents économiques les outils pour faire des affaires est facteur de création de richesses, de croissance, d'emploi, etc.). En toute hypothèse, l'attachement aux valeurs est important. Le droit est fait pour les hommes. Il est

19. A. JACQUEMIN, « Le droit économique, serviteur de l'économie ? », *RTD com.* 1972, p. 283. V. aussi, L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in *Une certaine idée du droit*, Mélanges A. Decocq, Litec, 2004, p. 605.

20. G. FARJAT, *Pour un droit économique*, op. cit.

21. « Droit et économie », *Arch. philo. dr.* 1992, p. 17, spéc., p. 21.

22. *Pour un droit économique de l'environnement*, Mélanges G.-J. Martin, éd. Frison-Roche, 2013.

porteur d'humanisme²³. Il ne saurait se réduire à la préservation de valeurs marchandes. Ainsi, le droit économique peut aussi être vu comme le lieu où s'opère ou se tente la conciliation des valeurs marchandes et non marchandes²⁴. Le mot de conciliation est important à nos yeux. S'il ne faut pas sacrifier les valeurs non marchandes sur l'autel des valeurs marchandes, l'inverse est tout aussi vrai. L'art du compromis est difficile et le juriste doit être là pour trouver et proposer des outils d'équilibrage. Le droit économique ne saurait être considéré comme un droit anti-utilitariste.

L'ancien logo du CREDECO (Centre de recherche en droit économique de Nice auquel s'est substitué le GREDEG) est évocateur de cette logique :



Le bleu, en haut à gauche, symbolise l'économie, le rouge, en haut à droite, le social et le vert, en bas à gauche, l'environnement. Ce logo est représentatif de la logique d'imbrication des trois formes d'intérêts. L'idée est qu'il ne faut sacrifier aucun des intérêts, mais au contraire qu'il convient de les associer. Le droit économique doit être porteur d'une telle logique.

Qu'en est-il alors du droit commercial ? Il existe toujours un Code de commerce. Mais son champ d'application s'est élargi au-delà de son périmètre d'origine (sans compter toutes les autres règles contenues ailleurs que dans le code lui-même). Les notions de commerçant et d'actes de commerce ne sont plus centrales. C'est la notion d'activité économique qui est devenue

23. En ce sens, au regard du droit de la *compliance*, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Compliance et personnalité », *D.* 2019, p. 604. V. aussi, L. BOY, J.-B. RACINE et F. SHIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009 ; I. PARACHKÉVOVA, J.-B. RACINE et M. TELLER, « La doctrine juridique humaniste », in *Mélanges F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 589.

24. V. *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges A. Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2003.

prédominante. L'expression de droit commercial devient donc réductrice. C'est celle de droit économique qui est plus pertinente, celui-ci étant alors conçu comme le droit des activités économiques, quelles qu'en soient leurs formes. Le droit commercial, du moins tel que conçu au XIX^e siècle, est bel et bien en train de disparaître²⁵ ! À tout le moins, s'il ne disparaît pas complètement, il est marginalisé et compartimenté.

L'autre reproche qui a été fait au droit économique est qu'il ne serait pas du droit. « Le droit économique, ce n'est pas du droit ». Combien de fois avons-nous entendu cette phrase ! Cela est vrai que si l'on voit le droit avec les yeux de la seule technique juridique. Le droit économique oblige à ne pas voir le droit uniquement de l'intérieur pour le voir, aussi, de l'extérieur. Le droit économique confronte le droit aux faits, par le biais notamment de l'analyse substantielle. À certains égards, il a donc partie liée avec la sociologie du droit²⁶. Il sollicite également la philosophie du droit²⁷. Il va de soi également que les sciences économiques et de gestion sont utiles pour le juriste de droit économique, car elles nourrissent la réflexion sur ce qu'est (ou doit être) le droit. Le droit économique est donc bien du droit, mais il force à conduire une analyse juridique de l'économie, avec des outils qui ne sont pas toujours classiques. Il pousse à une certaine forme d'interdisciplinarité, disons même à une sorte de métissage des savoirs. Le droit économique incite à considérer et à appréhender le droit comme une science sociale.

