

sources et perspectives du «*droit de l'économie*»

(Rome 23 septembre 2004)

Rapport de Francesco Coccozza

Quelques préliminaires avant d'aborder les problèmes, indiqués dans le programme de notre «Rencontre de spécialistes du *droit de l'économie*».

-Si le but du Séminaire est la comparaison entre les différentes expériences nationales (européennes) sur la question *des sources et des perspectives* du *droit de l'économie*, j'ai l'intention de suivre les traces de la «*piste commune*», indiquées dans la conversation téléphonique avec l'ami, M. le professeur Giuseppe Di Gaspare.

Mais cependant il y a deux questions que je veux traiter, avant de commencer:

1. le *domaine* (et l'histoire) de la matière concernant la jonction du *droit* avec l'*économie*;
2. la *méthode d'étude et de recherche* et la *méthode de comparaison* entre les expériences nationales de *réglementation* (ou de *régulation*, comme on dit dans la terminologie spécifique plus moderne) *juridique de l'économie*.

- **Le *domaine* de la matière d'enseignement qui relie *droit* et *économie*. Les «deux conceptions» du *droit de l'économie*: (1) *discipline autonome* ou (2) *technique d'application, d'interprétation nouvelle de règles juridiques relatives à l'économie*?**

-La culture juridique européenne a tardé beaucoup à normaliser –avec le *droit de l'économie*- le point de vue, autour de la *dénomination* même de la matière d'enseignement qui relie *droit* et *économie*, malgré la base culturelle, constitutionnelle et juridique commune qui lie la plupart des Pays de l'Europe continentale.

-En effet, les rapports entre le *droit* et l'*économie* en Europe étaient –et sont encore- souvent étudiés de façon sans faute différente, selon le point de vue du *droit de l'économie* (notion essentiellement descriptive, qui désigne l'ensemble hétérogène des règles de droit qui s'appliquent à l'activité économique), du *droit économique* (notion nettement plus qualificative, rencontre interdisciplinaire «*qui transforme les règles de droit*»¹) ou du *droit public économique*.

-Cette classification connue, par exemple, par la doctrine juridique française, n'est pas parfaitement suivie en Italie, où les matières d'étude, qui relient dans la dénomination les termes *droit* et *économie*, sont traditionnellement seulement *diritto dell'economia* et *diritto pubblico dell'economia*.

-La doctrine allemande² utilise une classification beaucoup plus riche en notions relatives aux matières qui lient *droit* et *économie*: *Wirtschaftsrecht* (*droit de l'économie*), *Wirtschaftsverfassungsrecht* (*droit constitutionnel de l'économie*), *allgemeines Wirtschaftsrecht* (*droit général de l'économie*), *besonderes Wirtschaftsrecht* (*droit spécial de l'économie*).

-On a ouvert en Italie, depuis presque dix ans, de nouvelles perspectives pour forger des chercheurs spécialistes du *droit de l'économie*, après la constitution d'un groupement pour les concours aux chaires à l'Université (JUS 05 – *Diritto dell'economia*)³. Et toutefois le Ministère de l'Instruction, pressé par les détracteurs de l'autonomie du groupement en question, en a souvent remise en cause la permanence. Mais les professeurs de la matière *droit de l'économie* sont en train de constituer

¹ A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Le droit économique*, Paris, Presses Universitaires de France, *Que sais-je?*, 1970, p.8.

² W. FIKENTSCHER, *Planification als wirtschaftsrechtsrechtliches Instrument – Möglichkeiten und Grenzen*, in W. FIKENTSCHER e. a., *Rechtsfragen der Planification*, Stuttgart, 1967, p. 81 et sq.

³ Mais le "regroupement" NOX5 des matières des concours, pour l'enseignement dans l'ordre des études universitaires en Italie, comprend aussi: le *droit bancaire*, le *droit des assurances*, etcetera.

une *Association des professeurs de droit de l'économie*, pour renforcer l'autonomie –scientifique aussi- de la matière.

-L'interdépendance du *droit* et de l'*économie* est partagée par toutes les branches du *droit qui concernent l'économie* (discipline scientifique formée des liaisons entre *science du droit* et *sciences de l'économie*⁴). Mais en Italie les thèmes de préférence affrontés par les deux principales disciplines mentionnées sont différents: l'*interventionnisme de l'État* (et surtout de l'*État Providence*) et l'*économie administrée* sont les thèmes traditionnellement affrontés par le *droit public de l'économie*, plutôt que par le *droit de l'économie*, qui s'occupe de l'entreprise et de la liberté de celle-ci dans le marché.

