



HAL
open science

Néolibéralisme et droit public

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

| Fabien Bottini (Dir.). Néolibéralisme et droit public. 2017. hal-02452508

HAL Id: hal-02452508

<https://hal.science/hal-02452508v1>

Submitted on 22 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sous la direction de

Fabien BOTTINI

***NÉOLIBÉRALISME ET DROIT
PUBLIC***

Néolibéralisme et droit public

Éditions Mare et Martin

Sous la direction de Fabien Bottini

Néolibéralisme et droit public

Du même auteur :

BOTTINI F., *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, Paris, LGDJ 2008, 376 p.

BOTTINI F. (dir.), *L'État interventionniste*, Paris, L'Harmattan 2012, 192 p.

BOTTINI F. (dir.), *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, Paris, L'Harmattan 2014, 240 p.

BOTTINI F., GABA H. et CHABAL P. (dir.), *Le régionalisme et ses limites : regards croisés franco-kazakhs*, Bruxelles, PIE Peter Lang 2016, 182 p.

À la mémoire de Maître Olivier Raymundie

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont aux membres du LexFEIM, à sa directrice, la Professeure Béatrice BOURDELOIS, ainsi qu'au Vice-président de région Laurent LOGIOU pour avoir soutenu ce projet.

Ils vont aussi au Professeur Jean GICQUEL et au Doyen Guy QUINTANE qui m'ont fait l'amitié de constituer avec moi le comité scientifique à l'origine du colloque dont sont issus ces actes. Je remercie particulièrement le Doyen Quintane pour sa disponibilité et ses remarques avisées.

Ils vont également à tous les collègues, contributeurs et présidents de séance, qui m'ont d'emblée soutenu pour l'organisation de cette manifestation et m'ont fait l'honneur d'y participer, Mesdames et Messieurs :

- A. CANAYER, Sénatrice de Seine-Maritime ;

- D. JOČIENĖ, M. HEERS et F. ADVIELLE, respectivement ancienne juge à la CEDH et juge à la Cour constitutionnelle lituanienne, Présidente du Tribunal administratif de Rouen et Président de la Chambre régionale des comptes de Normandie ;

- M^e O. RAYMUNDIE † ;

- les Professeurs P. ALBERTINI ; J. BOUVERESSE ; J. CAILLOSSE ; J. CHEVALLIER ; D. DE BELLESCIZE ; M. DEBENE ; J.-P. DEROSIER ; J. DHOMMEAUX ; P. GÉLARD ; P. LAGRANGE ; J.-M. LARRALDE ; J.-M. PONTIER ; C. PUIGELIER et G. SAAD ;

- Mes collègues Maître de conférences M. BRUNO ; M. CARON ; J. CLERCKX ; B. JEAN-ANTOINE ; J.-F. KERLÉO ; C. LAJOYE ; G. LÔ ;

- les Dr N. OCHOA et A. SIFFERT.

Enfin, mes remerciements vont à Mme Nathalie ZÉMIAC pour son soutien logistique dans l'organisation de cette manifestation.

IN MEMORIAM
OLIVIER RAYMUNDIE
(1965-2016)

Par
Marc DEBENE
Ancien recteur
Professeur émérite des universités

« *À l'heure de la mort, c'est une ressource bien consolante que le souvenir
d'une belle vie* »
Cicéron

Il y a deux ans, après que Fabien Bottini m'eut parlé du projet de colloque organisé par son laboratoire à l'Université du Havre et invité à présider une de ses sessions, j'appelais aussitôt Olivier Raymundie qui en prit connaissance avec enthousiasme et envisagea tout de suite de traiter à nouveau la question du service universel, thème qui à l'évidence s'inscrivait parfaitement dans la perspective retenue, *L'influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit public français*.

J'avais connu Olivier il y a trente ans à l'Université de Rouen où j'avais alors la responsabilité d'un DEA de droit des activités économiques. Diplômé d'une école de commerce, il venait d'obtenir sa maîtrise de droit ; il fut l'un des étudiants de la première promotion dont il sortit major, soutenant un mémoire consacré au service public en situation concurrentielle. Il prit alors l'initiative de présenter son travail à plusieurs grandes entreprises de service public. À ma connaissance, il fut certainement le premier doctorant en droit à obtenir un financement conventionné (CIFRE – Conventions Industrielles de Formation par la Recherche) qui lui permit de partir de la pratique tant française qu'étrangère (son employeur avait insisté pour qu'il intègre des analyses comparatives) pour traiter de « la délégation de service public » ; il tira de sa thèse qu'avait dirigée avec beaucoup d'attention et de science notre ami et

collègue rouennais Richard Moulin un ouvrage consacré à *La gestion déléguée des services publics en France et en Europe* que j'eus le plaisir de préfacier avec Laurent Richer ; nous notions alors, qu'en traitant d'une question soumise comme de nombreuses autres au double choc ébranlant le droit public français, à savoir l'ouverture européenne et la décentralisation, Olivier Raymundie ne se contentait pas de faire un constat, recensant les seules modifications techniques nouvellement intervenues, mais en appelait à un sursaut au nom de la valeur fondamentale du droit républicain qu'est l'intérêt général ; par la suite, il reprit ces thèmes dans les diverses publications qui émaillèrent son parcours professionnel ; dans un premier temps juriste dans une entreprise publique puis collaborateur d'un institut de formation dont une des spécialités était la commande publique, il opta quelques temps plus tard pour le barreau ; avocat de droit public, il connut rapidement un vrai succès professionnel tout en faisant profiter de son expérience les étudiants des grandes universités parisiennes et de l'institut d'études politiques comme les fonctionnaires stagiaires de l'ÉNA, pour lesquels il anima de nombreux séminaires. Récemment il avait présenté une série de modèles commentés de contrats de DSP aux éditions du Moniteur (2015), mettant ainsi à la disposition des maîtres d'ouvrage et des délégataires un outil précieux pour finaliser leurs projets.

Quelque temps avant sa mort, Olivier m'avait proposé de reprendre les papiers que nous avions consacrés il y a vingt ans au « service universel », au moment de la libéralisation de secteurs construits autour des grandes entreprises nationales auxquelles la loi avait confié un monopole, hésitant alors sur le point de savoir s'il s'agissait d'une version minimale du service public, d'un renouveau du service public ou d'une nouvelle mystification. En choisissant pour le colloque du Havre de remettre l'ouvrage sur le métier, notre ami rappela que la naissance du service universel et l'ouverture des services publics à la concurrence ont été intimement liés, voire consubstantiels, tout en soulignant sa fonction d'amortisseur social, visant à atténuer les dérives inhérentes à un système reposant sur la primauté du marché.

Le colloque a heureusement permis de préciser la diversité des approches néolibérales, dépassant la présentation classique qui se contentait le plus souvent de se référer aux politiques suivies dans les années quatre-vingt en Grande Bretagne (les privatisations de la première ministre, *Mrs Thatcher*) et aux États-Unis d'Amérique (la « *deregulation* » du président Reagan). Ces références visaient à souligner l'influence des idées néolibérales (notamment de l'École de Chicago) sur les politiques suivies en France, notamment sur l'évolution du droit public économique. Mais, les emprunts aux systèmes anglo-saxons furent le plus souvent encouragés par les institutions européennes ; la volonté de créer un grand marché, un marché unique, imposa à tous les opérateurs de biens et de services, privés ou publics, de se plier à la loi de la concurrence. Tel fut le cas du service universel, notion apparue outre-Atlantique (bien avant les fougades reaganiennes), reprise par le droit

communautaire dans le cadre des politiques de démonopolisation ; il en fut de même pour le droit de la commande publique, l'impulsion communautaire visant alors à assouplir les procédures et les critères de passation des marchés tout en cherchant à consacrer les principes de transparence et de mise en concurrence. Pour d'autres questions, le relai ne fut pas européen mais international ; chacun peut avoir à l'esprit le rôle du FMI, de l'OCDE ou de la Banque mondiale tant pour les politiques financières néolibérales que pour les réformes du droit budgétaire et comptable visant à améliorer l'efficacité, la qualité et l'efficience de la dépense publique ; ainsi peut-on retrouver certaines des préoccupations et des préconisations du *New public management* tant dans la LOLF (loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001) que dans les analyses du type RGPP (revue générale des politiques publiques lancée en 2007) ou MAP (modernisation de l'action publique menée depuis 2012).

Sans partager les approches néolibérales, force est de constater que les solutions importées ont pu être des tentatives de réponse à de vraies questions. En introduisant la notion de service universel, n'a-t-on pas voulu insister sur la prestation (et donc sur les droits de l'utilisateur même s'il était devenu client, sinon consommateur) ; là où la vulgate du service public privilégiait l'organisation et les droits acquis des travailleurs, on mettait ainsi l'accent sur la finalité. De même, si la LOLF est apparentée à des systèmes anglo-saxons, personne ne peut nier que les deniers publics doivent être utilisés de manière transparente, efficace et performante, que le contrôle de la dépense doit être amélioré et que les gestionnaires doivent se voir fixer des objectifs clairs dont les résultats doivent pouvoir être évalués.

De nombreux auteurs, analysant ces différentes institutions et politiques présentées comme étant d'inspiration néolibérale, ont souligné que leur introduction en France s'était faite en tenant compte de nos traditions. Au niveau procédural, on a pu considérer que les privatisations décidées en France en 1986 avaient représenté le « stade suprême de l'interventionnisme » (Michel Bazex) ; de même la dérégulation s'est le plus souvent accompagnée d'une nouvelle réglementation. En affirmant le primat du marché, il ne s'agissait aucunement de revenir à l'état de nature, mais de créer un nouvel espace économique impliquant la construction d'un objet juridique complexe et évolutif. Dans sa communication, Olivier Raymundie après avoir rappelé l'environnement néolibéral de l'institution analyse la réception du service universel dans les différents États européens mettant alors en lumière sa vocation sociale et s'interrogeant sur son devenir. Au-delà de la procédure, on peut constater qu'au fond, il n'y a pas eu de phénomène de rejet ; c'est une problématique d'enrichissement qui est alors envisagée.

Enfin, les institutions d'origine néolibérale peuvent à leur tour être remises en cause, soit au nom d'une idéologie opposée (néo-keynésienne, peut-être ou, tout simplement, par référence à l'intérêt général), soit au nom de la même idéologie. Ainsi, les autorités administratives indépendantes mises en place

pour assurer une fonction de régulation selon le credo néolibéral font l'objet de critiques récurrentes fondées sur des arguments juridiques, administratifs et financiers (v. le *Rapport du sénateur Patrice Gélard* du 15 juin 2006) qui s'appuient tant sur les grands principes du droit public français que sur le discours managérial à la recherche d'une gestion efficace.

Ces questions ont pu être débattues au Havre, face à la porte océane, par un beau jour d'automne, le 13 novembre 2015. Mieux armés pour appréhender l'influence du néolibéralisme sur nos institutions, nous repartions comblés. Personnellement, je m'apprêtais à reprendre ces différents points dans mes échanges avec Olivier Raymundie ; sa mort, six mois plus tard, après une maladie fulgurante, interrompit notre projet. Six mois plus tôt, le soir du 13 novembre, de retour à Paris, nous avons appris que la barbarie avait frappé, mettant un terme à de nombreuses « belles vies » et entraînant une réaction sociale non sans quelques turbulences pour nos libertés.... Dans cette nouvelle ère, Olivier Raymundie, juriste engagé au service de l'intérêt général, n'hésitant pas à consacrer une partie de ses loisirs aux autres, va cruellement nous manquer.

LE NEOLIBERALISME ET L'« UTILITARISATION » DU DROIT PUBLIC

(Propos introductifs)

Par

Fabien BOTTINI

Directeur-adjoint du LexFEIM

Maître de conférences HDR en droit public

Responsable du Master Collectivités territoriales

de l'Université du Havre

Si le philosophe et homme d'État anglais Francis Bacon (1561-1626) a pu affirmer en son temps : « *Jus privatum latet sub tutela juris publici* »¹, les réformes menées depuis le tournant des années 1980 n'ont-elles pas pour conséquence d'inverser la proposition ? N'est-ce en effet pas désormais le droit public qui se trouve placé sous la protection du droit privé ? Le premier ne doit-il en d'autre terme pas sa pérennité au seul fait que l'État, par son action de régulation du marché, est désormais cantonné au rôle de garant de la justice commutative² dont le dernier est le « produit » ? L'admettre ne revient-il pas à dire que le droit public a changé de fonction ; que la justice distributive dont il est l'expression³ cesse de s'étendre à la justice correctrice des inégalités sociales qui était devenue, sous l'influence des idées socialistes, son signe distinctif à partir du développement de l'État-providence dans les années 1840, pour se recentrer sur la justice correctrice des atteintes portées aux droits et libertés économiques, à laquelle le libéralisme classique voulait jusqu'alors limité son intervention dans la lignée des physiocrates ? Et si tel est le cas, le néolibéralisme peut-il constituer un facteur explicatif de cette évolution ? La

¹ « Le droit privé se trouve placé sous la protection du droit public ».

² Justice qui, selon Aristote, prévaut dans les litiges commerciaux.

³ Bobbio N. et Soldini D., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Dalloz, Paris 2012. Cette analyse était du reste déjà celle de F. A. Hayek. En ce sens, v. *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF-Quadrige 2007.

conversion plus ou moins avouée des décideurs publics de la planète à ses idées les ont-elles revêtues d'une sorte de normativité méta-juridique dont le *juris publici* contemporain découlerait ? Cette hypothèse étant posée, la transposition du néolibéralisme par le droit public se fait-elle de façon « pure et parfaite » ou se heurte-t-elle à une résistance des traditions juridiques nationales ? Celles-ci sont-elles à l'origine du phénomène actuel d'hybridation du droit auquel on assiste dans de nombreux États ? Si oui, la connaissance des idées néolibérales permet-elle d'anticiper les évolutions futures du droit public ? Sinon, quels sont les enseignements d'une telle hybridation ?

Comme on le voit, la relation du droit public et du néolibéralisme est riche de questionnements qui intéressent au premier plan les juristes, théoriciens comme praticiens (M. Heers ; O. Raymundie † ; F. Advielle ; D. Jočienè). Paradoxalement, ceux-ci abandonnent généralement ce champ d'investigation aux économistes (on pense aux travaux de Maurice Allais⁴, Pascal Salin⁵ ou encore Jacques Sapir⁶), philosophes (avec ceux de Pierre Manent⁷ ou de Serge Audier⁸) ou sociologues (avec les recherches de Christian Laval et Pierre Dardot⁹ ou de François Denord¹⁰). L'une des raisons tient probablement à l'épineux problème de frontière entre recherches juridique et sociologique. Les Facultés de droit restent en effet majoritairement attachées à une conception du droit qui réserve au juriste l'étude du devoir-être et au sociologue celle de l'être : la division académique du travail voudrait que la science du droit soit une science normative s'intéressant exclusivement à comment il faut agir par opposition à la sociologie qui est une science descriptive s'intéressant à comment on agit. Derrière cette opposition se devine l'influence de Hans Kelsen (1881-1973) pour qui le droit est un ordre clos que le juriste doit étudier en s'abstenant de tout jugement de valeur sur la légitimité des règles posées. Mais comme l'ont relevé certains auteurs, Kelsen lui-même reconnaissait tout l'intérêt « d'une sociologie du droit qui examine les causes des normes juridiques dans la société où il s'insère »¹¹. Loin de s'opposer à une réflexion sur les lois de dynamique sociale à l'origine des évolutions du droit positif, l'approche logico-formelle du maître de Vienne en fait ainsi en creux un pan important de la recherche juridique. Aussi la question se pose de savoir si ce

⁴ *Économie pure et rendement social*, Paris, DL 2006.

⁵ *Libérons-nous !*, Paris, Les Belles Lettres 2013.

⁶ *La démondialisation*, Paris, éd. du Seuil 2012.

⁷ *Democracy without nations?*, Wilmington, ISI Books 2013.

⁸ *Néo-libéralisme(s)*, Paris, Grasset 2012.

⁹ *La nouvelle raison du monde*, Paris, La Découverte 2010.

¹⁰ *Néo-libéralisme version française*, Paris, Demopolis 2007.

¹¹ Treves R., « Hans Kelsen et la sociologie du droit », *Droit et société* 1985-1. 18. V. aussi Eisenmann C., « Science du droit et sociologie du droit dans la pensée de Kelsen » in *Méthode sociologique et droit*, Paris, Dalloz 1958, p. 50.

n'est pas le moment pour les juristes de renouer avec l'héritage de Léon Duguit (1859-1928) ou de Jean Carbonnier (1908-2003) ; si « le temps n'est (...) pas (...) venu, pour le droit et la sociologie, de ne plus se considérer comme ennemis ou serviteurs l'un de l'autre mais alliés dans la quête de sens des exceptionnelles mutations que connaissent nos sociétés actuelles », comme le relève le sociologue Jacques Commaille.

Sans attendre cette invitation, certains juristes sont d'ores et déjà parvenus à cette conclusion, que l'on songe à la *Critique de la raison juridique* formulée par André-Jean Arnaud¹², aux thèses de Vincent Valentin et Guylain Clamour sur *Les conceptions néo-libérales du droit*¹³ et *La pérennité du droit public en économie de marché*¹⁴, aux conclusions du colloque *Droit et marché* organisé sous la direction de Sarah Dormont et Thomas Perroud¹⁵ ou encore aux travaux d'Alain Supiot. Dans son ouvrage *La justice sociale face au marché total*¹⁶, ce dernier mettait en effet en avant en 2010 le rôle joué par l'ultralibéralisme dans la « crise du droit et des institutions » à laquelle on assiste dans les pays développés.

Dans la lignée des recherches impulsées par les Professeurs Patrice Gélard et Gilles Lebreton, il faisait doublement sens que le LexFEIM de l'Université du Havre (EA 1013) apporte sa contribution à ce débat : d'abord, parce que l'une de ses spécificités au plan méthodologique est de s'interroger sur l'existence d'une normativité extérieure au droit dont ce dernier découle ; ensuite, parce que l'un de ses axes de recherche au plan thématique consiste à s'interroger sur le recul des libertés politiques, et des droits sociaux qui en ont découlé, dans le contexte de la mondialisation et de la montée en puissance corrélative des droits et libertés économiques.

Il faut ainsi remercier l'Université du Havre et la région Haute-Normandie d'avoir soutenu financièrement ce projet et les 32 participants – universitaires et praticiens – qui ont accepté de débattre de cette question. Qu'il me soit permis à cette occasion de rendre hommage à Maître Olivier Raymundie qui nous a quitté prématurément. Le lecteur appréciera la qualité de ses analyses comme celle des autres contributions qui, d'entrée de jeu, ont butté sur la question de savoir ce qu'est le néolibéralisme.

¹² *Critique de la raison juridique*, t. 2, *Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ 2003.

¹³ Valentin V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica 2002.

¹⁴ Clamour G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz 2006.

¹⁵ LGDJ 2015.

¹⁶ Paris, Seuil 2010. V. aussi, du même auteur, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard 2015.

S'il y a en effet consensus sur l'origine du terme forgé en 1934 par Gaëtan Pirou¹⁷ et sur le rôle joué dans sa diffusion sur le plan scientifique par l'ouvrage *The good society* de Walter Lippmann de 1937¹⁸ et le colloque éponyme organisé à l'initiative du philosophe Louis Rougier (1889-1982) à Paris en 1938¹⁹, les différents intervenants ont tous insisté sur les désaccords nourris par l'expression.

Il y a dissensus sur la façon de l'écrire (néo-libéralisme ou néolibéralisme ?), sur sa finalité (projet de société au service « du plus grand bonheur du plus grand nombre » dans le droit fil du libéralisme de Jérémy Bentham (1748-1832), dès lors que l'accumulation des richesses entre les mains de quelques-uns profitera à tous par effet de « ruissellement », ou idéologie au service des puissances de l'argent, comme le dénoncent les membres du mouvement altermondialiste, les néo-marxistes ou certains courants nationalistes, dès lors que ce phénomène d'accumulation est vecteur de dissolution du lien social et d'accroissement des inégalités ?), et sur son contenu même : qu'y a-t-il de commun entre les « écoles » de pensées néolibérales pour qui la « main invisible » d'Adam Smith (1723-1790) implique un laissez-faire partiel ou au contraire intégral ; entre celles pour qui elle appelle un redéploiement de l'État et celles pour qui elle implique son démantèlement ? Entre le stato-libéralisme de certains participants du colloque Lippmann et l'ordo-libéralisme allemand²⁰ favorables à une intervention de la puissance publique et le paléo-libéralisme, voire l'« ultralibéralisme », de l'école autrichienne (forgée par Friedrich Hayek²¹ (1899-1992)) et de celle de Chicago (créée par Milton Friedman²² (1912-2006)) dénonçant l'emprise de l'État-providence sur l'économie de marché (M. Caron ; J. Chevallier ; G. Saad) ? De même lorsque l'on s'intéresse à la façon dont les partis politiques nationaux réceptionnent les idées néolibérales, quel est le lien entre les partis néolibéraux américain et français ? Entre le *Grand Old Party* qui tend à y voir une justification à la marchandisation sans limite du corps humain et une droite libérale hexagonale qui tend au contraire à dénier toute maîtrise absolue de

¹⁷ « L'économie dirigée », *Revue d'économie politique* 1934. 1404.

¹⁸ Traduit sous le titre *La Cité Libre* (Paris, éd. de Médicis 1938).

¹⁹ CIRL, *Compte rendu des séances du Colloque Walter Lippmann, 26-30 août 1938*, Paris, éd. de Médicis 1939.

²⁰ « L'ordo-libéralisme a » en effet toujours « pensé le libéralisme comme un programme d'action publique, dont la fin était les droits de l'individu et le fonctionnement d'une économie concurrentielle, mais dont le moyen était la mise en place d'un cadre juridique et d'un accompagnement actif de l'État » (Valentin V., « L'idée libérale et ses interprètes », in *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles Lettres 2012, p. 63).

²¹ *La route de la servitude*, Paris, éd. Librairie de Médicis 1946.

²² *La liberté du choix*, Paris, Belfond 1980 ; *Capitalisme et Liberté*, Paris, Leduc S. 2010.

chacun sur son corps, au nom du respect des convictions religieuses de certaines communautés (P. Gast) ?

La difficulté tient non seulement à ce qu'il existe un néolibéralisme « de théoriciens et de gestionnaires » (J. Caillosse), mais aussi à ce que le néolibéralisme est autant une pensée politique qu'un courant économique (J. Bouveresse ; J. Caillosse) ; un dogme relevant de la croyance et une théorie reposant sur une approche scientifique : tandis que le dogme est immuable et intangible, la théorie, elle, se veut « ahistorique et apolitique » (M. Caron) et évolue au gré des circonstances pour corriger son modèle et l'adapter à la réalité. Le néolibéralisme apparaît ainsi pluriel, dès lors que sa signification change au gré de l'espace, du temps et des deux à la fois. Il pourrait pour cette raison paraître plus judicieux de parler de néolibéralismes avec un « s » plutôt que de néolibéralisme au singulier (P. Gélard) si un élément très tôt relevé par Michel Foucault²³ et Pierre Bourdieu²⁴ n'était pas commun à toutes ces facettes : leur tendance à faire du marché le moteur du progrès social et de l'égalitarisation des conditions (G. Quintane ; J. Caillosse ; J. Chevallier ; A. Siffert).

Là semble en effet être le critère distinctif du néolibéralisme, dès lors qu'il auto-entretient l'idée que la mondialisation – entendue comme l'avènement d'un marché unique à l'échelle planétaire – est un phénomène irrésistible que les pays ne peuvent qu'accompagner. Le néolibéralisme est donc un même si son attitude est duale vis-à-vis de l'État, dans la mesure où ses partisans le convoquent autant qu'ils le congédient.

Si c'est un des intérêts de ce colloque de le rappeler, on lui doit aussi d'avoir montré que le néolibéralisme constitue une pensée pré-normative (I) à l'origine d'un certain déclasserement du droit public (II).

I. UNE PENSÉE PRÉ-NORMATIVE

Déterminer si le néolibéralisme constitue une cause des transformations actuelles du droit public n'est à première vue pas évident pour le juriste, dès lors que l'origine néolibérale des réformes en cours ne va pas forcément de soi et que la transposition des idées néolibérales en droit positif n'est jamais « pure et parfaite ».

