

# Les différentes natures de l'ordre public économique<sup>1</sup>

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeur à Sciences Po (Paris)*

RESUME. — Renvoyant au rapport de force entre le Droit et l'Économie, l'ordre public économique a plusieurs natures. En premier lieu, l'on doit distinguer l'ordre public « gardien des marchés », de l'ordre public « promoteur des marchés », de l'ordre public « architecte des marchés ». En passant de l'un à l'autre, la dimension politique, voire souveraine, de l'ordre public économique s'accroît. En second lieu, l'on doit distinguer l'ordre public de « constitution des marchés » de l'ordre public posant des « octrois aux marchés ». En effet, à l'intérieur des marchés, c'est par des règles d'ordre public que le Droit garde les marchés, les bâtit ou les conçoit. Mais un ordre public économique premier plus radical construit des « octrois de marchés » pour empêcher que les objets de désir, objets naturels d'échanges, deviennent de ce seul fait objets de marché. Cet ordre public économique hautement politique brise des élans de désir. Si on ne l'admet pas, alors que cette nature-là concrétise la prétention que constitue l'ordre public économique, le Droit ne serait plus que l'agent d'effectivité de l'Économie, donnant efficacité à une simple société d'ajustement des désirs individuels.

MOTS CLE. — Économie – marché – régulation

« Ordre public » est une expression qui fait partie des quelques incantations que les grands prêtres du Droit entonnent à la face du peuple, prié de n'en penser mais, pour lui asséner une décision qui va le contraindre. Un peu comme l'on faisait taire l'enfant à table. « Ordre public » et autorité iraient de pair. Au nom de l'ordre public, on recadre le harangueur qui se prétendait simple amuseur, on suspend l'activité du pornographe, on fait remonter l'aiguille des balances des mannequins

---

<sup>1</sup> Cet article a pour base un *working paper* bilingue s'appuyant sur des références techniques, accessible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/les-differentes-natures-de-lordre-public-economiqu/>.

qui plongeait vers le zéro, on interdit au nain d'être lancé, on protège le monopole des taxis.

Pas étonnant que l'esprit libéral ait en exécration cette expression magique, cette force qui oblige au silence et à l'immobilité, voire qui réserve à un seul le privilège de l'action, au nom d'un intérêt supérieur. Nulle surprise que l'esprit soupçonneux affirme que les difficultés à définir avec précision l'ordre public seraient l'aveu de l'inconsistance de la notion, celle-ci fuyant entre les doigts de celui qui demande des comptes à l'acteur qui n'invoquerait cet « ordre public » mystérieux que pour mieux exercer du pouvoir sur autrui, en bridant la liberté de celui-ci.

C'est en effet dans la perspective des libertés qu'il convient de poser les termes de départ de l'ordre public, notamment économique. En Occident l'activité économique est l'expression de la liberté individuelle d'entreprendre, appuyée notamment en France sur la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, aux États-Unis sur la Constitution. Dès lors, chacun perçoit que l'ordre public va contrarier cette liberté individuelle qui est aussi le creuset du développement économique, selon le modèle développé par exemple par Schumpeter dans le prolongement notamment de Locke.

Ainsi, l'économie est avant tout affaire de déploiements individuels additionnés, aboutissant mécaniquement à une croissance collective que pourtant nul n'a en tête et donc nul n'a souci : si la taille du gâteau augmente, la question de sa division, c'est-à-dire la justice distributive dans laquelle – dans la conception continentale – l'État est à l'oeuvre, est seconde. La préoccupation première est qu'il y ait avant toute chose un gâteau, et si possible un gâteau qui s'accroît sans cesse. Ainsi, lorsque Farjat, dans sa thèse qui est la référence, élabore une définition de l'ordre public économique, il l'établit par contraste avec la liberté contractuelle. Pour lui, l'ordre public économique est avant tout caractérisé par le caractère obligatoire d'une règle qui vient contrarier la liberté contractuelle de la personne. Dès lors et à l'inverse, les tenants de l'économie libérale lient la prospérité de celle-ci à la liberté contractuelle considèrent avec grande réticence l'ordre public économique. On finirait par résumer ainsi : « aux libéraux, la seule et pure liberté, aux étatistes, le droit et son pouvoir de contrainte par l'ordre public ».

Il est vrai que le levain requis pour la prospérité économique n'est que peu juridique. Il sera plutôt affaire de culture, qu'on y voit trace de la religion, chacun rêvant alors d'être protestant pour mieux être banquier et faire ainsi son salut ici et maintenant, ou qu'on y retrouve la trace de l'Histoire, le vent de la haute mer et de l'Ouest lointain faisant sans doute des peuples anglais et américain, plus aisément que pour d'autres, des peuples composés d'entrepreneurs aventureux.

Dans cette conception, le droit trouve pourtant encore sa place mais c'est sous la forme d'une liberté qu'il institue et d'un espace corrélatif qu'il garde disponible afin que l'individu exerce cette liberté : liberté d'entreprendre, liberté de travailler,

liberté de contracter, liberté d'aller et venir. À ce florilège de libertés est associée en contrepartie, non pas la surveillance générale des actions individuelles par le Garant d'un intérêt supérieur, qui aurait été par exemple l'État, mais la toujours possible responsabilité de celui qui exerce ses diverses libertés, responsabilité dont n'importe quelle autre personne demandera l'engagement à un tiers impartial, désintéressé et statique : le juge.

Le droit n'aurait ainsi pour fonction que de créer un espace vide autour de chaque personne pour que la puissance d'action des agents se déploie. Ce n'est certes pas une fonction d'impulsion, mais c'est néanmoins une fonction première. Ainsi et par exemple le marché européen a été construit sur un modèle libéral puisqu'il s'est développé à partir des trois libertés économiques de circulation, celle des personnes, des biens et des capitaux. Rien que cela, mais cela.

Droits et Liberté sont alors le couple juridique fondateur de l'économie libérale, ancré dans la Constitution. En France, l'indice d'une présence dans la jurisprudence constitutionnelle des libertés économiques (liberté d'entreprendre, liberté de circuler, liberté de contracter et liberté de travailler) et des responsabilités économiques est un signe du caractère plus ou moins construit d'un droit économique libéral.

Pour l'instant, ce droit constitutionnel économique est encore faiblement établi en France. Faut-il en déduire que notre conception du droit économique serait antilibérale, parce que la France aurait adhéré à l'idée d'une économie encadrée dès le départ par le Droit, instituée par l'État, construite sur un « ordre public » exprimant dans cette matière comme dans les autres la volonté du Souverain ?

Sans doute non car paradoxalement la conception française du droit économique est à la fois faible en ce que, n'étant pas libérale, elle ne reconnaît effectivement que peu de place à la liberté des opérateurs dans leur organisation, que celle-ci prenne une forme contractuelle ou la forme d'une entreprise, mais cela n'est pas pour exprimer la puissance d'un droit qui fixerait par son autorité les cadres de l'économie. Une pièce à deux revers.

L'on aurait pourtant pu s'attendre à ce qu'en ne choisissant pas de construire l'économie sur les libertés juridiques, la France soit et demeure attachée à l'idée selon laquelle ce serait à l'État de poser le cadre de l'action économique des personnes, traçant les allées dans lesquelles les sujets de droit s'ébrouent, arrêtées au-delà par un « ordre public » qui n'exprime alors rien d'autre que la puissance de l'État à disposer de son espace national – duquel l'espace économique n'est pas soustrait – et à donner des ordres à ses sujets. La théorie du « service public », appréhendée fonctionnellement par les « missions de service public » relayerait cette permanence.

Mais passant sans doute d'un extrême à l'autre, beaucoup n'admettent aujourd'hui dans le droit que des notions qui ne seraient que la simple réplique

dans l'ordre juridique de notions déjà répertoriées et validées dans le répertoire économique. L'analyse économique du droit, qui devrait n'être qu'un éclairage, participe à cette déformation qui dissout l'ordre juridique dans l'ordre économique. Par exemple, le droit économique quitte la définition classique du contrat pour désigner comme « contrat » le simple ajustement des intérêts de deux personnes, ce qui est la définition forgée par la science économique.

Mais si le droit venait à se dégrader dans cette sorte de bégaiement de l'économie, se contentant d'y ajouter la force obligatoire (celle du contrat, du jugement, de la loi), le droit ne serait plus que la voie d'exécution de la Raison économique. Ainsi plus le Droit serait d'ordre public et plus il serait faible, montrant sa réduction à n'être qu'une voie d'exécution d'une norme forgée dans un autre Ordre. Par exemple, si deux agents économiques ont des intérêts qui avec le temps divergent, alors l'un des partenaires se souvient que leur accord d'antan est aussi un contrat et non pas seulement une convergence occasionnelle d'intérêts. Le lien contractuel étant autonome du rapport économique d'intérêts, il activera alors la force obligatoire de « l'engagement ». Ainsi économiquement analysé, le contrat ne serait que cela, l'injection de la stabilité dans la coïncidence d'intérêts particuliers..

Dans cette perspective, l'ordre économique se présente alors comme une sorte de « droit naturel » de l'ordre juridique. Les règles économiques, appelées souvent « loi », devraient primer « naturellement ». Par exemple, le monopole devient « naturel » à condition de reposer *a contrario* sur une irrationalité économique à le dupliquer. D'une façon plus générale, avancer une quelconque norme contredisant une « règle économique naturelle », comme celle de l'ajustement des intérêts, ou la soumission du faible au fort, ou la prévalence du court terme, nécessiterait un « effort juridique ».

