

matières européennes, l'Institut d'études européennes de l'Université catholique de Louvain a une vocation pluridisciplinaire. Tourné vers la communauté universitaire, il entend également contribuer à l'interface entre celle-ci et la société civile. Parmi les outils de communication mis au service de cette fonction figurent les Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain. Celles-ci publient les résultats de travaux de recherche menés par des membres de l'UCL mais aussi par ses diplômés récents ou plus anciens.

TABLE DES MATIÈRES

DRIT ET QUESTIONS SOCIO-ÉCONOMIQUES

Olivier De Schutter: réalisme juridique, institutionnalisme et ordoliberalisme
Bernard Conter et Christian Maroy: le Fonds social européen et l'adaptation des travailleurs aux mutations industrielles

INSTITUTIONS ET DÉMOCRATIE

Étienne Deschamps: le projet de Communauté politique européenne et la question coloniale
Annick Laruelle: sous-représentation au Conseil des ministres européen
Rudolf Rezsö: du Danube au bout du monde: étude comparative des processus de démocratisation en Hongrie et au Chili

COOPÉRATION INTERNATIONALE

Tanguy de Wilde d'Estmael: origines, déterminants et mutations des relations entre l'Union européenne et l'Afrique subsaharienne
Catherine de Montlibert-Dumoulin: essai de caractérisation de la politique de l'Union européenne vis-à-vis des nouveaux États indépendants: d'une diplomatie intégrant une dimension commerciale à la question de la norme de respect des droits de l'homme (1991-1996)
Muriel Laurent: la coopération de l'Union européenne à la lutte contre le trafic de stupéfiants en Colombie

CULTURE

Monique Mund-Dopchie: le rôle de la culture antique dans «l'invention» de l'Amérique à la Renaissance
Hubert Roland: Carl Einstein à Bruxelles: Dialogues par dessus les frontières

ANNALES D'ÉTUDES EUROPÉENNES DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

VOLUME 3

■ Droit et questions socio-économiques
■ Institutions et démocratie
■ Coopération internationale
■ Culture

ISBN : 2-8027-1293-4



9 782802 712930



UCL
Université
catholique



**RÉALISME JURIDIQUE,
INSTITUTIONNALISME ET ORDOLIBERALEN.
A PROPOS DE L'HISTOIRE INTELLECTUELLE
DES RAPPORTS ENTRE LE DROIT ET L'ÉCONOMIE (*)**

PAR

OLIVIER DE SCHUTTER

PROFESSEUR ADJOINT À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

I.

De même que les lois mises à jour par l'économiste prennent appui sur la présupposition d'un certain cadre juridique, et notamment sur les garanties que le système juridique apporte à la liberté contractuelle et au droit de propriété, de même le juriste construit ses raisonnements, dans un nombre important de branches du droit, en s'adossant à certaines représentations implicites des relations économiques nouées dans le cadre du marché, et par rapport au fonctionnement « naturel » desquelles la régulation juridique viendrait apporter une manière de dérogation. Cette présupposition mutuelle du droit et de l'économie, l'interdépendance qui en résulte entre le savoir de l'économiste et le savoir du juriste, ont constitué un thème dominant des travaux de certains économistes hétérodoxes américains au début de ce siècle, regroupés sous la dénomination des « Institutionnalistes ». La volonté de prendre en compte cette présupposition mutuelle et cette interdépendance caractérise également le travail de certains juristes rattachés au mouvement des « Réalistes », dont le sommet de l'influence se situe aux États-Unis entre 1910 et 1935.

(*) Ce texte constitue la version écrite d'une intervention faite à l'Université de Limoges en mars 1999. Il s'inscrit dans le cadre d'un travail plus ample, portant sur les évolutions que le Réalisme juridique a fait subir au droit américain pendant les années 1910-1950, et que je compte mener à bien dans les années qui viennent. Je ne présente ce texte en dépit de son inachèvement que dans l'espoir de susciter des réactions, avant de pouvoir envisager une analyse plus fine et plus étayée. Mes remerciements vont à J. De Munck et I. Ferreras, pour leur lecture.

Les Institutionnalistes et les Réalistes, à l'intersection desquels se situe la figure tutélaire de Robert L. Hale, ont offert leurs contributions à la réflexion des rapports entre le droit et l'économie à un moment où cette réflexion était requise de façon particulièrement urgente. C'est à cette époque en effet – entre 1885 et 1937 surtout (1) – que la Cour suprême des États-Unis, soucieuse de préserver l'autonomie du marché de toute immixtion du législateur étatique qui ne soit pas strictement nécessaire à la réalisation de certains objectifs limitativement énumérés, a affirmé l'inconstitutionnalité de législations ayant une vocation redistributive, ou visant à protéger la partie faible dans les rapports contractuels. Par cette jurisprudence, la Cour suprême faisait ainsi obstacle à l'adoption de certaines réglementations qui, postérieurement, caractériseront l'activisme législatif du *New Deal*, et seront à la base de l'édification de l'État-providence moderne.

Or, au moment même où l'institutionnalisme commençait à gagner en influence dans la pensée économique aux États-Unis, et la démarche Réaliste à être reçue dans la réflexion juridique, un autre groupe de penseurs, juristes et économistes, élaborait à l'ombre du nazisme une même conceptualisation des rapports entre le droit et l'économie. Mais ces penseurs, connus d'abord sous l'étiquette d'« École de Fribourg », et dénommés plus tard *Ordoliberalen*, par référence à la revue « Ordo » qu'ils ont fondée en 1948, ont déduit de cette interdépendance entre le droit et l'économie des conséquences radicalement opposées. Comme les Institutionnalistes et les Réalistes américains, les théoriciens de l'analyse économique du droit de Fribourg reconnaissent que les relations nouées entre agents économiques dans le cadre du marché se déroulent sur le fond d'un cadre juridiquement organisé ; comme eux, ils admettent par conséquent que les « lois économiques », privées dès lors de leur statut « naturel », sont dépendantes des structures juridiques sur fond desquelles elles opèrent et qu'ainsi, l'économiste ne peut simplement considérer comme « donné » le cadre juridique des rapports qu'il analyse, mais doit expliciter ce cadre, et examiner les conséquences qui résulteraient de sa modification. Mais au lieu de déduire de cette interdépendance

(1) La période désignée comme l'« ère Lochner » dans l'histoire du droit constitutionnel américain, en référence à l'arrêt qui en fournit la caractérisation la plus nette (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)), démarre avec un arrêt in *re Jacobs*, 98 N.Y. 98 (1885), rendu par la Cour suprême de l'État de New York, et s'achève avec l'arrêt *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

qu'il est illusoire ou paradoxal de prétendre garantir, par le droit, l'autonomie de la sphère du marché, les penseurs de l'École de Fribourg ont au contraire considéré de leur devoir de réfléchir l'organisation juridique d'une telle autonomie, qui place les mécanismes du marché à l'abri de la tentation, qui hante toujours le politique, d'en influencer le cours à des fins partisans.

Les uns et les autres partaient essentiellement des mêmes prémisses : l'État est présent dans toute transaction économique privée, le public et le privé ne constituent pas des sphères étanches l'une à l'autre, le marché n'est pas une chose naturelle qui, comme miraculeusement, serait à l'abri de toute contamination par le droit. Pourtant, tandis que les Réalistes et les Institutionnalistes ont voulu déduire de ces prémisses la primauté du politique sur le marché, les théoriciens de Fribourg ont voulu, au contraire, garantir une plus grande autonomie du marché. Pour n'être pas « naturelle » ou « donnée », cette autonomie n'en pouvait pas moins à leurs yeux être conquise et mise sur pied de façon « artificielle », le droit constituant alors l'instrument – ou le rempart – par lequel le marché pourrait être placé à l'abri de l'intervention étatique, et continuer de fonctionner de façon « spontanée ».

C'est ce parallèle, ce sont ces trajets paradoxaux que l'on va tenter de réfléchir. Un premier motif de s'y atteler est que cette étude parallèle illustre, de façon spectaculaire, la dépendance des idées sur les contextes historiques où elles prennent naissance et se formulent. Un second motif de le faire est que la réflexion portant sur les rapports entre le droit et l'économie a à gagner, peut-être, à une telle confrontation. De même que les Réalistes et les Institutionnalistes ont peut-être formulé leurs thèses sous l'influence trop importante de la jurisprudence constitutionnelle qu'ils combattaient, de même l'analyse économique du droit de Fribourg n'a avancé la nécessité de préserver par le droit l'autonomie d'une *Verkehrswirtschaft* – une économie de marché – qu'en raison du spectre, immense il est vrai, de l'État nazi, caractérisé justement, à l'inverse, par un asservissement de l'économie à un projet politique totalitaire. Or, qu'une même méthodologie débouche sur des conclusions aussi opposées en apparence, cela suppose qu'il y a, entre ces deux traditions, une complémentarité à mettre à jour.