-Aujourd'hui, le *droit public de l'économie* s'occupe surtout des «mesures» susceptibles d'être adoptées –par les autorités spécialisées- pour maintenir la concurrence sur le marché. Après le triomphe de l'économie néo-libériste, le *droit de l'économie* en Italie est tout à fait intéressé à l'étude du droit de la concurrence: donc la frontière entre *droit de l'économie* et *droit public de l'économie* est devenue moins marquée.

-Dans le manuel d'étude de *diritto pubblico dell'economia* de Massimo Severo Giannini (qui était le plus connu en Italie⁵), l'objet d'étude de la matière n'est pas l'*interventionnisme* des pouvoirs publics dans la sphère de la vie économique (typique de l'*État Providence*). M. le professeur Giannini pensait de sa part que les États (ou les ordres juridiques équivalents) sont toujours intervenus dans l'économie. Mais est récente la nécessité de créer le *droit de l'économie*.

-En effet, tout le monde sait que:

- le Code d'Hammurabi (sentences de 53 à 56) contient la plus ancienne discipline juridique sur l'usage des eaux (de l'Euphrate); et donc, selon une interprétation sociologique très intéressante pour le *droit de l'économie*, les organisations politiques sont nées dans ce but, typiquement économique;
- la réglementation du cours du temps au moyen d'un calendrier officiel remonte à l'antiquité, pour donner certitude juridique à l'économie des particuliers;
- poids et mesures (ou, en général, les activités métrologiques) sont des activités des pouvoirs publics, dans le domaine économique, plus anciennes que la naissance du *droit public de l'économie* et de l'*État Providence* (où l'*interventionnisme* est bien sûr plus étendu et les modes d'action de l'État dans l'économie sont multiformes).

-L'*interventionnisme* n'a jamais formé l'objet d'une nouvelle branche du droit, comme le *droit public de l'économie*, avant 1920 en Allemagne. Et donc, M. S. Giannini a défini le *droit public économique* comme un droit «oggettuale», c'est à dire une branche du droit, identifiée à travers les objets étudiés: «normes» et «institutions juridiques», le contenu desquelles est spécifiquement économique. Une branche du droit sans aucune autonomie scientifique.

-La crise de l'*État Providence* –après les «Trente glorieuses» d'existence du *Welfare State* et après le triomphe de la «pensée unique»⁶ du «neo – libéralisme» (et après le triomphe des théories économiques néo libéral de la *Société du Mont Pelé* de Friedrich von Hayek, de l'école du *public choice* de J. M. Buchanan⁷ et du *Journal of Law and Economics* [1958]) a détourné l'attention des spécialistes italiens du *droit public économique* de l'*interventionnisme* vers les marchés ouverts à la concurrence.

⁴ A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Le droit économique* c. p. 9.

⁵ M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977, Première édition.

⁶ L'expression est de M Ignacio Ramonet (directeur de *Le Monde Diplomatique*) ou de Serge Latouche: voir F. COCOZZA, *Incidenza del diritto delle Comunità europee sul diritto pubblico nazionale dell'economia*, dans F. GABRIELE – G. BUCCI – C. P. GUARINI (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, Cacucci Editore, 2002, 81.

⁷ J. M. BUCHANAN, *Social Choice, Democracy and Free Markets*, en *Journal of Political Economy*, avril 1954.

-Selon l'enseignement de l'école de Fribourg («*Freiburger Schule der Nationalökonomie*» ou «*école de l'ordo – libéralisme*» de Walter Eucken et Hans Grossman-Doerth) l'objet principal d'étude du *droit public de l'économie* devient, à partir des années quatre-vingt-dix, la «*conformation*» des marchés, favorables à la libre concurrence (ce qui est intervenu en Italie par la loi 10 octobre 1990, n° 287 qui a bouleversé l'article 41 de la Constitution italienne).

-Dans les dernières années, les savants du *droit de l'économie* en Italie –pour récupérer le «*profil social*» des matières qui lient *droit et économie*- s'occupent de thèmes qui impliquent les liaisons entre *l'éthique et l'économie (surtout) financière*⁸: banques éthiques, développement compatible avec la protection de l'environnement, dignité de l'homme, responsabilité sociale (*citoyenneté social des exclus*).