Cet « effort juridique » devrait prendre deux formes, dont beaucoup affirment la nécessité comme s'imposant par évidence. En premier lieu, il conviendrait de justifier d'une façon spéciale toute norme juridique qui ne soit pas le simple reflet d'une « loi économique », notamment qui ne soit pas la recherche par chacun de son intérêt. L'édiction d'une telle norme juridique « distante » ne serait pas inconcevable, mais il faudrait que l'auteur d'une telle norme s'en justifie, tandis que la norme juridique servant la maximisation de l'intérêt particulier irait quant à elle de soi.

En second lieu, si la norme juridique n'est pas portée par la « loi économique », dans la mesure où la nature des choses ne lui prêterait plus main-forte, il conviendrait d'aller chercher des forces concrètes, la police par exemple, pour la rendre effective, car les destinataires de la norme seraient « naturellement » rétifs à la suivre, en ce qu'elle ne suivrait plus leurs désirs personnels.

Cette « loi économique » serait aussi claire que l'ordre public serait mystérieux. Cette « loi économique » si claire et s'imposant par l'évidence peut être appelée la

« Loi du Désir ». La « Loi du Désir » s'explique de la façon suivante : chaque agent désire la concrétisation de la prestation qu'il convoite ; chacun parvient à rencontrer un autre agent qui la lui fournira ; ainsi, l'ajustement des désirs est la « loi naturelle » sur laquelle le marché se construit. Le marché est l'espace naturel des désirs.

Celui qui va à l'encontre de cette loi naturelle devrait déployer un « effort surhumain » et avancer une « justification surhumaine », car celui-ci irait à l'encontre d'une loi naturelle, celle des désirs humains. D'ailleurs, face à une telle prétention cristallisée par une règle d'ordre public, on en est étonné. Tout d'abord, à tel titre quelqu'un peut-il prétendre aller contre ou au-delà des désirs de tout un chacun ? Ensuite, on se demande comment celui-ci peut y parvenir après avoir songé à en émettre le souhait, car après tout comment faire concrètement face à cette masse de désirs, qui s'ajustent entre eux, et que l'on voudrait ainsi contrarier ? Les forces ne sont pas égales. Cela serait peine perdue.

Allons plus loin, accroissons la difficulté dans laquelle se trouverait l'auteur de la norme juridique, ainsi sommé. Peut-il même prétendre énoncer simplement une quelconque norme contrariant une telle règle économique ? L'ajustement des désirs des agents n'est-il pas le gage du bonheur de chacun et de tous ? Si on le pense, prétendre s'accaparer la réalisation d'un intérêt général qui serait distinct de l'addition des bonheurs particuliers relèverait de l'imposture, de l'impertinence, de l'illusion de ceux qui rêvent encore du Monde d'hier dans lequel l'État tenait ses sujets en laisse, feignant de faire leur bonheur malgré eux.

En effet à lire certains, le thème de l'ordre public économique ne serait plus même d'actualité, parce que la puissance non seulement de fait mais encore de droit des marchés, et plus particulièrement des marchés financiers, où s'ajustent les désirs des investisseurs et les désirs des emprunteurs parmi lesquels les États n'ont rien de particulier, est telle que nous n'aurions plus les moyens d'aborder un tel sujet, dont l'évocation relèverait du bavardage de salon.

De dépit, l'on ne rencontre pour parler encore d'ordre public économique que les nostalgiques du temps d'avant, quand l'État pouvait imposer l'intérêt général, lequel est gémellaire de l'ordre public dans sa capacité à échapper à toute définition. Par stratégie, l'on peut aussi changer d'ordre, se glisser dans l'ordre moral et remplacer le droit par la morale, chanter les louanges de l'éthique des affaires, voire de la Responsabilité sociale des entreprises et autres *soft Law*, remplaçant le droit rigide de naguère pour affirmer qu'il n'y a pas que de l'argent dans la vie économique et qu'il est efficace d'être vertueux.

Pourtant, même si l'on s'enferme dans l'économie, les marchés ne s'établissent et ne fonctionnent que s'ils s'adosent à des règles juridiques indisponibles d'ordre public, qui empruntent en reflet les buts de ces marchés (1). Il ne faut pas en rester là. L'ordre public peut être plus politique, c'est-à-dire exprimer une volonté,

prenant alors distance avec le fonctionnement des marchés des biens et services (II). L'un des enjeux principaux devient la détermination des organes légitimes à exprimer ces ordres publics économiques, car c'est là où est le pouvoir (III).

En effet, l'ordre public économique apparaît comme ayant plusieurs natures. Il s'en suit deux alternatives, qui renvoient dans chacune de leur branche à des *corpus* de règles différentes, dont la conception et l'effectivité sont confiées à des organismes différents. L'ordre public économique peut être soit simplement gardien des marchés, soit il peut être ce par quoi des marchés sont bâtis. Ainsi, le droit de la concurrence est gardien des marchés, tandis que le droit de la régulation est bâtisseur des marchés. C'est une faute de confondre ces ordres publics économiques techniques, de nature différente.

Mais il existe une autre alternative, dont le tronc commun est plus politique. Soit l'ordre public économique est l'architecte des marchés, ce par quoi les marchés se déploient, suivant un plan qui leur est extérieur, soit l'ordre public économique isole les marchés par des octrois qui parmi les prestations que tous désirent en font entrer certaines sur le marché et d'autres non. Dans cette alternative où le Politique manie l'ordre public, c'est un crescendo : lorsque le Politique dessine les marchés il montre son autonomie, lorsqu'il impose des octrois il affirme sa souveraineté. C'est un drame de dénier l'existence de ce dernier ordre public économique, cette dénégation livrant le Droit pieds et poings liés à l'Économie.

#### I. — L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE, TRACE DE L'OSSATURE INSTITUTIONNELLE DE L'ÉCONOMIE

Le marché est construit par le droit et s'effondre sans celui-ci (A). Non seulement cela est vrai des marchés régulés, notamment les marchés financiers, mais cela est encore également le cas des marchés des biens et services (B). Ainsi, l'économie apparaît comme un projet politique par excellence, dont l'ordre public est l'instrument (C).

##### A. — *Le marché, construction d'ordre public*

De la même façon que la concurrence est une construction juridique alors que la compétition est un mouvement naturel, les marchés ne se construisent pas sans le droit. En effet, dès l'instant que l'on dépasse le stade de l'économie matérielle, il n'y a de marché que s'il y a des droits de propriété, des contrats et un tiers pour régler les conflits.

La définition de l'ordre public économique est plus délicate. Dans une définition hostile à l'économie de marché, l'ordre public économique se définit comme une force juridique qui vient contrarier la volonté contractuelle, laquelle se meut librement dans l'ordinaire du marché. Cette définition choisie par Farjat dans sa thèse n'est pas la seule disponible. L'enjeu actuel est plutôt de penser

l'ordre public économique dans un système affirmé comme une « économie de marché ». En effet, aujourd'hui l'ordre public économique se définit plutôt comme une tautologie du marché : à lire les décisions des tribunaux ou des autorités de marchés, l'ordre public du marché est l'exigence du « bon fonctionnement du marché ». Le caractère indisponible de cet ordre public, qui fait dire qu'il s'agit d'un « ordre public de direction », a pour contrepartie un contenu très réduit de cet ordre public sur les marchés simplement concurrentiels.

En effet, en *ex ante*, la seule information qui doit être disponible pour les agents est l'information sur les prix. La garantie qu'offre le droit aux opérateurs est leur liberté d'aller et venir, c'est-à-dire d'entrer librement sur le marché, l'absence de barrière renvoyant à la règle du libre-échange, première marche de l'économie de marché.

Cet ordre public, très restreint dans son objet et entièrement tourné vers le libre fonctionnement concurrentiel, est impérieux. Lorsqu'il est réveillé par l'État ou par une victime jouant alors le rôle d'agent de la légalité, il frappe en rétablissant la légalité froissée et en restaurant l'économie endommagée par l'atteinte. Le recours à la répression, pénale ou administrative suppose qu'il y ait bien manquement au regard d'une règle indisponible, ossature du marché lui-même et qu'il convient de restaurer.

Il peut s'y cumuler le souci de cet autre ordre public dit « de protection », qui vise un groupe de personnes, trop faibles ou trop disséminées pour se défendre efficacement. Mais bien malin celui qui peut aujourd'hui nettement distinguer, opposer ou articuler les deux sortes d'ordre public. En effet, l'on peut soutenir que le droit de la concurrence a pour fin le bien-être du consommateur, ce qui subsume la protection de celui-ci dans l'ordre public de direction du marché.

Symétriquement, si l'on lit la loi américaine *Dodd-Frank* qui a restructuré les marchés financiers, c'est davantage au nom de la protection des investisseurs que le Législateur est intervenu qu'au titre de la protection des marchés eux-mêmes, ce qui rattacherait les dispositifs puissants mis en place à l'idée première d'un ordre public de protection. Si l'on observe encore ce qu'il est convenu de désigner comme la « civilisation du droit de la concurrence », ou encore l'ouverture des actions collectives en droit de la concurrence, celles-ci sont tout à la fois adoptées pour protéger les bénéficiaires finaux mais aussi et surtout pour l'effectivité de la règle.

Dès lors, les deux ordres publics sont aujourd'hui indistinguables. On en revient à l'idée de Motulsky selon lequel tout sujet de droit a intérêt à l'application de la règle de droit, et ce d'autant plus qu'il est en situation de faiblesse, tandis que la règle de droit a pour fonction première de rendre effectives les prérogatives des personnes.