II.

Au risque de sacrifier à la pédagogie l'exhaustivité, je crois pouvoir illustrer les démarches Réaliste et Institutionnaliste, ainsi que le lien intime noué entre elles, au départ d'un arrêt représentatif de la période où ces démarches ont vu le jour (2). Le 9 avril 1923, la Cour suprême des États-Unis rend son arrêt *Adkins et al. v. Children's Hospital*, dans lequel elle conclut à l'inconstitutionnalité d'une législation étatique prévoyant l'imposition d'un salaire minimum au bénéfice des femmes : pareille législation, selon la Cour, est contraire à la « liberté » garantie par la Constitution fédérale, laquelle inclut la liberté contractuelle (« the right to contract about one's affairs ») (3). Le raisonnement par lequel la Cour arrive à cette conclusion repose sur trois arguments principaux. Le premier est puisé à la rhétorique des droits fondamentaux. Dans les deux affaires jointes devant la Cour suprême, les femmes employées, pleinement capables de contracter, étaient présentées comme satisfaites de leur situation – celle de personnes échangeant leur force de travail contre un salaire certes relativement peu élevé, souvent en dessous du salaire minimum défini en vertu de la législation attaquée, mais qui du moins avaient pu, grâce à la liberté contractuelle exercée par les deux parties, trouver un terrain d'accord avec leur employeur : dans la seconde affaire, la femme qui alléguait l'inconstitutionnalité de la législation fixant un salaire minimum affirmait que sa rémunération était « the best she was able to obtain for any work she was capable of performing, and the enforcement of the order, she alleges, deprived her of such employment and wages ». L'intervention du législateur était ainsi perçue comme la manifestation d'un paternalisme risquant d'aller à l'encontre des souhaits des personnes mêmes auxquelles elle prétendait bénéficier : selon les requérantes, il s'imposerait plutôt de leur reconnaître, au contraire, une véritable liberté d'autodétermination, y compris à travers l'exercice qu'elles pourraient soulever pour faire de leur liberté contractuelle.

Lié évidemment au premier argument qu'il vient soutenir, le deuxième est celui de la neutralité du marché. « In making such contracts, generally speaking, the parties have an equal

(2) Parmi d'autres exemples, voy. not. *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908); *J. Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924); *Weaver v. Palmer Bros.*, 270 U.S. 402 (1926); *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932).
(3) *Adkins et al. v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

right to obtain from each other the best terms they can as the result of private bargaining : ainsi l'exercice de la liberté contractuelle est-il bien perçu comme l'exercice d'un rapport de forces, entre des parties aux intérêts opposés et au cours duquel chacune essaie de contraindre l'autre partie à se soumettre aux termes d'un accord en raison de l'absence d'alternatives plus satisfaisantes. Mais l'assimilation de la préférence qu'exprime l'individu à travers ce choix, contraint par les mécanismes du marché, à la préférence « authentique » de l'individu, ne peut être reçue que dans un raisonnement qui considère comme donné – comme neutre, précisément – le système de contraintes que constitue le marché (4). C'est-à-dire que le souci de la Cour suprême de respecter le choix posé par l'individu dans le cadre de la relation de marché est indissociable de la crainte qu'elle exprime par ailleurs, que la législation en cause relève d'une forme de « class legislation », c'est-à-dire qu'elle privilégie certains intérêts sur d'autres, au lieu d'incarner un intérêt général situé au-dessus des différentes factions composant la société : « To the extent that the sum fixed exceeds the fair value of the services rendered, it amounts to a compulsory exaction from the employer for the support of a partially indigent person, for whose condition there rests upon him no peculiar responsibility, and therefore, in effect, arbitrarily shifts to his shoulders a burden which, if it belongs to anyone, belongs to society as a whole » (5). La crainte d'une « class legislation », adoptée au bénéfice d'une faction particulière qui a su influencer à son profit la décision politique, est telle qu'on lui préfère l'assimilation du *statu quo* – des contraintes existant en fait, *données*, sur un marché – à la neutralité que doivent respecter les interventions de l'État (6).

(4) L'échange qui a opposé P. Samuelson à A. Sen, quant à l'interprétation du comportement du consommateur, constitue la forme contemporaine de cette opposition. Comp. P.A. SAMUELSON, « A Note on the pure theory of consumer's behaviour », *Economica*, 5, 1938; à A. SEN, « Behaviour and the Concept of Preference », *Economica*, 40, 1973, p. 241. L'essai de A. Sen est reproduit in : J. ELSTER (ed.), *Rational Choice*, New York Univ. Press, New York, 1986, p. 60.

(5) *Adkins et al. v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 557-558.

(6) Sous cet aspect, qui assimile le *statu quo* ou la situation existante à une situation neutre – plutôt qu'au résultat d'une lutte partisane –, le droit constitutionnel américain n'est pas sorti définitivement de l'ère Lochner. Voy. C. SUNSTEIN, « Lochner's Legacy », *Colum. L. Rev.*, vol. 87, 1987, p. 873; et C. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harv. Univ. Press, 1993, not. chap. 3, pp. 68 et s.

Le troisième argument enfin est celui suivant lequel la recherche par chacun de son propre intérêt, sous la garantie générale de la liberté individuelle, déboucherait sur le résultat le plus désirable pour la collectivité dans son ensemble – ou bien si l'on veut, selon ce mythe fondateur de l'économie politique par lequel celle-ci s'est émancipée de l'éthique, cet argument est que le vice privé crée, comme par miracle, la vertu publique (7). Aux termes de l'arrêt : «To sustain the individual freedom of action contemplated by the Constitution is not to strike down the common good, but to exalt it; for surely the good of society as a whole cannot be better served than by the preservation against arbitrary restraint of the liberties of its constituent members» (8). Et lorsque n'est pas exprimée l'idée que, de la préservation de la liberté de chacun et de la libre compétition livrée entre tous, il résulterait le résultat le meilleur pour la collectivité – impliquant une forme d'identité «naturelle» des intérêts, suivant la terminologie éclairante d'Élie Halévy (9) –, à la place se fait voir un raisonnement typiquement déductiviste ou formaliste, assumant les conséquences de la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle quelles que soient ces conséquences du point de vue de la collectivité (10). Le contrat devant par définition améliorer la situation de chacune des parties qui se lient à travers lui – à défaut de quoi, elles n'auraient pas de motif d'y consen-

(7) On peut situer l'origine de ce mythe fondateur dans l'œuvre de Bernard Mandeville (1670-1733), spécialement dans *La Fable des abeilles* (1714) et dans un texte de 1723, *Recherche sur la nature de la société*, accompagnant la seconde édition de la *Fable* (trad. fr. L. Carrière, coll. Babel, Actes Sud, 1998). Voy. N. ROSENBERG, «Mandeville and Laissez-Faire», *Journ. of the History of Ideas*, vol. 24, 1965, pp. 183-196.

(8) *Adkins et al. v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 561.

(9) E. HALÉVY, *La formation du radicalisme philosophique*, 3 tomes, Paris, Félix Alcan, 1900-1903, t. I, p. 15.

(10) Voy. ainsi *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 17 (1915) : «No doubt, wherever the right of private property exists, there must and will be inequalities of fortune; and thus it naturally happens, that parties negotiating about a contract are not equally unhampered by circumstances. This applies to all contracts, and not merely to that between employer and employee. Indeed a little reflection will show that wherever the right of private property and the right of free contract co-exist, each party when contracting is inevitably more or less influenced by the question whether he has much property, or little, or none: for the contract is made to the very end that each may gain something that he needs or desires more urgently than that which he proposes to give in exchange. And, since it is self-evident that, unless all things are held in common, some persons must have more property than others, it is from the nature of things impossible to uphold freedom of contract and the right of private property without at the same time recognizing as legitimate those inequalities of fortune that are the necessary result of the exercise of those rights».

tir (11) –, il s'impose d'en rendre possible la passation et que l'État puisse en garantir la bonne exécution.