- **La question de l'origine des études de *droit économique en Italie* est –de ma parte- encore plus complexe qu'en France (et dans les autres Pays européens libérales) et porte à une réponse plus complexe.**

-Si l'origine du *droit économique* dans la culture française (même si encore seulement dans la culture «philosophique») remonte jusqu'à l'année 1865, lorsque P. I. Proudhon venait de publier l'essai *De la capacité politique de classes ouvrières*, et si dans la culture juridique allemande telle origine remonte vers 1920 (à l'époque de la Constitution *interventionniste* de la République de Weimar), en Italie l'origine en question est compliquée par l'expérience d'un *droit (économique) corporatif*, comme *droit économique*.

-En effet, dans l'*ordre juridique corporatif*, instauré par le Fascisme, le *droit corporatif* était un *droit de l'économie autoritaire*, orienté à satisfaire le progrès économique de la Nation italienne⁹ (comme intérêt supérieur à celui des individus) et beaucoup de juristes italiens étaient savants de *droit corporatif*.

-Le Conseil National des Corporations avait un pouvoir normatif (émanait des *règlements corporatifs*) pour la discipline juridique de la production économique. Ce pouvoir était reconnue par la loi 3 avril 1926 et par l'art. 8 de la loi 20 novembre 1934. Le *droit corporatif* était donc un *droit (autoritaire) de l'économie*.

-Je pense que la culture corporative (catholique aussi et non seulement fasciste et, donc, fondée sur le *solidarisme*, c'est-à-dire, sur la «*fraternité*», pas sur le supérieur «*intérêt nationale à la production de richesse*») a influencé la pensée de beaucoup de juristes italiens du *droit économique*, aussi après la naissance de l'ordre juridique républicain en Italie.

-Mais, bien sur, c'est dans 1955, lorsque naît la revue «*Il diritto dell'economia*», qui date l'origine en Italie d'une discipline juridique, nommée *droit de l'économie*, tendant à l'autonomie, aussi sur le plan scientifique.

-Dix ans plus tard environ, en 1966, à Camerino, les problèmes de l'autonomie scientifique et didactique du *droit de l'économie* sont mis au point, pour la première fois de façon organique [la rencontre était intitulé «*Il diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*»]. Le problème en question est devenu, désormais, un problème «historique».

-La tentative du *droit de l'économie* de se dégager, comme droit autonome, des catégories juridiques traditionnelles (du *droit constitutionnel*, du *droit administratif*, du *droit commercial*), s'est révélée –jusqu'à présent- un objectif difficile, surtout à cause de l'origine, pas autonome, des

⁸ Voir "NEMETRIA", "Etica della Concorrenza", "13ª Conferenza" di "ETICA ED ECONOMIA", Foligno 22 ottobre 2004.

⁹ Il faut faire attention à la différence entre la notion de «*économie nationale*» (comme un «*intérêt supérieur*»), selon la doctrine fasciste, et la notion de «*avantage général*» opposé à «*le bon plaisir des individus*», selon –par exemple- le discours du général de Gaulle à Alger le 14 juillet 1943 (H.- G. HUBRECHT, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, 25 – 26): «*la Nation saura faire en sorte que toutes les ressources économiques de son sol et de son empire, soient mises en œuvre, non d'après le bon plaisir des individus, mais par l'avantage général*».

spécialistes du droit en question : tous étaient spécialistes qui dérivait du *droit public* (*constitutionnel* et *administratif*) ou du *droit commercial*. La constitution d'une *Association des Professeurs de Droit de l'économie*, qui est en train de se former, sert à renforcer l'autonomie du droit en question et sert à ouvrir de nouvelles perspectives, en vue de forger des chercheurs spécialistes de *droit de l'économie*.

- **Les sources du droit de l'économie portent : (1) à la question de la «constitution économique» ou de «l'ordre public économique» et (2) à la question des marchés sans droit d'origine politique. Mondialisation de l'économie et mondialisation des règles (et des droits).**

-Les sources du *droit de l'économie* étaient liées à la question de l'émergence d'une *Constitution économique* et des *bases constitutionnelles du droit de l'économie*, aussi en France et dans la doctrine juridique française, qui avait glissé longtemps sur ce problème¹⁰ et avait affronté plutôt – après M. le professeur Farjat – la question de l'*ordre public économique*¹¹.

-Le problème des sources du *droit de l'économie* est lié au problème des caractères des règles de ce droit, mis en évidence par M. le professeur Farjat: le *caractère concret*, le *caractère de la mobilité* et de la «*déjuridicisation*». Je rappelle que même aujourd'hui en Florence il y a un dicton populaire, qui monte à l'époque où Florence était dominé par les marchands et qui dit: «la legge fiorentina, fatta la sera e cambiata la mattina» (*mobilité* des règles juridiques sur l'économie).