Le clair-obscur de l'origine des réformes

Deux considérations rendent difficiles l'appréciation de l'origine néolibérale des réformes réalisées.

²³ *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France, 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil 2004, p. 77 s.

²⁴ « L'essence du néolibéralisme », *Le Monde diplomatique* mars 1998.

La première tient au fait qu'elle n'est pas toujours clairement assumée par les membres de la classe politique (B. Jean-Antoine ; C. Puigelier). Dans leur ouvrage intitulé *European Social Democracy During the Global Economic Crisis* (*La social-démocratie européenne durant la crise économique mondiale*), MM. Escalona et Veyra montrent ainsi par exemple que les partis de gauche alors au pouvoir ont cherché sans véritablement le dire à relancer la croissance en menant des politiques néolibérales²⁵. La France n'a pas échappé à cette tendance, comme cela ressort de l'opposition mise en lumière par le premier ministre Manuel Valls entre le « socialisme d'opposition » et la « gauche de gouvernement » : tandis que le premier reste fidèle au projet révolutionnaire originaire de changer *de* société, la seconde œuvre davantage à simplement changer *la* société, en redistribuant les richesses produites par le système capitaliste. Or si la gauche de gouvernement est pour cette raison d'abord apparue sociale-démocrate, dès lors qu'elle faisait de la liberté politique le ressort du progrès social, elle apparaît désormais de plus en plus sociale-libérale, dans la mesure où elle s'appuie davantage sur l'exercice des libertés économiques pour le réaliser. Si les analystes en déduisent la substitution d'un « socialisme de l'offre » au « socialisme de la demande » commun à la 1^{re} gauche de François Mitterrand (faisant de l'action unilatérale de l'État l'instrument de la justice sociale dans la lignée de l'héritage de 1905) et à la 2^e gauche de Michel Rocard (s'appuyant au contraire sur le dialogue social pour la réaliser à partir de 1977), cette « troisième gauche » semble faire du sociétal plus que du social son marqueur identitaire face à la droite libérale classique (comme l'illustre la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe) : à partir du moment où elle puise dans les idées néolibérales l'inspiration de ses politiques économiques, notamment de Modernisation de l'Action Publique (MAP) (F. Bottini ; J. Caillosse ; J. Chevallier ; J.-M. Pontier toutefois plus nuancé) ou de réforme du Code du travail. Comme l'explique Alain Supiot en effet, le projet de loi à l'origine de la loi n° 2016-1088 du 9 août 2016 (dite « El Khomri ») relative au travail, au dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels répondait davantage au souci néolibéral d'assurer la flexibilité du marché du travail qu'au projet social-démocrate de garantir la sécurité des travailleurs²⁶, bien que ses artisans aient toujours officiellement nié – et ce soient mêmes défendus ! – de s'en inspirer. Le néolibéralisme avance ainsi parfois masqué en droit positif.

²⁵ En ce sens, v. Escalona F. et Veyra M., « “It does not happen here either” : why social democrats fail in the context of the great economic crisis » in *European Social Democracy During the Global Economic Crisis : Renovation or Resignation ?*, Manchester, MUP 2014, p. 36.

²⁶ Supiot A., « Pour un droit du travail digne de ce nom », *Le Monde* 16.10.2015.

Si c'est une première difficulté à la tentative d'évaluation de son influence concrète sur l'évolution du droit public, une seconde tient au fait qu'elle ne se traduit pas toujours par la création *ex nihilo* de nouveaux principes. C'est parfois le cas, comme cela ressort de l'introduction d'un principe de subsidiarité à l'articles 72 de la Constitution de 1958 (redistribuant les compétences entre les différents échelons de l'action publique) et d'une règle d'or par la loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012 (imposant à l'État d'avoir un budget en équilibre). Mais, le plus souvent, cette influence prend la forme d'une réinterprétation de principes traditionnels du droit français, dont les enjeux échappent parfois aux commentateurs (C. Puigelier). L'interprétation restrictive dont font l'objet les droits sociaux depuis les années 1990 sous la pression de néo-conservateurs américains insistant sur leur caractère de droits-créance est symptomatique de cette difficulté, dès lors qu'elle débouche sur l'idée d'un service public minimal, non plus ouvert à tous, mais réservé aux plus démunis.

Des résistances révélatrices d'une influence

Force est toutefois de constater que la transposition des idées néolibérales en droit positif n'est jamais « pure et parfaite ». Il serait pour cette raison dangereux d'en faire l'origine unique d'évolutions forcément multifactorielles (J. Chevallier ; J.-M. Pontier ; J. Caillosse ; J.-P. Derosier) et d'en faire la « source », voire la « Grundnorm »²⁷ du droit public contemporain, même si la tentation peut être forte tant ses idées « écrasent la pensée » (G. Lô) : elles incitent à tout repenser au travers de leur grille de lecture au risque de tomber dans l'anachronisme alors que les transformations en cours s'expliquent aussi par un phénomène de résistance des traditions juridiques nationales à l'interpénétration des ordres juridiques véhiculée par la mondialisation. Leur transposition se fait en effet par le filtre des autorités nationales qui trient dans leurs préconisations celles qui leur semblent compatibles avec les principes du droit interne, sous la pression constante des citoyens. À l'initiative des pays en voie de développement, ce contre-mouvement est ainsi à l'origine en droit international public de la juridicisation de la notion de bien public mondial et de ses dérivés (bien public international ; patrimoine commun de l'humanité en droit international de la mer) (G. Lô). En France, il se traduit par un « goût » non démenti pour « les normes », le maintien d'une planification, de l'émiettement communal, de la départementalisation (J.-M. Pontier) ; d'une certaine « bureaucratie » (J.-F. Kerléo) ; de la déclaration préalable comme procédé de police administrative (N. Ochoa) ; par la création de nouveaux

²⁷ Au sens de « norme fondamentale », c'est-à-dire de « norme norme dont la validité ne peut être déduite d'une norme supérieure » (Kelsen H., *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ 1997, p. 165).

services universels, comme ceux du permis de conduire ou de distribution de la semence du ruminant (O. Raymundie †) ; par l'apparition de nouveaux délits d'opinion conformes aux attentes des citoyens (D. de Bellescize) ; par la persistance du dualisme juridictionnel et le refus de la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême (F. Bottini), voire même par la reprise de solution du droit interne par la CEDH (D. Jočienė). Plus encore : ce contre-mouvement est à l'origine d'une hybridation des droits nationaux (J. Caillosse) qui conduit parfois au résultat inverse de celui recherché par le néolibéralisme, en renforçant l'interventionnisme étatique au lieu de l'affaiblir (J.-F. Kerléo).

Mais parler de résistance revient à admettre une influence (J. Caillosse). De sorte qu'il convient dans le même temps de ne pas négliger l'importance des idées néolibérales sur les réformes actuelles. Car à défaut d'en être la cause exclusive, elles semblent bien à l'origine de certaines de ces évolutions et revêtir pour cette raison une dimension « pré-normative » (G. Quintane) dès lors qu'elles constituent une source d'inspiration des politiques mises en œuvre par le droit. Bien que parfois « diffuse » (J.-M. Pontier), leur influence n'en est pas moins réelle, ne serait-ce que du fait du lobby constant exercé par certaines institutions privées ou publiques sur les autorités nationales (M. Caron ; D. de Bellescize ; A. Canayer ; J. Clerckx) auxquelles ces dernières ne peuvent que difficilement résister, compte tenu de leur puissance de frappe financière ou institutionnelle (F. Advielle) : tandis que la société du Mont-Pèlerin fondée par Hayek après guerre ou le forum de Davos créé par la fondation de Klaus Schwab en 1971 sont caractéristiques des premières (M. Caron ; G. Saad ; J. Bouveresse), l'UE, le G7, le G8, le G 20, l'OCDE et nombre d'organisations internationales comme le FMI ou la Banque mondiale illustrent les secondes (B. Jean-Antoine ; M. Bruno ; C. Puigelier) : l'ordo-libéralisme allemand et les lois anti-trust américaines ont en effet inspiré la rédaction des clauses du traité de Rome en 1957 relatives au droit de la concurrence²⁸ avant que ces dernières ne soient réinterprétées à partir des années 1990 dans un sens plus conforme aux thèses monétaristes (M. Caron²⁹ ; M. Bruno). S'il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que l'UE soit parfois analysée comme un « objet juridique non identifié » mettant en œuvre le projet ultralibéral d'un « droit sans l'État »³⁰, la même influence se vérifie à l'égard d'autres institutions internationales. Ainsi le *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) de 1947 a cherché à libéraliser les échanges à l'échelle internationale avant que le

²⁸ Sur ce point, v. Franck L., *La libre concurrence*, Paris, PUF 1967, p. 20 ; Denord F., « Néolibéralisme et “économie sociale de marché” », *Histoire économie et société* 2008-1. 130 s.

²⁹ Citant Mongouachon C., « Ordolibéralisme versus néolibéralisme : De quelques antagonismes idéologiques, et de leurs conséquences pratiques en droit européen de la concurrence », in *Droit et marché, op. cit.*, p. 21-44.

³⁰ Cohen-Tanugi L., *Le droit sans l'État*, Paris, PUF 2016.

consensus de Washington mis en lumière en 1989 par l'économiste John Williamson ne fasse des fondamentaux du néolibéralisme (discipline budgétaire, baisse de la fiscalité, privatisation des grands monopoles d'État, suppression des barrières douanières...) les principes d'action des grandes organisations internationales (OMC, FMI et Banque Mondiale...) (M. Bruno ; P. Albertini ; B. Jean-Antoine ; M. Caron). La libéralisation des économies nationales a ainsi débouché sur une « concurrence des droits », voire une « guerre des droits » (J.-M. Pontier), destinée à attirer les investisseurs étrangers sur les territoires nationaux (F. Advielle ; J. Caillosse) à partir de l'arrivée au pouvoir de Margareth Thatcher (1925-2013) en Grande Bretagne en 1979 et de Ronald Reagan (1911-2004) aux États-Unis en 1981. Si, lors de son discours d'investiture ce dernier expliquait que « l'État n'est pas la solution » mais « le problème », la conversion des décideurs publics de la planète aux idées néolibérales s'est accélérée à la suite de la chute de l'URSS (comme l'illustre la vulgarisation même du terme « décideur public »). L'échec du socialisme soviétique a en effet paru marquer la « fin de l'histoire » comme l'expliquait le politologue américain Francis Fukuyama en 1989³¹, en catalysant la victoire idéologique du néolibéralisme dès lors qu'aucune alternative ne semblait désormais plus pouvoir lui être opposée. En conséquence, le contrôle administratif sur les suppressions de poste dans le secteur privé ne porte plus sur des licenciements mais sur des plans de sauvegarde de l'emploi ; le service public « à la française » fait place au service d'intérêt général communautaire ; le gouvernement à la gouvernance ; l'administration napoléonienne hiérarchisée aux autorités administratives indépendantes ; le monopole à la concurrence ; le fonctionnaire titulaire à l'agent contractuel ; l'utilisateur au consommateur ; l'administré au client ; les droits de l'homme (arrachés d'en bas, par les peuples) aux droits fondamentaux (octroyés d'en haut, par le marché)³² etc.

Le néolibéralisme s'est ainsi non seulement imposé comme une pensée unique, mais l'*orthodox thought* de la recherche économique est devenue une source d'inspiration des politiques publiques concrétisées par le droit, malgré les résistances constatées. Reste à savoir quelles peuvent bien être les conséquences concrètes de cette influence sur le droit public ?

II. UN DROIT EN DECLASSEMENT

Combien même l'influence des idées néolibérales sur les transformations actuelles du droit public serait avérée, est-il possible de déterminer ses

³¹ *Commentaire* 1989-47.

³² Sur ce point, v. Bouveresse J., « Des droits, quels droits ? », in *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan 2000, p. 237 s.

conséquences concrètes ? Tout comme leur origine idéologique, la portée de ces évolutions est difficile à évaluer pour le juriste publiciste qui, en étudiant le droit de l'intérieur, peut-être amené à approuver certaines mutations sans toujours se rendre compte qu'elles conduisent au déclassement de son objet d'étude. Certes, elles semblent faire partie d'un processus toujours en cours de réalisation dont les conséquences sont de prime abord ambiguës, dès lors qu'elles n'emportent pas les mêmes effets sur les deux volets caractéristiques de la justice distributive dont le droit public est l'expression depuis le XIXe siècle : tandis que la justice correctrice des inégalités sociales semble en crise, la justice correctrice des atteintes portée aux « droits économiques fondamentaux » paraît se renforcer. À l'analyse toutefois, ces deux évolutions semblent participer de la même « déconstruction-reconstruction » (J.-M. Larralde ; J. Caillosse ; J. Chevallier ; G. Quintane ; J. Bouveresse ; F. Bottini ; M. Caron ; J.-F. Kerléo ; P. Lagrange), dès lors qu'elles sont les deux faces d'une même médaille : elles sont révélatrices d'un phénomène d'« utilitarisation » du droit public qui lui ménage un avenir à la seule condition qu'il se mette au service de la justice commutative et, plus généralement, du bon fonctionnement du marché (A. Siffert ; G. Quintane ; M. Caron ; J. Caillosse ; J.-F. Kerléo ; F. Bottini ; C. Puigelier). Ce qui pose la question de la compatibilité du néolibéralisme vécu avec l'héritage des lumières.

Les involutions-évolutions de la justice distributive

Cette grille de lecture permet tout d'abord de redonner leur cohérence à un certain nombre d'involutions et d'évolutions symptomatiques de la transformation du droit public.

Les involutions traduisent une certaine continuité entre le néolibéralisme et le libéralisme classique dans la mesure où elles concernent la primauté donnée aux droits et libertés économiques sur les droits sociaux. Sous la Révolution, le droit avait déjà été bâti sur cette « asymétrie » puisqu'il faisait de l'État le garant d'une liberté entendue de façon juridique et économique au détriment d'une égalité réduite à sa seule dimension juridique (P. Gast). Or cette asymétrie se creuse de nouveau aujourd'hui. Non seulement en effet, la liberté reste « la règle, et la restriction de police l'exception »³³, mais réduire les droits sociaux à leur nature intrinsèque de droits-créance permet de retenir une interprétation restrictive des textes les consacrant, en en faisant des « droits des pauvres » (J. Dhommeaux) ayant vocation à bénéficier, non plus à tous les membres de la société pour assurer le bien être de chacun, mais aux plus démunis pour leur permettre de rester dans le marché (A. Siffert). L'« utilitarisation » du droit public évoque ainsi par certains aspects un

³³ Concl. Corneille sur CE 10.8.1917, Baldy, R. 638.

mouvement de balancier le ramenant à un état antérieur ; à l'état dans lequel il se trouvait avant les grandes conquêtes sociales du XIX^e siècle, en opérant un retour au système assistantiel de la Constitution de 1791 en lieu et place du système assurantiel des Constitutions de 1946 et 1958 ; c'est-à-dire à un système de protection sociale individuel et facultatif plutôt que collectif et obligatoire. Les débats récurrents sur l'opportunité de remplacer le système de capitalisation des retraites par un système par répartition sont révélateurs de cette involution, dès lors qu'il s'agit ni plus ni moins de laisser en principe à chacun le soin d'anticiper les coups du sort qui peuvent le frapper. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que le service économique d'intérêt général, voire le service d'intérêt général doit se substituer à l'initiative individuelle pour y faire face, son approche économique et sectorielle des défaillances du marché marquant une grande différence avec le service public « à la française » au contraire fondé sur une approche sociale et globale des rapports humains. L'héritage solidariste de Léon Bourgeois³⁴ subit ainsi l'assaut d'un néolibéralisme postulant que « le plus grand bien que [l'on] puiss[e] faire aux classes laborieuses, c'est de leur enseigner à se passer de [nos] secours »³⁵, comme l'expliquait déjà Tanneguy Duchâtel (1803-1867) en 1829. Est-ce à dire qu'« on nous change notre État »³⁶, mais... à l'envers, pour paraphraser le mot bien connu de Maurice Hauriou (1856-1929) ?

La réponse est négative tant le néolibéralisme se distingue du libéralisme classique sur un point essentiel : la méfiance qu'il nourrit envers les élites politiques. Alors que ce dernier acceptait de faire de la liberté-participation une garantie de la liberté-autonomie à condition qu'elle s'exerce par le filtre des représentants, le premier cherche autant à neutraliser ces derniers que les citoyens. C'est la conséquence d'un mouvement de subjectivisation des droits revenant à placer la « loi » du marché au dessus de la loi démocratique ; à substituer l'écocratie à la démocratie (J. Bouveresse), en faisant du juge le garant des libertés économiques et du droit de propriété au détriment des droits sociaux et des libertés politiques. Si l'affirmation des « droits fondamentaux économiques » s'accompagne de réformes permettant aux juridictions de trancher vite (procédures d'urgence) et fort (pouvoir d'injonction sous astreinte), c'est en effet pour leur permettre d'imposer leur respect aux autorités

³⁴ Sur ce point, v. Bouveresse J., « La III^e République eût-elle une politique économique et sociale ? », in *L'État interventionniste*, Paris, L'Harmattan 2012, p. 85 s.

³⁵ Duchâtel T., *De la charité, dans ses rapports avec l'état moral et le bien-être des classes inférieures de la société*, Paris, A. Mesnier 1829.

³⁶ « Nous disons que c'est grave, parce qu'on nous change notre État » écrivait-il à la fin du XVIII^e siècle, pour déplorer le passage de l'État gendarme à l'État-providence (note sous TC 9.12.1899, Assoc. syndicale du Canal de Gignac, S. 1900. 3. 49).

politiques administratives, législatives et, à terme, au souverain lui-même (G. Saad ; G. Quintane ; C. Lajoie ; P. Lagrange ; F. Bottini ; J. Bouveresse). La substitution progressive d'un intérêt général utilitariste (formé par la simple somme des intérêts particuliers) à un intérêt général volontariste (supposant l'intervention de l'État pour transcender les égoïsmes innés) masque ainsi le passage d'une culture démocratique de la règle à une culture néolibérale de l'objectif, dès lors que priorité est désormais donnée au droit hétérarchique (*ie* plurilatéral car négocié avec ses destinataires) en réseau sur le droit hiérarchique (unilatéral car imposé par les autorités publiques) pyramidal ; à une comitologie faisant des acteurs économiques les (co-)auteurs de la norme sur une véritable démocratie directe transférant le pouvoir de décision aux citoyens ; bref à l'efficacité du marché sur l'autorité publique (J.-M. Pontier) : car toutes ces évolutions tendent à affirmer le primat de l'économique sur le politique (P. Albertini ; J. Bouveresse ; M. Caron ; J.-F. Kerléo ; P. Gast ; A. Siffert ; F. Bottini ; J. Chevallier ; J. Caillosse). Au point qu'un néo-positivisme semble en cours de réalisation : un positivisme économique retenant du positivisme juridique l'idée que la validité formelle de la règle de droit dépend de sa capacité à respecter les droits économiques fondamentaux ; et du positivisme sociologique l'idée que sa légitimité matérielle dépend dans le même temps de sa capacité à retranscrire les attentes des opérateurs du marché.

Continuité et rupture avec l'héritage des Lumières

Sans doute cette « utilitarisation » du droit public vise-t-elle dans la pensée néolibérale à mettre la liberté individuelle à l'abri de l'arbitraire étatique et poursuit-elle en cela l'œuvre des Lumières tendant à émanciper l'Homme, en en faisant un « quasi-dieu au centre de tout » (M. Heers). Ce qui explique que sa diffusion soit perçue comme un progrès dans certains pays (G. Saad ; F. Bottini). Mais force est de constater que **le néolibéralisme vécu** diffère du néolibéralisme de théoriciens (J. Caillosse), tant il **opère une synthèse orientée des préconisations faites par ses différentes écoles de pensée** : il emprunte à l'ordo-libéralisme allemand l'idée d'une Constitution économique qui protège les libertés nécessaires à la prospérité des opérateurs du marché sans toujours mettre en place les mécanismes nécessaires à la prévention des concentrations d'entreprises, notamment de médias (D. de Bellecize³⁷) ; à l'école de Chicago, l'idée d'une règle d'or qui oblige l'État à voter son budget en équilibre sans tenir compte de la condamnation de l'indépendance des banques centrales formulée par son fondateur, Milton Friedman (M. Caron) ; à la Nouvelle École Classique (NEC), l'idée d'une telle indépendance sans aller au bout de ses

³⁷ « Serions- nous revenus au temps de Citizen Kane ? » s'interroge-t-elle dans sa contribution, en soulignant que « les médias sont trop souvent devenus des danseuses pour milliardaires en mal d'influence ».

préconisations en matière de transparence (J.-F. Kerléo) ; à l'école du *public choice*, l'idée que les services publics peuvent être confiés à des opérateurs privés sans lutter efficacement contre les conflits d'intérêts... Non content de mettre les différentes écoles néolibérales en concurrence, le néolibéralisme vécu donne ainsi l'impression de céder au lobby incessant du monde économique pour faire ses courses dans leurs préconisations, d'une façon qui ne retienne que celles dont la combinaison **conduit à mettre davantage l'État, non pas au service des marchés, mais à la merci des marchands**. Non seulement la mise en œuvre des idées néolibérales porte ainsi en germe la négation même de l'objectif qu'elles poursuivent en théorie, en asservissant l'homme à sa dimension économique – tout devenant une marchandise, y compris le corps humain ! (C. Puigelier ; J. Clerckx) – ; mais cette « marchandisation du monde » (F. Advielle) nous fait progressivement sortir de 500 ans d'histoire, en rompant l'équilibre sur lequel le républicanisme s'était bâti entre liberté politique et liberté individuelle : dès lors qu'elle revient à substituer un risque d'arbitraire à un autre : celui du pouvoir économique à celui du pouvoir politique.

Le néolibéralisme vécu à l'œuvre depuis les années 1970 semble de ce fait retomber dans les mêmes travers qui ont entraîné la *Fin du Laissez-faire*³⁸ et signé l'arrêt de mort du libéralisme classique au tournant du XXe siècle, en oubliant que la liberté individuelle dont l'exercice est nécessaire au libre jeu du marché n'est pas celle qui permet à ses opérateurs de tout faire ; mais une liberté disciplinée qui consiste à faire « tout ce qui ne nuit pas à autrui », sous le contrôle des citoyens, selon la célèbre définition de la liberté donnée par l'article 4 de la DDHC (P. Gast).

* *
*
*

En conclusion, tout l'enjeu de l'étude du lien entre néolibéralisme et droit public revient donc à s'interroger sur une possible conciliation de la liberté et de l'égalité, du projet néolibéral avec le projet démocratique (P. Gélard).

Logiquement, et conformément au souhait du Conseil régional de Haute-Normandie, les contributions réunies ici débouchent sur différentes **propositions opérationnelles** de nature à améliorer l'efficacité de la règle de droit, dès lors que « les lois positives portées par le législateur doivent être conformes (...) à l'état social pour lequel elles sont faites », ainsi que le relevait Léon Duguit³⁹. Celles-ci tendent entre autres à :

³⁸ Selon la traduction française du célèbre livre de John Maynard Keynes, *The end of laissez-faire*, London, L. et V. Woolf 1926.

³⁹ « Le droit constitutionnel et la sociologie », *RIE* 1889. 21.

- 1°) *Encadrer davantage l'action des « groupes de pression » ;*
- 2°) *Lutter efficacement contre les conflits d'intérêts ;*
- 3°) *Accroître les mécanismes de démocratie participative ;*
- 4°) *Renforcer la transparence de l'action publique ;*
- 5°) *Durcir la législation anti-concentration des entreprises de médias ;*
- 6°) *Abroger les délits d'opinion communautaires ;*
- 7°) *Harmoniser l'effet direct des traités internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux ou culturels ;*
- 8°) *Constitutionnaliser la définition du principe de laïcité donnée par la loi de 1905.*

Ces propositions semblent en effet de nature à endiguer la « crise de confiance envers le législateur » constaté par certains élus. Quelque soit le sort qui leur soit réservé toutefois, force est de constater que le phénomène actuel d'« utilitarisation » du droit public ne saurait être sans limite (J. Chevallier) : car si « l'homme isolé n'existe pas » comme l'affirmait Léon Bourgeois au XX^e siècle⁴⁰, c'est tout simplement parce que l'homme est « un animal politique »⁴¹, fait pour la vie en société, comme l'avait déjà compris Aristote sous l'Antiquité.