Ce sont ces différents arguments, hybrides car indissociablement juridiques et économiques (12), que les Réalistes et les Institutionnalistes vont travailler à réfuter. Sans doute est-ce sur le plan méthodologique que leur alliance a remporté ses principales victoires. Réalistes et Institutionnalistes avaient en effet un souci commun, celui de substituer aux formalismes dominants dans l'économie et dans le droit une démarche reposant à la fois sur une intégration plus poussée des différentes sciences sociales, et privilégiant une approche inductiviste des phénomènes sur une analyse purement déductiviste, à laquelle il était reproché de sacrifier l'étude des conséquences réelles à la simplicité des modèles théoriques (13). Mais c'est aussi sur le terrain concret de l'analyse constitutionnelle que leurs forces se sont unies. Sur ce point, l'apport des Institutionnalistes a été surtout de mettre en lumière la circularité qui affecte le raisonnement juridique dès lors que celui-ci prétend prendre appui sur certains mécanismes économiques pour fonder ses solutions. Dès 1896, J. Commons annonce la thèse qu'il va systématiser dans son maître

(11) Ou, ainsi que l'exprime de façon lapidaire F. Wayland, un économiste représentatif de l'économie politique classique de la seconde moitié du 19^e siècle : «That both of us have been benefited by the exchange, is evident from the fact, that neither of us would make the exchange back again» (F. Wayland, *The Elements of Political Economy* (4th. ed. Boston, 1851), p. 170, cité : D. KENNEDY, «The Role of Law in Economic Thought : Essays on the Fetishism of Commodities», *Am. U. L. Rev.*, vol. 34, 1985, p. 939, ici p. 945).

(12) Sur cette interdépendance, voy. not. H. HOVENKAMP, «The Political Economy of Substantive Due Process», *Stan. L. Rev.*, vol. 40, 1988, p. 379; M. HORWITZ, «The Legacy of 1776 in Legal and Economic Thought», *Journ. of L. and Econ.*, vol. 19, 1976, p. 621; D. KENNEDY, «The Role of Law in Economic Thought : Essays on the Fetishism of Commodities», op. cit. Insistant spécialement sur l'interrelation entre le droit et l'économie à une époque où la division disciplinaire des sciences sociales n'était pas encore acquise – aux États-Unis, des juristes aussi bien que des économistes écrivaient dans les mêmes revues, telles que la *Yale Review* ou la *Princeton Review* –, H. Hovenkamp note ainsi que l'influence des économistes sur les juristes s'accompagnait d'une influence réciproque : «When the American political economist wrote, he wrote about law as much as about economics – for invariably, in this pre-specialized age he gave his opinions about the sanctity of contracts, strikes, tariffs, national banks, and regulation of interstate commerce. Nearly every one of the great nineteenth century American doctrines of constitutional law was also a doctrine of political economy» (H. HOVENKAMP, «The Political Economy of Substantive Due Process», op. cit., pp. 398-399).

(13) Voy. gén. M. WHITE, *La pensée sociale en Amérique. La révolte contre le formalisme*, trad. fr. M. Lévi, Paris, P.U.F., 1963 (orig. 1957).

ouvrage de 1924, *Legal Foundations of Capitalism* (14), suivant laquelle les théoriciens de l'économie politique ont généralement négligé de prendre en compte le droit positif qu'ils prenaient pour acquis : «In seeking for trace out the workings of self-interest they have taken for granted certain laws as natural and inherent in the constitution of society, such as laws sustaining private property, while other laws have been considered as an artificial and unnatural interference with beneficial self-interest. Protective tariffs, prohibitory statutes, legal protection of women and children, are considered violations of natural law» (15). Cet argument ne quittera plus par la suite le discours institutionnaliste en économie (16). Comme les facteurs humains ou culturels, les facteurs juridiques appartiennent des mécanismes économiques, selon la perspective que les Institutionnalistes projettent sur ces mécanismes (17). Le raisonnement économique bâtit sur un régime juridique, au

(14) J. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, Macmillan, 1924.

(15) J. COMMONS, «Political Economy and the Law», *The Kingdom*, January 24, 1896. Le texte de cet article est reproduit et commenté par W. SAMUELS, «John R. Commons's 'Political Economy and Law'», Harbinger of A Sociological View of Sovereignty and Legal Foundations of Capitalism », in : W. SAMUELS (ed.), *The Founding of Institutional Economics. The Leisure Class and Sovereignty*, Routledge, London and New York, 1998, pp. 115-122.

(16) La tradition inaugurée par J. Commons est prolongée aujourd'hui surtout par Warren Samuels, Allan Schmid, et Harold Demsetz (voy. W.J. SAMUELS et A.A. SCHMID (eds.), *Law and Economics : An Institutional Perspective*, Boston, Martinus Nijhoff, 1981; A.A. SCHMID, *Property, Power, and Public Choice*, New York, Praeger, 1978; H. DEMSETZ, «Towards a Theory of Property Rights», *Am. Econ. Rev.*, vol. 57, 1967, p. 347). Le programme de recherche de Commons est plus implicite dans une autre branche de l'institutionnalisme traditionnel, qui met l'accent sur l'écart entre les dimensions marchandes et industrielles de l'économie et sur l'importance de facteurs non économiques tels que les coutumes ou les évolutions technologiques. Voy. généralement P. BUSI, «The Structural Characteristics of a Veblen-Ayres-Foster Defined Institutional Domain», *Journ. of Econ. Issues*, vol. 17, March 1983, p. 35. Voy. gén., sur l'état actuel de l'institutionnalisme en économie, M. RUMERORO, *Institutions in Economics. The Old and the New Institutionalism*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1994, rééd. 1996.

(17) Typiques sont les termes dans lesquels J. Commons propose de substituer, à l'explication de l'harmonie des intérêts par la supposition d'une «main invisible», une explication qui mette l'accent sur le produit historique de l'action collective. Évoquant A. Smith, J. Commons écrit : «Instead of an unseen hand guiding the self-interest of individuals towards general welfare he would have seen the visible hand of the common-law courts, taking over the customs of the time and place, in so far as deemed good, and enforcing these good customs on refractory individuals (...). Within this institutional history of collective action (...) he would have found the reasons why, in his England of the Eighteenth Century, the human animal had reached the stage where he could say, 'This is mine, that is yours; I am willing to give this for that'» (J. COMMONS, *Institutional Economics : Its Place in Political Economy*, Madison, Univ. of Wisconsin Press, 1934, rééd. 1961, ici p. 106 (notre accent)).

point qu'on ne puisse concevoir une analyse économique satisfaisante qui ne fasse pas remonter à la surface les éléments constituant ce régime afin que, de simples présupposés implicites, ils puissent faire partie de la discussion économique elle-même (18).

Cette remise en cause de la naturalité des mécanismes du marché – et l'insistance, corrélatrice, sur le soutien que puisent ces mécanismes et les «lois de l'économie politique» qui les décrivent sur le régime juridique du droit de propriété et de la liberté contractuelle (19) – servira ensuite aux Réalistes à critiquer la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis (20). La protection par celle-ci du droit de propriété et de la liberté contractuelle, envisagés comme des droits naturels antérieurs à toute attribution par l'ordre juridique positif, sera dénoncée par O.W. Holmes, juge à la Cour suprême entre 1902 et 1932 et l'un des pères du mouvement Réaliste, comme important dans la jurisprudence constitutionnelle une théorie de l'économie politique qui non seulement n'est pas à l'abri de la contestation, mais qui n'aurait pas sa place, au surplus, dans la démarche d'application du droit, laquelle doit se caractériser au contraire par une neutralité qui exclut que telle conception économique soit préférée à telle autre. Faisant référence à l'œuvre alors très influente de Herbert Spencer, qui illustrait jusqu'à la caricature la méfiance vis-à-vis de toute forme d'intervention de la puissance publique consistant à vouloir modifier l'issue de la concurrence livrée par chacun envers chacun dans l'exercice des libertés individuelles (21), Holmes écrira ainsi, dans sa célèbre opinion dissidente à l'arrêt *Lochner v. New York* de 1905 : «The 14th Amendment does not enact Mr.

(18) Voy. aussi J. COMMONS, *The Economics of Collective Action*, New York, Macmillan, 1950.