Il est corrélativement vain de distinguer artificiellement les sanctions qui frappent au nom d'un ordre public qui organise les marchés dans leur

fonctionnement, sanctions que l'on présente parfois à ce titre comme étant « objectives », et les sanctions qui punissent les personnes qui ont une intention de mal faire en agissant sur les marchés, sanctions qui sont présentées à ce titre comme étant « subjectives ». Certains voudraient pourtant y voir même une différence de « nature », ce qui permettrait de les cumuler. Il s'agit au contraire du même ordre public, le Conseil constitutionnel ayant récusé le sophisme de la prétendue dualité de nature.

Mais il demeure que si les marchés sont construits sur des règles d'ordre public, lorsqu'il s'agit de marchés ordinaires des biens et services, ce sont des règles « dormantes », comme le sont les règles classiques de droit pénal. En effet, parce que ces règles ne sont que des interdictions de faire, en miroir des libertés d'action qui se fondent sur le principe économique de libéralisme, l'ordre public n'est activé que si un comportement destructeur intervient, si une atteinte sensible à un marché pertinent est constatée et si une procédure est entamée.

Ainsi, l'ordre public des marchés ordinaires est à la fois très impérieux, l'ordre public de protection se fondant aujourd'hui dans l'ordre public de direction, mais il est dormant. Si l'on venait à le considérer comme toujours en éveil, permettant alors aux autorités de concurrence d'intervenir *proprio motu* sur les marchés, cela serait aller vers un interventionnisme économique contraire au principe libéral.

Il en est différemment si les marchés ne sont pas simplement concurrentiels.

B. — *Les marchés construits par des règles d'ordre public en permanence activées*

Il peut arriver que des activités soient agencées selon la règle simple et suffisante de l'ajustement entre des offres et des demandes, socle du marché, mais que celui-ci soit « défaillant ». Cette fracture peut être temporaire, notamment parce qu'une décision de libéralisation vient d'être prise, que la concurrence ne se décrète pas et qu'il faut le temps nécessaire pour construire un marché. Cette défaillance peut être définitive, si l'activité en cause est affectée d'une caractéristique qui entrave le principe de libre fonctionnement concurrentiel.

Dans un tel cas, les marchés seront l'objet d'une régulation. Dans cette acception, la régulation est une théorie libérale, qui conçoit la mise en place d'institutions (les Autorités de régulation), de règles (le plus souvent des réglementations) et de pouvoirs (sanction, règlement des différends, agrément, certification, etc.), pour que partout où cela est possible la concurrence se développe, en balance des contraintes techniques propres à l'activité. Cela concerne notamment les transports, la banque, l'assurance, l'énergie, la santé et les télécommunications.

Les règles juridiques qui constituent un tel appareillage sont d'ordre public, non seulement en ce qu'elles constituent l'ossature des secteurs et protègent ceux qui utilisent les biens et prestations en cause, mais en ce qu'elles renvoient à une autre

nature, puisqu'il ne s'agit plus d'un ordre public « dormant ». En effet, parce qu'il y a défaillance du mécanisme de l'offre et de la demande, parce que l'absence de barrière à l'entrée et l'information sur les prix ne suffisent pas, le droit ne se contente plus *ex post* de sanctionner des comportements interdits, il faut que des règles d'ordre public exigent des comportements actifs de la part de certains opérateurs et confient à des institutions *ad hoc* la charge de surveiller en permanence les marchés dont elles ont la construction en charge.

L'ordre public prend alors une autre ampleur, puisque par exemple le droit va organiser un « traitement de la dominance », l'opérateur dominant devenant transparent, le gestionnaire de l'infrastructure essentielle rendant des comptes, l'entreprise ne pouvant exercer l'activité économique qu'après avoir été agréée par l'institution. L'autorité de régulation a pu être analysée comme un roitelet dans le secteur dont il garde les octrois et dans lequel il a un pouvoir de contrôle, voire un droit de vie et de mort sur ceux qu'il abrite grâce aux pouvoirs de l'agrément et de la licence.

Cet ordre public d'une force démultipliée est d'autant plus surprenant que le Régulateur cumule tous les pouvoirs, à tel point que beaucoup ont douté de la conformité d'une telle organisation au principe de séparation des pouvoirs et en ont appelé à Montesquieu. Mais cela ne se conçoit que parce que le Régulateur construit les marchés dont il a la charge. Il en est particulièrement ainsi des secteurs bancaires et financiers, que les Régulateurs bâtissent.

De la même façon que les Autorité de concurrence expriment ce que l'on pourrait être appelé un « ordre public économique gardien » qui s'applique à toutes les sortes de marché, les Autorité de régulation expriment un ordre public d'une autre nature. Il ne s'agit plus seulement de garder les marchés dans l'état concurrentiel où ils sont et de les restaurer lorsqu'ils ont été dégradés par un comportement anticoncurrentiel ou de prévenir une telle détérioration par le fait d'un changement de puissance de marché provoqué par une concentration.

Il peut s'agir tout d'abord de faire en sorte que des marchés concurrentiels qui n'existent pas encore, parce que le système était naguère monopolistique, le deviennent, ce qu'ils ne peuvent faire par leurs seules forces. Il peut s'agir ensuite de faire en sorte que des secteurs, des filières, des espaces, voire des entreprises, se structurent ou se développent d'une façon satisfaisante en suivant des mécanismes non nécessairement concurrentiels, parce que des obstacles définitifs entravent la concurrence, laquelle est considérée pourtant comme bienvenue, ou au contraire parce que celle-ci n'est pas bienvenue.

L'ordre public économique a alors pour objet la construction des marchés ou des filières. Si l'État choisit d'user de mécanismes d'ordre public économique qui lui permet de construire directement le secteur, notamment par des entreprises publiques, il s'agira alors ce que l'on pourrait désigner comme un « ordre public

[p. 147-170] Marie-Anne FRISON-ROCHE Arch. phil. droit 58 (2015)

bâtitseur ». Dans une conception plus libérale, estimant que le dynamisme et l'innovation se développent davantage dans des entreprises privées profitant de la liberté constitutionnelle d'entreprendre, les règles d'ordre public économique auront pour objet suffisant de fixer les règles structurant les marchés. Comme le fait un promoteur immobilier à partir d'un terrain. C'est pourquoi il est adéquat de qualifier cet ordre public-là d'« ordre public promoteur ».

Par cet « ordre public promoteur », les règles imposent une structure aux marchés, aux secteurs et aux filières, voire à certaines entreprises. Sa nature est donc différente de « l'ordre public gardien », l'effet de contrainte qui lui est associé est beaucoup plus ample et c'est pourquoi il est impératif que cet ordre public-là ne s'applique que sur les secteurs qui le justifient.

Si l'on respecte bien la différence de nature entre l'ordre public économique gardien et l'ordre public économique promoteur ou bâtisseur, l'ordre public peut exprimer le libéralisme économique, même lorsqu'il contraint très fortement et même lorsqu'il prend la forme de règles et pouvoirs *ex ante*. Mais il faut que les marchés ordinaires ne soient l'objet que d'un « ordre public gardien », tandis que l'« ordre public promoteur » qui se développe non seulement dans l'*ex post* mais encore dans l'*ex ante* ne doit concerner que certains secteurs qui le justifient techniquement.

Si l'on reste bien dans ce couple des deux ordres publics économiques techniques, l'ordre public gardien des marchés et l'ordre public promoteur des marchés, alors le système demeure libéral, si contrariant soit-il. Si l'on en sort, par inadvertance ou par stratégie de pouvoir, par exemple en appliquant un ordre public promoteur, qui ne devrait être utilisé que pour construire des marchés, à des marchés qui ne sont pourtant pas atteints de défaillances structurelles, alors on verse dans de l'interventionnisme étatique dans l'économie.

Si l'on confond les deux ordres publics économiques, pourtant de nature différente, l'ordre public économique devient alors un masque pour une emprise de l'État sur l'économie. Cela peut être approuvé si l'on pense que l'État est légitime et efficace à conduire l'économie, mais il ne s'agit plus d'économie de marché.

En revanche, dans une économie libérale, tandis que l'Autorité de concurrence doit demeurer en charge de l'ordre public économique gardien des marchés et même si seul le Régulateur exprime l'ordre public promoteur, ordre public dynamique, le Régulateur doit demeurer neutre car même s'il est le promoteur de la construction des marchés par les entrepreneurs privés, il n'est pas l'« architecte ».

C'est en effet le Politique qui conçoit les plans, par une politique économique et un dessein, par lesquels le Politique choisit la société dans laquelle il veut que le groupe social dont il a la charge se développe à l'avenir. En effet, l'idée selon laquelle l'économie relèverait de la seule Raison économique est fautive. L'économie et la finance sont des projets politiques par excellence. C'est la

troisième nature que l'ordre public économique peut exprimer d'une façon distincte : l'« ordre public architecte ».

Lorsqu'on débouche sur « l'ordre public architecte des marchés », l'ordre public économique change de nature. L'on quitte la première alternative, dont les deux branches sont « l'ordre public gardien des marchés » et « l'ordre public bâtisseur ou promoteur des marchés », pour entrer dans la seconde alternative, de nature non plus technique mais de nature politique, dont la première branche est celle dans laquelle le Politique dessine l'architecture des marchés.

### C. — *L'économie, le projet politique par excellence*

L'ordre public économique renvoie à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement des marchés. Cet ordre public est donc assez facile à déterminer sur l'instant, puisque, s'il s'agit des marchés ordinaires simplement « gardés », cela renvoie à l'information sur les prix et à la prohibition des abus de marché, tandis que, s'il s'agit des marchés régulés spécifiquement « bâtis », cela renvoie à un traitement de la dominance et à des distributions de droits d'accès.