2017 s'annonce de ce point de vue comme une année décisive dans la poursuite ou la remise en cause de l'entreprise actuelle de déclasser le droit public, du fait de la conjonction de l'entrée en vigueur de nouvelles règles de vote au sein de l'UE, des effets du Brexit et des élections présidentielles américaine et française (M. Bruno). Rendez-vous est ainsi donné par le LexFEIM de l'Université du Havre à tous les enseignants-chercheurs que cette question intéresse pour en débattre lors d'un prochain colloque !

⁴⁰ *Solidarité*, Paris, A. Colin et cie 1896, p. 137.

⁴¹ *La politique*, Paris, Nathan 1983, p. 40.

OUVERTURE

Par
Laurent LOGIOU
Vice-Président de la région
Haute-Normandie

Bonjour,

C'est avec plaisir que je vous accueille aujourd'hui pour ce colloque. Je dois certainement cet honneur au fait que, ayant effectué l'accueil du dernier¹, je n'ai pas dit trop d'âneries, à moins que ma présence se justifie parce que j'ai, il y a maintenant un certain nombre d'années, étudié le droit public et le droit communautaire et qu'un certain nombre d'intervenants d'aujourd'hui étaient mes enseignants – ce qui ne les rajeunit pas – ; d'autres sont d'anciens collègues de l'IPAG, ainsi que des étudiants – ce qui ne nous rajeunit pas !

Plus sérieusement, ma présence est surtout due à ma qualité de représentant élu de la Région Haute-Normandie. Notre Région a toujours – en dehors de ses compétences – soutenu l'enseignement supérieur dans ses dépenses d'investissements et notamment ici au Havre, et encore plus la recherche au travers des bourses doctorales, le soutien au GRR et aux colloques. Je peux me permettre, à quelques semaines des élections régionales normandes, de faire de la promotion sur notre action passée, car, d'abord, j'en suis fier après 3 mandats bien remplis et, ensuite, comme je ne me représente pas, on ne pourra intégrer mon intervention dans les comptes de campagne.

J'ai dû me replonger dans les cours de sociologie politique de Pierre Albertini et de droit public de Patrice Gélard pour vous dire que nulle part à l'époque on ne parlait de l'influence du « néolibéralisme » sur le droit public français. 30 ans plus tard, le sujet semble incontournable et il était temps de le traiter.

Je ne disserterais pas sur les origines de l'expression car d'autres le feront mieux que moi ; mais, comme vous l'avez écrit dans votre appel à candidature, le néolibéralisme semble désormais revêtu d'une véritable portée normative qui semble bouleverser le droit français, sous la double influence du droit communautaire et des grandes organisations internationales. En droit public

¹ V. Bottini F. (dir.), *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, Paris, L'Harmattan 2014.

aucune discipline ne semble épargnée par ce phénomène. Et comme vous le précisez, ces transformations sont toutefois loin d'être achevées. L'un des objectifs de ce projet de recherche est ainsi de faire le bilan de la réalité de l'influence de la pensée néolibérale sur le droit public français et de s'interroger sur ses éventuelles limites. La réception de la pensée néolibérale tend-elle à supprimer la spécificité du droit public français par rapport au droit privé ou bien se fait-elle sous réserve d'adaptations destinées à préserver la particularité de l'action publique ? Voilà l'un des questionnements clés auquel ce projet entend répondre. Il ne me reste donc qu'à vous souhaiter un bon colloque, en espérant que ces 2 jours de travaux vous permettent de poser les bases d'une réflexion qui permettra à l'avenir de contribuer au rayonnement de la recherche normande !

1. LE NEOLIBERALISME, LA SOCIETE ET LE POUVOIR

LE NÉOLIBÉRALISME EXISTE-T-IL ?

Par
Patrice GÉLARD
Doyen honoraire
de la Faculté des Affaires internationales
de l'Université du Havre
Professeur émérite de l'Association
Internationale de droit constitutionnel

Mots clés : Néolibéralisme – Néolibéralismes.

Certes il y a le libéralisme qui s'opposait à la fin du XIXe siècle au conservatisme avant de fusionner avec lui face à la montée du socialisme ; le socialisme qui lui-même est devenu progressivement plus libéral, en se transformant en social-démocratie pour mieux s'identifier face à la montée des partis communistes.

En fait le libéralisme n'a jamais cessé d'exister et, s'il n'est pas « néo », il a constamment évolué face aux conservatismes et face aux dictatures ou aux autoritarismes. Le libéralisme est indissociable de l'idée de démocratie et il a toujours été le moteur de la transformation des sociétés.

Certes on peut lui reprocher beaucoup de choses ; mais alors il s'agit beaucoup plus du libéralisme économique que du libéralisme politique. C'est ainsi qu'il s'est fait le champion du libre échange contre le protectionnisme étatique et les critiques adressées à la mondialisation sont de même nature que celles qui jadis s'opposaient au libre échangisme, voire même à la construction européenne. Face aux dictatures « de gauche », il était normale et facile de leur

assimiler les autoritarismes « de droite » qui bafouaient les droits de l'homme sous couvert de la liberté d'entreprise.

Mais enfin il n'y aurait pas eu d'évolution des sociétés sans l'esprit de liberté. Les Révolutionnaires français l'avaient bien compris mais ils n'oubliaient pas les risques des excès de liberté en y ajoutant l'égalité et la fraternité comme s'il s'agissait des deux côtés d'une même médaille. Là est toute la difficulté du libéralisme et donc de la démocratie : comment harmonieusement concilier la liberté et l'égalité ? Quand l'une domine l'autre, il n'y a plus ni démocratie, ni libéralisme.

LE NEOLIBERALISME ET LES LUMIERES

Par
Mireille HEERS
Présidente du Tribunal administratif de Rouen

Mots clés : Néolibéralisme – Droits de l’Homme – Philosophie des Lumières –
Républicanisme – Libertés individuelles – Liberté politique.

Merci à Fabien Bottini de m’avoir invitée. Je suis toujours heureuse de voir le soleil se lever sur la mer du Havre et de revenir à la Faculté des Affaires internationales où nous sommes toujours très bien accueillis. Je garde un excellent souvenir d’un précédent colloque sur *Les évolutions des modes de financement de l’action publique* qui s’était tenu en 2012 et c’est très naturellement que j’ai donc accepté de participer à celui-ci. C’est l’occasion pour le chef de juridiction que je suis de quitter la pression du quotidien fait de l’afflux de requêtes à juger en 72h en provenance de Calais. C’est en effet désormais le lot de tous les tribunaux administratifs de France car tous sont désormais inondés, avec ce qu’il est convenu d’appeler la crise des migrants, de requêtes de cette nature avec tous les dossiers que vous pouvez imaginer à juger en 3 jours. Cela pose d’énormes contraintes de management, de disponibilité des magistrats etc. Mais, à la réflexion, cette situation n’est peut-être pas aussi éloignée du thème de nos débats d’aujourd’hui. Et c’est sans doute pourquoi d’autres praticiens du droit sont présents parmi nous. Je profite de les citer pour saluer Mme Danutė Jočienė qui nous vient de Lituanie et qui a siégé à la CEDH avant de siéger aujourd’hui à la Cour constitutionnelle lituanienne ; Maître Olivier Raymundie † et les membres du barreau du Havre que je vois dans le public ainsi que mon collègue, Monsieur Frédéric Advielle, le Président de la chambre régionale des comptes de Normandie, à qui il reviendra de présider la dernière séance du colloque.

Si nous sommes là, c’est tout simplement pour comprendre ce qu’est ce fameux néolibéralisme qui semble désormais accusé de tous les maux de notre société. Ce reproche est-il fondé ou s’agit-il d’un bouc émissaire ? Voilà la

question posée. C'est une question délicate. Aussi je me réjouis, autant que je sois habilitée à le faire, de ce programme qui permet de balayer dans une perspective d'ensemble différentes facettes du droit public et de la qualité des intervenants : je suis très honorée d'écouter un certain nombre de grands professeurs de droit public dont j'avais lu les écrits auparavant. C'est un grand privilège de pouvoir les entendre directement. Qu'il me soit juste permis avant de céder la parole aux premiers intervenants, de vous faire part de mon opinion sur la question que j'ai soulevée.

Monsieur Bottini s'est interrogé dans ses propos introductifs sur le point de savoir si le néolibéralisme ne nous faisait pas sortir de 500 ans d'histoire. Dès lors, en effet, que le républicanisme s'est fondé au XVI^e siècle sur la recherche constante d'un équilibre entre la liberté individuelle et la liberté politique – les fameux droits de l'Homme ET du citoyen de la Déclaration de 1789 –, la question peut se comprendre à partir du moment où le néolibéralisme tend à rompre cet équilibre. Il est en effet à l'origine d'une conception de la mondialisation qui tend, depuis les années 1970 au moins, à sacraliser les libertés-autonomie nécessaires au libre jeu du marché à l'échelle internationale au détriment de la liberté participation dont le cadre reste national : celle-ci semble se vider sa substance, dès lors que les États sont désormais enchâssés dans un grand marché mondial, sur lequel le pouvoir étatique semble avoir peu de prise. C'est certainement une façon de voir les choses.

Mais je me demande pour ma part si, à supposer qu'il se rattache à la pensée néolibérale, l'hyper individualisme de type consumériste à l'origine de la dissolution du lien social à laquelle on assiste aujourd'hui un peu partout en Occident, loin de constituer une rupture, n'est en réalité pas le résultat inévitable de l'héritage des Lumières : parce que finalement l'Homme avec un grand « H », c'est un quasi-dieu. S'il est le centre de lui-même et s'il est à l'origine de tout, on ne voit plus bien ce qui pourrait légitimement constituer un frein à sa volonté. De sorte que, au fond, les excès du néolibéralisme concrétisés par la confusion des pouvoirs politiques, médiatiques et économiques peuvent aussi être perçus comme l'aboutissement d'une conception de l'Homme héritée du XVI^e siècle, au même titre que les totalitarismes. Ce raisonnement me conduit donc en définitive à renverser la question : les dérives reprochées à la pensée néolibérale ne viennent-elles pas en réalité de ce que l'homme s'est érigé en quasi-dieu il y a de cela 500 ans ?

Le débat est désormais ouvert. Le lancer ne fait que conforter tout le plaisir que j'ai d'être parmi vous aujourd'hui et l'intérêt que j'éprouve pour ce sujet, dont les implications débordent, à n'en pas douter, les bancs de la Faculté de droit !

LA GENESE DU NEOLIBERALISME ET DE SON INFLUENCE SUR LE DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Par
Matthieu CARON
Maître de conférences en droit public
à l'Université de Valenciennes
PRAG de sciences économiques
EA 1384 – IDP

Mots clés : Néolibéralisme(s) – Droit constitutionnel – Constitution économique.

Nombreux sont les économistes qui voient dans l'adjectif « néo-libéral » une « catégorie polémique ou militante »⁴³ réduisant l'économie à l'ultralibéralisme ou au capitalisme et affaiblissant du même coup la crédibilité scientifique de la science économique qui prétend constituer un savoir ahistorique et apolitique.

Ce sont pourtant bien des économistes qui, pour l'essentiel, ont jeté les bases théoriques du néolibéralisme et œuvré à sa diffusion internationale à compter des années 1930. L'économiste Gaëtan Pirou a proposé ce terme pour la première fois en 1934⁴⁴ et trois moments d'histoire de la pensée économique ont cristallisé le néolibéralisme à l'époque : la tenue d'un colloque fondateur (le *Colloque Lippmann*, en 1938), la parution d'un ouvrage de référence (*La route de la servitude* de Friedrich Hayek, en 1944) et, enfin, la création d'une association internationale destinée à promouvoir les thèses du néolibéralisme (la *Société du Mont Pèlerin*, en 1947).

⁴³ Audier S., *Néo-libéralisme (s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset 2012, p. 10.

⁴⁴ Pirou G., « L'économie dirigée : expériences et plans », *Revue d'Économie politique*, 1934. 1404. V. également : Pirou G., *Néo-libéralisme, néo-corporatisme, néo-socialisme*, Paris, Gallimard 1939.

Le colloque Lippmann d'août 1938 peut être considéré comme « la constituante du néolibéralisme »⁴⁵. Au cours des années 1930, le keynésianisme, le communisme, le national-socialisme et le fascisme éclipsent le vieux libéralisme du XIX^e siècle. Ce dernier connaît alors une profonde crise de sens⁴⁶ qui appelle une riposte intellectuelle en vue d'assurer sa survie politique. C'est ainsi que vingt-six grands intellectuels et économistes du monde entier décident de se réunir du 26 au 30 août 1938 à Paris, pour analyser les causes du déclin libéral et réfléchir aux conditions de la reconstruction du libéralisme. Ces retrouvailles se font à l'occasion d'un colloque organisé en l'honneur du journaliste américain Walter Lippmann dont l'ouvrage, *The Good society*, paru en 1937 aux États-Unis⁴⁷, a connu une résonance internationale d'estime⁴⁸. Cet essai appelle à réincarner le libéralisme en lui donnant une dimension plus sociale et à inventer les conditions juridiques de l'émergence d'un État libéral⁴⁹. Ce nouvel *Agenda du libéralisme*, avancé par Lippmann, ne va pas faire l'unanimité au sein de la nouvelle mouvance libérale. En vérité, l'on peut dire, schématiquement, que deux lignes s'opposent dès 1938 : la ligne paléo-libérale (qui prêche la continuité avec le libéralisme laisser-fairiste manchestérien historique) et la ligne du libéralisme social (qui remet en cause l'idée d'un ordre naturel et prône le recours à un interventionnisme juridique pour protéger la liberté et garantir le progrès social). Si la ligne classique (incarnée plutôt par Mises, Rueff et Hayek) est minoritaire lors du colloque Lippmann face à la ligne progressiste (portée par Rougier, Lippmann, Aron et l'école ordolibérale allemande), au fil des colloques suivants, elle finira par s'imposer⁵⁰.

⁴⁵ Audier S., *op. cit.*, p. 154.

⁴⁶ Sur ce point, v. spéc. : « La Crise du libéralisme », in *L'avènement de la démocratie*, vol. 2, Paris, Gallimard 2007, p. 64 s.

⁴⁷ Traduit sous le titre *la Cité Libre* (Lippmann W., *La Cité libre*, Paris, Librairie de Médicis 1938).

⁴⁸ Denord F., « Aux origines du néo-libéralisme en France. Louis Rougier et le colloque Walter Lippmann de 1938 », *Le Mouvement Social* 2001-195, p. 9-34 ; Urbain Clave F., « Walter Lippmann et le néolibéralisme de la *Cité libre* », *Cahiers d'Économie politique* 2005-48. 79-110.

⁴⁹ Cette idée est relativement bien résumée dans le propos suivant : « dans une société libre, l'État n'administre pas les affaires des hommes. Il administre la justice entre les hommes qui mènent eux-mêmes leurs propres affaires » (Lippmann W., *op. cit.*, p. 318).

⁵⁰ Précisément, la ligne paléo-libérale va l'emporter sur la ligne interventionniste au terme de plusieurs ruptures, en particulier : les colloques d'Ostende (1957), de Kassel (1960) et de Turin (1961), la parution de *Capitalisme et liberté* de Friedman (1962), le meeting de Montreux (1972), la *nobélisation* de Friedrich Hayek (1974) puis de Milton Friedman (1976).

D'ailleurs, il n'est pas anodin que le deuxième acte fondateur du néolibéralisme soit la parution en 1944 de l'ouvrage de Friedrich Hayek, intitulé *La route de la servitude*. Hayek y défend l'idée que tout interventionnisme est un totalitarisme car « il n'y a pas de différence de nature entre hitlérisme et stalinisme et qu'il n'y a qu'une simple différence de degré entre la social-démocratie, le socialisme et le communisme »⁵¹, toutes ces idéologies ayant conduit les hommes sur la route de la servitude. En conséquence, il faut de nouveau emprunter le chemin du libéralisme, qui correspond à la nature profonde des individus, « même si cela signifie *reculer pour mieux sauter* ».

Fort du succès de son essai, Hayek va organiser en avril 1947, une conférence d'une dizaine de jours, rassemblant une quarantaine d'intellectuels libéraux du monde entier, dans le petit village Suisse du Mont Pèlerin. Ce rendez-vous est le troisième acte fondateur du néolibéralisme. Il donne naissance à une association internationale encore existante aujourd'hui, la *Société du Mont Pèlerin*, laquelle va constituer le lieu privilégié d'échanges annuels des grands penseurs libéraux de l'après-guerre et « la maison mère des *think-tanks* néolibéraux »⁵². Mais surtout, bien que ses membres s'en soient toujours défendus, dans la bataille des idées internationale, la Société du Mont Pèlerin va s'apparenter à un puissant et discret vecteur de sensibilisation des responsables politiques nationaux aux thèses néolibérales⁵³.

« La bataille des idées » : voici le cœur de la thématique de notre colloque. La question qui nous est posée aujourd'hui est bien celle de savoir en quel sens les idées néolibérales anglo-saxonnes ont pu pénétrer, travailler, recoder le droit public français, lequel s'est construit philosophiquement sur des valeurs, des concepts et des outils très éloignés des doctrines néolibérales.

Pour cela, il n'est pas inutile d'établir aujourd'hui pour nos travaux, en guise de préambule, une typologie des différents courants du néolibéralisme qui se sont succédé depuis les années 1930. Or, comme notre objet est le droit public, il est surtout intéressant de savoir si ces courants ont dégagé des théories concernant ce droit (I). Dans un second temps seulement, nous

⁵¹ V. Hayek F.-A., *La route de la servitude*, Paris, PUF 2010.

⁵² Audard C., *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Folio Essais 2009, p. 348. L'on pense ici notamment à l'influent laboratoire d'idées britannique : l'*Institute of Economics Affairs*, né en 1955.

⁵³ Sur la Société du Mont-Pèlerin et l'influence qu'elle a exercée, cf. spéc. : « Internationale libérale et Société du Mont Pèlerin : triomphe ou enterrement du "néo-libéralisme" », in AUDIER S., *op. cit.*, p. 191-398 ; Denord F., « Le prophète, le pèlerin et le missionnaire. La circulation internationale du libéralisme et ses acteurs », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, Le Seuil 2002, n° 145.

pourrons alors poser les grandes lignes de l'hypothèse de l'influence des théories néolibérales sur le droit public français (II).

I. LE DROIT PUBLIC DANS LES THEORIES NEOLIBERALES : ESSAI DE SYNTHESE

Il faut commencer par rappeler ici que, des années 1930 aux années 1970, le néolibéralisme connaît une véritable traversée du désert aussi bien dans l'espace scientifique que dans l'espace politique. En effet, pour dire les choses simplement, cette période historique est très fortement marquée par l'hégémonie du fordisme et des idées keynéso-beveridgiennes à l'Ouest, et, par la domination des idées communistes, à l'Est. Autrement dit, les thèses néolibérales vont être formulées à une époque où la puissance publique ne cesse d'élargir son emprise sur la vie économique et sociale et où les grandes universités occidentales sont acquises aux thèses keynésiennes tandis que celles du bloc de l'Est véhiculent les thèses marxistes-léninistes. En clair, *La route de la servitude* a gagné une bataille en 1944, mais ne commencera à gagner la guerre des idées qu'à partir des années 1970.

Durant cette traversée du désert, les néolibéraux préparent leur revanche idéologique en fourbissant leurs armes au sein des universités du monde libre, principalement au sein des facultés d'économie anglo-saxonnes, mais pas seulement.

Je vous propose ici de faire un état des lieux chronologique des différents courants de pensée du néolibéralisme et d'en profiter, par la même occasion, pour présenter **les grandes lignes** de chacun de ces courants sur le plan de l'analyse économique du droit public.

En fait, la première grande école de pensée néolibérale naît en Allemagne dans les **années 1930**. Il s'agit du courant ordolibéral qui voit le jour en 1932 à Fribourg-en-Brisgau en raison de la connivence intellectuelle qui réunit l'économiste Walter Eucken avec les juristes (privatistes), Franz Böhm et Hans Grossmann-Doerth⁵⁴. La grande idée de courant est qu'il faut constitutionnaliser l'économie et que la Constitution économique (*Die Wirtschaftsverfassung*) doit principalement contenir le principe de la libre concurrence pour empêcher la concentration du pouvoir économique⁵⁵. Le préfixe « ordo » vient d'ailleurs de l'idée qu'il faut imposer un cadre, qu'il faut

⁵⁴ V. spéc. : Eucken W., *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, Weltwirtschaftliches Archiv 1932.

⁵⁵ Les ordo-libéraux vont également imaginer les moyens de garantir la stabilité monétaire (Sur ce point, v. par ex. : « L'indépendance de la Banque centrale, principe de l'ordo-libéralisme » in *Droit public financier. Monnaies, Banques centrales, Dettes publiques*, Paris, PUF 2014, p. 576-579.

mettre de l' « ordre » dans l'économie grâce au droit constitutionnel. Ainsi l'on peut considérer que les ordolibéraux sont à l'origine de ce que l'on pourrait appeler : « le premier constitutionnalisme économique »⁵⁶.

Le néolibéralisme allemand ne doit pas être confondu avec le néolibéralisme autrichien de l'école de Vienne qui émerge dans les **années 1940**. Cette école autrichienne⁵⁷ se développe sous l'influence croisée de Ludwig von Mises et Friedrich von Hayek. Ludwig von Mises essaie de démontrer qu'un gouvernement socialiste est incapable de substituer efficacement ses calculs économiques à ceux des individus. En bonne logique, il s'oppose ainsi à l'interventionnisme étatique, à l'égalitarisme comme au syndicalisme. Sa pensée a une dimension libertarienne en ce qu'elle définit la liberté comme un absolu. C'est d'ailleurs autour de son plus grand disciple, l'économiste et philosophe américain Murray Rothbard que va se constituer aux États-Unis, dans les années 1960, un mouvement libertarien autonome⁵⁸ favorable au retour au droit naturel⁵⁹. Le libéralisme de Friedrich Hayek diffère de celui de ses amis libertariens sur un point essentiel : il n'est pas d'inspiration naturaliste mais évolutionniste. Pour Hayek, les règles juridiques les plus efficaces s'imposent au cours d'un processus de sélection historique car les hommes finissent toujours par comprendre quelles sont les meilleures règles pour garantir la liberté. Hayek remet ainsi en cause les idées d'ordre naturel (idée selon laquelle les lois de la société seraient des lois de la nature ou des lois divines) et d'ordre politique (idée selon laquelle la société serait seulement le produit de l'action humaine) pour leur préférer l'idée d' « ordre spontané ». L'ordre spontané est bien construit par l'homme mais de manière inconsciente. Tels sont par exemple les cas du marché ou de la monnaie dont aucun comité n'a jamais planifié la création mais qui ont été générés et mûris spontanément par l'histoire humaine. En conséquence, Hayek défend l'idée que le droit public (ou *thesis*), qui est un ordre fabriqué arbitrairement par les pouvoirs publics, est d'essence inférieure au droit privé (ou *Nomos*), qui constitue « le droit de la

⁵⁶ Sur ce néolibéralisme allemand, v. spéc. : Foucault M., *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France, 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil 2004, p. 77 s.

⁵⁷ Notons qu'il s'agit de l'école autrichienne de la seconde génération. L'école libérale autrichienne de la première génération est née dans les années 1870 sous l'égide de Carl Menger. Pour une présentation de cette école, v. par ex. : « L'école autrichienne à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle », in *Histoire du libéralisme en Europe*, Paris, PUF 2006, p. 1039-1046.

⁵⁸ Sur ce point, v. spéc. : *Id.*, p. 1283 s.