Dans cette mesure, le droit économique doit être distingué de l'économie du droit. Les deux sont proches en ce qu'ils croisent droit et économie. Toutefois, le droit économique porte une analyse juridique de l'économie tandis que l'économie du droit soutient une analyse économique du droit. Le droit économique est une discipline juridique tandis que l'économie du droit est une discipline économique. Les deux se parlent néanmoins. Un dialogue constructif se noue entre ces deux approches du couplage droit/économie. L'angle de vue est différent, mais les deux travaillent sur les zones de rencontre entre droit et économie. Il serait cependant inexact de penser que les rapports sont toujours pacifiques. Il y a des tendances à l'hégémonie des deux côtés. L'économie, au nom de l'efficacité, peut avoir tendance à dicter la règle de droit. Le droit, bras armé du politique, peut aussi prétendre imprimer sa marque à l'économie. Si nous pensons que c'est au droit d'exercer son emprise sur le réel économique (non pas par

25. J. PAILLUSSEAU, « Le droit commercial va-t-il disparaître ? », *D.* 2019, p. 2129. Le constat est cependant ancien, v. A. PIROVANO, « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTD com.* 1985, p. 219.

26. F. TERRÉ, et M.-A. FRISON-ROCHE, (dir.), *Sociologie du droit économique*, L'année sociologique, 1999.

27. *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? Mélanges G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999.

corporatisme de juriste, mais parce le droit est seul garant des grands équilibres), une autre manière d'appréhender les rapports entre le droit et l'économie est de raisonner sur la base d'une analyse systémique, plus précisément intersystémique. La théorie des systèmes, autrement dit l'auto-poïèse, appliquée dans le champ social par Luhmann, est apte à apporter une conciliation entre droit et économie et à sortir d'une logique de confrontation²⁸. En substance, cette théorie fait du droit et de l'économie des sous-systèmes du système social qui communiquent entre eux. Selon une terminologie bien connue, le système juridique se caractérise par une « clôture normative » (seul le droit définit comme juridiques les éléments qu'il reconnaît comme tels) et une « ouverture cognitive » (le droit est ouvert à d'autres systèmes et intègre dans sa normativité des éléments extérieurs à son propre système). Dans cette perspective, Benoît Frydman considère que « Dans la société polysystémique où nous vivons, il n'y a ni sommet ni centre mais une pluralité d'approches qui se répondent et s'interpénètrent »²⁹. C'est une manière de réconcilier les deux systèmes – juridiques et économiques – en ne donnant la prévalence ni à l'un ni à l'autre.

Quoi qu'il en soit, le droit économique bouscule les habitudes. Il oblige à une remise en cause des modèles juridiques, car l'économie est un terrain mouvant. René Savatier, plaidant en 1961, à l'époque de l'économie dirigée, pour un enseignement du droit économique dans la Faculté de droit pouvait écrire : « Alors que le droit de nos aînés était statique, les fins économiques poursuivies nous obligent à penser en termes de mouvement nos concepts juridiques eux-mêmes »³⁰. Nous ne sommes donc pas en présence d'un droit pensé pour des siècles, à l'image d'un monument impérissable et immuable. La règle de droit économique est mouvante, se situe tant dans l'*ex ante* que dans l'*ex post*, change pour tenter de s'adapter à la réalité.

Le droit économique, comme le droit de manière générale, est en effet tributaire des évolutions de la société. À ce titre, en simplifiant le propos, le droit économique a connu trois âges qui se résument à trois mots : concentration, globalisation et numérisation.

Le premier âge du droit économique, et c'est son acte fondateur en quelque sorte, a révélé le mouvement de concentration économique et les ruptures dans le droit classique qu'il a portées³¹. Le manuel de Gérard Farjat publié

28. N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », *Arch. philo. dr.* 1986, p. 163 ; « Le droit comme système social », *Droit et société*, 1989, p. 53.

29. « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », préc.

30. « La nécessité de l'enseignement d'un droit économique », *D.* 1961, chron., p. 117.