Mais l'ordre public économique n'est pas seulement logé dans la vigilance sur l'instant. Au contraire, il exprime la considération du temps, tout d'abord à travers le souci de la survenance possible de l'inattendu, soit pour l'éviter (crise systémique), soit pour l'accueillir (innovation).

Plus encore, l'ordre public exprime cette insertion du temps dans des marchés dont la marque est de fonctionner sur l'instant, les marchés financiers en constituant ici le modèle pur. Ce faisant, l'ordre public exprime la dimension politique de la règle. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'anticiper un événement futur dont on peut calculer la survenance mécanique en imaginant ce qui va arriver si le lendemain est l'amplification mécanique d'aujourd'hui, ce qui est le cas de toutes les normes prudentielles dont la *ratio legis* est la crise future qu'il s'agit d'entraver, l'ordre public est technocratique : l'ordre public est alors un « ordre public simplement bâtisseur ». Il sera constitué de normes techniques, conçues par des techniciens.

Mais lorsqu'il s'agit d'anticiper un événement futur que l'on choisit d'éviter ou de faire advenir parce que l'on trouve sa survenance adéquate, par exemple le plan fibre optique, l'apprentissage de l'anglais pour tous, le financement des festivals car la musique c'est beau et c'est bien, l'ordre public économique se met à jouxter la politique publique. Le temps est injecté dans le marché pour que le présent laisse place au futur que le Politique dessine et qu'il impose immédiatement pour que le futur puisse se développer selon ses desseins. L'ordre public devient alors affaire de choix faits pour la collectivité, c'est un « ordre public d'architecte ».

Ces quelques exemples montrent que la frontière est mince entre l'ordre public économique technocratique, qui peut se saisir par entéléchie du futur et l'ordre public économique qui exprime le choix du Politique. Cela explique la méfiance des autorités de concurrence qui voient dans l'ordre public le paravent de l'arbitraire économique des États. Ce n'est pas affaire que de rhétorique. La frontière est effectivement difficile à faire entre les règles simplement nécessaires aux marchés et qui doivent être imposées aux opérateurs pour le bien des systèmes économiques, d'une part, et ce qui est affaire de choix politique, d'autre part. Par exemple, la sanction des délits d'initiés, cœur du droit des abus de marchés, est d'ordre public. Mais les travaux menés en finance ont montré que le fonctionnement des marchés financiers était amélioré par l'utilisation d'une information privilégiée par un initié, qui offre ainsi l'information aux marchés. La *ratio legis* de l'incrimination est donc le sentiment d'équité et la volonté de punir celui qui s'attribue un profit immérité. Il s'agit bien d'un motif politique, indifférent au marché.

Plus encore, si l'on considère la construction de l'Union bancaire qui s'opère en Europe, par une série de mécanismes d'ordre public, il s'agit avant tout d'un projet politique. Le pouvoir monétaire et financier de la Banque centrale européenne est manié par celle-ci d'une façon nécessairement politique et c'est pourquoi le Tribunal constitutionnel allemand avait saisi la Cour de justice.

De la même façon, lorsque le Politique décide de ne pas séparer les établissements de crédit en deux, en se contentant de distinguer en leur sein leurs activités de banques d'investissement et de banques commerciales, c'est une décision politique qui préserve le modèle continental et rejette le modèle anglo-saxon, le Législateur donnant aux banques une qualification d'ordre public de ce pour quoi elles sont faites : financer l'économie.

Il apparaît dès lors que c'est la qualification même d'ordre public à telle ou telle activité économique qui est une décision politique. Ainsi et pour rester dans ce secteur, le droit français affirme avec constance que l'activité bancaire est une activité qui relève du service public et de l'ordre public. Mais cela ne fût pas l'opinion de la Cour de justice de l'Union européenne qui affirma en 1984 au contraire que les banques sont des entreprises ordinaires qui ne peuvent se prévaloir d'un lien avec un service public. Ainsi, suivant la perspective politique que l'on a de l'activité bancaire, suivant le dessein politique que l'on a, l'ordre public apparaîtra ou disparaîtra. Si le Politique assigne aux banques la mission de financer l'économie, l'ordre public apparaît, s'il ne lui assigne pas, l'activité bancaire devient ordinaire. Elle peut bien être systémique, elle n'en est pas moins ordinaire. C'est donc en tant qu'elle est politique que l'ordre public prend une autre dimension. Ici, c'est bien d'un ordre public économique d'architecte qu'il s'agit.

Lorsque l'on observe l'Union bancaire en train de se construire, notamment d'une façon renforcée sur la zone euro puisque l'Union bancaire s'adosse sur la

BCE, autorité monétaire de cette zone, c'est bien d'un projet politique européen qu'il s'agit. Or, c'est une architecture, un plan avec une série de décisions politiques, que les règles d'ordre public économique traduisent.

Il est essentiel de ne pas confondre cet ordre public d'architecte avec les précédents. Il est aisé de le distinguer de l'ordre public économique dormant qu'est l'ordre public gardien, essentiellement celui du droit de la concurrence. Mais il convient de ne pas davantage le confondre avec l'ordre public bâtisseur de la régulation, qui déploie techniquement la construction d'un marché. En effet, il s'agit ici par l'économie de mettre en œuvre un projet politique. C'est le cas de l'Europe qui pourrait naître de l'Union bancaire, notamment parce que les dettes souveraines ont mis les États au milieu des systèmes bancaires et financiers.

Or, c'est au moment même où la dimension politique de l'ordre public économique apparaît le plus fortement, parce que l'ordre public injecte un projet qui se développe dans le temps – par exemple dans l'Union bancaire européenne –, que cette dimension est le plus parfaitement masquée. Pas même contestée, mais masquée.

Cela tient au fait que l'on ne parle plus guère de « droit économique » mais davantage de « droit économique et financier », plus guère de « marchés de biens et services » mais de « marchés financiers », ceux-ci ayant dévoré les premiers en les transformant en sous-jacents. Cela est désigné par l'expression synthétique de « financiarisation de l'économie ».

Dès l'instant que le système d'échanges des biens et des services entre les personnes devient un sous-jacent d'échanges d'argent opérés par des programmes informatiques activés par des machines, l'ensemble de l'économie prend comme loi première ce qui pourrait être désignée comme la « loi financière ».

La « loi financière » est une exacerbation de la « loi du Désir » propre au marché, espace sur lequel s'ajustent les désirs des demandeurs et des offreurs. Les marchés financiers fonctionnant dans l'instant, lequel n'est pas une durée, les marchés financiers renvoient à la loi du Désir de l'instant.

Il existe donc un bras de fer redoublé entre l'ordre public économique dans la dimension politique qui est ici décrite et la « Loi du Désir de l'instant » à laquelle renvoient les marchés financiers. En effet, l'ordre public économique dans sa dimension politique imprime de la durée dans les marchés. La « loi financière » étant marquée par une succession d'instant, phénomène étranger à la notion de durée telle que Bergson l'a développée, le choc est particulièrement violent entre l'ordre public économique, dans sa nature politique, et la « loi financière ».

Dans la mesure où l'on répète à l'envi que l'ouverture des frontières et l'emprise des machines ont globalisé les échanges dans une financiarisation qui a virtualisé l'économie dite « réelle », par contraste la dimension politique de l'ordre public économique apparaît d'une façon plus vive encore, notamment parce qu'elle

exprime la durée, cela même que la « Loi des désirs de l'instant » prétend neutraliser.

L'existence d'un ordre public économique montre que par la préimplantation du temps dans les économies, l'action politique redevient possible. Ainsi, le droit de la propriété intellectuelle, propriété forgée par le Souverain et offerte par celui-ci, que ce soit pour récompenser l'individu ingénieux ou inciter à l'innovation utile à tous, est un instrument politique sur lequel les économies libérales se développent.

La dimension politique de l'ordre public économique est encore plus nette lorsque son évocation est faite pour s'opposer à la « loi du marché », exacerbée par les instants de désirs qui constituent les marchés financiers. C'est être encore sur le registre de l'ordre public économique que de dessiner les contours des marchés, non seulement positivement mais encore négativement en excluant par performativité des objets de valeur. C'est là où l'on mesure la puissance première de l'ordre public. Nous sommes au pied du mur : l'on mesure alors la « prétention » de l'ordre public économique. Le mot peut prêter à sourire, mais enfin le droit peut encore avoir des prétentions, dans un monde où l'on ne prétend plus rien puisqu'il ne faudrait plus que suivre le monde et les désirs particuliers qui s'y expriment.

## II. — L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE, MARQUE DE LA PRÉTENTION DU DROIT À PRENDRE DISTANCE DES PUISSANCES ÉCONOMIQUES PAR L'ÉTABLISSEMENT D'OCTROIS AUX MARCHÉS

L'ordre public économique peut dépasser l'ossature des marchés, d'une façon plus ou moins active suivant qu'il s'agit d'un ordre public « gardien » ou d'un ordre public « architecte » en passant par le stade intermédiaire bien que demeurant neutre – ce à quoi correspond la Régulation – que serait l'« ordre public promoteur ». L'ordre public économique a pour fonction majeure, première et de nature politique, de poser ce qui entre sur les marchés et ce qui n'y entre pas. L'ordre public économique peut en effet prendre la forme des règles qui veillent à ce que tout ne tombe pas sous le coup de cette « loi économique » de rencontre des désirs, loi économique dont la prétention serait quant à elle d'être universelle, neutre, imparable et implacable puisque l'inclinaison chez chacun à voir tous ses désirs exaucés est universelle.