⁵⁹ Lepage H., « Le retour du droit naturel chez les libertariens », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1989-8. 167. Sur la conception néolibérale du droit des libertariens, v. par ailleurs : Valentin V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica 2002.

liberté » généré spontanément. Bien qu'élève de Kelsen, Hayek explique que la constitution ne doit pas être la source des sources du droit mais que le droit constitutionnel doit, au contraire, être soumis à l'ordre spontané du droit privé. Il précise par ailleurs que la démocratie n'est pas un bon système institutionnel car elle n'est pas compatible avec la liberté individuelle, la loi de la majorité écrasant la minorité. Ainsi, la constitution doit se limiter à encadrer le pouvoir tandis que la loi doit se contenter de poser des règles générales et abstraites. Dans le système hayékien, le soin de découvrir la loi revient au juge qui est confronté aux cas d'espèces qui lui sont soumis par les individus, la tradition anglaise de la *common law* étant donc plus protectrice des libertés que le modèle du droit romano-germanique⁶⁰.

Lorsque l'on évoque Friedrich Hayek, l'on pense immédiatement à l'autre grande figure libérale du XX^e siècle, à savoir : Milton Friedman. C'est tout spécialement sous son influence que se développe, au sein du département d'économie de l'Université de Chicago, le néolibéralisme anglo-saxon au cours des **années 1950**.

Milton Friedman va former le courant néolibéral du monétarisme qui entend démontrer que « l'inflation est toujours et partout un phénomène monétaire »⁶¹ et que les politiques monétaires keynésiennes de relance sont dangereuses car inflationnistes. Pour garantir la stabilité de la monnaie, il faut, non pas rendre les banques centrales indépendantes, mais introduire « un dispositif réglementaire destiné à contrôler le comportement de la masse monétaire »⁶². Dès 1948, Milton Friedman recommande en effet le recours à des règles de politique monétaire et l'inscription dans les constitutions nationales une règle d'équilibre des finances publiques⁶³. Ainsi le monétarisme friedmanien marque-t-il la naissance de ce que l'on pourrait dénommer « le second constitutionnalisme économique ».

En marge de l'école monétariste, l'Université de Chicago va également accueillir dans les **années 1950** un courant de pensée néolibéral qui intéresse tout particulièrement les juristes. Je fais référence ici au mouvement *Law and Economics* qui a vu le jour avec le programme de recherche d'analyse économique du droit lancé par Aaron Director en 1958 et qui a connu un véritable essor à partir des années 1970 avec les travaux de Richard Posner⁶⁴. L'Analyse économique du droit cherche à donner aux acteurs juridiques les

⁶⁰ Sur tous ces aspects, v. spéc. : Hayek F., *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF 2013.

⁶¹ Friedman M., *Inflation et systèmes monétaires*, Paris, Calmann-Lévy 1967.

⁶² *Id.*

⁶³ Sur ce point, v. : Friedman M., « A Monetary and Fiscal Framework for Economic Stability », *The American Economic Review*, 1948-3, vol. 38, p. 245-264.

⁶⁴ Sur ce point, v. spéc. : Lanneau R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ 2010.

moyens de rendre le droit plus rationnel, plus efficient, plus performant. En ce sens, elle vise à économiciser le droit, tout particulièrement le droit privé, qui est son objet d'étude privilégié. Or, elle s'est également intéressée au droit public. Richard Posner a par exemple souligné que la Constitution pouvait jouer un rôle déterminant dans le développement économique d'un pays en expliquant notamment que « la protection effective des droits fondamentaux de l'économie favorise la croissance économique »⁶⁵.

Un autre courant néolibéral va voir le jour au États-Unis dans les **années 1960**, au sein de l'Université de Virginie cette fois : il s'agit de l'école du *Public Choice* (ou *école des Choix Publics*). Cette école fonde la Nouvelle Économie politique (ou économie des Choix publics) visant à étendre les outils de l'analyse économique, non pas ici aux acteurs juridiques, mais aux acteurs politiques. Cette école cherche à démontrer l'illégitimité et l'inefficacité des décisions publiques, l'État étant incapable, selon ses auteurs, de promouvoir l'intérêt général⁶⁶. En clair, le *Public choice* cherche à déterminer dans quelle mesure il est possible de dégager des choix collectifs rationnels dans une démocratie. Selon les auteurs de ce courant, l'État devrait suivre les mêmes règles que le marché, en introduisant une gestion des ressources humaines de ses dirigeants et en valorisant les comportements des managers publics les plus productifs. C'est la naissance de ce que Christopher Hood qualifiera plus tard de « *New Public Management* »⁶⁷.

Si le *Public Choice* a théorisé l'impuissance et l'inconséquence de la politique dans les **années 1970**, les héritiers de Milton Friedman au sein du département d'économie de l'Université de Chicago, à commencer par Robert Lucas, vont en tirer toutes les conséquences sur les plans économique et juridique. Je fais référence ici au très influent courant de la Nouvelle École classique (la « NEC »). Paradoxalement, cette école néolibérale est relativement méconnue des juristes alors qu'elle a avancé trois propositions qui structurent le droit d'aujourd'hui. Premièrement, elle recommande de rendre un certain nombre d'institutions économiques indépendantes du pouvoir politique, en particulier les banques centrales. Deuxièmement, elle considère que la mise en œuvre de la politique économique doit être confiée à des techniciens de

⁶⁵ Posner R., *The Constitution as an Economic Document*, The George Washington Law Review, November 1987, vol. 56. Sur le débat sur l'influence de la Constitution sur l'économie, v. spéc. : Peyrelevade J., « La Constitution contre l'économie », *Commentaire*, vol. 36, n° 144, Hiver 2013-2014, p. 848. V. le débat qui s'en est suivi sur *France Culture* entre MM. Peyrelevade et Rousseau : « L'économie a-t-elle sa place dans la Constitution ? » 12.2.2014.

⁶⁶ Sur ce point, v. spéc. : Mueller D.-C. et a., *Choix publics. Analyse économique des décisions publiques*, de Boeck 2010.

⁶⁷ Hood C., « A Public Management for all Seasons ? », *Public Administration*, 1991-1, vol. 69, p. 3-19.

l'économie, qui sont plus crédibles que les hommes politiques aux yeux des agents économiques. Enfin, troisièmement, elle reprend l'idée friedmanienne de la supériorité des politiques de règles sur les politiques discrétionnaires⁶⁸. En somme, ce néo-monétarisme soutient que « le gouvernement par des règles » est préférable au « gouvernement par des choix »⁶⁹. Par exemple, c'est la conviction que pour éviter un dérapage des finances publiques, il est indiqué d'introduire une règle budgétaire dans la constitution pour contraindre les choix politiques des responsables politiques. Pour toutes ces raisons, l'on peut voir dans la nouvelle économie classique, le « troisième constitutionnalisme économique ».

Dernier courant du néolibéralisme anglo-saxon : le *Supply Side* (ou école de l'offre)⁷⁰, né entre la fin des années 1970 et le début des **années 1980**. Une personnalité incarne particulièrement ce courant qui entend réhabiliter le discours de l'offre : il s'agit d'Arthur Laffer. Ce dernier est connu pour sa célèbre courbe visant à expliquer que « trop d'impôt tue l'impôt » et précisément que « les hauts taux tuent les totaux », des impôts trop élevés décourageant les producteurs et les travailleurs. C'est la croyance qu'à partir d'un certain seuil, seul un allègement des taux d'imposition peut permettre à l'État d'augmenter ses recettes grâce à la stimulation qu'il exerce sur la production et le travail. Laffer écrit par exemple, pour justifier sa théorie : « si vous payez les gens pour ne pas travailler, et si vous les taxez quand ils travaillent, vous aboutissez à la situation actuelle. L'idéal n'est pas de rendre les riches pauvres, mais de rendre les pauvres riches »⁷¹.

Ces prolégomènes étant posés, nous pouvons en venir à la question qui nous anime : celle de la pénétration du droit public français par les idées néolibérales. Pour l'heure, je vous propose de confronter les théories que nous venons d'évoquer aux faits, c'est-à-dire à l'histoire du droit public français des dernières décennies. Compte tenu de l'ampleur du sujet, je me contenterai bien entendu de soulever des hypothèses que les contributions de nos deux journées d'études ne manqueront pas d'étayer ou d'infirmer.

⁶⁸ Sur tous ces aspects, v. notre article « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *RDP* 2016-2. 557.

⁶⁹ Fitoussi J.-P., *La règle et le choix. De la souveraineté économique en Europe*, Paris, Seuil 2002, p. 7.

⁷⁰ Canto V. et a., *Foundations of Supply-Side Economics. Theory and Evidence*, New York, Academic Press 1983.

⁷¹ Laffer A. et Seymour J., *The Economics of the Tax Revolt*, New York, Harcourt Brace Jovanovich 1979.

II. LA RECEPTION DES THEORIES NEOLIBERALES DANS LE DROIT PUBLIC FRANÇAIS : ESSAI D'HYPOTHESES

Dans les années 1970, un retournement idéologique se produit : le keynésianisme, incapable d'apporter des solutions à la crise économique est dépassé par le néolibéralisme, aussi bien sur les plans académique (nobélisation de Friedrich Hayek en 1974 et de Milton Friedman en 1976) qu'empirique (victoire des partis acquis à la cause néolibérale dans de nombreux pays).

L'on peut se demander si ce changement de paradigme ne va pas remettre en cause l'esprit même du droit public français. Historiquement, le droit public hexagonal a été fondé sur l'idée que la puissance publique était la garante de l'intérêt général ; or, tous les courants néolibéraux jugent que le marché est davantage capable que l'État de satisfaire le bien commun car il respecte plus efficacement et plus justement les préférences individuelles. En conséquence, dans l'approche néolibérale, le recours au droit privé voire l'abstention normative, doivent être privilégiés au droit public chaque fois que possible. De même, lorsque des normes de droit public doivent être prises, il ne doit s'agir que d'un cadre favorisant la libre concurrence et le libre-échange. En somme, l'État n'est toléré que s'il est au service du marché car le marché est lui-même au service de la société, d'où le glissement de la réglementation à la régulation et de la régulation à la gouvernance.

Sur cette hypothèse de la mutation paradigmatique du droit public français, beaucoup a déjà été écrit, en particulier par le professeur Chevallier, dans son ouvrage consacré à *l'État post-moderne*⁷² mais aussi par le professeur Vincent Valentin, dans sa thèse relative aux *conceptions néo-libérales du droit*⁷³.

Il me semble que notre colloque a précisément vocation à affermir ou infirmer l'hypothèse d'un droit public post-moderne façonné par le néolibéralisme. À la lecture du programme qui nous attend durant ces deux journées, l'on peut présupposer qu'aucune branche du droit public n'a échappé à l'influence du néolibéralisme. Il faudra néanmoins veiller à ne pas être trop excessif et unidimensionnel. Il y a probablement eu des résistances à la pénétration du néolibéralisme qu'il conviendra de mettre en lumière. En attendant, trois hypothèses semblent cependant déjà émerger assez naturellement.

Première hypothèse : l'on peut se demander si le néolibéralisme n'est pas en train de conduire à la soumission du droit constitutionnel au raisonnement économique.

⁷² Chevallier J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ 2008.

⁷³ Valentin V., *op. cit.*

En France, la littérature consacrée à la question de la *Constitution économique* s'est enrichie depuis quelques années⁷⁴. Pour nombre de ses commentateurs, l'affaire est entendue : l'économie serait désormais saisie par le droit constitutionnel. Il y a sûrement du vrai dans cette affirmation, d'autant que la constitutionnalisation des droits sociaux permet un subtil équilibre entre les droits-libertés et les droits-créances. Pour autant, à l'épreuve des faits, il s'avère que sur certains aspects, c'est peut-être davantage les idées et les faits économiques qui ont saisi la constitution que l'inverse. Prenons quelques exemples.

Premier exemple : l'idée de la nécessité d'une « constitution économique » s'est affirmée. Le concept ordolibéral de *Constitution économique*⁷⁵ a fait école. Il a trouvé sa réalisation concrète dans la *conventionnalisation* des politiques structurelles dans le droit primaire et dans le droit dérivé de l'Union, à l'image de la politique de la concurrence⁷⁶. Cette évolution n'a pas été sans incidence sur le droit constitutionnel national. Avec l'article 88-1 de sa constitution, la France a bien reconnu constitutionnellement sa participation à l'Union européenne et le transfert de compétences souveraines qui en résultait. Ce transfert de compétences vaut également pour les politiques monétaire et budgétaire dont le caractère discrétionnaire a été disqualifié pour leur préférer des politiques de règles.

Deuxième exemple : l'idée de la supériorité des politiques de règles s'est imposée. Chacun sait combien, lors de la mise en place de l'Union économique et monétaire, le néolibéralisme allemand a imposé l'idée de sacralité de la stabilité monétaire. Ce que l'on sait moins c'est que la politique monétaire réglementaire de l'Union européenne trouve surtout son inspiration dans les préconisations de Milton Friedman et de la Nouvelle macroéconomie classique. Comme les auteurs de l'Université de Chicago le recommandaient, les États ont bien abandonné leur souveraineté monétaire à une institution économique indépendante (la BCE), à des règles et à des techniciens. La politique budgétaire nationale n'est pas en reste ; elle est enserrée dans un

⁷⁴ En témoigne encore ce récent ouvrage : Martucci F. et Mongouachon C., *La Constitution économique. En hommage au professeur Guy Carcassonne*, Paris, La Mémoire du Droit 2015.

⁷⁵ Sur ce point, v. par ex : Debarge O. et a., *La Constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant 2008 ; de la Rosa S. et a. (Dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique : discours et réalités*, Bruxelles, Bruylant 2015.

⁷⁶ La politique de la concurrence de l'Union européenne semble de plus en plus épouser les thèses des auteurs de l'Université de Chicago depuis la fin des années 1990 (Sur ce point, v. Mongouachon C., « Ordolibéralisme versus néolibéralisme : De quelques antagonismes idéologiques, et de leurs conséquences pratiques en droit européen de la concurrence », in *Droit et marché*, Paris, LGDJ 2015, p. 21-44).

véritable corset réglementaire depuis le traité de Maastricht dont le fameux « critère des 3% » est devenu le symbole. En substance, disons qu'en matière de politique économique, les États membres ont le choix des politiques de règles aux dépens des politiques discrétionnaires⁷⁷. Si, pour le moment, la France n'a pas fait le choix d'introduire une règle d'or budgétaire dans le corps de sa constitution – alors que la Commission européenne⁷⁸ et le TSCG⁷⁹ l'y invitait –, rien n'indique qu'elle n'imitera pas, dans un avenir plus ou moins proche, l'Espagne ou l'Italie qui s'y sont résignées. Sur le plan monétaire, l'on peut « interpréter la ratification du traité de Maastricht comme un acte constituant »⁸⁰ ayant modifié « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁸¹. Si, c'est par le biais du formalisme législatif, – avec la loi n° 93-980 du 4 août 1993 –, que la France a reconnu l'indépendance de sa banque centrale, son insouveraineté monétaire a bien été inscrite dans une règle constitutionnelle, à savoir : l'article 88-1 de sa constitution. La loi du 4 août 1993 n'a fait qu'entériner et organiser techniquement cette politique de règles.

Troisième exemple : l'influence de la mondialisation néolibérale sur le droit constitutionnel. Le néolibéralisme a encouragé les États à ouvrir leurs frontières pour favoriser la libre circulation des biens, des services et des capitaux. Sans que nous ayons le temps de revenir en détail sur l'histoire de la seconde mondialisation apparue dans les années 1970, il faut bien comprendre qu'elle est d'abord et avant tout le résultat des choix politiques des gouvernants des pays industrialisés qui ont délibérément décidé d'ouvrir leurs marchés nationaux. En procédant ainsi, ils n'imaginaient sans doute pas à quel point l'apparition d'une « contrainte extérieure » fragiliserait la souveraineté des États-nations. La mondialisation a ébranlé les assises du droit constitutionnel qu'il s'agisse des fondations de l'État, de la nation, de la démocratie, de la séparation des pouvoirs ou de la souveraineté. Pour aller vite, l'on peut se demander si le pouvoir étatique n'a pas migré vers Bruxelles, Washington⁸², vers les firmes multinationales ou vers les grandes places boursières mondiales. Dans ce nouveau système, « la notion d'intérêt général » est reconfigurée : les intérêts du consommateur (mis au cœur du système de pensée ordolibéral) et de

⁷⁷ Sur toutes ces questions, v. notre article *préc.*

⁷⁸ Communication de la Commission européenne (2011), 821 Final du 23 novembre 2011.

⁷⁹ Cf. art. 3§2 du TSCG.

⁸⁰ Beaud O., *La puissance de l'État*, Paris, PUF 1994, p. 431.

⁸¹ CC n° 308 DC du 9.8.2012, R. 453.

⁸² L'on fait référence ici au *consensus de Washington* (Sur ce point, v. spéc. : Williamson J., « What Should the Bank Think about the Washington Consensus ? », *World Bank's World Development Report* 2000).

l'actionnaire mondialisés (défendus par la doctrine Friedman), les intérêts du « client roi et le roi boursier »⁸³, semblent primer l'intérêt du citoyen national⁸⁴.

Quatrième exemple : l'influence du néolibéralisme sur l'approfondissement de la démocratie constitutionnelle. Sur ce point, il faut rester prudent car les racines de cette dernière sont vraisemblablement antérieures au néolibéralisme⁸⁵. Or, « depuis une trentaine d'années on assiste à un retrait du politique au profit du juridique dans l'action publique (État de droit) »⁸⁶ coïncidant avec le développement du droit constitutionnel jurisprudentiel lequel s'inscrit « pour l'essentiel dans une perspective libérale qui privilégie la garantie des droits subjectifs par rapport à la démocratie politique »⁸⁷. Ici, les critiques hayékienne et libertarienne du droit politique ont peut-être fait école : la « déchirure » entre « justice et politique », pour reprendre les mots du professeur Mathieu, paraît bien consommée au point que « la distinction entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel » est devenue « l'axe majeur de la séparation des pouvoirs »⁸⁸. La lecture du dernier ouvrage du professeur Rousseau est très instructive pour mesurer combien le néolibéralisme a redessiné les contours de la démocratie autour de l'idée de justice constitutionnelle⁸⁹.

Deuxième hypothèse : l'on peut se demander si le néolibéralisme n'est pas également en train de conduire à la soumission du droit administratif au raisonnement économique. Sur cette question, je serai moins disert car de nombreuses interventions vont nous y ramener au cours de ces deux journées d'étude. Qui plus est, le professeur Chevallier a déjà largement fait la démonstration de « la reconfiguration des appareils d'État » et du droit étatique dans son ouvrage sur l'État post-moderne. De son côté, le récent ouvrage du professeur Caillosse a bien établi le constat de la « surdétermination économique du droit administratif »⁹⁰ et mis en exergue les trois « figures de l'État moderniste » qui en résultent : l'État territorialisé, l'État contrôlé et l'État managérialisé. Les manifestations en sont multiples : transformation du service

⁸³ Lipovestky G., *Le bonheur paradoxal. Essai sur la société d'hyperconsommation*, Paris, Gallimard 2006.

⁸⁴ Sur ce point, v. Chevallier J., *op. cit.*, p. 223-235.

⁸⁵ Sur ce point, v. spéc. : Saint-Bonnet F., « La double genèse de la justice constitutionnelle en France », *RDP* 2007. 753 ; Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Paris, Fontemoing 1927, p. 761 ; Heuschling L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz 2002, p. 377.

⁸⁶ *Id.*, p. 236.

⁸⁷ Avril P., *Les Conventions de la Constitution*, Paris, PUF 1995, p. 4.

⁸⁸ Mathieu B., *Justice et politique : la déchirure ?*, Paris, LGDJ 2015, p. 7.

⁸⁹ V. Rousseau D., *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil 2015.

⁹⁰ Caillosse J., *L'État du droit administratif*, Paris, LGDJ 2015, p. 53.

public à la française en SIEG, encadrement étroit des aides publiques par le droit de l'Union, préférence pour le droit des politiques publiques aux dépens du droit administratif, privatisation de l'État social, irruption du nouveau management public dans la gestion des hôpitaux⁹¹, privatisation des services publics locaux (ou « passage du socialisme municipal au néolibéralisme municipal ? »)⁹², démembrement du droit de la fonction publique, révision générale des politiques publiques hier, modernisation de l'action publique aujourd'hui, etc. De toute évidence, au regard de ce dernier exemple, la néolibéralisation du droit administratif va de pair avec celle du droit public financier.

Troisième hypothèse : l'on peut se demander si le néolibéralisme n'est pas en train de conduire à la soumission du droit public financier au raisonnement économique. Au plan de la gestion publique, la LOLF, comme la RGPP et la MAP induisent un basculement vers le paradigme néolibéral. L'on retrouve ici la main bien visible du *Public Choice* et des thèses du *New Public management*. Au plan fiscal, dans un contexte de dumping international, les thèses du *Supply Side* séduisent et sapent les fondements philosophiques de l'impôt⁹³. Le recours aux politiques d'offre a globalement été favorisé ces dernières décennies, les pouvoirs publics agissant à la baisse sur les impôts. Si les prélèvements obligatoires ont ré-augmenté consécutivement à la crise économique, ils avaient beaucoup baissé entre 2000 et 2010⁹⁴. Cela a induit un manque à gagner de plusieurs dizaines de milliards d'euros chaque année pour le budget de l'État. Au plan de la politique budgétaire, comme nous l'avons déjà souligné, l'endoctrinement néolibéral fait peu de doute. Le discours néolibéral a achevé de convaincre une grande partie des citoyens qu'il n'y avait d'autre alternative que les politiques de rigueur budgétaire pour solutionner le problème de la dette publique⁹⁵. D'ailleurs, les politiques de relance budgétaire, compte tenu des engagements européens, sont neutralisées tandis que la monétisation *ex ante* de la dette reste interdite. En définitive, les logiques comptable et financière priment désormais les logiques politique et économique.

⁹¹ Sur ce point, v. spéc. : Saison-Demars J., « La nouvelle gouvernance hospitalière : bilan et perspectives », in *Mél. J.-M Clément*, Bordeaux, LEH 2014.

⁹² Sur ce point, v. Cossalter P. et du Marais B., *La private finance initiative*, Institut de la gestion déléguée mars 2001.

⁹³ Sur ces fondements, v. Rosa A., *Solidarité et impôt. Recherche sur les fondements de l'impôt moderne*, Paris, Dalloz 2015 ; Leroy M., « Le discours antifiscal à l'épreuve de la sociologie fiscale », *RFFP* 2014-128. 241.

⁹⁴ Sur ce point, v. « Rapport d'information de M. G. Carrez », *Doc. AN n° 2639* du 30.6.2010 ; Cour des Comptes, *Rapport public annuel*, Paris, DF 2011, p. 39-117.

⁹⁵ Sur ce point, v. notre article « Dettes souveraines européennes : il n'y a pas d'alternative ? », *RFFP* 2012-117. 281-288.

* *
*

Dans sa thèse de doctorat, le professeur Valentin juge que, sous l'influence du néolibéralisme, « on a plus assisté à une transformation qu'à un recul de l'État ». Il est vrai que la tradition de l'État social reste forte en France, comme en atteste notamment le taux de dépenses publiques en pourcentage du PIB (57% en 2014). Il est vrai par ailleurs qu'il ne faut pas négliger la capacité de résistance et de résilience du droit public face au néolibéralisme. Pour autant, c'est l'esprit du temps qui a changé ; une révolution culturelle s'est produite. Précisément, le néolibéralisme a armé une contre-révolution culturelle qui participe d'un mouvement d'économicisation du droit public français, dont on ne sait pas très bien où il conduit sinon à la dilution partielle de la culture du droit public français dans la culture anglo-saxonne. S'il existait jusqu'alors une grande variété de capitalismes comme l'a démontré par exemple Bruno Amable⁹⁶, l'on peut se demander si nous ne sommes pas engagés dans l'américanisation du capitalisme européen quand bien même le droit public n'a pas totalement abdiqué sa singularité. S'il n'appartient sans doute pas au chercheur de déterminer si cette évolution est bonne ou mauvaise, il lui revient certainement d'en mesurer la réalité et la porter pour que les gouvernants et les gouvernés puissent en prendre conscience.

⁹⁶ B. AMABLE, *Les Cinq Capitalismes. Diversité des systèmes économiques et sociaux dans la mondialisation*, Seuil, 2015.

LE NEO-LIBERALISME INSTRUMENT DU POUVOIR OLIGARCHIQUE CONTRE LA DEMOCRATIE : LE CAS DE LA FRANCE

Par
Jacques BOUVERESSE
Professeur émérite d'histoire du droit
de l'Université de Rouen

Mots clés : Néolibéralisme – Démocratie.