(19) Cette dimension de la démarche institutionnaliste apparaît la mieux décrite par L.G. HARTER, *John R. Commons : His Assault of Laissez-Faire*, Oregon State Univ. Press, Corvallis, 1962.

(20) Voy. par exemple la dette que K. Llewellyn reconnaît vis-à-vis de J. Commons : K. LLEWELLYN, «The Effect of Legal Institutions Upon Economics», *Am. Econ. Rev.*, vol. 15, n° 4, déc. 1925, p. 665.

(21) Voy. D. WILKINS, *The Social and Political Thought of Herbert Spencer*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1970. Sur l'influence exercée par H. Spencer dans les domaines du droit et de la politique économiques, voy. not. S. FINE, *Laissez-Faire and the General-Welfare State. A Study of Conflict in American Thought : 1865-1901*, Ann Arbor, Univ. Mich. Press, 1956, rééd. 1957, spéc. chap. II, «Herbert Spencer versus the State», pp. 32 et s. Voy. cep. les nuances qu'apporte H. Hovenkamp, à la thèse suivant laquelle la philosophie sociale darwiniste de H. Spencer aurait eu effectivement l'influence qui lui a été prêtée : H. HOVENKAMP, «The Political Economy of Substantive Due Process», *op. cit.*, ici pp. 417-420.

Herbert Spencer's Social Statics. (...) [A] Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire» (22). R. Pound reprendra ensuite, en doctrine, la même interrogation (23). R.L. Hale, économiste passé au droit, l'approfondira dans plusieurs travaux d'importance majeure (24), culminant dans son ouvrage de 1952 (25), et où sont développés des thèmes tels que la contrainte en tant que mécanisme constitutif du marché (26), la distinction entre liberté négative et la liberté positive, ou bien l'impossibilité de distinguer une sphère des rapports «privés» ou interindividuels d'une sphère «publique» où les particuliers seraient en rapport avec l'État, la puissance publique étant présente à travers toute transaction privée et le gouvernement «invisible» par les acteurs du marché étant assimilable au gouvernement «visible» par l'État (27).

Il serait évidemment démesuré de prétendre exposer en cet endroit ces arguments, et aller ainsi au-delà de leur seule superficie. Aux fins de la comparaison qu'on va esquisser avec l'analyse économique du droit de l'École de Fribourg, il suffit ici de retenir que la cible principale des Réalistes – soutenus à cet égard par les Institutionnalistes – a été, jusqu'à l'arrivée à la présidence des États-Unis de F.D. Roosevelt et le lancement du New Deal, la *préservation par le droit de l'autonomie de la sphère du marché*. Pour les Réalistes, il n'était nullement suffisant que la Constitution fédérale garantisse la liberté contractuelle et le droit de propriété, c'est-à-dire en réalité fasse interdire au législateur d'intervenir pour imposer certaines limites au pouvoir des agents économiques. Selon les partisans de la jurisprudence constitutionnelle à laquelle les Réalistes s'opposaient, la nécessité de préserver la liberté contrac-

(22) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

(23) R. POUND, «Liberty of Contract», *Yale L.J.*, vol. 18, 1909, p. 454.

(24) Sur R. Hale, voy. not. W. SAMUELS, «The Economy as a System of Power and Its Legal Bases : The Legal Economics of Robert Lee Hale», *Univ. of Miami L. Rev.*, vol. 27, 1973, p. 261 ; N. DUXBURY, «Robert Hale and the Economy of Legal Force», *Mod. L. Rev.*, vol. 53, 1990, p. 421 ; et surtout B.H. FRIED, *The Progressive Assault on Laissez-Faire. Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Cambridge, Harv. Univ. Press, 1998.

(25) R. HALE, *Freedom Through Law. Public Control of Private Governing Power*, New York, Columbia Univ. Press, 1952.

(26) R. HALE, «Coercion and Distribution in a Supposedly Non-coercive State», *Pol. Sc. Quarterly*, vol. 28, 1923, p. 470 ; R. HALE, «Bargaining, Duress, and Economic Liberty», *Colum. L. Rev.*, vol. 43, 1943, p. 605.

(27) R. HALE, «Force and the State : A Comparison of 'Political' and 'Economic' Compulsion», *Colum. L. Rev.*, vol. 35, 1935, p. 149.

tuelle de toute interférence se déduirait de ce que chacun connaît son bien mieux que ne peut le connaître l'État, de ce que le contrat librement accepté par les deux parties améliore leurs positions à toutes les deux, et enfin de ce que le respect le plus complet possible de la liberté contractuelle débouche sur la meilleure allocation des ressources disponibles, donc sur l'utilisation optimale des facteurs de production existants au sein de la société. Au contraire pour les Réalistes, le législateur a un rôle actif à jouer dans la configuration du contexte où cette liberté contractuelle s'exerce. Le «choix» que pose l'agent économique en nouant telle relation contractuelle ne peut être considéré comme sa façon d'exprimer la conception qu'il se fait de son intérêt que si l'on suppose ce contexte donné ; c'est-à-dire qu'on ne peut opérer une telle assimilation – assimilation du comportement de l'agent économique sur le marché à sa préférence authentique – qu'en laissant ce contexte à l'arrière-plan. Enfin l'idée que le libre jeu contractuel aboutirait à une allocation optimale des ressources relève d'une idéalisation des conditions réelles dans lesquelles s'exercent les relations économiques, c'est-à-dire d'une vue formaliste dans laquelle les modèles de la science économique sont privilégiés par rapport aux faits que rapporte l'expérience.

III.

On ne sait ce qui, des similitudes ou des différences, importe le plus lorsqu'on tente de comparer la perspective Réaliste – et particulièrement l'analyse économique du droit qui a son siège dans le Réalisme – avec la perspective de l'analyse économique du droit de l'École de Fribourg. Celle-ci a pris naissance en 1933, lors de la chute de la République de Weimar et de la prise de pouvoir par les nazis (28). Un économiste, Walter Eucken, et deux juristes, Franz Böhm et Hans Grossmann-Doerth, aboutissent à ce moment à un diagnostic commun sur ce qui a constitué la cause de l'échec de l'expérience de Weimar, et permissent l'avènement de Hitler. Pour Böhm et Grossmann-Doerth, l'un et l'autre spécialistes du droit de la concurrence – Böhm avait travaillé au Ministère de l'Économie entre 1925 et

(28) Ces éléments historiques et les références de ce paragraphe sont empruntés à D. GERBER, «Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe», *Amer. J. Comp. Law*, vol. 42, 1994, p. 25, ici pp. 28-32.

1931, dans une section s'occupant de la loi sur les cartels économiques : Grossmann-Doerth avait écrit en 1931 un ouvrage sur l'incapacité du droit à lutter efficacement contre le pouvoir économique privé (29) -, la chute de la République de Weimar avait été rendue possible par la sévérité de la crise économique des années 1920 et par le peu de soutien populaire dont l'État bénéficiait, en raison de son incapacité à la résoudre. C'est notamment la difficulté qu'avait éprouvée la République de Weimar à s'opposer à la constitution des cartels économiques, dont la taille leur avait permis de se soustraire au libre jeu de la concurrence économique et d'imposer leurs propres conditions de vente aux consommateurs, qui avait été la source de sa ruine. D'emblée ainsi, se trouvait intuitionnée la thèse centrale de l'analyse économique du droit de Fribourg, que F. Hayek, son héritier le plus éminent, allait plus tard radicaliser : c'est de la préservation d'une véritable concurrence économique, par un régime juridique approprié, qui constitue la condition d'une société libre.

Mûries entre 1933 et 1945 dans une relative discrétion, par un petit groupe de personnes réunies à l'Université de Fribourg et dont beaucoup furent arrêtées ou licenciées pour leur opposition au totalitarisme nazi, les thèses de W. Eucken, F. Böhm et H. Grossmann-Doerth exercèrent une très importante influence, certainement disproportionnée par rapport à la représentativité de leurs défenseurs, dans l'immédiat après-guerre. C'est que les forces d'occupation de l'Allemagne défaite, notamment les États-Unis, à la fois avaient intérêt à placer à des postes à responsabilité des Allemands dont la résistance au nazisme était incontestable, et trouvaient dans les thèses défendues par les théoriciens de Fribourg un soutien utile à la politique de promotion d'une économie de libre-échange qu'ils entendaient conduire dans leur zone d'occupation. Aussi ne faut-il pas s'étonner que la notion d'économie sociale de marché (*soziale Marktwirtschaft*), que l'on doit certes à l'économiste A. Müller-Marmack - qui l'a introduite en 1946 - mais dont la formulation est très nettement influencée par les analyses de l'École de Fribourg, ait figuré au centre de

(29) H. GROSSMANN-DOERTH, *Selbstigeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht* (1933). La même année, F. Böhm publiait un ouvrage formulant la même thèse, celle de l'insuffisance des instruments dont dispose le droit pour s'opposer aux phénomènes d'oligopolisation du pouvoir économique privé : F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf : Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung* (1933).

la politique économique allemande de l'après-guerre : l'un de ses plus fervents promoteurs fut d'ailleurs L. Erhard, ministre de l'économie de 1949 à 1964 puis chancelier de la République fédérale.