C'est alors un ordre public d'une grande prétention. Il relève d'une définition négative de l'ordre public économique, en ce qu'il raye de l'économie des mécanismes qui pourraient en relever si le Droit ne s'y opposait pas. Quelle prétention ! Beaucoup de s'étonner, certains de s'esclaffer : le Droit peut-il encore prétendre être celui qui par des règles d'ordre public pose *a priori* ce qui relève de l'économie et de la finance et s'y prête si bien ?

Cela renvoie à la distinction même entre le fait et le droit. Dans les faits, tout relève de l'ajustement des offres et des demandes. Dans les faits, tout objet de désir peut devenir sous-jacent d'un produit financier. Le Droit est-il légitime et a-t-il les moyens de soustraire à cette puissance factuelle certaines prestations, parce qu'il le poserait par des règles d'ordre public alors que le Droit se meut dans des frontières nationales et régionales, tandis que la Loi du Désir s'étendrait à ce nouvel être universel qu'est le consommateur ?

Cela est une question majeure. En effet, si le Droit ne peut prétendre avoir la légitimité et la force de le faire, alors les règles d'ordre public économique ne sont jamais que le moyen pour la rationalité économique de déployer sa puissance en se parant de la puissance juridique, alors qu'on peut penser au contraire que l'ordre public économique est l'expression par le Droit de sa propre rationalité qui s'imprime sur les mécanismes économiques, contrarie la convergence des intérêts. La liberté première et la définition du Politique résident dans le « Non », le Politique existe dès qu'il a l'audace positive de dire Non, alors même que tant d'objets de désir sont offerts à tant de demandeurs potentiels, l'art de l'entrepreneurs étant de transformer les êtres humains en « demandeurs ». La persistance de cette prétention à dire Non, prétention purement politique, forme pure de l'ordre public économique, est aujourd'hui en jeu. C'est la question des « octrois des marchés », qui est la définition la plus profonde de l'ordre public économique (A).

A. — *L'ordre public économique, défini comme octroi imposé aux marchés*

Commençons par un exemple. La Cour de cassation a posé qu'une nullité anéantit ce qui apparaît pourtant comme une convergence d'intérêts entre un couple qui exprime un désir d'enfants et une femme qui porte pour ce couple un bébé qu'elle leur remettra à la naissance, recevant alors de l'argent, attribution qualifiée par la convention d'« indemnisation » puisque la gêne que lui a causée cette « gestation » justifie cette compensation financière. Le juge puis le législateur français ont attaché une nullité qualifiée « d'ordre public ». Il en résulte que les parties au contrat ne peuvent stipuler efficacement dans un sens contraire, une volonté d'une personne ne pouvant faire ployer l'ordre public.

Dans cet exemple qui a déclenché autant d'analyses que de passions, l'on peut être tenté d'analyser la règle armée ainsi d'ordre public comme appartenant au droit de la famille ou au droit des personnes. En effet, il s'agit de rendre effective l'indisponibilité de la personne, des corps humains, de l'état civil. Dès lors, l'ordre public économique ne serait pas concerné.

Mais c'est méconnaître que le premier objet de l'ordre public économique, avant d'être l'organisation des marchés, éventuellement sur un autre modèle que

la simple rencontre de l'offre et de la demande grâce à une régulation des mécanismes, consiste à placer des règles autour des marchés pour éviter l'entrée de certains objets ou prestation sur ceux-ci.

En effet, si l'on revient sur la définition de la marchandise et des échanges, l'on en revient à dire qu'il s'agit pour des personnes intéressées à échanger des prestations que chacune désire et pour lesquelles leur désir se croise : le désir du demandeur d'obtenir l'utilité convoitée, le désir de l'offreur d'obtenir en échange soit une autre prestation, soit une compensation financière, qui lui permettra de se saisir sur un mode pacifique d'autres objets de ses propres désirs. Ainsi, le modèle du marché est une satisfaction pacifique de la « Loi des Désirs ». C'est pourquoi la pornographie, l'entre-deux du viol et de la prostitution, a toujours été un exemple privilégié pour le libéralisme économique et juridique.

La règle juridique par laquelle le Droit dans un premier temps constate l'existence d'un objet ou d'une prestation sur lesquels fonctionne sans difficulté intrinsèque la Loi du Désir pour dans un second temps l'enrayer, est une règle d'ordre public économique. Elle peut l'enrayer de deux façons. Soit *moderato cantabile*, en retirant le venin de l'argent de l'échange, lequel cesse alors d'être marchand pour devenir par la magie du Droit un don. Cela fût opéré pour les organes, objets universels de désirs. La règle d'ordre public peut l'enrayer plus radicalement, en interdisant la cession, même gracieuse, l'anéantissant par la nullité, voire en y associant l'ordre public pénal.

Ainsi, la nullité d'ordre public qui interdit les conventions de maternité de substitution relève de l'ordre public économique puisque, par la puissance du droit, le Droit ferme la porte du marché à un mécanisme qui lui serait pourtant familier. Tous les éléments de la « loi économique » sont là : un objet de désir (la maternité, l'enfant, la filiation), la demande, l'offre, les agences pour mettre en contact les deux. Mais le Droit utilise l'ordre public pour fermer les portes du marché, en dressant un octroi et en le fermant.

Mais cela n'est pas aisé, le Droit est faible et les entreprises enrichies par la satisfaction des désirs qu'elles alimentent sont si puissantes. L'on observe actuellement l'affrontement politique entre l'ordre public économique et la Loi du Désir, c'est-à-dire entre le Droit et l'Économie. Ainsi, la jurisprudence française semble en train d'évoluer vers une efficacité du « désir d'enfant », sans souci du fait que les mères ne peuvent de droit être cédées ni les enfants fabriqués pour être remis à leurs commanditaires.

Cette évolution phénoménale, au sens littéral du terme, a anéanti l'ordre public économique, dans sa puissance négative à dresser des octrois aux contours des marchés, le Droit semblant s'effacer devant la Loi des Désirs, laquelle n'est qu'économique et financière. Le Droit étant gardien de la Personne humaine, si nous allons vers un monde réduit au seul marché, régi par les seuls désirs, peu

important que leur objet soit les êtres humains, alors ce sera un monde sans personne.

Cette évolution tient à une perversion du libéralisme, vers l'arrivée d'un libéralisme sans le Droit, si l'on veut bien définir celui-ci comme ayant un lien essentiel avec la protection élémentaire de la personne. Cela ne tient pas qu'à la puissance de l'économie, de la finance et de l'argent. Cela tient aussi à l'oubli, à la tristesse et au découragement. En effet, sans doute vivons-nous une époque « triste » parce que sans prétention. Le Droit n'ayant plus de prétention face aux faits que constituent les pratiques, nous voulons oublier que la première puissance de l'ordre public est une puissance négative : l'ordre public dit avant « Non ». Ainsi, l'ordre public économique d'une façon première est constitué par des règles qui disent ce qui entre dans les marchés et ce qui n'y rentre pas. Lorsqu'il s'agit de l'ordre public économique, les règles ouvrent et ferment les octrois des marchés. Puisque nous sommes dans une économie libérale, les octrois sont présumés ouverts mais une règle d'ordre public expresse peut les fermer si son auteur a de bonnes raisons pour le faire.

Ainsi, lorsque l'article 1128 du code civil pose que seules les choses hors commerce peuvent faire l'objet de contrat, il pose une règle d'ordre public économique. En effet, ce que vise ce texte sont des choses, comme le corps humain mais aussi l'Histoire ou le rêve ou l'amour, qui sont pourtant l'objet de bien des désirs, et de personnes formulant des volontés de les utiliser ainsi que des personnes consentant à les mettre à disposition. Mais par un acte d'*imperium*, le Droit gardant l'octroi du marché et en fermant la porte, pose les limites du monde marchand.

C'est pourquoi il est essentiel de mettre dans l'ordre public économique cette fonction négative, qui trace juridiquement les contours du marché. Revenant à la sagesse grecque qui ne concevait un monde gouvernée par la Raison que s'il était doté de limites, le droit économique impose des limites au marché grâce à des règles d'ordre public économique, car le marché en lui-même, gouverné par la seule Loi du Désir, ne peut se fixer à lui-même de limites. Par nature le marché est sans limite parce que le désir lui-même n'en a pas.

De cela, ressort alors ce qui doit être la marque de cet ordre public économique-là, à savoir un caractère substantiellement innégociable. Ce caractère innégociable, qui marque l'ordre public économique d'octroi n'est pas la marque de toutes les règles d'ordre public économique, puisqu'elles n'ont pas la même nature. Ainsi, l'ordre public économique est suivant sa nature plus ou moins flexible.

B. — *La flexibilité de l'ordre public économique selon sa nature*

Si l'on résume les différentes natures de l'ordre public économique, et si on les reprend dans leur force qui varie dans un système économique libéral, de la plus puissante à la moins : dans sa nature négative et politique, l'ordre public économique est donc ce que le Droit, d'une voix plus ou moins forte, pose comme étant ce à quoi il s'oppose, ce à quoi il ferme la porte des marchés ; c'est l'« ordre public économique d'octroi ». Il est alors inflexible. Puis, dans sa fonction dynamique et politique, l'ordre public économique est ce par quoi le Politique dessine ce qui lui paraît adéquat pour le groupe social dans les structures économiques et leur fonctionnement ; c'est l'« ordre public économique d'architecte ». Le Politique demeure le maître des lignes qu'il pose mais la construction peut se faire d'une façon plus souple. En effet, dans sa fonction dynamique mais neutre, l'ordre public économique est alors ce par quoi le Droit, d'une voix plus conciliante, obtient la construction des marchés ; c'est l'« ordre public promoteur ». L'efficacité de la construction justifie une souplesse accrue. Enfin, dans la fonction « dormante » de l'ordre public économique doit aboutir à entraver les comportements qui endommagent les marchés et à restaurer ceux-ci, dans un « ordre public gardien » qui justifie toute souplesse pour atteindre le résultat.