Néo-libéralisme : l'expression est née dans les années 1930, à l'époque de la Grande Dépression qui suivit le krach de 1929. Le socialisme, le dirigisme, le keynésianisme sont à l'offensive. Le libéralisme économique est fortement contesté. Ses tenants les plus déterminés entendent cependant le défendre en actualisant ses postulats. C'est ce que fait un influent journaliste américain, Walter Lippmann, dans un essai intitulé *La Cité libre*¹.

L'originalité de l'ouvrage tient au rôle qu'il attribue à l'État. Celui-ci doit instituer le marché et les règles de son fonctionnement. Pour Walter Lippmann le marché est une construction historique, qui n'existe que parce qu'un cadre politique le permet. Dès lors, ce que le législateur a construit peut être défait, et l'État doit imposer la concurrence si elle ne fonctionne pas d'elle-même. Ce livre va fournir au publiciste français, Louis Rougier, l'occasion d'organiser, du 26 au 30 août 1938, un colloque à l'Institut international de Coopération intellectuelle, connu précisément sous le nom de Colloque Walter Lippmann².

¹ Paris, éd. de Médicis 1938.

² Les actes du Colloque Walter Lippmann ont été publiés. Voir CIRL, *Compte rendu des séances du Colloque Walter Lippmann, 26-30 août 1938*, Paris, éd. de Médicis 1939 ; Pirou G., *Néo-libéralisme, néo-corporatisme, néo-socialisme*, Paris, Gallimard 1939. Gaétan Pirou est le premier auteur à avoir analysé les débats du Colloque Lippmann ; Audier S., « Le Colloque Lippmann ou la face cachée du "néo-libéralisme" », in *Aux origines du néo-libéralisme*, Latresnes, Le Bord de l'eau

On y prônait une forme de libéralisme modéré, assez proche des idées de Keynes, acceptant une part d'intervention de l'État, et dont on pouvait trouver un équivalent pratique dans les mesures prises aux États-Unis par les promoteurs du *New Deal*³.

Tout change après la Seconde Guerre mondiale. Le néo-libéralisme prend une toute autre direction, et devient synonyme d'ultra ou même d'hyperlibéralisme. La charge contre l'intervention de l'État est d'abord menée par Friedrich Hayek. Il définit la société et le marché comme des « ordres spontanés » nés de l'action humaine. Dans *La Route de la servitude*⁴, il affirme que toute forme d'intervention de l'État dans l'économie, en particulier pour établir une inaccessible justice sociale, ne peut mener qu'à des résultats contraires à ceux espérés. De son côté, Milton Friedman est à l'origine de la création de la Société du Mont-Pèlerin, destinée à promouvoir les idées libérales. Friedman en assure aussi la défense dans un ouvrage, *Capitalisme et Liberté*, paru en 1962. Principal théoricien du monétarisme, il met au premier rang de ses préoccupations la lutte contre l'inflation plutôt que la lutte contre le chômage. Apôtre infatigable du marché et du laissez-faire dans tous les domaines de l'activité économique, Friedman oppose à l'interventionnisme keynésien, le désengagement de l'État, la privatisation et la déréglementation, l'affaiblissement du pouvoir syndical et plus généralement des contraintes qui pèsent sur le marché du travail, telles que l'assurance-chômage et le salaire minimum. Cette doctrine inspirera, dans les années 1980, Margaret Thatcher au Royaume-Uni et Ronald Reagan aux États-Unis.

De l'entre-deux-guerres à nos jours, la définition et les propositions néo-libérales ont donc beaucoup varié ; en fonction des temps et des circonstances, le terme néo-libéralisme a emprunté des sens différents et pris une tournure polysémique⁵. Il paraît désormais désigner un ensemble d'analyses établies sur un socle d'idées communes :

2008 ; et « Penser le “néo-libéralisme” », in *Aux origines du néo-libéralisme*, Latresnes, Le Bord de l'eau 2012.

³ Ainsi, Michel Margairaz emploie le terme « néo-libéralisme » pour désigner dans la France des années 1930 ceux qui « estiment que l'économie libérale (...) a fait faillite, et (qui) se montrent soucieux de sauver du capitalisme ce qui peut encore l'être » (in *L'État, les finances et l'économie. L'histoire d'une conversion 1932-1952*, vol. I, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France 1991).

⁴ Publiée en français aux éd. de Médicis en 1946.

⁵ L'histoire du néo-libéralisme est riche d'innombrables publications. En langue française, et par ordre chronologique, on peut citer : Pirou G., « Aspects nouveaux des doctrines sociales », *Nouveaux Cahiers* 1^{er}.12.1939 ; Rougier L., *Les Mystiques économiques*, Paris, éd. de Médicis 1938 ; Vallon L., « Offensive du néo-libéralisme », *Syndicats* 4.1.1939 ; Röpke W., *Explication économique du monde moderne*, trad. P. Bastier, Paris, Librairie de Médicis 1948 ; Cros J., *Le Néo-*

- La dénonciation de l'extension excessive de l'État-Providence dans les pays développés, après 1945, et de l'accroissement des interventions publiques dans l'économie ; le secteur public doit progressivement disparaître au profit du secteur privé ;

- La promotion de l'économie de marché au nom de la liberté de l'individu et de l'efficacité économique ; les marchés se réguleront eux-mêmes par le jeu de la concurrence ;

- Surtout, le point véritablement nouveau est l'affirmation de la soumission entière de la politique à l'économie ; là est le véritable apport du néo-libéralisme face au libéralisme classique : porté par les vents favorables de la mondialisation et de l'individualisme radical qu'il a appelés de tous ses vœux, le néo-libéralisme colonise les esprits, impose son modèle et ses certitudes ; dissimulée derrière les replis d'un discours à prétention scientifique, une oligarchie de riches et de puissants dresse partout, contre la loi du nombre et la légitimité démocratique, une autre légitimité fondée sur la connaissance et le respect des lois économiques.

I. UN OBJECTIF VRAIMENT « POLITIQUE » : ASSEOIR PARTOUT LE POUVOIR DE L'OLIGARCHIE

libéralisme, étude positive et critique, Paris, Librairie de Médecis 1951 ; Lepage H., *Demain le capitalisme*, Paris, Librairie générale française 1978 ; Lecoq T., « Louis Rougier et le néo-libéralisme de l'entre-deux-guerres », *Revue de Synthèse*, avril-juin 1989 ; Théret B., « Rhétorique économique et action publique. Le néo-libéralisme comme fracture entre l'économique et le social », in *L'engagement politique. Déclin ou mutation ?*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques 1994 ; Bourdieu P., « L'essence du néo-libéralisme », *Le Monde diplomatique* mars 1998 ; Passet R., *L'Illusion néo-libérale*, Paris, Flammarion 2001 ; Denord F., « Aux origines du néo-libéralisme en France : Louis Rougier et le colloque Walter Lippmann de 1938 », *Le Mouvement social* 2001-195 ; Valentin V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica 2002 ; Foucault M., *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard/Seuil 2004 ; Laurent A., *Le Libéralisme américain, histoire d'un détournement*, Paris, Les Belles Lettres 2006 ; Laval C., *L'Homme économique, essai sur les racines du néo-libéralisme*, Paris, Gallimard 2007 ; Denord F., *Néo-libéralisme version française, histoire d'une idéologie politique*, Paris, Demopolis 2007 ; Dardot P. et Laval C., *La Nouvelle Raison du monde, essai sur la société néo-libérale*, Paris, éd. La Découverte 2009 ; Dostaler G., « Du libéralisme au néo-libéralisme », *Idéologies, le retour de flamme, Grands Dossiers* 2009-14 ; Audier S., *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset 2012 ; Audier S., « Le néo-libéralisme : unité, diversité, divergences », *La Vie des idées* 4 juillet 2012 ; Magnan de Bornier J., « Regards croisés sur l'histoire du néo-libéralisme », *La Vie des idées* 19 juin 2013.

Dans cette entreprise, le néo-libéralisme offre à la domination de l'oligarchie, un principe de légitimité accrédité comme incontestable.

A. LES LOIS DU MARCHE PLUS FORTES QUE LA VOLONTE DEMOCRATIQUE

Dès la deuxième moitié du XVIII^e siècle, les auteurs libéraux, et d'abord Adam Smith, avaient posé l'existence de lois censées gouverner l'économie, donc l'existence d'une véritable science économique. Ils affirmaient que le comportement des hommes dans leurs activités économiques conduit, en tous lieux et à tous moments, à certaines conséquences dont il est impossible de modifier le cours. Les principes économiques sont des vérités que les hommes ont su dégager de l'expérience. Il ne faut s'attacher qu'à quelques-uns d'entre eux car, comme le disait Jean-Baptiste Say, « les vrais principes sont rares, comme les amis véritables ». Au premier rang de ces principes, on trouve la concurrence. « Le ressort humain doit toujours être tendu. C'est la concurrence qui le tend. Sans concurrence, il n'y a ni industrie, ni civilisation, ni progrès et sans liberté du travail, il n'y a pas de concurrence »⁶.

Le marché est, dès la fin du XVIII^e siècle, installé en arbitre inflexible. Cependant, au moins jusqu'au milieu du XX^e siècle, la politique, dans le cadre de l'État-nation, qui monte en puissance, conserve son autonomie et sa suprématie. Contre les forces qui veulent fonder la légitimité du pouvoir sur des principes extérieurs à la volonté sociale – le droit divin, la sagesse, l'argent, la science économique – la démocratie s'impose peu à peu comme source exclusive de légitimité des gouvernements. Avec une ardeur renouvelée, les néo-libéraux, empruntant la voie de leurs prédécesseurs, vont bientôt s'en prendre à l'illusion entretenue chez les citoyens par la démocratie, et plus largement par la politique, d'avoir à faire et d'avoir la possibilité de faire de véritables choix. C'est Hayek qui nous le dit : le marché n'est pas simplement la main invisible qui fait pour le mieux sans que personne ne l'ait voulu ; au fond, il n'y a pas de main ; il n'y a donc personne que les individus puissent rendre responsable de leur sort. Les acteurs de la vie économiques sont amenés à accepter ce qui leur arrive quoiqu'il arrive. Le marché fournit donc un principe très efficace de limitation du pouvoir, parce qu'il constitue une instance de régulation qui échappe à la prise des différents agents. Le marché

⁶ Say L., « Le Socialisme d'État », *Journal des économistes* Novembre 1894, p. 161-186.

dépossède le pouvoir politique. Le gouvernement disparaît car les individus, et les pouvoirs eux-mêmes, sont pris dans le déterminisme général⁷.

L'impératif moral qui, en principe, inspirait l'action politique, est devenu superfétatoire. Le marché, en réconciliant l'intérêt particulier et l'intérêt général, en les confondant dans une nouvelle dynamique de l'histoire, résout le problème que les hommes de 1789 n'avaient pu épuiser. L'ordre et le bien de la société peuvent émerger d'eux-mêmes, sans que personne n'ait à les vouloir et à les imposer. Dans la conception libérale, la société fonctionne de manière automatique. Le libéralisme se situe donc résolument hors du champ de la morale. Le principe du libéralisme, c'est que la société moderne ne fonctionne pas à la vertu au sens de Montesquieu, c'est-à-dire à la préférence constante accordée à l'intérêt général sur l'intérêt particulier. L'idée du libéralisme c'est que la société peut être organisée sans que les individus aient à donner la préférence à l'intérêt public sur leurs intérêts propres.

A la fin du XX^e siècle, les pouvoirs publics prennent la forme d'un gouvernement économique situé au-dessus et en dehors de la politique ; et les lois économiques dont ce gouvernement prétend détenir le secret et qu'il entend mettre en œuvre à n'importe quel prix conduisent à la formation d'un déterminisme sans faille et à la soumission sans recours de la société à l'ordre inéluctable des choses. Ainsi le marché se réclame d'une nouvelle légitimité, d'un nouveau sens de l'histoire, d'une nécessité supérieure, d'un principe qui transcende les volontés particulières, inaccessibles, comme le droit divin, à la prise des citoyens. Cette nouvelle légitimité évince donc la démocratie ; en s'appuyant sur la « science », elle conforte le pouvoir des oligarchies.

Les illusions du scientisme ont été dénoncées de longue date. On a fait valoir que la science économique néo-libérale, alimentée par un arsenal statistique qui, par définition, n'est valable qu'à un moment donné et utilise des techniques mathématiques de plus en plus complexes, cette science donc résonne dans un environnement de pur formalisme, quelque peu désincarné⁸, qui exclut les dimensions sociales, culturelles, historiques de l'activité économique, donc l'irréductible liberté humaine, par définition spontanée et imprévisible dans ses mouvements et dans sa direction.

De cette théorie tutélaire, fiction mathématique formalisée par le dogme walrasien⁹, découlent selon Pierre Bourdieu¹⁰ tous les manques et tous les

⁷ V. Manin B., « F. A. Hayek et la question du Libéralisme », *Revue Française de Science Politique* février 1983, p. 41-64 ; et « Le Libéralisme Radical de F. A. Hayek », in *Problèmes Économiques*, Paris, DF 1983.

⁸ V. Lehmann P. J., *Le capitalisme a-t-il encore un avenir ?*, Paris, Ellipses 2012, p. 104.

⁹ Par référence à A. Walras (1800-1866), économiste français, auteur de *De la nature de la richesse et de l'origine de la valeur*, 1848 ; il fut l'un des premiers à tenter d'appliquer les mathématiques à l'étude économique.

manquements de la discipline économique, et l'obstination fatale avec laquelle elle s'accroche à l'opposition arbitraire qu'elle fait exister, entre la logique proprement économique, fondée sur la concurrence et sur la recherche d'efficacité, et la logique sociale, soumise à la règle de l'équité.

Les économistes, séparés par toute leur existence et, surtout, par toute leur formation intellectuelle, le plus souvent purement abstraite, livresque et théorique, du monde économique et social tel qu'il est, sont particulièrement enclins à habiller et à nourrir l'utopie néo-libérale de raisonnements mathématiques. D'ailleurs les dominants ont les moyens de faire advenir cette utopie, donc de la rendre crédible, en orientant l'ensemble des décisions économiques, et en soumettant le monde du travail, jusqu'aux niveaux les plus élevés de l'encadrement, aux contraintes de la précarisation de l'emploi.

Les dominants ne céderont pas d'eux-mêmes. Le néo-libéralisme consacre leur absolue suprématie en se présentant comme la description scientifique du réel. Mais surtout, contre la loi de la majorité qui prévaut en démocratie, il légitime le pouvoir politique d'une oligarchie, par le recours à des lois scientifiques intransgressibles, que seule une minorité gouvernée par la raison connaît.

Le règne de la volonté générale est maintenant considéré comme une illusion. Nul ne saurait s'opposer aux diktats de la science économique. Ainsi légitimées, les oligarchies vont résolument soutenir l'entreprise économique, mais surtout politique de la mondialisation qui vise à rien de moins qu'à la destruction de l'État-nation, donc à la disparition du cadre d'expression de la citoyenneté.

B. LA CITE NOYEE DANS L'ESPACE-MONDE

S'il encourage de toutes les façons la mondialisation, le néo-libéralisme ne l'a pas fait naître. On peut affirmer que la mondialisation, cette « *économie-monde* » chère à Fernand Braudel, date de cinq siècles déjà. C'est alors que l'Europe s'est lancée à la découverte du monde et a entrepris de le structurer à son profit. Le mouvement s'accélère au XIX^e siècle. Tout se fabrique, se transforme, s'échange sur un marché mondial rétréci par la révolution des transports, du chemin de fer, du téléphone, du navire à vapeur, du télégraphe, de la presse, enfin de l'automobile. Tout se rapproche. Un auteur comme Gustave Le Bon fait déjà, au début du XX^e siècle, un constat qui pourrait être repris presque mot pour mot aujourd'hui : « Les peuples tendent de plus en plus à être régis par des nécessités générales et non par des volontés particulières. L'action des gouvernements tend donc à devenir de plus en plus faible et

¹⁰ in « L'essence du néo-libéralisme », *op.cit.*

incertaine »¹¹. Ainsi, en reprenant la définition de Braudel, on est passé d'un capitalisme-ville à un capitalisme-monde par l'intermédiaire d'un capitalisme-nation. Ce capitalisme-monde reçut du commerce sa première impulsion. A notre époque, le commerce mondial a connu et connaît un développement considérable grâce à des accords régionaux et à des unions douanières comme le Marché commun ou encore grâce à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) entré en vigueur en 1994 entre le Canada, les États-Unis et le Mexique ; grâce également aux efforts d'organismes internationaux comme le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) signé en 1947 et transformé en 1994 en Organisation mondiale du Commerce (OMC). Les conditions qui favorisent l'essor des échanges ont été définies : clause de la nation la plus favorisée, abolition des droits de douane, interdiction du dumping, transparence des relations bilatérales.

Mais désormais la mondialisation n'est plus seulement commerciale, elle est devenue générale. Elle englobe la production industrielle, puis, après la chute du mur de Berlin et la conversion des BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud) et de bien d'autres pays à l'économie de marché, les relations financières. Les entreprises ont aujourd'hui des stratégies internationales globales (commerciales, industrielles, techniques, financières, organisationnelles) qui conduisent à la formation d'oligopoles mondiaux. De plus, tous les marchés financiers internationaux sont intégrés.

On assiste également à l'ouverture à la concurrence de marchés, comme la santé, l'éducation et les services sociaux. Ces secteurs étaient autrefois de la compétence des États. Ainsi, le capitalisme s'étend à tous les domaines de la vie humaine. Certains publicistes, hostiles à ce développement du capitalisme, utilisent l'expression négative de « marchandisation du monde ».

La déterritorialisation permet aux firmes transnationales de s'affranchir des lois de l'État-nation, de prendre celui-ci à revers, de le soumettre aux lois de l'État mondial du capital. Résister, c'est s'exposer à subir la sanction des marchés, de ces marchés dont les lois sans auteur soustraient efficacement les entreprises aux contraintes politiques que se donnent les sociétés humaines.

En dernière analyse, les politiques de libre échange mondialiste se fondent dans leur principe sur la très célèbre théorie des coûts comparés présentée par Ricardo en 1817 dans son ouvrage *On the Principles of Political Economy*. En fait, le modèle examiné par la théorie des coûts comparés repose sur une hypothèse essentielle : la structure des coûts comparatifs (c'est-à-dire des fonctions de production) reste invariable au cours du temps. Or, chaque pays aspire à rendre ses industries plus efficaces. Il résulte de là que la disparition de certaines activités dans un pays développé pourra se révéler demain

¹¹ Le Bon G., *Psychologie du Socialisme*, Paris, Les amis de Gustave Le Bon 1977, p. 234-235.

fondamentalement désavantageuse, dès lors que les bénéfices relatifs obtenus en compensation auront disparu. Il faudra alors rétablir les activités délocalisées, mais dans l'intervalle le savoir-faire, aura été perdu. La théorie de Ricardo ne vaut donc que dans le cas d'un régime permanent. Elle n'est plus valable dans le cadre d'un régime dynamique, où les fonctions de production et les salaires évoluent sans cesse, où les capitaux peuvent se déplacer librement, et où les industries peuvent être délocalisées¹².

C. UN INDIVIDU DESOCIALISE

Le néo-libéralisme épouse une conception radicale de l'individualisme, coupé de toute référence à une règle morale ou comportementale et désormais privé de l'appui d'une activité citoyenne.

Dans les faits, deux conceptions inconciliables de l'individualisme s'opposent, et cette opposition est souvent source de confusion. La première conception de l'individualisme remonte à la Révolution. Le sens politique de la Déclaration des Droits de l'Homme n'est pas douteux : elle assigne des limites au pouvoir de l'État, et se présente comme une défense de la liberté des individus. Le préambule précise d'ailleurs que les actes du gouvernement doivent pouvoir, à chaque instant, « être (...) comparés avec le but de toute institution politique ». Mais il n'en est pas moins vrai que ces droits ne sont pas des privilèges dont chacun pourrait, à son gré, user et abuser. L'exacerbation de l'individualisme est une déviation, une corruption des droits de l'homme. Ceux-ci permettent de sortir de soi, de dépasser l'égoïsme pour envisager le Bien commun, d'examiner des fins qui ne sont pas uniquement celles de l'intérêt particulier. La Révolution se veut morale, elle est une morale en action.

Cet impératif de moralité réclame que les hommes vivant en société s'imposent des devoirs. La Déclaration, dans son préambule, se propose effectivement de rappeler sans cesse aux membres du corps social « leurs droits et leurs devoirs ». Intériorisés par la conscience collective, les devoirs n'ont pas besoin d'être détaillés. Les respecter, c'est illustrer cette vertu dont Montesquieu faisait le principe de la démocratie, dont Robespierre prétend inaugurer le règne, et qui résume tout l'idéal d'un peuple épris d'honnêteté et pétri de bonne volonté. Sans la vertu, la démocratie se liquéfie en démagogie, la citoyenneté se désagrège. Il faut donc stimuler les vertus publiques et privées. D'abord et surtout par le travail. Est un bon citoyen, celui qui s'efforce, par son labeur, de gagner son pain et celui des siens, en contribuant à la prospérité générale. Il y a dans la Révolution un véritable culte du travail. La propriété, que la Déclaration place au cœur du dispositif des droits de l'homme, ne se justifie au fond que par le travail.

¹² Ces arguments sont développés par M. Allais in *Le Figaro* 28.6.1996.

La Révolution veut donc subordonner les intérêts individuels à un intérêt général qui s'épanouit dans la vie publique, dans l'espace politique ou civique. Pour éviter la dilution, la désagrégation des droits de l'homme dans l'individualisme radical, dans l'égoïsme sans ouverture, il faut que dans l'état social, les droits de l'homme deviennent ceux du citoyen. Les droits de l'homme n'ont en effet de juridicité qu'en s'affirmant, par la médiation de la loi, comme droits du citoyen. En définitive, ils n'ont de sens et d'existence qu'au sein d'une association politique fondée sur la souveraineté du peuple ; car les hommes ne peuvent s'assujettir qu'à un pouvoir qui émane d'eux, qui n'est pas extérieur à eux.

L'individualisme révolutionnaire, à la mode de 1789, est donc bien différent de l'individualisme hédoniste qui a embrasé les campus universitaires dans les années 1960, et pour lequel J.-F. Revel a manifesté une profonde sympathie dans son livre *Ni Marx ni Jésus*, paru en 1972. Relayé par le néo-libéralisme, qui s'oppose à toutes les structures collectives capables de faire obstacle à la logique du marché, l'individualisme radical ne reconnaît que des hommes isolés, enfermés dans leur fonction de production-consommation. C'est l'avènement de la société de consommation, au cours du XX^e siècle occidental, qui a permis l'émergence de l'individu doté d'un pouvoir monétaire, et donc en situation de s'affranchir de son groupe d'appartenance. Dans les sociétés traditionnelles, étrangères à ce que nous appelons le développement, on n'a rien, et donc on partage tout. Mais dès lors qu'on a quelque chose, on ne veut plus rien partager avec les autres. Appuyé sur cette nouvelle situation, le néo-libéralisme a pu entreprendre la destruction méthodique des réalités collectives, la nation, l'État, la religion, la famille. L'affaire a été menée systématiquement. Le démantèlement du patriarcat, du patriotisme, des frontières, a donné au marché une aire de domination sans limites. Tout, même le plus sacré, est devenu objet de dérision, de déconstruction, et de destruction. Tout sera désormais désacralisé, tout sera transformé en objet de consommation. Nous voilà tous baignés, comme l'avait annoncé Marx, dans « les eaux glacées du calcul égoïste ». Ce mouvement paraît aujourd'hui irrésistible. Les thèses des théoriciens de la « déconstruction », Deleuze, Guattari, Lacan et Foucault, sont désormais répandues dans les romans, les films et les chansons. Les rapports hommes-femmes, parents-enfants, patrons-salariés, mais aussi les rapports à la patrie, à la religion, l'appartenance au peuple, à la nation, toutes les relations qui cimentaient une société seront méthodiquement disqualifiées. Tout sera saccagé, nié, liquidé, qu'il s'agisse de la pensée, du langage, de la peinture, du

cinéma, de la musique. Une stratégie globale est à l'œuvre ; elle est l'ennemi mortel de toutes les formes d'édification et de socialisation¹³.