-Il est plus difficile d'accepter un *droit de l'économie* produit –au dehors de l'Etat- par le marché lui-même. Aujourd'hui, on enregistre la tendance des entreprises les plus puissantes à créer par soi-mêmes des règles juridiques privées (l'aspect le plus dangereux de la *mondialisation*, comme les français préfèrent appeler la *globalisation*, pour mettre en évidence un différent et plus incisif rôle de certains États, surtout à travers le *droit international de l'économie* ou le *droit transnational de l'Europe communautaire*).

-La *mondialisation de l'économie*, comme expérience surtout d'une économie financière qui ne tolère pas la présence de l'État et de n'importe quel pouvoir politique, pose un défi au *droit de l'économie*: il doit s'ouvrir au *droit international de l'économie* et récupérer le caractère originaire de *droit sans frontières*, qu'il déjà possédait à l'époque où le droit des affaires avait été créé par les marchands même. Est-ce que la crise de la souveraineté économique de l'État porte à la souveraineté de l'économie sur l'État? La *mondialisation de l'économie*, selon Serge Latouche, «ne se réalise pleinement qu'avec sa réciproque, l'économicisation du monde, c'est-à-dire la transformation de tous les aspects de la vie en questions économiques, sinon en marchandises. Sous cette forme plus significative, en étant économique, la mondialisation est de fait technologique et culturelle, et recouvre bien la totalité de la vie de la planète»¹².

-La mondialisation (à cause de ses ambivalences¹³), en effet, a entraîné beaucoup de problèmes d'écartement entre production locale de biens et de services, liée au territoire local et à ses traditions, et globalisation de l'économie financière désormais sans frontière (la sigle *globloc* ou *glocal* synthétise ce phénomène). Mais la mondialisation a aussi entraîné la nécessité, je pense, de faire avancer les frontières du *droit de l'économie* vers une «*gouvernance*» vraiment planétaire, qui doit s'occuper de plusieurs problèmes, aussi de profils d'éthique (liée, par exemple, à la biologie: production de o. g. m.).

¹⁰ Mais il faut rappeler M. le professeur Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *La constitution économique de la C.E.E.*, Revue trimestrielle de droit européen, 1977, 245 et sq.

¹¹ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1978.

¹² S. LATOUCHE, *La planète uniforme*, Essai, Collection Sisyphe, 2001.

¹³ Laurent CARROUÉ, *La mondialisation en débat*, Paris, Doc. française (Doc. photo n°8037), 2004.

-Aujourd'hui l'on parle aussi de *mondialisation des droits, surtout sociaux* (après Seattle, 1999) à côté de la *mondialisation de l'économie* (WTO) et l'on parle aussi de *de-mondialisation* et de *mondialisation des règles*.

• **Droit de l'économie (nationale) et développement des sources communautaires en Europe.**

-Avant tout, le problème en question s'encadre dans le problème plus général de «l'établissement des règles du marché mondial» ou de la recherche des «règles communes des marchés globalisés», pour affronter l'ouverture des marchés territoriaux aux règles communes des marchés globalisés. Dans ce but, l'Europe communautaire aide les Pays membres aux conditions de la concurrence globale.

-Le droit de l'économie (nationale) des Pays membres des Communautés Européennes est tellement conditionné par le droit communautaire que, comme en France¹⁴, en Italie aussi sont comparu des manuels¹⁵ qui mettent en évidence l'origine communautaire de la plupart du droit national de l'économie. En effet, le droit communautaire –qui a la prééminence sur le droit national- fait prévaloir le principe de la *liberté de l'action économique*: liberté de circulation des marchandises, des services, des travailleurs, des capitaux.

-Le droit de l'économie est de plus en plus tributaire du droit communautaire. Il suffit de réfléchir sur: a) les *privatisations de biens et des entreprises publics*; b) le *contrôle communautaire des aides aux entreprises*, qui –toutefois- ne sont pas entièrement condamnés par la CE (alors que est vivement contrecarrée la *pork barrel legislation* en États-Unis d'Amérique); c) le passage de la doctrine française du *service public* (l'école de Bordeaux de M. le professeur L. Duguit) aux notions européennes de *service d'utilité publique* et de *service universel* (qui a fait son ambiguë apparition dans les textes relatifs à la libéralisation des secteurs des télécommunications et des postes, par exemple); d) les nouveautés dans le fonctionnement traditionnel des grandes entreprises de *service public en réseaux* (par exemple, dans la séparation entre l'exploitation des services de transport et la gestion de l'infrastructure ferroviaire); e) la détermination par les institutions communautaires de nouveaux principes (comme le *principe de précaution*, le *principe coût-avantage*, le *principe pollueur-payeur*, le *principe de confiance légitime* dans les rapports entre les pouvoirs publics et les entrepreneurs, le *principe de proportionnalité* dans la relation entre limitations des libertés économiques et intérêt général).