Parce que le droit est « actes de langage », lorsque la règle est d'ordre public, le Droit parle avec une grosse voix. Elle devient de fait un filet de voix lorsqu'elle vient buter contre une entreprise multinationale. Voire, de fait, elle devient musique d'accompagnement lorsque de fait l'entreprise devient consommatrice de législation et que le législateur devient courtisan des entreprises qui soutiennent financièrement les États.

Ces rapports de force entre l'émetteur de la règle et son destinataire ont été précédemment évoqués. Il s'agit ici de reprendre la distinction des natures de l'ordre public économique et la hiérarchie de la puissance corrélée à leur nature.

**1. Le caractère inflexible de l'ordre public économique d'octroi**

Lorsqu'il s'agit d'un « ordre public économique d'octroi », la règle est inflexible, puisqu'il s'agit d'empêcher. La règle d'ordre public est alors innégociable. Il ne s'agit pas de voir si « en réalité » des *deals* peuvent se faire, même avec les juges, de fait ou de droit, mais de poser le principe d'inflexibilité.

Ainsi, lorsque l'article 1128 du code civil pose que les « choses hors commerce » ne sont pas l'objet d'un contrat, il ne décrit pas une réalité. En effet, pour ne prendre que l'exemple du corps humain objet de désirs, ceux qui le désirent par morceaux ou tout entier trouvent des « titulaires de ces corps », puisque c'est ainsi que les marchés perçoivent les êtres humains que le Droit institue à l'inverse et quant à lui en Personne, tout prêts à les leur céder. Mais des règles d'ordre public posent que cette chose est indissociable de la personne. Dans le mode classique [p. 147-170]

d'expression, je suis mon corps. Si celui-ci était « mis dans le commerce », c'est la personne elle-même qui serait à l'encan, c'est pourquoi le droit émet une règle d'ordre public pour arrêter la ronde des désirs, en posant l'indissociabilité du statut de personne, de l'être humain et de son corps. C'est faux dans la concrétude mais par une règle d'ordre public cela est posé comme s'imposant d'une façon inflexible avant que l'être humain ne soit pas mis sur le marché.

Günther Anders décrit la « catastrophe à répétition » qui, dans une troisième révolution industrielle, consiste à poser des « règles infernales » dissociant la personne et son corps, obtenant que nous ne sentions plus rien. Il décrit dans une série d'articles et de livres la fabrication en série d'humains interchangeables et neutres, chacun appréciant les processus selon la performance sans autre référence. Le fait que l'humain en soit l'objet plutôt que du non-humain est une distinction qui perd toute pertinence pour celui qui agit : l'être n'est plus une personne, c'est un agent. En cela, Günther Anders estime que le nazisme n'a été qu'une répétition générale de type artisanal.

À l'inverse de cette vision triste, voire « désespérée » du monde, l'ordre public économique exprime une certaine joyeuseté du Droit et la confiance que le Droit a en lui-même, l'essentiel étant alors de rappeler l'existence des êtres humains en tant que tel dans le monde, et ce même dans l'économie. Cela peut paraître évident mais cela ne l'est plus. Lorsque l'on observe l'évolution du droit de la concurrence ou du droit financier, qui prennent comme critère premier l'efficacité, laquelle n'est pourtant qu'un critère de procédure, qu'on observe l'apparition de notions comme « l'agent économique » ou le « capital humain », l'on comprend que le premier enjeu de l'ordre public économique est de rappeler qu'il existe des êtres humains dans l'économie.

Or le danger auquel le droit économique participe « efficacement » consiste dans la mise en place d'un immense désert, d'un marché sur lequel agissent des agents économiques normés, d'un monde sans personne. Les marchés financiers, gouvernés par les machines, en sont le bastion avancé. Ainsi, lorsqu'une règle d'ordre public économique intervient en matière de *high speed trading*, c'est pour rappeler que la mécanique du marché devient folle lorsque les machines seules y lancent les « ordres », tandis que beaucoup soutiennent pourtant qu'il était illusoire d'édicter des entraves contre la puissance des machines dont l'efficacité permet une action hors de l'espace et du temps.

Dès lors, l'ordre public économique a pour première fonction de poser, par sa force et sa voix proprement juridique, que les personnes ne sont pas sur le marché, malgré les demandes pour qu'elles y soient, malgré l'accord d'êtres humains pour y entrer et pour s'y offrir au désir des autres, car la personne ne peut se réduire à être du « matériel humain », qu'elle y ait la place de « machine désirante » ou

d'objet consommé, les deux places ne valent plus mieux l'une que l'autre, puisque tout est mécanique.

En cela, cet ordre public économique qui cantonne l'économie aux contours du marché, cet « ordre public économique d'octroi » s'exprime dans des règles qui ne sont pas négociables. Il est de principe. Certes, les règles qui l'expriment peuvent être contestées, moquées, méconnues, contournées, ignorées, dépassées par les faits. Les faits sont eux-mêmes de multiples natures : pratiques sociales, mouvements économiques et avant tout argent, car l'argent est ce qui circule le mieux et corrode les règles nationales, qui paraissent ainsi si petites et si rigides, dans un océan de pratiques multiples, ajustés et d'un droit qui ne cesse de s'assouplir et de se vanter d'une telle gymnastique.

Il est vrai que le sourire vient aux lèvres de ceux qui se désignent comme des « pragmatiques », car une règle est d'autant plus contournée qu'elle s'affirme comme n'étant pas négociable : comment vouloir se présenter comme un chêne, alors que déjà les règles qui ne se formulent que comme des roseaux ont du mal à être soutenues ?

Le Droit n'est pourtant pas qu'une « boîte à outils » et cette image qu'emploient la Commission européenne et les agences américaines le dégrade. Le Droit est aussi un ensemble de principes, qui valent en tant que tels qu'il faut affirmer dans un premier temps, premier temps qui se suffit à lui-même, principes dont on essaie dans un second temps d'obtenir l'effectivité. L'effectivité est une réussite de la règle de droit, elle ne saurait être sa condition d'existence. C'est une erreur logique fondamentale de faire dépendre une règle de droit dans son existence du paramètre de son effectivité. Le Droit est certes un art pratique, il a depuis toujours cette nature, mais il ne se réduit pas à son instrumentalité.

Lorsque la règle d'ordre public n'a plus comme objet de tracer les contours du marché, de construire des octrois, mais de dessiner l'architecture politique qui va structurer l'activité économique à propos de biens et services que le Droit ne soustrait pas à la puissance de la Loi du Désir, le principe de flexibilité se substitue au principe d'inflexibilité.

## **2. La flexibilité politique de l'ordre public architecte de l'économie**

En effet, lorsque le Politique pose le projet politique d'un système économique et financier qu'il estime adéquat pour le groupe social dont il porte l'avenir, il est maître du plan. C'est à cette idée que renvoie la notion d'« État-stratège ». Cela peut être le cas pour la présence des personnes sur le territoire, la bancarisation, l'accès de tous à Internet, les soins à domicile, etc. Ce sont des décisions politiques, appuyées sur des choix de finances publiques, qui engagent le Politique sur plusieurs années.

Les autres agents ne peuvent se substituer au Politique pour dessiner de telles stratégies. Mais ce n'est pas nécessairement l'État qui est le mieux placé pour les

réaliser. En effet, dans l'ordre public économique d'octroi, le Droit n'intervient que comme acte de langage, pour interdire, ce qui n'implique que peu d'action en *ex ante* et peu d'investissement. À l'inverse, dans l'ordre public économique d'architecte des marchés, une fois que le Politique a fixé les plans par sa puissance normative, encore faut-il que ceux-ci se concrétisent.

Ici, la mise en œuvre peut être souple, pour que le projet se réalise. On sait que l'entreprise publique peut prendre de multiples formes juridiques. De la même façon, l'agence pour les « investissements d'avenir » ou la B.P.I. sont des modes souples de concrétisation de stratégie d'ordre public économique.

Il ne s'agit pourtant que d'une flexibilité dans la mise en œuvre car c'est le Politique qui continue de tenir la plume, ne laissant à l'initiative ordinaire que l'espace de la concrétisation. La flexibilité est beaucoup plus grande si l'ordre public de la règle ne permet plus au Politique de tenir le secteur mais consiste simplement à donner l'impulsion à l'établissement d'un système économique qui a vocation à trouver dans l'initiative ordinaire des agents les forces nécessaires à son développement futur.

### **3. La flexibilité tactique de l'ordre public promoteur de l'économie**

L'ordre public promoteur de l'économie est constitué de règles qui ont pour fonction non pas d'organiser et de tenir des secteurs dont la puissance publique veut conserver la maîtrise de la trame, mais qui ont pour fonction de mettre la situation économique en état de permettre aux structures et aux initiatives ordinaires de se développer.

Cet ordre public qui « promeut » caractérise les périodes de transition, d'une économie réglementée vers une économie concurrentielle. Si l'on a l'espoir que la concurrence et l'innovation constituent un couple vertueux, l'on peut considérer par exemple que les télécommunications relèvent de cet ordre public économique là.