Les partisans de cette évolution en viennent à faire l'éloge de l'égoïsme. Ils voient dans son contraire, l'altruisme, une morale de lâches, qui s'en remettent de leurs responsabilités à la société. L'égoïste est celui qui, au contraire, a renoncé à se servir des autres, qui ne vit pas en fonction d'eux, qui ne puise pas en eux la source de son énergie. On distinguera, à cet égard, « l'égoïsme de compétition » et « l'égoïsme d'indifférence », souvent rencontré dans nos sociétés où règne l'individualisme de masse¹⁴.

Luc Ferry¹⁵, et d'autres publicistes, ne sont pas de cet avis. L'individualisme, font-ils remarquer, n'a rien à voir avec l'égoïsme. Lorsque le mot apparaît, au début du XIX^e siècle, il désigne d'abord et avant tout le formidable mouvement d'émancipation qui conduit l'humanité européenne à s'affranchir enfin des anciens carcans. A partir de là, les hommes ont cessé d'être perçus comme les membres d'un corps social. Ce sont maintenant des individus libres, des personnes susceptibles d'exprimer leurs opinions indépendamment de leur groupe d'origine. C'est, nous dit Ferry, ce que la Déclaration de 1789 signifie. Les individus existent et doivent être pris en considération, abstraction faite de leur appartenance.

En fait, Ferry confond l'individu version 1789 – dont les droits sont tempérés par la conscience de ses devoirs, par l'impératif moral et les obligations de la citoyenneté – et l'individu contemporain qui ne connaît ni frein ni limites et qui est l'objet de toutes les attentions et de toutes les faveurs du néo-libéralisme.

II. UNE TENTATIVE DE LIQUIDATION DE LA CIVILISATION POLITIQUE

Qu'est-ce que la politique ? Depuis les Grecs, la politique voit s'affronter dans une lutte continue et toujours renouvelée, l'oligarchie et la démocratie. L'oligarchie dispose d'armes qui paraissent bien efficaces. Armes tirées de la détention de la richesse, de la puissance que donne l'argent. Armes aussi que confère, en Occident, le libéralisme politique dressé contre la démocratie.

¹³ Cette analyse est développée par J.-F. Mattei in *L'homme dévasté*, Paris, Grasset 2015.

¹⁴ V. Lecourt D., *L'égoïsme. Faut-il vraiment penser aux autres ?*, éd. Autrement 2015.

¹⁵ V. notamment ses chroniques in *Le Figaro*.

A. LE LIBÉRALISME POLITIQUE CONTRE LA DEMOCRATIE¹⁶

On parle souvent de « démocratie libérale ». L'expression est trompeuse. Le libéralisme politique et la démocratie s'inspirent en effet de principes différents et qui risquent de s'opposer. La démocratie, c'est le pouvoir du *demos*, du peuple. C'est le règne de la volonté générale, la loi du nombre, dégagée par le suffrage universel¹⁷. Le libéralisme politique obéit à d'autres préoccupations. Ce qu'il place au-dessus de tout, c'est la liberté, qu'il faut sauvegarder à n'importe quel prix comme le bien le plus précieux. Le conflit est presque inévitable avec cette démocratie qui, elle, ne prétend obéir qu'à la seule volonté du peuple, n'avoir pour seul souci que le respect de la volonté générale. Or, le libéralisme se méfie du peuple ; un État légitimé par la loi du nombre est un État fort, qui peut se révéler liberticide, s'en prendre aux libertés. Il faut donc protéger les libertés contre le risque démocratique¹⁸, et pour cela, confier le pouvoir à une classe dirigeante, plus ou moins étroite, détentrice de l'argent, de la culture, maîtresse des réseaux de relations et d'influence, des relais d'encadrement et de manipulation de l'opinion. Le gouvernement libéral est donc le gouvernement d'une minorité, d'une oligarchie justifiée par la fortune et l'influence. Contre l'État fort voulu par la démocratie, le libéralisme cherche les moyens d'affaiblir le gouvernement de toutes les façons.

Prenons l'exemple de la France, et faisons un peu d'histoire. Au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime, la société française était une société proto-démocratique. Elle avait fixé avec entêtement le but que devaient poursuivre tous les pouvoirs : la constitution patiente, progressive d'une immense classe moyenne, qui ne devait être rien d'autre que le tiers état émancipé et prospère. Cette classe moyenne en expansion était aussi une espérance, la terre promise de tous les exclus. Ainsi, la volonté déterminée d'élargir le groupe central des

¹⁶ V. Jaume L., *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion 2010 ; « Problèmes du libéralisme de Mme de Staël à Tocqueville », *Droits* 2000-30 ; Laquieze A., « Le libéralisme est-il français ? », *Le mouvement des idées*, 4^e trimestre 2012 ; Manent P., *Histoire intellectuelle du libéralisme : dix leçons*, Paris, Calmann-Lévy 1997 ; *Les libéraux*, Paris, Gallimard 2001 ; Manin B., *Principes du Gouvernement Représentatif*, Paris, Flammarion 1996 ; « Montesquieu et la Politique Moderne », *Cahiers de Philosophie Politique* 1985.

¹⁷ V. Manent P., *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Gallimard 2006 ; Rosanvallon P., *Le Sacre du citoyen, histoire du suffrage universel en France*, Paris, Folio-Histoire 2001 ; *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Folio-Histoire 2002.

¹⁸ P.-J. Lehmann n'est pas d'accord. Il écrit en effet : « La démocratie, essentiellement parlementaire, et le libéralisme économique vont de pair ». V. *Le capitalisme est-il encore d'actualité ?*, *op.cit.*, p. 14.

Français et, pour le tiers état, de s'emparer directement du pouvoir, vient de loin. Il n'y aurait jamais eu de 1789 si la France profonde, dès le Moyen Âge, ne s'était pas identifiée à ce grand projet de l'intégration sociale. Pour le réaliser, la société eut longtemps besoin du roi et lui confia un pouvoir absolu. Le roi a reçu un mandat : mettre au pas les forces, les féodalités, qui s'opposent à la réalisation de ce programme. Le pouvoir royal n'est absolu que dans la mesure où il reste fidèle à ses engagements. Ce n'est pas de Dieu que le roi tient son pouvoir, mais de la volonté sociale. Ou plutôt, le Dieu qu'on invoque n'est rien d'autre que la volonté du peuple.

En définitive, sous l'Ancien Régime, le roi n'existe que par l'État alors que l'État, à mesure que le temps passe, peut très bien prospérer sans le roi. Ce qui arrive sous la Révolution : son œuvre accomplie, la monarchie, devenue inutile, disparaît, tandis que l'État va continuer à grandir de plus belle et sans elle. Au fond, la Révolution n'a pu que glisser sur la pente qui était la sienne, elle s'est coulée dans la logique de l'inspiration démocratique. Car l'axe de la Révolution, c'est la démocratie. Napoléon la prolonge, renforce la centralisation et l'emprise de l'administration. La Constitution de l'an VIII a proclamé que « la confiance vient d'en bas, mais l'autorité vient d'en-haut ». Et la loi du 28 pluviôse an VIII a créé le préfet, seul chargé de l'administration.

Mais brusquement, après la chute de Napoléon, le climat intellectuel change. De la démocratie, les anciennes et les nouvelles élites, ne veulent plus entendre parler. Il faut la museler, la médiatiser. Dans ce nouveau régime, dominé par les élites libérales, la réorganisation du pouvoir suppose l'installation d'un régime parlementaire et représentatif. Bien verrouillé, dans le système de 1814 puis de 1830, par un suffrage censitaire entendu de la manière la plus étroite.

Pour gouverner, les classes dirigeantes entendent aussi s'appuyer sur des notables locaux animés par la décentralisation. Celle-ci suppose la reconstitution de tous ces corps intermédiaires détruits par la Révolution. L'hostilité aux corps intermédiaires est la manifestation la plus nette de l'esprit démocratique qui domine la Révolution. Pour les démocrates, aucun corps, aucune communauté ne doit s'interposer entre la base, les citoyens et le sommet, l'État qui les représente, agit en leur nom et qu'ils doivent pouvoir à tout instant contrôler, surveiller, sans écran, sans obstacle. Entre la base et le sommet, entre le sommet et la base, la volonté qui remonte se transforme en pouvoir et redescend sur la société ; cette incessante circulation, ce continuuel mouvement de va-et-vient doit toujours être parfaitement fluide. Plus question de permettre l'installation, entre la base et le sommet, de groupements d'autorité, de corps intermédiaires qui ne manqueraient pas de tenter de capter la volonté sociale, de la détourner de son but, d'en falsifier le message. En conséquence, la Révolution a proclamé les droits, les libertés de l'individu délivrés des appartenances et des carcans politiques. Elle entend en finir avec les

corps intermédiaires. On voit bien, ici encore, tout ce qui oppose les démocrates aux libéraux : ceux-ci réclameront au XIX^e siècle, avec Tocqueville, la reconstitution de communautés organisées, capables d'encadrer l'expression politique de la société, comme de faire obstacle à l'expansion d'un État tout-puissant, légitimé par la volonté générale, et peut-être liberticide¹⁹. Pour les libéraux, les corps intermédiaires forment donc les véritables pépinières de ces élites chargées de préparer la revanche du libéralisme parlementaire et conservateur de l'oligarchie des notables sur l'élan démocratique de la Révolution et le césarisme plébiscitaire de l'époque napoléonienne. Le grand intérêt de la décentralisation est là : elle donne des places nombreuses et un rôle important à ces notables locaux et provinciaux qu'il faut conforter et récompenser²⁰.

A partir de 1876, la III^e République, désormais installée, offrira, sous les apparences d'un régime parlementaire arrivé à maturité, la victoire aux démocrates. D'abord, il n'y a pas, à proprement parler, sous la III^e République, de ces corps intermédiaires, destinés à encadrer et à formater l'opinion, qu'on appelle les partis politiques. Jusqu'en 1940, la France sera gouvernée par des clientèles rassemblées autour d'une personnalité politique de premier plan, clientèles appartenant toutes à la grande mouvance républicaine sous ses dénominations successives : opportuniste, progressisme, radicalisme, puis socialisme en fin de période avec le Front populaire. En définitive, la République est toujours dirigée par les mêmes hommes qui se retrouvent placés dans des équipes ministérielles successives²¹.

D'autre part, la III^e République, et c'est un autre indice de sa configuration démocratique, a opté sans hésitation et avec fermeté pour la centralisation administrative.

Enfin, le parti radical qui domine pendant un long moment est, selon la formule du philosophe Alain, « le parti des petits contre les gros ». Des petits propriétaires, des petits fonctionnaires, des petits employés des chemins de fer, des petits commerçants. Il manifeste constamment sa méfiance à l'égard des patrons, des grands propriétaires, des puissances d'argent, donc du libéralisme économique. Il se tient au plus près de la masse des électeurs, attachés à la petite propriété et à la dispersion, en une multitude de mains, de l'outil de production. Le pacte social défendu systématiquement par la III^e République n'est pas très différent du grand pacte de 1789. Les républicains se montrent rétifs à la perspective d'une mutation économique généralisée, et d'une

¹⁹ V. Jaume L., *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté*, Paris, Fayard 2008 ; Manent P., *Tocqueville et la nature de la démocratie*, op. cit.

²⁰ V. Rosanvallon P., *Le Moment Guizot*, Paris, Gallimard 1985.

²¹ V. notre article, « La III^e République ou le régime du parti unique », in *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, Paris, De Guibert 2005.

transformation de la France en un pays de grande industrie, synonyme de victoire du capitalisme et de prolétarisation d'une partie importante de la société. Ils repoussent donc avec fermeté la perspective d'une lutte des classes et les théories socialistes. Leurs électeurs souhaitent cependant des avancées sociales significatives : l'instruction primaire, publique, laïque, gratuite et obligatoire ; la création d'un embryon de droit du travail ; quelques interventions ponctuelles dans l'économie sous forme de rares nationalisations. Le message de la III^e République est clair : la France doit rester un pays équilibré à l'écart des changements brutaux et incontrôlés ; et l'industrie, à mesure de son inévitable développement doit être régulée, autant que possible, par la puissance publique sous la pression de l'exigence démocratique.

C'est encore la démocratie qui triomphe à la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Les gouvernements issus de la Résistance mettent en place, à partir de la Libération, un régime général de sécurité sociale ; le droit du travail s'étend et se diversifie ; de nombreux secteurs économiques sont nationalisés. Avec les « Trente Glorieuses » (les années 1945-1975), la démocratie triomphe car la croissance économique est mise au service du plus grand nombre. L'État est entouré de hauts fonctionnaires, de grands serviteurs, souvent désintéressés, qui assurent la promotion de l'intérêt général.

Le libéralisme politique est contenu, même si le feu couve sous la cendre. Quelques signes inquiétants apparaissent, qui annoncent la contre-attaque d'un libéralisme désireux de regagner les positions perdues. Parmi ces signes, le plus important semble bien être la signature, en 1957, du Traité de Rome, qui marque le véritable début de la construction européenne. Autre signe, les événements de mai 1968, véritable déferlement de l'individualisme, insurrection généralisée de la jeunesse occidentale contre les anciennes disciplines sociales. Enfin, la crise pétrolière de 1973 marque l'entrée de l'Occident dans une nouvelle phase, moins favorable, de son histoire économique. Le libéralisme de marché ou néo-libéralisme va donc prendre le relais du libéralisme politique et attaquer la démocratie sur un autre front.

B. LE NEO-LIBERALISME ET LA TENTATIVE D'ANEANTISSEMENT DE LA POLITIQUE

Le néo-libéralisme s'appuie, à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle, sur le marché mondialisé pour essayer de liquider la démocratie. Une oligarchie internationale se constitue, oligarchie anonyme du grand capital, qui domestique peu à peu les appareils politiques, les systèmes d'éducation et d'information créés dans le cadre des États-nations ; qui vise à détruire les États-nations eux-mêmes, cadres naturels d'expression de la citoyenneté modelés par l'histoire. Cette oligarchie, constituée par la triple alliance du pouvoir politique, du pouvoir économique et de l'influence médiatique, ne saurait lier son sort aux

résultats des procédures électorales. Le suffrage universel est partout muselé, encadré par les partis dits de gouvernement, conditionné par les médias. Souvent on ne consulte plus les électeurs. Lorsqu'ils sont consultés et qu'ils rendent un vote contraire aux attentes des pouvoirs en place, ce vote reste sans effet : les Français, par exemple, ont voté en 2005 à 55 % contre le traité constitutionnel européen ; mais ce traité a, presque immédiatement, été adopté par la voie parlementaire. L'hypothèse la plus générale consiste à laisser les électeurs s'exprimer pour désigner leurs représentants dans des assemblées privées de pouvoir : c'est le cas en France de l'Assemblée nationale. Les vraies autorités – organes européens, banques centrales, multinationales, marchés financiers – sont composées de dirigeants qui se cooptent entre eux sans jamais être soumis à une élection directe.

À l'échelle nationale, cette oligarchie mondialisée se décline sous la forme d'une caste. Les obstacles et les filtres innombrables qui contrôlent l'accès aux responsabilités politiques ont depuis longtemps éliminé de la course tous les citoyens qui ne bénéficient pas de conditions matérielles, culturelles et sociales suffisantes. Au terme de décennies de sélection, s'est façonnée une caste d'hommes politiques, de droite comme de gauche, coupés du peuple, qui vivent et décident entre eux des grandes et des petites affaires du pays, et empêchent sans faiblesse que s'affirment des intérêts opposés aux leurs. Derrière des combats de façade, l'unanimité est de règle : tous sont d'accord pour transférer la souveraineté à Bruxelles, pour préserver les grands équilibres, pour vénérer la pensée unique.

Cette caste politique est soutenue par les grands corps de l'État dont les dirigeants du pays sont issus en large partie. Ces grands corps ont étendu leur emprise, non seulement sur la vie politique, mais sur toute l'administration et sur les principales entreprises. La haute administration est donc soumise à la logique de la solidarité corporatiste, et du conformisme qui en découle. Les membres des grands corps se partagent entre eux les chasses gardées prestigieuses et rémunératrices qui leur sont réservées, et essaient dans les emplois privés les plus significatifs.

Attribuer nos malheurs aux élites est devenu un lieu commun. Pierre Bourdieu a fustigé, il y a déjà quelques années, la « noblesse d'État »²². Il ne visait, semble-t-il, que l'élite de l'élite. Mais aujourd'hui la structure de la société est de forme pyramidale. Entre la base et le sommet, pullulent désormais ces corps intermédiaires avec lesquelles la Révolution avait voulu en finir, et qui depuis ont proliféré : partis politiques peuplés de petits notables bien implantés localement ; associations de toutes sortes qui fragmentent et amoindrissent l'expression d'une volonté commune ; médias chargés de substituer le discours d'en-haut à la parole d'en-bas portée par les simples

²² C'est le titre d'un ouvrage qu'il a publié en 1989 aux éd. de Minuit.

citoyens. On évoquera encore le « gouvernement des juges ». Ceux-ci dressent parfois l' « État de droit » contre la démocratie. Mais d'où vient le droit dont on parle ? Du peuple ou des élites qui désormais le remplacent ? Les juges distribuent également à larges poignées les droits fondamentaux. Cette distribution accompagne la poussée de l'individualisme contemporain ; mais ces droits sont essentiellement précaires ; ils découlent d'une concession, et ce qui a été concédé peut toujours être repris ; ils ne tiennent pas, comme les droits de l'homme de 1789, de la nature humaine elle-même.

Dans ces conditions, il n'est plus besoin, pour les libéraux, de faire appel aux méthodes et aux moyens du libéralisme classique, même s'il convient tant que les États subsistent, de les utiliser. En fait, il suffit d'accompagner le dynamisme du marché, donc d'abolir les frontières, de nier la politique et de redéfinir le gouvernement pour qu'il joue le seul rôle qui lui est reconnu, celui de gardien et de garant de la liberté et des profits des grands acteurs économiques transnationaux. La politique est maintenant enfermée dans une camisole de force ou dans une cage de fer comme celles que le roi Louis XI utilisait pour châtier ses ennemis. À la vérité, la politique est détruite puisqu'elle échappe au débat, qu'elle n'enregistre plus la variation des opinions publiques nationales et qu'elle ne porte plus les affirmations de la volonté générale.

Il est temps maintenant de fixer le rapport du libéralisme avec cette liberté dont il se pare abusivement et qu'il prétend défendre exclusivement. A cet égard, le libéralisme du XVIII^e siècle était ambivalent : les lois économiques auxquelles les hommes, selon lui, étaient soumis, ces lois leur déniaient toute liberté de choix. Mais il est vrai aussi que les libertés dont on se réclamait à l'époque s'inscrivaient dans un vaste mouvement d'émancipation, qui devait permettre au plus grand nombre de ceux qui travaillaient de s'installer à leur compte, de devenir propriétaires de leur outil de production et maîtres chez eux : paysans débarrassés des droits féodaux, compagnons, une fois les monopoles corporatifs supprimés, en situation de devenir des artisans, des commerçants indépendants. Tous maîtres ! La Révolution, dont l'idéal est celui d'un peuple de travailleurs qui possèdent et de possédants qui travaillent, va réaliser ce programme, favorable à la liberté individuelle bien entendue.

Révolution industrielle, concentration capitaliste, généralisation du salariat : la liberté est au XIX^e siècle progressivement confisquée ; une oligarchie se consolide. À l'époque actuelle, lorsque le néo-libéralisme parle de la liberté, ce n'est plus que de celle des « gros » dont il est question, et non de celle des « petits ». Lorsque la croissance s'affirme, les hommes sont renvoyés à leur fonction unique de producteurs-consommateurs. L'effacement de l'État, voulu et planifié par le néo-libéralisme, réduit à presque rien leur activité de citoyens. Les lois du marché, que l'État n'encadre plus, jouent pleinement en faveur des oligopoles. L'individualisme hédoniste et la recherche du profit

forment, pour les néolibéraux, les deux seules dimensions de l'existence : toute référence à une troisième dimension qui donnerait à la vie humaine de la profondeur, du volume et du sens, a disparu. Nulle référence à des valeurs communes ne s'impose ; aucun principe de socialisation n'est retenu ; la foi religieuse, considérée comme incongrue, et chassée de l'espace public, est refoulée dans les catacombes de la conscience personnelle ; la recherche du sacré collectif, d'une transcendance capable de sublimer le quotidien, reste sans écho. Les hommes bâtissent, cultivent, fabriquent, calculent, inventent, perfectionnent les arts et les sciences ; mais dans ce monde froid, rien ne les élève ne les moralise, ne les détache de ces intérêts privés auxquels ils sont tous assujettis ; et s'ils aspirent à une raison supérieure d'agir, de se dévouer, de sortir de l'égoïsme, le système les détournera de la trouver. Le néo-libéralisme, doublé par l'utilitarisme, a fondé la société contemporaine sur le vide. Ce vide, il faudra bien le combler un jour, car les hommes, avant même de s'occuper de leurs intérêts matériels, cherchent du sens et y emploient toute leur énergie. À ce moment, la liberté, incompressible et imprévisible, ressurgit, reconstruit une société et un mode de vie autour de croyances partagées, et repousse ce néo-libéralisme qui prétend accaparer la liberté pour mieux en finir avec elle. Vraiment, le néo-libéralisme est dans le monde actuel, l'ennemi résolu et non, comme on le présente, le défenseur de la liberté.

L'INTÉRÊT GÉNÉRAL À L'ÉPREUVE DU LIBÉRALISME ÉCONOMIQUE

Par
Pierre ALBERTINI
Professeur émérite à l'Université de Rouen
Membre honoraire du Parlement

Mots clés : Néolibéralisme – Intérêt général – Liberté d'entreprendre – Liberté de la concurrence.

Au début de ce propos, peut-on résister à la tentation de rappeler ce conseil que Keynes donnait à ses contemporains férus de science économique : l'économiste ne devrait pas conduire la voiture, mais s'asseoir à l'arrière. Ce juste avertissement, dans la bouche d'un expert, a une résonance particulière dans le monde d'aujourd'hui. En effet, la notion d'intérêt général qui a longtemps imprégné l'action publique et le droit français a tendance à vaciller sous le coup de butoir des marchés financiers et des multinationales. Le décor s'est profondément transformé depuis l'avènement de la Ve République lorsque le général de Gaulle affirmait, par exemple, que la « politique de l'État ne se fait pas à la corbeille ». Pour prendre la mesure de l'évolution, il n'est pas inutile de retracer, à grands traits, l'apparition de la notion d'intérêt général pour en souligner l'utilité et les menaces qu'elle subit désormais.

L'apparition de la notion : avant le XVIII^e siècle, l'expression est inconnue du vocabulaire juridique. Dans le langage des publicistes, on parlait plutôt, sous l'influence des philosophes, de « bien commun » ou de « commun profit ». Ainsi, l'intérêt général ne figure ni dans les dictionnaires juridiques, ni dans l'Encyclopédie de d'Alembert et de Diderot qui faisait référence à l'époque¹. La Déclaration des droits de 1789 l'ignore également : elle tourne autour de la notion sans la retenir expressément. Ainsi, elle évoque l'« utilité

¹ V. Saint-Bonnet F., « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel » *in* *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz 2007, p. 9 s.

commune », la « nécessité publique » et même l' « avantage de tous » qu'elle différencie de l' « utilité particulière ». On a là les prémices de la notion sans en avoir encore les mots. Le Préambule de la Déclaration affirme ainsi que les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif doivent toujours être rapportés au « but de toute institution politique » mais sans définir ce dernier. Indirectement, il précise seulement que les « réclamations des citoyens doivent tourner au « maintien de la Constitution et au bonheur de tous ». Néanmoins, si l'expression n'est pas encore utilisée au siècle des Lumières, sa fonction latente est déjà présente de longue date. Elle a ainsi permis au roi féodal d'affirmer son pouvoir normatif avant de fonder, à la suite d'un renversement de perspective, une amorce de contrôle sur son contenu.