-Le droit de l'économie communautaire –beaucoup plus marqué par le *droit privé* que par le *droit public*- est dominé par la réalisation du marché commun européen et par les principes de *libération* et de *libéralisation*. Le droit de l'économie communautaire «denationalise» le droit de l'économie nationale et tend en outre à le «dépubliciser»¹⁶.

• **Méthode d'étude. Rapport entre le droit économique et l'analyse économique du droit : c'est-à-dire «la rationalité sous-jacente des règles juridiques».**

-Avant tout : est-ce que le rapport en question est inévitablement un rapport de conflit ou un rapport d'intégration d'idées? Et surtout: de quelle *analyse économique du droit* l'on parle? On lit souvent que l'importance de l'*analyse économique du droit* n'est plus à démontrer, que la littérature scientifique générée par elle est devenue très importante au niveau mondiale (et non seulement dans les pays d'expression anglaise). Mais il ne faut pas oublier que –désormais- il y a de différentes écoles de pensée qui sont nommées *analyse économique du droit* et ne sont pas toutes à ramener à l'école de Chicago (R. Coase, R. Posner, D. Friedman) et à *Law's Order*.

¹⁴ G. VLACHOS, *Droit public économique français et communautaire*, Paris, Armand Colin, 1996.

¹⁵ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 1995 (première édition); E. PICOZZA, *Diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, NIS, 1996; G. Di GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2003.

¹⁶ J. – P. COLSON, *Droit public économique*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 33.

-Je suis convaincu que le *droit de l'économie* ne doit pas mourir pour être absorbé par l'*analyse économique du droit*. Je pense que le *mythe de la Phœnix*, l'oiseau égyptien qui meurt après cinquante années et renaît de ses cendres, ne s'adapte pas à exprimer les interactions entre le *droit de l'économie* et l'*analyse économique du droit*. Et donc le *droit de l'économie* (surtout le *droit public de l'économie*) et l'*analyse économique du droit* restent deux sciences bien distinctes, avec des difficiles interactions. Le *droit de l'économie* ne doit pas se suicider, pour renaître comme *analyse économique du droit*. Les points de vue de chacune des deux sciences sont et restent de deux rivages opposés. Et s'il est absurde –bien sûr– de prétendre que, dans une *économie de libre marché*, le *droit maîtrise l'économie*, je trouve absurde prétendre aussi que l'*économie analyse le droit*, pas seulement pour *éclairer la rationalité sous-jacente des règles juridiques*, mais pour *maîtriser le droit de l'interventionnisme qui concerne les nouveaux droits de citoyenneté et qui garantit l'intégration sociale*.

-Pour aboutir à une conclusion sur le rapport entre *droit de l'économie* et *analyse économique du droit*, je veux rappeler la paradoxale plaisanterie de M. le professeur Laurent Benzoni, à propos de *l'utilité des outils économiques appliqués au droit*: «un juge et un avocat faisant un voyage en montgolfière se perdent. Une fois redescendus à terre, le juge demande à un individu lambda où ils se trouvent. L'homme hausse les yeux et lui répond qu'ils sont...dans une montgolfière. Le juge, se retournant vers l'avocat, lui rétorque 'nous n'avons pas de chance, nous sommes tombés sur un économiste!' et l'avocat de lui demander comment il peut avancer cela. Le juge lui répond alors que ce qu'a dit l'homme est indubitablement juste mais d'aucune utilité».

-Est-ce que la responsabilité de l'incongruité est toute entière de le (presumé) économiste qui répond ou du juriste qui a formulé une question pas claire? Heureusement il ne m'appartient pas de dissiper le doute. Mais bien sûr les juristes ne doivent pas ignorer le substratum économique des normes juridiques relatives à l'économie.

-Une importante application d'*analyse économique du droit* intervient en Italie, parmi l'*analyse d'impacte de la régulation juridique sur l'économie* (symbole anglais : *RIA [regulatory impact analysis]*, en Italie : *AIR*), au niveau des bureaux législatifs du Gouvernement national¹⁷ (sous la poussée de l'OECD: *Regulatory Impact Analysis. Best practices in OECD countries*, 1997) et des bureaux législatifs des Régions.

¹⁷ D.P.C.M. 21 settembre 2001, *Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri sulla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolazione sui cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni*, G.U. 25 ottobre 2001, n°249.