W. Sauter a récemment rappelé l'enthousiasme qu'avaient suscité auprès des *Ordoliberalen* les débuts de la construction européenne et notamment l'adoption du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (30). Cet enthousiasme se comprend d'abord si l'on rappelle l'influence qu'a exercée la pensée des *Ordoliberalen* sur certains aspects du traité de Rome et sur sa mise en œuvre : les dispositions du traité de Rome relatives aux abus de position dominante et aux ententes entre entreprises étaient inspirées de la loi allemande sur la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB), adoptée en 1956 et sur la conception de laquelle les *Ordoliberalen* avaient pesé très fortement (31); Walter Hallstein, président de la première Commission européenne, était par exemple un proche de Walter Eucken. Mais c'est surtout que dans sa forme originelle, le traité de Rome était véritablement idéalisé par les théoriciens issus de l'École de Fribourg (32), dès lors qu'il garantissait certaines libertés économiques de circulation et assurait le maintien d'une concurrence véritable faisant l'objet d'un contrôle indépendant. Afin de comprendre le motif de cette idéalisation, il faut reconstituer, quoiqu'il en soit encore cela ne puisse être fait que de façon très sommaire, les conclusions sur lesquelles

(30) W. SAUTER, «The Economic Constitution of the European Union», *Colum. J. of Eur. L.*, vol. 4, 1998, p. 27, spéc. pp. 46-56. Voy. aussi M. STREIT et W. MÜSLER, «The Economic Constitution of the European Community : From 'Rome' to 'Maastricht'», *Eur. L.J.*, vol. 1, 1995, p. 5.

(31) D. GERBER, «Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe», *op. cit.*, pp. 73-74; W. SAUTER, «The Economic Constitution of the European Union», *op. cit.*, p. 48.

(32) Ainsi que le résume W. Sauter : «The concept of an economic constitution for the Community, and the claim that it prescribes 'as much competition as possible and as little planning as unavoidable', were introduced by prominent Ordoliberal lawyers (...). In this perspective, they idealize the Rome Treaty as the original free market constitution of the Community : a covenant violated by its subsequent modifications» (W. SAUTER, «The Economic Constitution of the European Union», *op. cit.*, p. 49). Sur la pertinence de l'interprétation par les *Ordoliberalen* du traité de Rome, et la possibilité d'expliquer certaines évolutions contemporaines de la jurisprudence de la Cour de justice des C.E. relative aux libertés fondamentales de circulation au départ de cette interprétation, voy. dans la doctrine récente N. BERNARD, «La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité C.E. sous l'angle de la compétence», *Cah. dr. eur.*, 1998, p. 11, *loc. cit.* pp. 25-31.

débouche l'analyse économique du droit de Fribourg, quant aux rapports entre le droit et l'économie.

Comme l'a bien mis en lumière J. Bertrand dans une des rares études en langue française portant sur le néolibéralisme de l'École de Fribourg, celui-ci se comprend le mieux à partir de sa méthodologie, et de la notion d'« ordre économique » sur laquelle cette méthodologie se fonde (33). Le souci des théoriciens de Fribourg est homologue à celui des Institutionnalistes, qu'on a déjà commenté (34) : il s'agit d'aborder l'interrelation entre le droit et l'économie, en mettant à jour la dépendance de certains modèles économiques sur les structures juridiques qu'ils présupposent. Or ce souci crée une difficulté d'ordre proprement méthodologique, que W. Eucken appelle la « grande antinomie ». D'une part en effet, le phénomène économique ne peut être appréhendé que sur un mode historique, en tant que produit d'une multiplicité de facteurs, notamment juridiques, que les modèles économiques ne peuvent intégrer, et qui sont propres chaque fois à tel contexte historique donné; d'autre part, à demeurer purement historique, l'analyse économique se prive d'une capacité d'offrir des solutions aux problèmes qui lui sont soumis – comme, selon Eucken, en atteste l'échec de l'historicisme face à la crise économique ayant frappé l'Allemagne pendant les années 1920, cet échec étant attribuable selon lui à son déficit théorique, c'est-à-dire à ce qu'elle ne disposait pas de modèles propres à atteindre une compréhension véritablement opératoire de la réalité. En définitive, « la méthode historique ne permet pas de réaliser l'effort d'abstraction nécessaire à l'élaboration de la théorie et la méthode mathématique ne peut retenir tous les éléments qu'il faut considérer pour aboutir à une explication 'vraie' » (35). C'est dès lors dans modélisation attentive à la réalité des faits qu'il faudra chercher une troisième voie, plutôt que dans le formalisme abstrait caractéristique de l'économie

(33) J. BERTRAND, « La notion d'ordre économique et ses possibilités d'utilisation », *Rev. d'histoire économique et sociale*, vol. 31, 1953, p. 152. En langue française voy. également, spécialement sur W. EUCKEN, R. BAREE, « L'analyse économique au service de la science et de la politique économique », *Critique*, vol. 8, 1952, p. 331.

(34) Sur cette homologie, voy. not. VANBERG, « 'Ordnungstheorie' as Constitutional Economics – the German Conception of a 'Social Market Economy' », *ORDO*, vol. 39, 1988, p. 17.

(35) J. BERTRAND, « La notion d'ordre économique et ses possibilités d'utilisation », *op. cit.*, p. 153. Sur cette « grande antinomie », voy. également D. GERBER, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *op. cit.*, p. 40-41.

politique classique (36). Cette voie suppose des économistes qu'ils cessent de raisonner en mettant entre parenthèses les structures juridiques que leurs modèles présupposent; et des juristes qu'ils s'interrogent sur les conséquences économiques de leurs propres doctrines.

C'est la notion d'« ordre » (*Ordnung*) qui doit fournir sa solution à ce dilemme méthodologique (37). Cette notion, et la pensée qualifiée de « morphologique » qui repose sur elle, prennent appui sur l'idée que les éléments épars de la réalité historique concrète s'agencent les uns avec les autres, en nouant ou non certaines relations d'affinité. S'il en va ainsi véritablement, alors l'on peut se frayer un chemin à travers la complexité du réel, dans le souci de faire correspondre la réalité et la représentation idéalisée qui en est faite à travers une description en termes d'« ordres ». Par exemple, si l'on part de l'idée qu'il existe fondamentalement deux « ordres économiques » (*Wirtschaftsordnungen*), celui de l'économie de marché (*Verkehrswirtschaft*) et celui de l'économie administrée par le centre (*Zentralverwaltungswirtschaft*) (38), l'on est conduit à attribuer les dysfonctionnements de tout ordre économique réel au fait qu'il n'a pas opéré un choix clair entre ces deux « ordres économiques », l'introduction d'éléments de l'économie de marché dans

(36) Voy. surtout W. EUCKEN, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 6^e éd., Springer Verlag, Berlin, 1950, pp. 18-21.

(37) Cette notion n'est pas sans évoquer la notion de « type idéal » mise en avant par M. Weber quelques années plus tôt, pour proposer une solution à une difficulté méthodologique au fond relativement semblable, celle de l'objectivité de la science historique. Selon Weber, le type-idéal est obtenu « en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes donnés isolément, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre et par endroits pas du tout, que l'on ordonne selon les précédents points de vue choisis unilatéralement, pour former un tableau de pensée homogène » (M. WEBER, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales », in : *Essais sur la théorie de la science*, trad. fr. J. FREUND, Paris, Pion, 1965, ici p. 181 (orig. « Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis » (1904), in : *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 2. Aufl., Tübingen, Mohr, 1951)). La différence essentielle entre les deux instruments, me semble-t-il, tient en ceci que, chez Weber, le type idéal constituait un instrument destiné à faciliter l'explication et à inciter à une forme d'auto-contrôle quant à la scientificité de l'explication historique, alors que, chez Eucken, l'« ordre » doit orienter une politique destinée à sa réalisation progressive.