C'est au XIX^e siècle que la notion d'intérêt général s'affirme à la fois sous l'angle politique et sous l'angle juridique. Sous le premier, elle sert de fondement à l'action publique, grâce à l'identité postulée entre la volonté générale et la loi. Ce légicentrisme ne sera remis en cause que beaucoup plus tard lorsque le culte de la loi cédera la place à la crise de la loi². Sous le second, la notion devient, comme le souligne le fameux rapport du Conseil d'État³, la « clé de voûte du droit public français ». Utilisée d'abord par le juge administratif, elle l'est ensuite, plus récemment, par le juge constitutionnel. Elle subit ainsi ce que l'on pourrait appeler une laïcisation, reposant sur une double correspondance : sphère publique-intérêt général, sphère privée-intérêt particulier. Comme le note Élise Fraysse⁴, dans cette conception républicaine classique, le critère de séparation organique valorise clairement la collectivité au détriment des individus, « il ne peut y avoir de différence entre ce qui est général et ce qui est public »⁵. Cela explique un usage variable de notions proches, utilisées indistinctement par la doctrine et par le juge : comme le note Didier Truchet, dans sa thèse, les « termes intérêt général, intérêt public, utilité publique (...) sont synonymes »⁶ et la tentative pour en systématiser une hypothétique distinction sémantique est vaine. Difficile à enfermer dans un contenu prédéterminé, l'intérêt général est avant tout, comme le reconnaissait déjà le doyen Vedel une notion « fonctionnelle ».

L'utilité de la notion : dans une société sécularisée où la loi humaine est séparée du commandement divin, la notion d'intérêt général remplit plusieurs fonctions⁷. D'une part, elle participe de la réflexion sur la société politique :

² V. Albertini P., *La crise de la loi, déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis 2015.

³ *Réflexions sur l'intérêt général*, Paris, DF 1999.

⁴ *Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français*, Lyon, Publication de l'Université J. Moulin 2014.

⁵ *Id.* p. 41.

⁶ *La fonction de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ 1977, p. 277.

⁷ V. Rangeon F., *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica 1986.

elle fournit une réponse à la question du fondement du pouvoir et du but poursuivi par les gouvernants. D'autre part, elle constitue un outil de contrôle de l'action publique et donc de protection des libertés publiques. Ainsi, elle permet un contrôle des actes de l'administration par le juge administratif, des lois par le juge constitutionnel, des États eux-mêmes par les institutions européennes (Commission, Cour de justice, Cour européenne des droits de l'homme). Elle s'oppose ainsi clairement à la raison d'État, invoquée pour faire échapper l'exercice du pouvoir à toute sanction, justifiant alors un acte illégal ou injuste.

Mais en limitant ainsi leur pouvoir d'appréciation, la notion d'intérêt général s'expose à une double critique. Les néolibéraux lui reprochent de porter atteinte à la liberté des acteurs économiques et, inversement, les souverainistes lui imputent la restriction injustifiée des prérogatives étatiques. Ce double procès, loin de ruiner la notion, devrait lui offrir une seconde vie s'il est vrai que des accusations contraires s'annulent. Mais de multiples obstacles élevés sur sa route depuis quelques décennies la font vaciller.

La dilution de la notion : alors que l'intérêt général a longtemps inspiré la doctrine et la jurisprudence, il semble se diluer aujourd'hui au point que certains auteurs s'interrogent sur son existence même⁸. Le pacte tacite qui le liait historiquement à l'État n'a plus la même solidité. « L'intérêt général a pris l'État sur ses épaules. L'un et l'autre se sont construits et ont grandi ensemble ; ils se sont légitimés réciproquement. L'État était le garant de l'intérêt général et l'intérêt général la justification de l'État. D'une croyance générale, cette construction est devenue un doux mythe, voire une idéologie »⁹. Sans aller jusque-là, observons que le couple subit une érosion régulière sous l'effet de plusieurs facteurs, de nature juridique et sociologique.

D'une part, la frontière entre sphère publique et sphère privée se déplace et ce mouvement la rend aujourd'hui moins perceptible. Tributaire de l'évolution de la société et de l'avènement du marché, la *res publica* est donc moins aisément repérable. Dans l'action publique, le modèle entrepreneurial tend à se substituer au modèle gestionnaire et à faire prévaloir une logique de la performance économique. S'agissant des agents, la perte des repères ne peut qu'affaiblir le « sens du service de l'État » dont parlait Michel Debré. Le renoncement dès la fin des études à une carrière administrative, le passage postérieur au secteur privé et, plus raffiné encore, le va-et-vient entre service public et entreprise illustrent la difficulté à faire respecter une déontologie, car si sa sauvegarde est théoriquement placée sous le contrôle d'une commission cette dernière s'avère en pratique impuissante. D'autre part, la fragmentation de l'action publique, à différents niveaux et entre divers acteurs, ne facilite guère

⁸ Pontier J.-M., « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998. 327.

⁹ Fraysse É. in *Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 44.

sa lisibilité et sa compréhension. Ainsi, des pans entiers (action sociale, logement, culture, environnement) demeurent répartis confusément entre l'État et les collectivités territoriales, sans qu'on sache précisément ce qui relève de l'un ou des autres. La multiplication des autorités de régulation ajoute à ce tableau une couche supplémentaire de complexité et de démembrement de l'action publique. Enfin, l'édification d'un droit et de politiques européennes avec lesquels les autorités nationales et locales sont désormais tenues de composer couronne (si l'on peut dire) cette dispersion. À cet enchevêtrement, s'ajoute un risque de conflit entre intérêts, apparemment tous publics, donc a priori respectables. Comment concilier, par exemple, intérêt économique, social, environnemental, sinon par une « balance » subtile ? De même, pour les départager lorsqu'ils sont antagonistes, la hiérarchie souhaitable entre intérêt local, intérêt national et intérêt européen ne se décrète pas toujours avec la force d'une évidence.

Enfin, comment la notion d'intérêt général échapperait-elle à la montée de ce que le sociologue Norbert Elias appelait, dès la fin des années 1930, la « société des individus »¹⁰ ? À tous les niveaux, les institutions et les structures intermédiaires subissent une crise d'autorité telle qu'elles sont de moins en moins perçues comme une nécessité collective. L'unité et la solidarité, ciment de toute communauté, doivent désormais composer avec l'épanouissement personnel, la quête d'authenticité, voire la reconnaissance d'une singularité. Ce nouvel équilibre entre dimension individuelle et dimension sociale n'a pas encore été trouvé. En attendant et en espérant qu'il le soit un jour, cette profonde mutation provoque une « désagrégation »¹¹ de l'intérêt général, soulignée de longue date par Jacques Chevallier.

Les questions retenues : la nécessité de délimiter le champ de la réflexion conduit à ne retenir ici que deux types de questions s'inscrivant dans la problématique de ce colloque. Quels rapports la notion d'intérêt général entretient-elle avec le système économique que nous qualifierons globalement de libéral¹² ? Comment favoriser l'émergence de l'intérêt général, menacée aujourd'hui dans une démocratie telle que la France ?

I. LES EXIGENCES DU SYSTEME ECONOMIQUE

¹⁰ *Die Gesellschaft der Individuen*, Frankfurt, Suhrkamp Verl 1987 ; trad. franç. *La société des individus*, Paris, Fayard 1991.

¹¹ *Éléments d'analyse politique*, Paris, PUF 1985.

¹² À nos yeux, les différences entre libéralisme et néolibéralisme ne sont pas aisément perceptibles.

Les contraintes économiques, internes ou externes, qui pèsent sur les États et sur leurs gouvernements limitent leur possibilité d'action. Elles ont toujours existé, mais leur nature et leur intensité ont varié selon les périodes de l'histoire. Aujourd'hui, sous l'effet de la globalisation, les plus fortes sont externes et résultent de l'interdépendance des économies et de la puissance des marchés financiers : ainsi, les « marges de manœuvre sont beaucoup plus étroites que les représentations optimistes des années 1960 et 1970 ne le laissent supposer »¹³. Le paroxysme de ces exigences est exprimé par ce qu'il est convenu d'appeler le « Consensus de Washington », formalisé en 1989, qui recommande une libéralisation totale des échanges en vue de la création d'un marché mondial autorégulé, échappant à toute instance, étatique ou non. Même si elle a été mise à mal par la crise financière de 2008 et la constitution d'ensembles commerciaux à l'échelle continentale, cette vision inspire encore l'Organisation Mondiale du Commerce, aujourd'hui à la peine.

La conséquence est une perte d'influence de l'État national, obligé de s'inscrire dans une mondialisation à bien des égards paralysante. Est-il pour autant dépouillé de toute souveraineté économique ? Habermas, évoquant sa perte d'influence, conclut à une « éviction de la politique par le marché »¹⁴. Pour fonder un jugement plus nuancé, la méthode consistera à confronter la notion d'intérêt général aux ressorts mêmes du libéralisme économique. Classiquement, ceux-ci sont concrétisés par trois principes cumulatifs :

- la liberté d'entreprendre,
- la libre concurrence,
- la régulation par l'offre et la demande.

Il s'agira de déterminer la relation variable qu'entretient chacun d'eux avec l'intérêt général. Celle-ci peut schématiquement prendre trois formes distinctes : la compatibilité qui autorise leur collaboration, l'exclusion qui l'interdit et la subordination qui implique leur hiérarchisation. Dans cette confrontation sera opérée, successivement, sous l'angle philosophique et sous l'angle juridique. Sous l'angle philosophique, les ressorts du libéralisme constituent-ils des valeurs (satisfaisant à une certaine fin, estimables et désirables à ce titre) ou de simples moyens (procédés pour atteindre la finalité poursuivie) ? Sous l'angle juridique, quelle place, quel statut leur réserve le droit français ? Ainsi pourrions-nous préciser en quoi le système économique menace ou préserve la notion d'intérêt général.

A. LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

¹³ Gazier B., « Jalons pour une histoire des États face à la contrainte économique », *Pouvoirs* 2012-142. 16.

¹⁴ *Après l'État-nation, Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard 2000, p. 74.

Sous l'angle philosophique, la liberté d'entreprendre ne peut s'appréhender que comme une valeur. Car la notion de liberté dont elle dérive n'est pas divisible. Si la liberté se définit en effet par l'autonomie que possède l'individu à l'égard du groupe social dont il fait partie, celle-ci recouvre plusieurs aspects complémentaires (penser, s'exprimer, croire, aller et venir, entreprendre) et inséparables. Certes, ils ont une étendue variable et s'inscrivent dans des limites imposées par les contraintes de la vie en société. Mais leur essence commune ne permet pas de les dissocier. C'est cette conception que consacre la Déclaration des droits de 1789, dans son article 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire *tout* ce qui ne nuit pas à autrui » (souligné par nous). Sous l'angle juridique, c'est d'ailleurs sur cette disposition de portée générale que s'est fondé le Conseil constitutionnel¹⁵ pour reconnaître à la liberté d'entreprendre une valeur constitutionnelle. Sa jurisprudence est constante : elle protège deux composantes de la liberté d'entreprendre : la liberté d'accès à une profession ou à une activité et la liberté dans l'exercice de celle-ci (celle d'embaucher, de licencier, de fixer ses tarifs...)¹⁶. La logique retenue est bien celle d'une liberté indissociable.

Cependant, les modalités de son usage peuvent se prêter à un encadrement par le législateur. Ainsi, depuis 2001, le considérant du juge n'a pas varié : il « est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre (...) des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». Sa démarche, comme en matière de droit de propriété, se déroule en deux temps. Hormis les cas dans lesquels la limitation est prévue par la Constitution elle-même, c'est d'abord l'existence d'un intérêt général qu'il recherche. S'il en identifie un, il vérifie ensuite le respect du principe de proportionnalité par le législateur. Au fil du temps, on observe d'ailleurs un renforcement de son contrôle sur l'encadrement de la liberté d'entreprendre¹⁷.

La liberté d'entreprendre n'a donc pas de portée absolue, intangible. Si son existence ne peut être remise en cause, la poursuite d'un intérêt général autorise cependant le législateur à y apporter des limites compatibles avec sa valeur constitutionnelle. Ainsi, la compatibilité entre l'une et l'autre est, sous cette réserve, parfaitement reconnue. Mieux encore, c'est l'intérêt général, tel qu'interprété par le juge, qui sert de justification, en ce domaine, à l'intervention législative. La seule question restant en débat est celle du degré de contrainte, plus ou moins haut, qu'elle est autorisée à retenir.

¹⁵ CC n° 439 DC du 16.1.2001.

¹⁶ Pour l'une et l'autre, v., par ex., n° 139 QPC du 24.6.2011 et 285 QPC du 30.11.2012.

¹⁷ Pour une illustration récente, v. la décision n° 476 QPC du 17.7.2015 dans laquelle il retient une « atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre ».

B. LA LIBRE CONCURRENCE

Longtemps, la question du statut philosophique du principe de libre concurrence n'a guère été posée. Il n'a, à l'origine, qu'une fonction économique, mise en évidence par Adam Smith puis précisée ultérieurement par Pareto et Walras. Vis-à-vis de la société, il est destiné, dans l'école néo-classique, à assurer la régulation de l'économie de marché. Une vision plus dynamique et plus récente lui attribue un avantage qualitatif : la concurrence est considérée comme un moyen de faciliter le progrès économique, l'accès aux biens de consommation. Mais personne ne la présente encore comme une valeur. Ce n'est qu'un outil, d'ailleurs imparfait : les économistes reconnaissent eux-mêmes que, dans les faits, une concurrence pure et parfaite n'existe pas. En outre, la concurrence doit faire appel au droit pour corriger certains de ses effets néfastes. Il en est ainsi de la lutte contre les ententes illicites ou contre les abus de position dominante. Paradoxalement, la concurrence peut en effet tuer la concurrence !

Dans le droit public français, intérêt général et concurrence sont restés longtemps opposés l'un à l'autre. Le premier prend nettement ses distances à l'égard de l'utilitarisme et du libre jeu des intérêts privés. Dans son rapport de 1999¹⁸, le Conseil d'État en souligne la transcendance, l'inspiration « volontariste » : l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers, il n'en est pas la somme. Pourtant, cette vision traditionnelle est progressivement battue en brèche par la diffusion de la concurrence au sein du droit public, mais aussi au sein du droit privé. L'impact de cette double pénétration est renforcé par la montée en puissance des exigences européennes liées à la construction du Marché intérieur, à compter de 1985. Ce mouvement engendre une double conséquence : non seulement, la place du principe de concurrence, dans notre ordre juridique, est singulièrement étendue, mais encore la tentation de le reconnaître désormais comme une valeur (au même titre que la liberté d'entreprendre) est de plus en plus pressante.

Ainsi, dans le droit européen, les dérogations à la libre concurrence, considérée comme une source du droit par les traités¹⁹, sont de plus en plus restrictives. Dans cette perspective, la notion de service d'intérêt économique général (SIEG), au double visage, a un effet particulièrement dynamique. Si elle permet de soustraire à la concurrence certaines activités, elle aboutit surtout à y soumettre nombre d'entre elles que le droit français excluait du jeu concurrentiel. Comme le fait observer Stéphane Braconnier, cette démarche européenne a certes des points de convergence avec la conception française, mais elle s'en écarte résolument en raison de l'analyse clairement

¹⁸ *Réflexions sur l'intérêt général, op. cit.*

¹⁹ Art. 90§2 du traité CEE, devenu art. 86 CE puis art. 106 TFUE.

économique sur laquelle elle repose : il y a ainsi une « “économisation” du service public que porte en germe le droit européen »²⁰. Dans l'ordre interne également, le principe de concurrence imprègne de plus en plus la jurisprudence administrative. Depuis 1997²¹, il est ainsi intégré au bloc de la légalité administrative, y compris pour les actes relevant de la police administrative et de la gestion des services publics. Parallèlement, la notion d'intérêt général elle-même est relativisée puis dissociée en une pluralité d'intérêts. Ainsi, le juge administratif a commencé par admettre qu'une convergence entre intérêt public et intérêt privé²², inconcevable à l'origine en raison de leur différence de nature, n'altère pas le premier. Il admet également que l'intérêt général puisse se décomposer en divers intérêts publics, parfois antagonistes, qu'il s'agit alors de concilier²³.

Ces inflexions sont évidemment repérées par la doctrine qui leur attribue une portée différente. Si certains auteurs tentent de la minimiser, d'autres au contraire parlent de rupture et soulignent le ralliement du droit public à la vision libérale. Parmi ces derniers, Guylain Clamour se félicite de l'émergence d'un « droit public de l'économie de marché » qui « appréhende la concurrence en termes d'intérêt général, au même titre que d'autres valeurs »²⁴. Pour lui, ce mouvement s'inscrit en parfaite cohérence avec la conception juridique retenue au niveau européen. Il fait de la concurrence une valeur, une composante de l'intérêt général. Le Conseil d'État lui aussi fait un pas dans cette direction. Certes, il ne lui reconnaît pas (encore ?) une valeur constitutionnelle. Il prend soin d'affirmer à ce propos que, si elle « peut être une exigence (...), elle n'est pas elle-même au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution »²⁵. Cette précision, bien venue, est en correspondance avec la conception du juge constitutionnel. La libre-concurrence est régulièrement invoquée, à l'encontre de dispositions législatives, par les requérants au motif qu'elle serait impliquée par le principe d'égalité : elle est, à ce titre, mentionnée dans quelques décisions du Conseil²⁶, mais ce moyen a toujours été rejeté jusqu'ici.

Cependant, malgré ces îlots de résistance, la tendance générale ne souffre pas d'ambiguïté. Avec le droit communautaire et l'ordonnance de 1986, les progrès accomplis par la concurrence sont indéniables. Dans son rapport de

²⁰ *Droit public de l'économie*, Paris, PUF 2015, p. 99.

²¹ CE Sect. 3.11.1997, Sté Million et Marais, *GAJA*.

²² CE 20.7.1971, Ville de Sochaux, *R.* 561.

²³ CE Ass. 20.10.1972, Sté civile Ste Marie de l'Assomption, *R.* 657 et 18.7.1973, Ville de Limoges, *R.* 530.

²⁴ *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz 2006, p. 802.

²⁵ CE 2.3.2011, Sté d'exploitation Maniry.

²⁶ N° 450 DC du 11.7.2001 ou 451 DC du 27.11.2001.

2002, *Collectivités publiques et concurrence*²⁷, le Conseil d'État, dans une inspiration assez différente de celle de 1999, admet que, sur ce double socle juridique, la concurrence est désormais un « élément de l'intérêt général »²⁸. Bien plus, elle serait ainsi « porteuse des valeurs sociales de liberté et de rationalité économique »²⁹. La boucle est presque bouclée. Comme on le voit, la concurrence fait peser sur l'intérêt général une menace aisément perceptible, celle d'une prévalence sur sa définition traditionnelle, ouvrant peut-être la voie à sa quasi absorption.

C. LA REGULATION PAR L'OFFRE ET LA DEMANDE

Le mécanisme de l'offre et de la demande est un des éléments essentiels de l'économie de marché. Il permettrait en effet d'équilibrer, grâce à une libre variation du prix, les intérêts, apparemment contradictoires, des producteurs et des consommateurs. Ainsi présenté, il ne constitue pas une valeur, c'est au mieux un moyen de parvenir à une forme de régulation entre les divers acteurs économiques. Il n'est pas non plus un principe juridique reconnu par les textes ou par la jurisprudence : il mérite cependant un examen critique tant il inspire les politiques économiques des dirigeants.

Les bénéfices escomptés peuvent être regroupés en trois. D'abord, la priorité accordée à l'initiative privée pour encourager la créativité et le renouvellement du tissu économique, par le remplacement des entreprises défaillantes ou dépassées par de nouvelles, mieux adaptées aux besoins à satisfaire. Ensuite, le confinement³⁰ du rôle de l'État à l'exécution de ses missions régaliennes (ordre public, défense, justice, monnaie, à l'exception des pays ayant transféré cette compétence à l'Union européenne). Enfin, l'effet de ruissellement qui, au-delà d'un certain niveau d'accumulation, provoque une redistribution des richesses au profit de tous. Mais les résultats constatés sont, en réalité, assez loin de correspondre à cette vision flatteuse. Sans méconnaître les bienfaits de la liberté d'entreprise, le simple jeu de l'offre et de la demande, non corrigé par une régulation publique, aboutit à deux impasses inacceptables. D'une part, il ne parvient à résoudre, de manière efficace et équitable, ni les problèmes d'emploi, ni ceux de la protection de l'environnement, sans parler des exigences élémentaires de la solidarité. Ainsi, dans les pays libéraux, l'offre et la demande n'évite pas de longues périodes de chômage comme celle que nous subissons depuis plus d'une génération. De même, dans l'économie de marché, la maximisation du profit se fait au détriment des ressources naturelles, de la biodiversité et même de la santé publique. Enfin, dans le domaine de la

²⁷ Paris, DF 2002.

²⁸ *Id.*, p. 219.

²⁹ *Ibid.*, p. 220.

³⁰ Le terme *containment* rendrait mieux compte de cette restriction drastique.

solidarité, lorsque la protection sociale est assurée par le secteur privé, elle laisse au bord du chemin les plus vulnérables. D'autre part, l'évolution récente du capitalisme montre que l'économie financière accélère la concentration des richesses et le creusement des inégalités entre les deux extrêmes de la pyramide sociale. L'effondrement de l'économie réelle dans la richesse mondiale a fait place à l'envol incontrôlé des transactions financières qui, en Europe et en Amérique du nord, sont infiniment plus importantes que les échanges de biens et de services.

Dans ces conditions, on peut légitimement se demander si une économie libérale ou néolibérale, est capable de satisfaire l'intérêt général, entendu de manière quantitative comme ce qui est utile au plus grand nombre possible. Comme le fait remarquer à juste titre Joseph Stiglitz, « si les marchés étaient la force motrice principale, pourquoi y aurait-il tant de différences entre des pays industriels avancés apparemment semblables ? »³¹. Comment expliquer, avec la globalisation que nous connaissons, que, parmi les plus grandes puissances libérales (États-Unis, Allemagne, Japon, France, Grande-Bretagne, Italie), existent des écarts aussi importants en matière d'emploi, de revenu, d'endettement privé, de pauvreté ? C'est qu'à l'évidence la répartition des chances n'est pas le produit du seul ordre économique, elle dépend aussi des réponses fournies par le système politique et juridique. Car, on le sait depuis Thucydide, « la justice n'entre en ligne de compte dans le raisonnement des hommes que si les forces sont égales de part et d'autre ; dans le cas contraire, les forts exercent leur pouvoir et les faibles doivent leur céder »³². La plus grande menace qui pèse sur la notion d'intérêt général est bien l'effacement du politique, tenté de croire, à tort, que le marché produira une société harmonieuse, une « communauté ordonnée » selon l'expression de John Rawls.

II. LA RECHERCHE DE L'INTERET GENERAL

La perspective retenue ici est simple à dessiner, mais plus difficile à concrétiser : comment rétablir l'équilibre, aujourd'hui compromis, entre l'intérêt général, garant du bien commun, et le marché, créateur de richesses ? Par quels voies et moyens résister au moins aux diverses menaces qui fragilisent la notion ?

Malgré sa reconnaissance comme norme constitutionnelle³³, grâce à la jurisprudence du Conseil, la démarche se heurte à une double difficulté. En premier lieu, l'intérêt général, même hissé au rang de norme, conserve, par nature, un caractère contingent. Il est impossible d'en donner une définition

³¹ *Le prix de l'inégalité*, Paris, LLL 2012, p. 97.

³² *Histoire de la guerre du Péloponèse*, t. 2, Paris, Garnier-Flammarion 1966, p. 74.