Dans ce cas, il faut que les règles exprimant l'ordre public soient le plus flexibles possibles. Ainsi, l'ordre public économique trouvera mieux sa place dans de l'*ex post* que dans de l'*ex ante* et l'ordre public général de la concurrence, qui doit n'exprimer que des interdictions générales de comportement, est plus adéquat, les initiatives des opérateurs étant ainsi favorisées, dès l'instant que la dominance de l'opérateur historique aura été régulée.

C'est pourquoi ce qu'il est convenu d'appeler la « co-régulation » est bienvenu lorsqu'il s'agit d'un ordre public promoteur de l'économie. En effet, le Politique doit seul dessiner les plans, même si les agents peuvent lui apporter des informations pour ce faire, mais la mise en œuvre du schéma ainsi conçu peut être faite d'un commun accord.

Il est essentiel de bien trouver la frontière entre l'ordre public économique d'architecte et l'ordre public économique simplement promoteur. Une conception sans doute excessive du libéralisme a hypertrophié le second, réduisant le premier sous couvert de marginaliser les États soupçonnés de conflit d'intérêts, d'incompétence techniques et d'inadéquation en raison d'échanges économiques et financiers dépassant leurs frontières. Ce fût l'esprit de la première directive communautaire des Marchés d'instruments financiers (MIF). La crise financière a entraîné l'adoption de nouveaux textes, notamment la seconde directive MIF 2, exprimant davantage la première conception.

Il semble désormais acquis que les marchés financiers doivent être régis par un ordre public économique d'architecte. Certes, dans les faits le Politique a bien du mal à utiliser efficacement le droit pour imposer ses propres plans en la matière, mais il demeure qu'à ne plus avoir eu cette « prétention », le Politique a laissé se propager des crises dévastatrices.

L'autre enjeu de la distinction entre l'ordre public économique d'architecte et l'ordre public promoteur de l'économique réside dans l'étanchéité qui doit demeurer entre la conception d'un plan, qui doit être du ressort du Politique, et la mise en exécution du plan, qui gagne à être partagée. Les travaux autour de la capture étudient tous les dangers d'une paroi souvent trop fine entre les deux, l'asymétrie d'information, la bonne entente entre les personnes et la paresse humaine étant les voies les plus efficaces de la capture.

#### **4. La flexibilité maximale de l'ordre public gardien de l'économie**

Quant à l'ordre public gardien de l'économie, il a pour fonction de conserver le système économique dans l'état où il est. Si celui-ci est affecté, et seulement dans ce cas puisqu'il s'agit d'un ordre public économique « dormant », marque en cela d'un système économique libéral, alors la règle d'ordre public est activée.

La restauration de l'économie justifie un usage flexible du droit. Autant les conceptions « pragmatiques » du droit qui justifient par la seule efficacité les « arrangements » avec les auteurs des comportements reprochables sont à exclure lorsqu'il s'agit d'un « ordre public économique d'octroi, qui est par nature inflexible, autant lorsqu'il s'agit de veiller à la prévention de l'endommagement de l'économie telle qu'elle est ou à sa restauration telle qu'elle était, cette conception « pragmatique » est justifiée. C'est pourquoi il est si important de laisser au Politique la tâche de dessiner l'Économie et de laisser au Régulateur et au juge celle de la maintenir dans son état et de la restaurer. Parce que la seconde tâche n'est pas une décision, au sens où celle-ci se définit comme un choix, le pouvoir qui y est exercé (par exemple la sanction) peut être utilisé d'une façon flexible, par exemple partagé avec les opérateurs eux-mêmes.

L'on trouve alors dans le droit économique toutes les techniques juridiques de transaction, de clémence, de repentir ou d'engagements, mécanismes qui ne

plioient la règle d'ordre public économique que pour rendre celle-ci plus efficace. L'on ne peut pas s'étonner ni réprover une telle évolution. Plus encore, l'on ne doit pas distinguer suivant que la règle d'ordre public économique ainsi ployée est civile, ou administrative ou même pénale. En effet, peu importe sa nature juridique : la flexibilité est admissible parce qu'il s'agit de l'ordre public le moins attentatoire aux libertés économiques, à savoir cet ordre public dormant qu'est l'ordre public gardien des marchés.

### III. — LES TITULAIRES DE L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE

Exprimer l'ordre public, c'est détenir un très grand pouvoir. Il ne s'agit pourtant que d'un pouvoir conféré afin de mieux servir une charge, celle de servir un but (conserver le marché, promouvoir le marché, dessiner le marché, dresser des octrois autour du marché). Mais comme il s'agit d'un pouvoir, il y a beaucoup de candidats, empressés de se parer de ces charges. Les candidats sont d'autant plus nombreux à propos de l'ordre public économique qu'il s'agit d'argent, lequel semble être l'objet premier des désirs dans beaucoup de sociétés ou de cercles. Or, la désignation de celui qui exprime l'ordre public économique dépend de la nature de cet ordre public (A). Le Politique et l'administration, dont le Régulateur est la forme plus moderne, sont les titulaires classiques de cet ordre public économique. Mais sont apparus de nouveaux prétendants, comme les juges, mais aussi les agents économiques eux-mêmes, qu'ils soient volontaires pour endosser ce rôle, ou qu'ils y soient contraints (B).

#### A. — *La variation du titulaire suivant la nature de l'ordre public économique*

S'il s'agit de l'ordre public économique d'octroi, alors seul le Politique est légitime à construire et à appliquer les règles qui l'expriment. En effet, en ce que cet ordre public par acte de langage qualifie par prétéition les objets de désirs qui entrent dans le jeu économique et marque expressément par son sceau ceux qui n'y entrent pas, alors même que le désir des uns et des autres existe pour qu'il y ait échange à leur propos, seul le Politique peut l'exprimer. Parce que le Politique est légitime à l'exprimer, lui seul peut le faire et une fois qu'il l'a fait, nul n'est légitime à émettre une norme qui le contredise. C'est prétentieux, mais si le Politique n'est pas prétentieux et fier de l'être, une sorte d'Ordre public que porterait Artaban, alors il n'est plus que le gestionnaire des situations concrètes. Peut-être notre époque si vaniteuse manque-t-elle de cette Prétention-là.

S'il s'agit de l'ordre public économique d'architecte, le Politique tient la plume pour dessiner le plan. Comme pour la loi, elle doit rester « tremblante » et le trait être net, comme la voulait Portalis, car il s'agit d'une projection, d'une décision et

l'avenir du groupe social est en jeu. Mais dans la mise en œuvre, la plume peut se partager avec les agents économiques divers, la difficulté étant dans cette distinction à opérer entre la conception qui demeure l'apanage du Politique et la mise en œuvre qui peut être déléguée ou partagée. Le glissement risque de s'opérer aussi bien par le fait que le pouvoir réside davantage dans l'acte d'exécution que dans l'acte abstrait de conception dans l'exécution et par la capture possible du Politique par les agents plus dynamiques.

Dans l'ordre public promoteur de l'économie, ordre public technique d'impulsion, le titulaire idoine sera un Régulateur qui devra essayer de rester neutre et impartial, deux qualités aussi difficiles que requises ; il en sera de même dans l'ordre public gardien de l'économie, qui appelle la même neutralité.

Dans la mesure où les différentes natures de l'ordre public économiques justifient des pouvoirs d'ampleurs différentes, les différents agents cherchent de fait à se prévaloir de l'ordre public économique qui leur donnera le plus de pouvoir possible, c'est-à-dire un pouvoir le plus large et le plus discrétionnaire possible. C'est donc à une théorie des pouvoirs que renvoie la question des titulaires de l'ordre public économique.

#### B. — *Les prétendants à exprimer l'ordre public économique*

En effet, celui qui exprime l'ordre public récolte le pouvoir qui vise à l'effectivité des règles qui constituent cet ordre public. C'est pourquoi il y a bien des prétendants pour en être le porte-voix. De tradition, c'est le Politique et son administration qui expriment l'ordre public, y compris en matière économique (1). D'une façon moins traditionnelle, cela peut être le juge, voire l'arbitre (2). D'une façon plus audacieuse, c'est l'assujetti qui peut prétendre porter la voix de l'ordre public, soit *proprio motu* dans le cas de l'autorégulation, soit d'une façon contrainte à travers la « conformité » (3).

#### 1. **Le Politique et l'administration, titulaires naturels de l'ordre public économique**

Dans un système politique, les organes qui expriment le Politique, par exemple le gouvernement, expriment ce qu'il est convenu de désigner comme « l'intérêt général » et décident du futur du groupe social par la contrainte. L'ordre public économique n'est à ce titre qu'un compartiment de l'ordre public général par lequel le Politique gouverne.

Par délégation, l'administration, d'une façon hiérarchisée ou sous la forme des Autorités administratives indépendantes qui font désormais florès en matière économique et financière, émet également des règles et prend des décisions d'ordre public économique. Leurs décisions y font souvent référence, comme pour mieux asseoir leur autorité.

L'on peut certes suspecter l'efficacité de ces mesures en raison notamment de la puissance des sujets de droit auxquels elles s'adressent, mais cette titularité n'est pas mise en doute. Lorsque l'on s'éloigne du cœur politique, justifiant la décision et la contrainte, la titularité devient plus douteuse. Elle doit pourtant s'imposer, dès l'instant que les différents organes ne brouillent pas la correspondance entre les différentes natures de l'ordre public économique et l'ampleur des pouvoirs.