31. L. BOY et A. PIROVANO, « Ambiguïtés du droit économique (approche méthodologique) », *Process* 1981, n° 7, p. 7.

dans la collection Thémis des PUF est tourné vers la révélation de ce mouvement de concentration³². Il en découle l'apparition tout au long du xx^e siècle de pouvoirs privés économiques, rivaux ou complices des pouvoirs publics, aptes à organiser, voire diriger l'économie tout comme le font les pouvoirs publics eux-mêmes. Dans cette perspective, le droit économique révèle l'existence d'un pouvoir économique (et pour nous, c'est avant tout le droit du pouvoir économique³³). Cette analyse est à rebours d'une analyse classique qui ne voit le pouvoir qu'entre les mains des autorités publiques, les personnes privées étant conçues comme des sujets libres et égaux. Ce consensus issu des Lumières a éclaté au fil du temps et il faut désormais saisir le pouvoir là où il est : entre les mains d'entreprises privées détentrices d'un pouvoir économique, d'un pouvoir tout court. Il n'est pas question de diaboliser ce pouvoir (et de dénoncer – l'antienne est connue – les « puissances de l'argent » en criant au loup)³⁴. Il faut et il suffit de raisonner en juriste. Dès lors qu'un pouvoir est identifié, il en découle des conséquences nécessaires, notamment en termes de responsabilité. C'est là où il faut dépasser une approche purement formelle pour se livrer à une véritable analyse substantielle. Gérard Farjat avait raison de dire que « L'apport des juristes au pouvoir économique peut faire pénétrer plus intimement l'état de droit dans le système juridique »³⁵.

Le deuxième âge du droit économique se réfère à la globalisation (ou à la mondialisation, peu importe), Gérard Farjat en ayant fait un « champ exemplaire pour le droit économique »³⁶. À la fin du xx^e siècle, le mouvement de globalisation s'est accéléré, synonyme entre autres d'interdépendances accrues, de financiarisation de l'économie et de dépassement de la souveraineté étatique. Certes, à l'heure actuelle, la globalisation semble freinée (notamment en raison de la crise de la covid-19). Il n'en demeure pas moins que les économies n'ont jamais été aussi interdépendantes. Les répercussions sur le droit sont fortes. L'économie étant globalisée, le droit ne peut plus s'appliquer selon les mêmes méthodes qu'auparavant. Bien plus, cette globalisation entraîne une montée en puissance des normativités privées³⁷, autrement dit des phénomènes révélateurs d'un pluralisme

32. *Droit économique*, *op. cit.*

33. Pour G. FARJAT, « Manifestement, le droit économique est essentiellement le droit des gouvernants ou des décideurs de l'économie » (*Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 67).

34. Sur les dangers et les limites d'une telle « diabolisation », v. L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2019, p. 40-41.

35. *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 195.

36. *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 151.

37. M. SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, 2002, p. 43.

juridique³⁸ (v. la *lex mercatoria*³⁹). La figure de la pyramide normative est dépassée (du moins partiellement), et l'on parle désormais d'un droit en réseau⁴⁰. Le thème du pouvoir économique reste néanmoins central. Avec la globalisation de l'économie, ce sont les pouvoirs privés économiques qui se sont eux-mêmes globalisés. Les firmes sont devenues mondiales et le mouvement de concentration n'a connu aucune frontière nationale. D'où l'importance d'un droit économique international (distinct du classique droit international économique) apte à appréhender les phénomènes de pouvoir économique transfrontières et transnationaux⁴¹. Dans cette perspective, l'hypothèse d'un droit global est posée⁴².

Le troisième âge du droit économique concerne la numérisation de la société. Nous vivons à présent dans une société numérique, qui n'en est qu'à ses débuts. Outre la numérisation de la société, il y a en parallèle la montée en puissance de l'intelligence artificielle et de l'usage des algorithmes. Nous vivons ainsi dans une société ultratechnologique, dématérialisée, de nombreuses fonctions étant déléguées à des machines qualifiées d'« intelligentes ». C'est un nouvel âge de l'Humanité tout court, car ces technologies, couplées aux biotechnologies, annoncent peut-être l'avènement d'un post-humain (hybride entre l'être de chair et de sang et le robot). C'est donc aussi la transformation de l'humain qui est en jeu. Là encore, les répercussions sur le droit sont fortes. Le droit a son mot à dire sur la régulation des activités numériques. La difficulté est que cette technologie abolit tout autant l'espace que le temps. Les réponses du droit doivent être ajustées puisqu'il ne peut plus s'ancrer dans les repères traditionnels liés au territoire et à la temporalité. Bien plus, et c'est pour nous le phénomène majeur, la numérisation implique tout à la fois une privatisation et une déjuridicisation de la norme. Une privatisation : les normes qui émergent de la société numérique sont secrétées de manière spontanée par les acteurs du système, acteurs privés (on pense par exemple aux conditions générales de la société AirBnb)⁴³. Une déjuridicisation de la norme : le droit risque d'être supplanté par des

38. L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011.

39. V. C. JOURDAIN-FORTIER (dir.), *Sources du droit, commerce international, éthique et marchés, 50 ans de travaux de l'école de Dijon*, LexisNexis, 2020.

40. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Université Saint-Louis, 2002.

41. G. FARJAT, « De la globalisation de l'économie à une économie de droit », in I. DAUGAREILH (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010, p. 795.

42. B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du droit*, n° 2012/01.

43. I. PARACHKÉVOVA et M. TELLER (dir.), *Quelles régulations pour l'économie collaborative ? Un défi pour le droit économique*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2017.

normativités purement techniques issues de la science informatique, et créées par des programmeurs, codeurs et *data scientists*. Dans l'histoire, le droit a toujours été concurrencé par d'autres normativités (ce qui peut être rapproché de l'hypothèse du non-droit posée par le Doyen Carbonnier⁴⁴). Nous changeons cependant ici d'échelle, car il faut raisonner dans le contexte d'une société du tout numérique. Il y a donc le risque d'une normativité nouvelle, d'une forme de « *lex machina* ». Il ne faut pas défendre le droit pour le droit. Si nous exprimons des craintes, c'est que le droit, malgré ses défauts (notamment en termes d'ineffectivité), est, rappelons-le, le garant des grands équilibres. Il est là pour défendre et protéger. L'approche de droit économique est précieuse face à ces phénomènes, car il y a derrière la numérisation de la société, les géants du numérique (les fameux GAFAM). Ils cumulent une puissance économique peut-être inégalée dans l'histoire. La perspective de droit économique permet ainsi, par l'identification du pouvoir économique, d'espérer reprendre les rênes (on parle par exemple du démantèlement de Google...). Les juristes de droit économique ont des choses à dire sur ces questions !

Il y a un quatrième âge qui se profile à travers le mouvement d'écologisation. Même si, notamment au niveau mondial, il faut encore faire évoluer les esprits et les pratiques, c'est une tendance lourde du XXI^e siècle et gageons que les jeunes générations seront encore plus préoccupées par le sort de la planète. Devant les défis actuels en termes de changement climatique, de réduction de la biodiversité, plus généralement en termes de préservation de la nature, le terme d'écologisation est pertinent⁴⁵. Cette tendance a aussi des répercussions sur le droit. Il y a une écologisation du droit de manière générale⁴⁶, et du droit économique en particulier. L'environnement est en effet une préoccupation transversale qui va bien au-delà du seul droit de l'environnement. Toutes les matières sont peu ou prou touchées. Cela pousse à l'innovation et à la reconstruction des concepts juridiques à l'aune de l'écologie.

C'est précisément dans cette optique que le présent ouvrage a été conçu. Nous pensons que le droit économique offre des grilles de lecture pertinentes face aux évolutions du monde d'aujourd'hui (en conservant toute la modestie requise d'une démarche qui se veut scientifique). Gilles J. Martin avait coordonné un article collectif publié au *Recueil Dalloz* en 2010 intitulé « Le droit économique aujourd'hui »⁴⁷. Dans cette veine, l'idée a collectivement germé

44. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e éd., LGDJ, 1992, p. 23 (« Le non-droit, en ce qu'il a de plus significatif, est le retrait ou la retraite du droit », *ibid.*, p. 25).

45. H. VEDRINE, *Et après ?*, Fayard, 2020.

46. *L'environnementalisation du droit, Études en l'honneur de S. Caudal*, C. Roux (dir.), IFJD, 2020.

47. D. 2010, p. 1436.

de consacrer un ouvrage au *Droit économique au XXI^e siècle*. L'objectif était à la fois de faire un bilan, donc de réfléchir de manière rétrospective et de tenter de se projeter quelque peu dans l'avenir, ce de manière prospective. Ce sont les notions et les enjeux qui sont au cœur de la réflexion⁴⁸. L'ouvrage se divise en effet par mots-clés (ex. le marché, la globalisation ou bien encore l'entreprise). Chaque thème est traité dans une optique de droit économique. Certaines notions se réfèrent à des catégories fondamentales du droit⁴⁹. On prendra pour exemples le contrat, la propriété et la responsabilité (le Doyen Carbonnier pouvait les qualifier de « piliers du droit »⁵⁰, l'auteur ayant néanmoins substitué la famille à la responsabilité). Ces notions considérées comme classiques sont naturellement susceptibles de faire l'objet d'une analyse de droit économique, car elles sollicitent de plein fouet l'économie. D'autres notions sont des classiques du droit économique (la concurrence, le marché, l'analyse substantielle, le pouvoir économique, etc.). L'idée est de savoir ce qu'il en est aujourd'hui, en 2020, de ces notions. D'autres notions sont nouvelles et méritent assurément une lecture à travers le prisme du droit économique⁵¹. On pense naturellement au numérique et à l'intelligence artificielle. Enfin, certaines entrées sollicitent une approche de droit économique, car elles sont en lien avec l'économie : l'agriculture, l'environnement, l'humain ou bien encore le vivant. Le droit économique n'est donc pas délimité par un champ clos. Ses méthodes d'analyse agissent de manière transversale sur tout objet qui entre en contact avec l'économie. C'est aussi l'ambition de cet ouvrage que de le montrer, ouvrage qui vient en réalité confirmer l'analyse de Laurence Boy et d'Antoine Pirovano formulée en 1981 selon laquelle « peu de domaines du droit privé échappent à l'avancée du droit économique »⁵² (on pourrait aussi y ajouter le droit public).