(38) Ainsi que l'exprime J. Bertrand : « Si l'on considère l'économie d'un pays quelconque comme un tout, son fonctionnement peut être déterminé de deux façons différentes : ou bien il résulte des décisions d'une seule autorité centrale qui dirige l'ensemble économique qu'elle contrôle (...), ou bien il est le produit de la combinaison d'une multitude de plans élaborés indépendamment les uns des autres (...) » (J. BERTRAND, « La notion d'ordre économique et ses possibilités d'utilisation », *op. cit.*, p. 166).

un système d'économie planifiée étant source de perturbations, de même qu'est source d'inefficacité la présence d'éléments de l'économie planifiée dans un système d'économie de marché. À l'inverse, l'efficacité sera accrue par la réalisation de l'«ordre économique» en faveur duquel un choix a été fait : ainsi par exemple, les constituants juridiques d'une économie de marché (propriété privée, liberté d'initiative économique, faibles coûts d'entrée sur le marché, concurrence véritable) étant complémentaires les uns des autres et se renforçant mutuellement, c'est leur combinaison les uns aux autres qui conduirait une économie réelle vers le modèle de la *Verkehrswirtschaft*, lui conférant sa véritable efficacité (39).

D'où la place centrale que tient, chez les *Ordoliberalen*, le concept de «constitution économique» (*Wirtschaftsverfassung*) : de même qu'elle fait choix, au moment de sa fondation en collectivité politique, d'une constitution politique, une société donnée doit faire choix d'une constitution économique, c'est-à-dire du système suivant lequel, en son sein, les relations économiques seront organisées, et donc du droit que pareille organisation requiert. La constitution économique, résume D. Gerber, «represents a political decision about the kind of economy a community wants in the same way that the political constitution represents basic decisions about the kind of political system a community wants» (40). À travers ce concept se manifeste, très précisément, la dépendance vis-à-vis du droit que les *Ordoliberalen* reconnaissent à l'économie : c'est en mettant en avant l'idée de constitution économique que la critique de la conception du marché comme «naturel» ou «pré-politique» se donne à voir de la façon la plus spectaculaire.

Si tel est, très sommairement résumé, l'apport méthodologique de l'analyse économique de Fribourg, c'est bien entendu à travers les conséquences qui en ont été déduites que son influence s'est principalement exercée. Avant contrasté deux ordres économiques et ayant mis en lumière l'interdépendance de l'ensemble des éléments constitutifs de chacun de ces ordres, la préférence des théoriciens de Fribourg sera en faveur de l'économie d'échange. Encore que ce choix soit partiellement motivé par leur conviction que la *Verkehrswirtschaft*

(39) D. GERBER, «Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe», *op. cit.*, pp. 41-42.

(40) D. GERBER, «Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe», *op. cit.*, pp. 44-45.

est plus efficace d'un point de vue économique, la coordination des volontés individuelles à travers le mécanisme aveugle des prix ayant selon eux davantage de chances de réussir que la coordination centralisée d'une société complexe, la préférence donnée à l'économie de marché était fondée, en ordre principal, sur la conviction du groupe de Fribourg que rien n'était davantage à craindre qu'une réunion, entre les mêmes mains, du pouvoir politique et du pouvoir économique. La présentation par Leonhard Miksch, l'un des disciples de Walter Eucken, de l'alternative entre les deux ordres économiques fondamentaux rassemble d'ailleurs ces deux préoccupations, d'efficacité économique et de libéralisme politique. Celles-ci apparaissent en effet indissociables dès lors que la coordination des comportements économiques par le mécanisme des prix est présentée comme coordination interne ou spontanée, alors que la coordination centralisée est présentée comme coordination externe ou «contrainte», voire «subordonnée» – la *Zentralbewirtschaftungswirtschaft* se présentant dès lors comme *Zwangswirtschaft*, la planification étant autoritaire plutôt que respectueuse de la liberté d'autodétermination de l'individu (41).

Pourtant, ce n'est pas l'insistance sur ce lien entre libéralisme économique et libéralisme politique, ni ce souci d'expurger le politique du marché qui en constitue la conséquence et quelle vient légitimer, qui caractérise l'originalité de la démarche de l'analyse économique du droit de Fribourg : si sa démarche se réduisait à cet aspect, en effet, elle n'aurait fait que reprendre à son compte un thème qui traverse l'idée de marché depuis son origine dans l'économie politique anglaise (42). Plutôt, l'apport original de l'École de Fribourg, par quoi elle présente par ailleurs un air de famille avec les Réalistes et les Institutionnalistes, a consisté à souligner que la liberté économique, et le fonctionnement satisfaisant d'une coordination par un système de prix, se trouvent menacés non seulement par l'intervention autoritaire de la puissance publique dans les mécanismes du marché – c'est-à-dire par la perturbation, par la politique, de l'ordre spontané du marché –, mais également par l'abus du pouvoir économique privé.

(41) Voy. les références que fait J. Bertrand au travail de Miksch : J. BERTRAND, «La notion d'ordre économique et ses possibilités d'utilisation», *op. cit.*, p. 169.

(42) Voy. P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, éd. du Seuil, 1999 (éd. orig. *Le capitalisme utopique. Critique de l'idéologie économique*, même éditeur, 1979).

Aussi, dans le même moment où le politique s'en trouve expulsé, le marché réclame son organisation par le droit. Il requiert un cadre juridique qui, notamment, protège le maintien d'une concurrence aussi parfaite que possible, en évitant la concentration des agents économiques qui serait de nature à leur permettre de se soustraire aux lois du marché; et lorsque telle atomaticité ne peut être atteinte, par exemple en raison de l'existence de certains monopoles naturels ou du caractère trop restreint de certains marchés, le droit doit pouvoir imposer aux acteurs économiques de se comporter *comme si* ils étaient effectivement soumis à la concurrence, celle-ci fournissant ainsi le critère d'évaluation juridique des comportements des acteurs économiques (43).

Combinée avec leur méfiance vis-à-vis de l'intervention de l'État dans les relations économiques, qu'ils interprétaient comme une instrumentalisation du droit par la politique, cette position conduit logiquement des *Ordoliberalen* à appuyer la garantie constitutionnelle des libertés économiques constitutives de l'ordre de l'économie d'échange, le respect de ces libertés, aussi bien par les agents économiques privés que par les autorités publiques, devant être confié à une instance indépendante, juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle. L'idée de l'État de droit (*Rechtsstaat*), qui traduit en son centre l'idée que le droit n'est pas seulement l'instrument d'une politique au pouvoir mais doit constituer aussi un rempart contre les abus commis par le pouvoir, figure ainsi naturellement au terme des analyses de l'École de Fribourg. Sa vocation est à la fois juridique et économique; elle sert aux *Ordoliberalen* à insister sur le fait que l'Exécutif doit n'intervenir dans l'économie qu'en respectant, sous le contrôle du juge, les principes clairs établis par le constituant ou par le législateur, et en garantissant aux opérateurs économiques la sécurité juridique nécessaire à la conduite de leurs activités; abandonner tout autre rôle à l'Exécutif, c'est risquer qu'il soit rapidement colonisé par des groupes d'intérêts, qu'il devienne donc un instrument entre les mains de certaines factions, et que la pureté de l'ordre de l'économie d'échange se trouve menacée.

(43) Sur ce critère, voy. not. L. MIRSCH, *Wettbewerb als Aufgabe : Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, 2^e éd. 1947, cité : D. GERBER, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *op. cit.*, p. 52.

IV.