Ainsi, seul le Politique est légitime à user de l'ordre public économique pour inventer des réalités économiques qui n'existent pas encore, parce qu'elles lui paraissent bonnes pour le futur du groupe social. Si l'idée est mauvaise, il en paiera le prix démocratique, par exemple à travers des élections. Ainsi, le Politique peut décider de plans énergétiques ou de politiques numériques qui relèvent d'un ordre public économique numérique. De la même façon, le Politique peut bloquer la cession de matériel humain entre personnes consentantes, parce qu'il estime que la marchandisation des corps met en danger l'idée de civilisation dont il aurait la garde. Il utilise alors son pouvoir propre, c'est-à-dire un pouvoir performatif qu'exprime la Loi et celui de puiser dans l'argent public, les finances publiques renvoyant à la fraternité politique du corps social.

Les régulateurs et les juges n'ont pas la légitimité requise pour être ceux qui bâtissent des octrois, en refusant l'accès des objets de désir aux mécanismes d'échange. Ils ne sont que ceux qui donnent l'effectivité à cette position de principe que pose le Politique. Ils ne sont pas davantage ceux qui peuvent inventer des secteurs en maniant des outils structurels, en les bâtissant, en les traçant. En revanche, ils sont ceux qui ont la charge de donner pleine effectivité à la part d'invention souveraine que peut contenir l'ordre public économique. A l'inverse, si le régulateur, ou l'autorité administrative économique, ou le juge, respecte la nature de l'ordre public économique auquel ils sont rattachés, qui est l'ordre public de promotion de l'économie ou l'ordre public gardien de l'économie, ils sont légitimes à exercer les pouvoirs qui en découlent.

## **2. Le juge et l'arbitre, prétendants à exprimer l'ordre public économique**

Il convient en effet d'écarter une confusion fréquente qui conduit à mesurer la légitimité du juge ou l'ampleur de ses pouvoirs non pas à la nature de l'ordre public économique qu'il concrétise, mais à la classification des règles substantielles qu'il manie : ainsi le juge pénal manierait l'ordre public puisque le droit pénal est d'ordre public, le juge administratif le pourrait encore puisque le droit public est le socle de l'organisation de l'État, tandis que le juge civil ou commercial ne le pourrait plus guère, réduit qu'il serait à trancher les litiges entre particuliers. Et de se lancer dans la distinction entre les offices des juges, suivant qu'ils ont plus ou moins la garde des structures de marché, ce qui renverrait à un véritable ordre public justifiant une puissance attribuée à un juge inquisitorial, tandis qu'elle serait

refusée à un juge appliquant des règles ordinaires façonnées pour l'ajustement des intérêts particuliers, le juge devant demeurer passif, engoncé dans une procédure accusatoire.

Dépendante d'un tel schéma de départ, les juridictions et les régulateurs ont cherché à détecter de l'ordre public économique partout, afin de mieux justifier une puissance procédurale et demander l'attribution de pouvoirs de contrainte supplémentaires, voire demander l'extension du droit pénal et du droit administratif répressif, pour que la nature du droit substantiel puisse heureusement contaminer en puissance leur propre office.

C'est une grave erreur de compréhension de ce qu'est l'office d'un juge et d'un régulateur lorsque celui-ci exerce un office juridictionnel. En effet, l'office du juge est indépendant de la règle que celui-ci utilise pour remplir son office. Il convient non pas de se référer à la règle de droit utilisée (pénale, administrative ou civile) mais à ce pourquoi le juge ou le régulateur l'utilise, c'est-à-dire à la satisfaction de l'ordre public économique qu'il sert.

En effet et d'une façon plus générale, le droit a évolué, notamment grâce aux travaux de Motulsky, pour donner une autonomie à l'office du juge. Cela justifie notamment que les arbitres désormais appliquent les règles d'ordre public économique, par exemple en droit de la concurrence mais également en droit de la régulation.

Il convient donc de corréliser fermement les pouvoirs des juges et des régulateurs, voire des arbitres, avec leur office au regard du type d'ordre public économique exprimé par la règle qu'ils utilisent, et cela indépendamment de la nature pénale, administrative ou civile de celle-ci. Les juges et les régulateurs ont un office qui ne peut être un office politique d'octroi. Ils ne sont pas le Politique. Ce n'est pas à eux de fermer ou d'ouvrir les marchés, c'est au Politique de le faire. En revanche, les octrois que le Politique a bâtis, les juges doivent les « garder ». De la même façon, les juges et les régulateurs ne peuvent pas concevoir l'architecte d'un secteur économique, c'est au Politique de le faire. C'est opérer un acte de gouvernement politique que de penser l'architecture d'un secteur. Si cela ne s'opère pas, il peut y avoir rejet, malgré la qualité du travail. Ainsi, l'Union bancaire a été essentiellement conçue en Europe par la Commission européenne, alors qu'il s'agit d'un acte d'ordre public économique d'architecte, c'est-à-dire d'un acte de gouvernement politique. Certes, faute de gouvernement européen, nécessité peut sans doute faire loi, mais il en résulte des tensions. C'est pourquoi le Parlement européen veut aujourd'hui intervenir non plus pour valider mais pour concevoir.

À l'inverse, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre l'ordre public de promotion de l'économie libérale ou l'ordre public gardien de l'économie, le juge comme le régulateur sont à même de manier les règles d'ordre public et d'utiliser pour ce faire des instruments qui permettent la concrétisation de cet ordre public.

Mais ce qui n'est pas admissible, c'est lorsqu'un juge ou un régulateur, quel que soit le droit substantiel qu'ils manient, parce qu'ils ne peuvent être en charge que d'un ordre public économique soit de promotion de l'économie, soit de garde de celle-ci, utilise les moyens de procédure très puissants qui leur sont donnés pour en réalité réaliser des architectures complètes de marché correspondant à la conception de ce qu'il leur paraît être un système économique adéquat, se substituant ainsi et au Politique et aux agents économiques ordinaires, et faire plier les deux grâce à la puissance de contrainte de l'ordre public. Il est encore moins admissible que les juridictions ou les régulateurs se transforment en décideurs politiques en décidant à la place des institutions politiques de ce qui doit être laissé ou pas au mécanisme pur et simple des marchés ordinaires.

Or, l'on peut constater que fréquemment les juridictions et les régulateurs, soit en évoquant le pragmatisme dont il faudrait faire preuve devant l'étendue de pratiques d'ajustement des désirs, soit en évoquant dans un absolu inverse l'efficacité qu'il faudrait atteindre en contraignant les agents économiques par avance dans une « régulation générale » afin de faire advenir un système économique qui serait globalement meilleur, s'arrogent de fait un pouvoir politique. Cela n'est pas conforme à la répartition des pouvoirs à laquelle doit aboutir la juste place de l'ordre public dans une économie libérale.

### **3. L'assujetti, agent d'effectivité de l'ordre public économique : autorégulation et conformité**

La situation est d'autant plus confuse que le destinataire de la norme d'ordre public, loin d'être passif, est de plus en plus au cœur de l'ordre public économique : l'agent économique va lui-même rendre effectif l'ordre public économique.

L'agent économique semble apparaître dans sa toute-puissance puisque, n'arrêtant pas le modernisme langagier, il est même désigné comme « proactif ». Mais il peut s'agir d'un jeu trompeur de langage. Il convient en effet de distinguer deux situations.

Dans une première perspective, l'agent économique s'approprie la mise en œuvre de l'ordre public économique, voire l'élaboration de celui-ci : l'autorégulation devient l'avenir de l'ordre public dans une économie financiarisée et globalisée.

Les codes de bonne conduite forment alors l'ossature d'une façon de se comporter bien, de prendre en considération un intérêt autre, de se soucier d'autrui. L'éthique des affaires se glisse dans des codifications souples, tandis qu'il est expliqué que le droit souple est l'avenir du droit dur d'antan. Farjat se résignait à dire que s'il peut douter de la capacité des professionnels à se limiter eux-mêmes, se référant au scepticisme de Durkheim, il ajoutait que dans un monde où personne ne peut plus prétendre imposer un ordre public économique, il faut peut-

être se résigner à y croire, Gunther Teubner les confrontant à une nouvelle forme de constitutionnalité.

Dans la seconde perspective, l'agent économique est encore au centre, mais il l'est contraint et forcé : la conformité place aux avant-postes celui-ci non pas pour le mettre à l'honneur mais pour internaliser des obligations d'effectivité de normes qui sont formulées soit contre lui (obligation d'agir dans l'intérêt exclusif de son client), soit au profit d'un intérêt qui ne le concerne pas (lutte contre le blanchiment d'argent). La *compliance* pèse sur les banques et les transforme en agents d'effectivité d'un ordre économique mondial.

À l'inverse de l'autorégulation, il ne s'agit en rien d'une confiance faite à l'agent économique. La défiance à l'égard de celui-ci est maintenue, voire accrue, mais par souci d'efficacité et d'efficience de la règle d'ordre public économique, par exemple en matière de blanchiment d'argent ou de corruption, le Droit confie à l'assujetti lui-même la tâche de rendre effective la règle.

Par la technique de la conformité, l'ordre public économique est plus puissant que jamais, dispense par le passage de l'*ex post* à l'*ex ante* l'application des règles de cette sorte d'alourdissement que constituent les garanties fondamentales de procédure qui pavent toute procédure de sanction et s'étend mondialement, puisque c'est l'agent économique lui-même qui veille au respect des règles, dans une sorte d'autoflagellation permanente.

Ainsi et en conclusion, contrairement à ce que l'on affirme si souvent en affirmant que l'ordre public économique a été neutralisé par des entreprises que la globalisation aurait rendues toutes puissantes, l'évolution du droit est en train d'aboutir à des régulateurs qui s'arrogent jusqu'à la part proprement politique de cet ordre public tandis que la *compliance* aboutit à internaliser des règles d'ordre public dont la violence s'appuie désormais sur la puissance même des agents économiques.