Au total, ce sont trente contributions qui figurent dans le présent ouvrage conçu au terme d'un travail collectif. Un certain nombre d'auteurs sont directement ou indirectement issus de l'école de Nice. Nous avons aussi tenu à associer des chercheurs d'autres horizons, d'autres universités, de France et d'ailleurs, chacun avec sa propre lecture du droit économique. Nous tenons à remercier chaleureusement chacun des auteurs pour sa contribution à cet ouvrage collectif, pour son implication dans le projet et pour les résultats obtenus qui ont comblé toutes nos attentes. Le lecteur

48. V., précédemment, M.-A. FRISON-ROCHE et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents*, PUF, 2005.

49. G. FARJAT, *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 45 et s.

50. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.*

51. Dans une optique proche, v. E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, préf. G. Farjat, LGDJ, 2010.

52. L. BOY et A. PIROVANO, « Ambiguïtés du droit économique (approche méthodologique) », *op. cit.*, p. 13.

sera juge. Il nous paraît que le résultat a été atteint, car c'est bien le droit économique au XXI^e siècle qui a été traité, dans une vision à la fois contemporaine, innovante et prospective de la matière.

Finissons par deux remarques. Tout d'abord, le droit économique doit exclure toute dogmatique. Notamment, une « école de pensée »⁵³ ne doit pas se refermer sur elle-même et tenter de reproduire à tout prix avec les nouvelles générations les postulats, analyses et intuitions issus des anciennes. Une école évolue avec le temps, au gré de la mutation des objets de recherche, renouvelée qu'elle est par les nouveaux arrivants. Pour nous, le droit économique est une maison ouverte. Elle accueille quiconque s'intéresse aux rapports droit/économie, avec sa propre grille d'analyse. Ce qui est important, c'est l'intérêt porté au champ économique par les juristes, ce au-delà de la seule communauté des juristes d'affaires. Ensuite, on concèdera qu'il est difficile de définir ce qui est « classique » et ce qui ne l'est pas. Le classicisme renvoie à un passé. Mais quand commence-t-il et quand se finit-il ? D'autant plus que, aujourd'hui, les mutations de la société, et donc du droit, sont tellement importantes que le droit est en recomposition permanente. Il est facteur d'ordre, mais il est également pris dans un tourbillon (des réformes incessantes, une jurisprudence foisonnante, une infinité de textes de sources multiples, les frontières se brouillant entre les normes juridiques et non-juridiques, etc.). Dans ces conditions, qui peut sérieusement se livrer à une analyse classique du droit ? C'est peut-être là la victoire du droit économique : une analyse « classique » (à la supposer réellement définissable) n'est tout simplement plus tenable de nos jours. Cela aboutit certainement à une plus grande bienveillance à l'heure actuelle à l'égard du droit économique. Non seulement le droit économique donne des grilles de compréhension utiles aux problèmes du temps présent, mais en plus il permet une reconstruction des notions. Dans cette mesure, le droit économique offre des outils pertinents en vue d'une recomposition du système juridique. Il peut alors être vu comme un lieu et un moyen de recomposition du système juridique lui-même. En cela, il est aussi facteur d'ordre et de cohérence⁵⁴.

Disons enfin que c'est au moment où nous quittons l'Université de Nice que ces lignes sont écrites, avec une réelle émotion au regard de tous les magnifiques moments, scientifiques et humains, passés à Nice pendant près de trente ans.

53. Pour un bon exemple, v. G. LEWKOWICZ et A. VAN WAEYENBERGE, « L'École de Bruxelles : origines, méthodes et chantiers », in *La méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 363.

54. L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2007.