Arrivé à ce stade, le lecteur perçoit peut-être mieux ce qui a paru intéressant dans la tentative de dresser le tableau d'une comparaison entre, d'un côté, les Réalistes et les Institutionnalistes, critiques aux États-Unis de la préservation par le juge de l'autonomie de la sphère du marché à travers la garantie de la liberté contractuelle et du droit de propriété, et d'un autre côté les théoriciens de l'École de Fribourg, partisans au contraire de voir dans le droit un instrument de préservation de cette même autonomie. Certes, il faut se défier des comparaisons hâtivement faites. Il a fallu résumer ici, en un petit nombre de paragraphes, des écoles de pensée dont l'apport est infiniment plus riche qu'il n'a été possible de le faire apercevoir, et dont aucune n'est, en son sein, à l'abri de tensions, voire de contradictions internes. Sur une question qui figure au cœur de l'analyse économique du droit de Fribourg, celle du rôle du droit dans l'organisation d'une économie fondée sur la concurrence, les propositions normatives sur lesquelles elle débouche ne sont guère éloignées de certaines formes qu'a adoptées la régulation aux États-Unis, aussi bien à l'époque du libéralisme triomphant, mais qui voyait dans la prolifération des cartels une menace (Sherman Antitrust Act 1890), qu'à l'époque du New Deal, caractérisé par la prolifération d'Agences administratives dont l'indépendance vis-à-vis de l'Exécutif va progressivement s'accroître (44). Ces convergences nous alertent sur le fait que lorsqu'elles doivent se traduire en actes, les idées sacrifient de leur pureté afin de rendre plus adéquatement la contrainte des contextes où elles sont appelées à s'appliquer.

Mais c'est sur un plan plus structurel, celui où se joue l'histoire des idées, que la comparaison demeure fructueuse. A s'en tenir à ce plan en effet, on constate un paradoxe curieux. Partant d'une ambition méthodologique commune – réfléchir les rapports entre le droit et l'économie dans une perspective anti-formaliste qui exclut qu'ils soient séparés l'un de l'autre, aboutir donc à une intégration plus grande de celui-ci et de celle-là –, Réalistes et Institutionnalistes américains d'un côté, *Ordoliberalen* de l'autre, aboutissent immédiatement à une

(44) Sur l'histoire de la régulation aux États-Unis, voy. not. Th. McCraw, *Privatization of Regulation*, Cambridge, The Belknap Press/Harv. Univ. Press, 1984; et J. Wilson (ed.), *The Politics of Regulation*, New York, Basic Books, 1980.

conclusion commune : bien qu'encouragée par une certaine tradition de l'économie politique classique, et bien qu'elle soit pourvue, avec la théorie de la propriété de J. Locke, d'une fondation philosophique de premier ordre (45), l'idée d'une « naturalité » du marché, de relations économiques marchandes « pré-politiques », par rapport au libre jeu desquelles toute intervention du droit serait par définition perturbatrice, ne tient tout simplement pas compte de l'appui que prend le marché sur un cadre juridique précis, et qui n'est pas moins présent et politique parce qu'il est passé sous silence, dans leur grande majorité, par les économistes.

Alors qu'elle paraît aller de soi aussitôt qu'on la formule, cette conclusion présente pourtant une importance considérable, puisqu'elle implique que le marché n'est jamais « déjà là », mais qu'il est toujours le résultat d'un choix, délibéré ou non, en faveur de ce mécanisme de coordination des comportements individuels économiques, plutôt qu'en faveur de mécanismes différents. Cela implique que le marché est *artificiel*, ou construit : qu'il faut lui fournir un cadre, si l'on veut en garantir le fonctionnement satisfaisant. Soucieux de protéger les acteurs économiques contre toute forme d'abus de la puissance économique, les Réalistes et les Institutionnalistes, aussi bien que les théoriciens de l'École de Fribourg, substituent à la thèse d'une identité « naturelle » des intérêts, censés converger spontanément vers la situation la plus favorable pour tous, la thèse d'une identité « artificielle » des intérêts, lesquels doivent être orientés ou canalisés, en tout cas contrôlés plutôt qu'abandonnés à leur libre expression, si l'on veut qu'ils contribuent au bien commun.

A partir de ce fonds commun, les chemins paraissent diverger. Cela tient, à mes yeux, à la spécificité de chaque expérience historique – d'un côté l'activisme de la Cour suprême des États-Unis, dont la jurisprudence constitutionnelle, caractérisée par un formalisme et un conceptualisme aveugles à la

(45) J. Locke est en effet le premier des théoriciens du contrat social à poser que le rapport de l'individu aux choses précède le rapport de l'individu aux autres individus – l'homme est, avant tout, un homme qui a faim. L'analyse de Locke le conduit à ériger le droit de propriété en droit naturel, antérieur à l'institution de la société, et à en faire ensuite dériver l'échange par le médium de la monnaie. Voy. not. le *Second Traité du gouvernement civil*, chap. V, trad. fr. Paris, Vrin, 1967. Sur cet aspect central de la philosophie de Locke, voy. A. John SIMMONS, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton, N.J., Princeton Univ. Press, 1992, rééd. 1994, spéc. chap. 5; J. TULLY, *A Discourse on Property, John Locke and his adversaries*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1982 (trad. fr. Ch. HUNTER, *Locke. Droit naturel et propriété*, Paris, P.U.F., 1992).

réalité quotidienne, et contre laquelle il fallait se donner les moyens de lutter; de l'autre, le totalitarisme nazi, et plus tard, lorsque les thèses de l'analyse économique du droit de Fribourg seront répercutées dans le contexte de la guerre froide, le totalitarisme soviétique – Tout à leur méfiance du juge et du pouvoir qu'il prétendait exercer contre une majorité démocratique, les Réalistes ont bâti une critique du raisonnement juridique formaliste. C'est l'aspect le moins intéressant de leur démarche, et pourtant c'est son aspect le plus connu (46). Or il s'agit là d'un aspect purement instrumental de leur entreprise, la critique du Modèle de la Règle devant servir chez eux, qu'un souci de justice sociale motivait principalement, à mettre en lumière que derrière l'objectivité apparente de ses raisonnements, le juge conduisait une politique favorable aux intérêts les plus puissants économiquement (47).

En même temps qu'ils déconstruisaient la prétention à la neutralité de l'adjudication, les Réalistes idéalisait la capacité de l'État à agir, à l'abri des influences qui s'exerceraient sur lui, afin de lutter contre les inégalités économiques et de protéger la partie la plus faible dans les rapports contractuels. La perspective exclusivement juridique que certains passages de l'œuvre de R.L. Hale projettent sur l'État, justement parce qu'elle semble fort peu réaliste, fournit une parfaite illustration de ce danger (48). Lorsqu'il considère de plus près les modalités suivant lesquelles le juge constitutionnel devrait moduler l'intensité de son contrôle en fonction de la nature de la question qui lui est adressée, R. Hale paraît approuver une distinc-

(46) En langue française, voy. F. MICHAULT, *L'École de la 'Sociological Jurisprudence' et le mouvement Réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse (ronéo), Univ. de Paris X-Nanterre, 1985, 380 p.

(47) Plus précisément, la jurisprudence de l'ère Lochner a eu pour effet de favoriser sinon les plus puissants acteurs, en tout cas les acteurs économiques qui passeraient avec le plus de succès l'épreuve du marché. Cette jurisprudence, en effet, conduisait à juger inconstitutionnelles les législations autorisant ou encourageant la création de monopoles ou d'oligopoles; et elle garantissait la liberté contractuelle, même contre des législations qui étaient favorables aux intérêts de la classe des employeurs (*Chicago, B. & O. R.R. v. McGuire*, 219 U.S. 549 (1911) (est déclarée inconstitutionnelle une législation étatique affirmant que sont nulles les clauses contractuelles limitant la responsabilité de la société des chemins de fer pour les accidents subis par les employés des chemins de fer au cours de l'exécution de leur contrat de travail)). Voy., pour une analyse très fine de cette jurisprudence, H. HOVENKAMP, «The Political Economy of Substantive Due Process», *op. cit.*, spéc. pp. 384-394.

(48) Voy. not. R. HALE, *Freedom through Law*, *op. cit.*, chap. XVII : «Economic Liberty in a Democracy». Voy. également les extraits de travaux non publiés de R. Hale, que cite W. SAMUELS, «The Economy as a System of Power and Its Legal Bases : The Legal Economics of Robert Lee Hale», *op. cit.*, ici pp. 367-368.

tion avancée dans un arrêt de 1938 où le juge Stone estimait que, si le contrôle juridictionnel doit demeurer marginal lorsqu'est soumise à sa censure une législation économique, en revanche son contrôle devrait être plus exigeant lorsque le législateur prend une mesure défavorable à un groupe minoritaire, supposé incapable de se faire entendre dans le débat démocratique où les décisions sont prises à la majorité (49). Cela n'est pas peu paradoxal, si l'on songe qu'un tel critère conduit à sous-estimer les difficultés qu'éprouvent certains groupes, majoritaires certes, mais dont les intérêts sont diffus et faiblement organisés – consommateurs, citoyens soucieux du respect de l'environnement –, à se faire entendre dans le débat démocratique, alors que les groupes plus restreints peuvent au contraire mobiliser plus aisément des ressources en vue d'exercer une forme de pression sur la décision politique (50). Serait-ce s'avancer trop loin que de suggérer que cette illusion, ce reste de formalisme dans la pensée de R. Hale, est peut-être simplement la rançon du réalisme qui caractérise son approche du phénomène économique? Cette idéalisation du rôle de l'État et de sa capacité à le remplir, ne serait-elle pas la contrepartie d'une critique radicale de l'idée de marché, et de la légitimité des transactions qui s'y nouent? Si une telle idéalisation n'accompagnait pas une critique aussi radicale, ne risquerait-on pas de s'enfermer dans un cercle?

Il semble que, emporté par son souci d'encourager un rôle plus important de l'État dans l'économie, R. Hale se soit senti tenu d'ignorer les avertissements contre le risque de colonisation de l'État par des groupes d'intérêt privés. Ce thème justement hantait James Madison, l'un des fondateurs de la République des États-Unis; mais, conduisant à un système relativement rigoureux de «checks and balances», il pouvait en même temps constituer un obstacle à une politique des pouvoirs publics qui soit véritablement redistributrice (51). Que R. Hale

ait préféré le passer sous silence est ainsi compréhensible. Pourtant cette indifférence forme un contraste frappant avec l'insistance que mettent d'autres Institutionnalistes, notamment Th. Veblen (52) et J. Commons. Pour ce dernier, l'État est «an accumulated series of compromises between social classes, each seeking to secure for itself control over the coercive elements which exist implicitly in society with the institution of private property» (53); et le législateur fonctionne sur le mode de la transaction entre différents groupes d'intérêts, sous l'influence duquel il se trouve placé (54). On est loin de la représentation idéalisée de l'État qui, en général, figure dans le travaux de R. Hale.

Ce n'est pas du juge, mais de l'Exécutif que les théoriciens de l'École de Fribourg avaient des motifs de se méfier. L'expérience du totalitarisme, sur l'arrière-plan duquel ils ont forgé leurs arguments, était l'expérience d'une mainmise du pouvoir politique, monopolisée par une faction, sur l'ensemble des rouages de la société – y compris sur son économie, tournée toute entière vers la réalisation du projet national-socialiste. Mais cette perspective réaliste quant au pouvoir d'État et quant à la manière dont il serait exercé si l'État pouvait asservir l'économie à son dessein, débouchait sur un certain idéalisme quant à la capacité pour la règle de droit de contraindre soit le juge, soit l'autorité indépendante chargée de contrôler le bon fonctionnement du système économique, et de préserver l'autonomie de ce système. Pour les théoriciens de l'école de Fribourg, le droit devait présenter les caractères de stabilité, d'objectivité et de neutralité, pour permettre aux agents économiques de planifier leurs activités sur le marché; il reviendrait au juge de sanctionner toute intervention de l'État qui ne se bornerait pas à contribuer au respect du cadre des activités économiques, tel que défini par les libertés économiques fondamentales – à travers le choix d'une «constitution économique

(49) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938). Voy. R. Hale, *Freedom through Law*, op. cit., pp. 546-547.

(50) Pour des développements, voy. O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 643-645.

(51) Commentant le *Federalist No. 10* de James Madison, dont on sait le rôle important qu'il a joué lors des débats entourant l'adoption de la Constitution des États-Unis en 1787, C. Sunstein écrit : «The insulation of representatives from popular will appears to be intended not only to promote deliberation, but also to protect against popular desires for the redistribution of wealth and entitlements. Indeed, the two themes are merged in much of the thinking of the Framers. Factionalism was sometimes thought to consist precisely in changes in the existing distribution of property» (C. SUNSTEIN, «The Beard Thesis and Franklin

Roosevelt», *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. 56, 1987, p. 114, ici p. 115). L'argument de J. Madison demeure puissant dans le débat contemporain entourant la question de la régulation aux États-Unis : voy. R. STEWART, «Madison's Nightmare», *Univ. Chi. L. Rev.*, vol. 57, 1990, p. 335.

(52) Th. VEBLEN, *The Theory of Business Enterprise*, Clifton, N.J., Augustus M. Kelley, 1904, rééd. 1975, ici pp. 285-286 («government commonly works in the interest of the business man with a fairly consistent singleness of purpose»).

(53) J. COMMONS, «A Sociological View of Sovereignty», *Am. J. of Sociology*, vol. 5, 1899-1900, p. 45; J. COMMONS, *Institutional Economics : Its Place in Political Economy*, op. cit., p. 751.

(54) J. COMMONS, *Institutional Economics : Its Place in Political Economy*, op. cit., p. 755.

que» prévoyant l'économie de marché - et tel que précisé par le législateur, à travers des lois dotées d'une certaine permanence afin de ne pas nuire à la sécurité juridique (55).

A suivre les parcours parallèles des Réalistes et des Institutionnalistes d'un côté, de l'analyse économique du droit de l'École de Fribourg de l'autre, nous nous trouvons en définitive ramenés à la difficulté suivante. L'intervention de l'État dans les relations économiques afin de réaliser des objectifs de justice sociale, c'est-à-dire le doublement du droit formel par un droit qui se fait davantage matériel, conduit à rendre davantage transparents les effets de la régulation étatique sur les différents groupes sociaux. Ainsi que l'a écrit P. Rosanvallon, avec la montée de l'État-providence, le voile social se trouve déchiré : la situation qui résultera pour chacun de telle intervention étatique est d'autant plus aisément calculable, que ces interventions sont étroitement indexées sur le fait, sur les situations d'injustice à rétablir, plutôt qu'elles ne consistent simplement à garantir l'égale application d'un droit formel. C'est cela qui explique l'illusion suivant laquelle, tant qu'elle demeure générale et abstraite, la loi ne serait pas partisane, alors qu'elle serait au contraire suspecte de privilégier certains intérêts au détriment d'autres intérêts dès lors qu'elle vise à cerner de plus près les situations de fait. Il résulte de cette difficulté un dilemme. Faut-il autant que possible placer les rapports économiques à l'abri de l'immixtion par le politique ? C'est limiter le risque d'un détournement de l'intérêt général, incarné par l'État, par des intérêts privés ; mais c'est aussi risquer l'immobilité, et que perdurent certaines situations d'injustice sociale, auxquelles l'État ne pourra remédier que par la voie d'une politique de redistribution. Faut-il au contraire encourager une régulation plus poussée des rapports économiques privés, afin que le droit non seulement fournisse leur cadre à ces transactions mais encore puisse, dans le détail, en orienter les résultats ? C'est réaffirmer la primauté du politique

(55) Voy. D. GERBER, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *op. cit.*, spéc. pp. 45-49. L'on ne sera pas surpris que ce soient précisément ces caractéristiques d'un droit favorable à l'activité économique privée que M. Lerner repère dans la jurisprudence américaine de l'ère Lochner : « For the effective performance of its purposes capitalist enterprise requires legal certainty amidst the flux of modern life, legal uniformity amidst the heterogeneous conditions and opinions of a vast sprawling country, the legal vesting of interests amidst the swift changes of a technological society : to furnish it with these was the huge task which the Supreme Court had successfully to perform » (M. LERNER, « The Supreme Court and American Capitalism », *Yale L. J.*, vol. 42, 1933, p. 668, *ici* p. 672).

sur le marché, et non seulement éviter l'abus du pouvoir économique privé, mais encore limiter les pouvoirs de contrainte qui s'exercent, par définition, sur un marché concurrentiel ; mais c'est risquer aussi que l'État apparaisse comme partisan, et qu'il soit colonisé par des intérêts particuliers pour qui les formes de la régulation étatique constituent un enjeu dans la lutte d'influence qu'ils se livrent. Ce dilemme figure l'arrière-plan des réflexions contemporaines sur la régulation, et plus précisément sur le rapport entre, d'une part, la séparation des pouvoirs, et d'autre part, l'intervention de l'État dans l'économie. Peut-être le contraste qu'on a tenté de dessiner entre la réflexion des Réalistes et des Institutionnalistes, et celle de l'école de Fribourg, peut-elle contribuer à faire apercevoir le poids qu'exercent, sur notre manière de le trancher, les représentations que l'histoire nous a léguées.