³³ *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, *op. cit.*

matérielle invariable. Sa portée est donc largement indécidable a priori. Notion avant tout fonctionnelle, elle ne s'apprécie que dans une situation concrète car elle vaut plus par le but qu'elle poursuit que par les déductions logiques qu'elle autorise. En second lieu, le contrôle qu'opère le juge constitutionnel est, à la fois, prudent et limité ainsi que nous le verrons plus loin. C'est dire que, sans mettre en cause son utilité, incontestable, un inventaire préalable est souhaitable. Pour le faciliter, on adoptera un point de départ simplificateur³⁴, distinguant deux types opposés de situation : celui des États gouvernés par la société dont les États-Unis donnent l'exemple le plus évident ; celui des sociétés gouvernées par leur État dont la France fournissait une illustration traditionnelle. Les relations entre les pouvoirs publics et les intérêts et groupes de pression privés s'y établissent de manière très différente car elles renvoient, pour chacun de ces pôles, à une conception antagoniste de l'intérêt général. Mais, contrairement à une confusion fréquente, ce n'est pas la notion d'utilité qui en est le critère distinctif. La pensée anglo-saxonne comme la doctrine française en reconnaissent l'une et l'autre le bien-fondé. On ne saurait concevoir une action publique (ou privée) qui ne correspondrait à aucun bienfait, aucun profit. Comme l'écrivait, il y a un siècle, le doyen Hauriou, l'intérêt a « toujours un but pratique », c'est en effet un « moyen de satisfaire un besoin ». Selon lui, il n'y a donc pas de « droit sans intérêt »³⁵. Le véritable critère distinctif est le bénéficiaire de cet intérêt. Dans l'utilitarisme anglais et américain, ce qui prévaut, ce sont les individus, destinataires de l'action entreprise. Margareth Thatcher n'hésitait pas à affirmer ainsi, sans nuances : « il n'y a pas de société, il n'existe que des individus »³⁶. Au contraire, dans la tradition française, d'inspiration holiste, ce qui prime, c'est le tout, plus que les parties composantes : l'intérêt général ne peut donc être la somme des intérêts particuliers. Dans un idéal absolu, l'intérêt général devrait être l'intérêt de tous. Mais, cet idéal étant hors de portée, dans l'ordre de la réalité, toujours plus nuancée, il est l'expression d'un choix volontaire, d'une hiérarchisation qui n'est pas quantitative, ce qui lui confère une essence supérieure, transcendante. À l'inverse, dans les États gouvernés par leur société, l'intérêt commun a un caractère immanent, il est contenu dans les choses elles-mêmes et se déduit d'elles.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est révélatrice de l'impossibilité d'enfermer la notion d'intérêt général dans une définition précise. Dans son contrôle du contenu de la loi, il en tire deux conséquences. Il impose d'abord au législateur la formulation de l'objectif poursuivi et lorsque

³⁴ Inspiré d'Hayward J., « Groupes d'intérêt, pluralisme et démocratie », *Pouvoirs* 1996-79. 5 s.

³⁵ *Principes de droit public*, Paris, Dalloz 2010, p. 32.

³⁶ *The collected speeches of Margareth Thatcher*, Londres, éd. Robin Harris-Robson Book 1997.

celle-ci n'est pas explicite, il la recherche lui-même dans les travaux préparatoires de la loi³⁷. Cependant, il se refuse à dire si l'objectif du législateur est ou non d'intérêt général car, s'il le faisait, il substituerait son appréciation à celle du Parlement. En revanche, de manière indirecte, il vérifie le respect du principe de proportionnalité lorsqu'il est porté atteinte à un droit ou à une liberté protégé par la Constitution. L'absence de relation entre le dispositif adopté et l'objectif affirmé comme l'absence d'un intérêt général « suffisant » provoquent sa censure³⁸. Comme on le voit, l'intérêt général est une notion standard, laissant a priori au juge une liberté d'appréciation dont il a fait jusqu'ici un usage très modéré. La raison est que « personne n'a jamais su (en) donner une définition incontestable. Le législateur ne s'en est pas soucié. Le juge ne l'a pas voulu. La doctrine ne l'a pas pu »³⁹.

Pour autant, malgré son caractère fluctuant, faut-il se résigner à l'affaiblissement d'une notion utile au gouvernement des sociétés et à la conception du droit ? À nos yeux, deux grandes voies, non exclusives l'une de l'autre, pourraient lui rendre sa vitalité perdue : la voie institutionnelle et la voie de l'éducation. Nous ne ferons que les esquisser pour conclure ce propos.

A. LA VOIE INSTITUTIONNELLE

Elle invite à rechercher de nouveaux mécanismes d'exercice et de contrôle du pouvoir, susceptibles de faciliter l'émergence de l'intérêt général dans nos régimes politiques. C'est en effet la relation gouvernés-gouvernants qui est l'enjeu majeur. Car si nos « régimes peuvent être dits démocratiques, (...) nous ne sommes pas gouvernés démocratiquement »⁴⁰. Tel est le jugement sévère mais lucide porté, dans son dernier ouvrage, par Pierre Rosanvallon. Ce dernier propose de prolonger l'actuelle « démocratie d'autorisation » par une « démocratie d'exercice » dont les principes seraient lisibilité, responsabilité, réactivité, parler vrai et intégrité. Vaste programme ! Dans ce processus, l'élection est toujours indispensable : elle offre en effet l'occasion d'exprimer les grands choix devant orienter l'action publique. Mais, depuis une vingtaine d'années, elle montre ses limites : elle est de moins en moins capable de fonder un rapport de confiance durable entre le peuple et les dirigeants. La légitimité qu'elle procure est éphémère comme le montrent de concert les exemples français et américains. L'insuffisance du débat de fond précédant l'élection, la multiplication des promesses non tenues, l'impuissance publique aggravent le

³⁷ N° 511 DC du 29.12.2004 et 509 DC du 13.1.2005.

³⁸ N° 453 DC du 18.12.2001. Il a même évoqué l'absence d'un intérêt général « véritable » dans une décision qui demeure isolée (n° 530 DC du 29.12.2005).

³⁹ Truchet D., « Label de service public et statut de service public », *AJDA* 1982. 427.

⁴⁰ *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil 2015, p. 9.

hiatus entre l'opinion et les gouvernants. Désormais, l'élection est plus un procédé de désignation et de renouvellement de ceux-ci qu'une source de contrat politique et d'adhésion à un projet.

Faut-il alors promouvoir des mécanismes de démocratie participative⁴¹ ou citoyenne comme le proposent divers courants de gauche ou écologiste ? L'idée est séduisante, surtout quand on fait la somme des échecs, des malentendus ou des vaines querelles dont l'actualité fourmille d'exemples⁴². Mais la perspective ainsi tracée rencontre rapidement une limite : la faible culture de la concertation, du débat public, de l'évaluation contradictoire ne facilite guère la mise en œuvre de tels procédés au niveau national. Ils sont plus aisément pratiqués au plan local, mais la remontée de ces expériences, si elle se produit, sera bien longue avant de pouvoir provoquer la mutation souhaitée.

Quant aux divers moyens d'assurer une plus grande transparence dans la vie publique, ils sont naturellement louables, à l'image des lois du 11 octobre 2013. Mais il est encore trop tôt pour en observer les effets : quel rôle préventif joueront-ils dans la séparation des intérêts publics et privés ? Seront-ils des remèdes efficaces ou seulement des gages de bonne conscience ? Seule, une analyse dans la durée permettra de mesurer le progrès réellement accompli. On peut cependant craindre qu'il soit modeste tant que ne seront pas restaurés l'esprit des institutions et l'éthique qui le concrétise.

B. LA VOIE DE L'EDUCATION

Le but poursuivi est ici d'assurer la restauration d'un ensemble de valeurs, individuelles et collectives, une meilleure connaissance de l'héritage historique reçu et la consolidation du dessein collectif sans lequel n'existe pas une « communauté de citoyens »⁴³. C'est en effet le socle de la cohésion, du vivre-ensemble, passablement fragilisé depuis des décennies, qu'il faut prioritairement renforcer. Améliorer le fonctionnement des institutions est une condition nécessaire, mais non suffisante pour rétablir la confiance dans l'avenir qui fait aujourd'hui cruellement défaut.

Certes, il n'est pas question de nier les aspects positifs de l'individualisme qui est une conquête, non une régression. La liberté de penser, d'agir, d'organiser sa vie, la réussite personnelle, l'épanouissement sont des acquis indiscutables. Mais ce mouvement a été poussé loin, sans qu'en soient clairement mesurés les conséquences. La dimension individuelle a éclipsé la

⁴¹ V. par ex. Gaudin J.-P., *La démocratie participative*, Paris, A. Colin 2013.

⁴² Chômage, crise du logement, échec scolaire, discriminations, insécurité. En matière d'aménagement du territoire, crispations autour de projets tels que l'aéroport de N.-D. des Landes.

⁴³ Schnapper D., *La communauté des citoyens*, Paris, Gallimard-DL 1994.

dimension collective. Norbert Elias⁴⁴ proposait déjà que le « nous » compte autant que le « je ». Son conseil est malheureusement resté vain. Aujourd'hui, de puissants facteurs de décomposition sociale sont à l'œuvre : creusement des inégalités, revendications communautaristes, exacerbation des singularités comportementales. Ils accroissent le risque de délitement et préparent, si l'on n'y prend pas garde, l'avènement d'une société puzzle, éclatée en une collection de groupes déconnectés, indifférents à la loi commune. Comme le montrent les travaux de Robert Castel, l'affiliation est une condition de l'intégration et de la cohésion⁴⁵. L'éducation en est le pilier. Elle est donc la mère des réformes. C'est à l'école qu'incombe la transmission des savoirs, des règles de vie en société et du récit national qui, tous, préparent à la citoyenneté.

⁴⁴ *Op. cit.*

⁴⁵ « Il n'y a pas d'individus sans supports », « Il n'y a pas d'individus sans État » (*La montée des incertitudes*, Paris, Seuil 2009, p. 443 et 445).

LA « CONCEPTION FRANÇAISE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS » À L'ÉPREUVE DE LA RATIONALITÉ ÉCONOMIQUE

Par
Fabien BOTTINI
Maître de conférences HDR en droit public
Directeur-adjoint du LexFEIM
Responsable du Master Collectivités territoriales
de l'Université du Havre

Mots clés : Néolibéralisme – Conception française / politique de la séparation des pouvoirs – Dualismes institutionnels – Séparation des autorités.

« Pour garder son emploi, [un salarié] peut-il tout accepter ? ». Derrière cette interrogation à laquelle tente de répondre *La loi du marché*, le film de Stéphane Brizé, pour lequel l'acteur Vincent Lyndon a reçu le prix d'interprétation masculine du festival de Cannes 2015, se pose la question de la relation du politique et de l'économique dans le contexte de la mondialisation : la remise en cause progressive des acquis sociaux que les États-providence occidentaux européens ont historiquement mis en place sous la pression du suffrage universel n'est-elle pas révélatrice de l'incapacité dans laquelle se trouve désormais la loi démocratique d'imposer sa volonté à cette « loi du marché » ?

Sans doute cette problématique est-elle en germe depuis le début de la construction européenne, dès lors que son sous-bassement néolibéral fait de la croissance économique née d'une concurrence libre et non faussée le seul moteur du progrès social. Mais l'incapacité des États à discipliner davantage les marchés au lendemain de la crise de 2008 montre qu'on a désormais changé de paradigme : alors qu'au XXe siècle les États-nation avaient encore le pouvoir d'imposer leur volonté aux acteurs économiques, ce sont désormais ces derniers qui semblent dicter leurs vues aux premiers. En France, c'est la

conséquence de la substitution d'une conception « économique » à la « conception française de la séparation des pouvoirs » héritée de 1789.

Comme l'a résumé, Charles Eisenmann dans son commentaire des conclusions du Commissaire du gouvernement Latournerie sous l'affaire Arrighi¹ en effet, cette conception française est une conception « politique » en ce que sa finalité est d'assurer « le respect de la loi ». Elle ne se réduit ainsi pas à la seule réserve de compétences formellement reconnue au juge administratif par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 224 DC du 23 janvier 1987. Elle s'étend matériellement à toutes les dualités institutionnelles qui existent en droit public et qui ont, fonctionnellement, pour objet d'assurer le respect de la volonté générale.

Or, sous couvert de rationalité budgétaire et d'efficacité économique, les réformes dont elles font l'objet visent à passer d'une culture démocratique de la règle, destinée à faire prévaloir les aspirations des citoyens, à une culture néolibérale de l'objectif, avant tout soucieuse de permettre la réalisation d'une concurrence libre et non faussée. Diviser les pouvoirs de l'État mais pour que mieux règne le marché, voilà en substance la logique souterraine à l'origine de la révolution silencieuse de la « conception française de la séparation des pouvoirs » : dans la mesure où le néolibéralisme trie les dualismes qui la caractérisent pour les contester (I) ou les consolider (II), selon qu'ils faussent ou non le jeu de la concurrence.

I. LES DUALISMES CONTESTES

Le projet néolibéral de passer de la culture de la règle à celle de l'objectif est à l'origine de la contestation d'un certain nombre de dualismes institutionnels qui sont pourtant, dans l'optique politique de « la conception française de la séparation des pouvoirs », autant de garanties du débat démocratique (A) et du respect de la volonté générale (B).

A. LES GARANTIES DU DEBAT DEMOCRATIQUE

Afin de faciliter le passage de la culture de la règle à celle de l'objectif, le néolibéralisme génère des réformes qui, sous couvert d'économies budgétaires, atténuent en réalité le débat démocratique tant au sein du pouvoir gouvernemental que de l'autorité juridictionnelle.

1. À l'intérieur du premier, cette évolution se déduit de la contestation dont le bicamérisme parlementaire et le bicéphalisme administratif font régulièrement l'objet. Si l'existence de telles critiques n'est pas nouvelle en soi, l'originalité de celles qui sont formulées depuis les années 1980 tient à ce

¹ CE 6.11.1938, *D.* 1938. 3. 1.

qu'elles se situent désormais sur le terrain économique : alors que la fameuse « défense de déposer un Sénat le long des Constitutions » lancée par Victor Hugo en 1875 était motivée par l'origine monarchique de l'institution, on se demande en 1989 : « Le Sénat vaut-il le milliard de francs qu'il coûte par an ? »². La réponse ne fait pas de doute dans la perspective démocratique de la France, dès lors que l'existence d'une deuxième chambre permet d'engager publiquement la confrontation des points de vue entre les représentants élus du corps électoral. Mais, dans la perspective néolibérale, la deuxième assemblée semble être un coût inutile pour les États unitaires, dès lors que ses dépenses de fonctionnement augmentent sans raison la pression fiscale sur les acteurs économiques³. Le même postulat existe s'agissant du pouvoir exécutif : car si les propositions récurrentes visant à introduire le régime présidentiel en France ne se situent pas (encore ?) expressément sur un plan économique, cette dimension ne leur est malgré tout pas étrangère, dès lors qu'elles reviennent à fusionner les fonctions de premier ministre et de chef de l'État.

2. L'impression d'une remise en cause des garanties démocratiques sur l'autel des économies budgétaires et de l'efficacité économique se retrouve dans la contestation dont font l'objet les dualismes autour desquels l'organisation juridictionnelle française s'est progressivement ordonnée depuis la Révolution. Que l'on songe à la dualité juridictions administratives / juridictions judiciaires issue de la loi des 16-24 août 1790 ou à la dualité justice ordinaire / justice constitutionnelle introduite par les Constitutions de 1946 et 1958, le constat est toujours le même : ces séparations visent à prévenir le gouvernement des juges par un jeu de contrepois. Comme celui-ci oblige les différentes juridictions à « dialoguer », pour reprendre l'expression de Bruno Genevois⁴, publiquement, sous le contrôle de la doctrine et du pouvoir politique à qui revient le dernier mot⁵, on peut y voir une autre garantie du débat public.

² « Le Scandale du Sénat », *L'Evènement du Jeudi* 13-19.4.1989, p. 86.

³ Cette analyse avait d'ailleurs expressément conduit en 2013 le gouvernement de centre droit irlandais à proposer par mesure d'austérité la suppression de la chambre haute nationale (vainement puisque le projet a été rejeté par référendum à 51,7% des suffrages exprimés) (*L'Express* 5.10.2013).

⁴ *D.* 1979. 155.

⁵ Et qui peut toujours s'emparer de la question comme cela ressort par exemple des débats relatifs à la portée du principe selon lequel le silence gardé par l'administration vaut décision implicite de rejet (cf. CE Ass. 27.2.1970, Cne de Bozas, CC 55 L du 26.6.1969, Domaine de la loi, *GDCC* et L. n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 : qui inverse la règle) ou de l'immunité présidentielle (cf. Cass. AP 10.10.2001, Breisacher, *D.* 2002. 237 ; CC 408 DC du 22.1.1999, CPI et la révision constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007 : qui confirme le pouvoir du parlement de destituer le chef de l'Etat « en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » mais réserve au juge répressif ordinaire le soin de le juger en cas d'infraction pénale).

Or, celle-ci se trouve également remise en cause par le projet néolibéral sous couvert d'« analyse économique du droit »⁶. Non seulement en effet de plus en plus de voix se font entendre pour transférer la fonction contentieuse du Conseil d'État à une chambre administrative de la Cour de cassation⁷, mais les propositions en faveur de la transformation du Conseil constitutionnel en un véritable juge suprême se multiplient parallèlement. Or l'une et l'autre de ces évolutions apparaissent en cours de réalisation. La première semble amorcée par l'interdiction faite aux Conseillers d'État, par les décrets n° 2008-625 du 6 mars 2008 et n° 2011-1950 du 23 décembre 2011, de juger au contentieux une affaire dont ils ont eu connaissance dans une formation consultative ou d'avoir accès à l'avis rendu par cette dernière tout comme du transfert d'un nombre toujours plus important de litiges impliquant la gestion publique au juge judiciaire : récemment encore, ce dernier s'est par exemple vu reconnaître le droit d'apprécier en matière civile la légalité des actes réglementaires appliquant le droit communautaire⁸. Quant à la réunification des autorités juridictionnelles sous la figure tutélaire du Conseil constitutionnel, elle se déduit de la création de la QPC, puisque cette dernière l'habilite à censurer les interprétations que les Cours suprêmes ordinaires donnent de la loi⁹. Sans doute leur rôle de filtre leur permet-il actuellement de faire obstacle à la réalisation de ce projet¹⁰. Mais certains en ont déduit la nécessité de reconnaître un « droit d'évocation » au Conseil, lui permettant de s'emparer des affaires qu'elles refusent de lui transmettre¹¹ ou encore de lui transférer purement et simplement le soin d'apprécier la recevabilité des questions posées¹². Si l'impossibilité de porter ce projet jusqu'à son terme montre que la transposition du néolibéralisme dans l'ordre interne se heurte à une certaine résistance de la tradition juridique française, ses préceptes n'en continuent pas moins d'influencer un nombre toujours plus important de réformes qui reviennent à affaiblir le débat public.

Son influence ne se limite toutefois pas à cette remise en cause. Car le passage d'une culture de la règle à une culture de l'objectif passe également selon lui par la contestation d'un certain nombre de garanties du respect de la volonté générale, qui sont historiquement autant de marqueurs de « la conception française de la séparation des pouvoirs ».

⁶ Truchet D., « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005. 1767.

⁷ *Id.* ; Rousseau D. cité in *GP* 9.6.2014.

⁸ TC 17.10.2011, SCEA du Chéneau, *AJDA* 2012. 27, chron. Guyomar et Domino.

⁹ CC 39 QPC 6.10.2010, *D.* 2010. 2744, obs. Gallmeister, note Chénéché.

¹⁰ CE 16.4.2010, Alcaly, *RDI* 2010. 370, obs. Hostiou.

¹¹ V. notamment D. Perben cité in « Rapport d'information de M. J.-L. Warsmann », *Doc. AN* 2010-2838, p. 37.

¹² Rousseau D., *op. cit.*

B. LES GARANTIES DU RESPECT DE LA VOLONTE GENERALE

La substitution d'une culture de l'objectif à celle de la règle permet de redonner sa cohérence à un double phénomène de caporalisation et de disparition de certaines autorités, dont l'effet est de remettre en cause un certain nombre de garanties historiques du respect de la volonté générale en droit français.

1. Le phénomène de caporalisation se déduit pour sa part de la contestation des dualismes préfet de région / préfets de département et élu / fonctionnaires. Tandis que le premier a officiellement été révoqué par le décret n° 2010-146 du 16 février 2010 qui fait du préfet de région le supérieur hiérarchique de son homologue départemental, le second se trouve implicitement ébranlé par la sorte de « cdisation » rampante de la Fonction publique à laquelle conduit la directive CE n° 1999/70 du Conseil du 28 juin 1999 (transposée par les lois n° 2005-843 du 26 juillet 2005, n° 2007-209 du 19 février 2007 et n° 2012-347 du 12 mars 2012). Non seulement en effet le nombre de préposés sous contrat atteignait 17,2% des effectifs (hors contrats aidés) fin 2013¹³, mais l'agent contractuel est statutairement plus dépendant de l'élu et ainsi moins en capacité de lui résister face à un « ordre illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public », comme le prescrit pourtant la jurisprudence Langneur¹⁴. Comme ces deux dualités ont historiquement en commun de conduire différentes autorités à se faire contrepoids, leur remise en cause est révélatrice de l'affaiblissement des garanties du respect de la volonté générale exprimée par la règle de droit. Or celui-ci s'explique par cette conviction, parfaitement bien résumée par le ministre de l'économie, Emmanuel Macron s'agissant du statut des fonctionnaires, que ces garanties ne sont « plus adapté(e)s au monde tel qu'il va » et « surtout plus justifiable(s) »¹⁵, dès lors qu'elles empêchent l'administration de répondre aux attentes du marché.

2. Leur remise en cause se trouve d'ailleurs confortée par le phénomène de « disparition » visible tant en matière sécuritaire, administrative que budgétaire avec la contestation de dualismes aussi traditionnels que ceux relatifs à la séparation gendarmerie / police nationale ; ordonnateur / comptable public ; directions des impôts (chargés d'établir les assiettes) / de la comptabilité publique (chargé d'assurer le recouvrement) ; ou encore autorité déconcentrée / autorité décentralisée inaugurée par le recul du déferé préfectoral. Car ces différentes règles visent, parfois depuis la Révolution, à assurer le respect de la volonté générale exprimée par la règle de droit. Tandis que l'existence de deux

¹³ *Chiffres-clé de la Fonction publique*, Paris, DGAFP 2015, p. 5.

¹⁴ CE 10.11.1944, R. 248.

¹⁵ *Le Monde* 19.9.2015.

directions et l'instauration « d'un contrôle de conformité par un comptable indépendant » est inconnue de pays comme le Royaume-Uni ou les États-Unis d'Amérique¹⁶, leur existence s'explique ainsi en droit budgétaire français par cette conviction que seul le « peuple ou (...) ses représentants » peuvent « décider l'utilisation » des deniers publics et que c'est un moyen efficace d'obliger « l'administration qui ne possède aucune légitimité électorale » à respecter ses décisions¹⁷. La même idée se retrouve en matière administrative ou policière. C'est particulièrement évident pour le contrôle de légalité comme cela ressort de son appellation même mais ce n'en est pas moins vrai pour le « dualisme policier » : entre autres parce qu'il permet « aux magistrats » répressifs « de requérir le concours de l'une ou l'autre force (...) en cas de défaillance ou d'incurie d'un service de police ou de gendarmerie » pour appliquer la règle de droit¹⁸. Si ces dualismes sont pour cette raison bien rattachables à la « conception française de la séparation des pouvoirs », force est de constater que les réformes dont ils font désormais l'objet accréditent l'idée de son démantèlement. Car tandis que les deux directions ont été fusionnées au sein de la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) par le décret n° 2008-310 du 3 avril 2008, la pertinence de la séparation de l'ordonnateur et du comptable et du contrôle de légalité se trouve contestée par l'externalisation à des personnes privées d'un certain nombre de missions de services publics et l'incitation désormais faite aux préfets et aux comptables de prioriser leurs interventions « en fonction du risque réel que présente les » actes ou les « dépenses pour le patrimoine de la collectivité »¹⁹ : puisque cela revient de fait à faire échapper un certain nombre de décisions à leur examen. De même, le rattachement organique de la gendarmerie, non plus au ministère de la Défense, mais à celui de l'Intérieur opéré par la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 esquisse-t-il sa fusion avec la police nationale. Or chacune de ces mesures découle de la volonté clairement affichée de renforcer « l'efficacité et l'efficience de la dépense publique »²⁰.

Cet objectif conduit ainsi le néolibéralisme à contester un certain nombre de dualismes traditionnels de la « conception française de la séparation des pouvoirs » dont l'originalité est de reposer sur une logique de complémentarité

¹⁶ Bin F., « Établir l'assiette et recouvrer les impôts : exemple de procédés étrangers », in *Les transformations de l'administration fiscale*, Paris, L'Harmattan 2011, p. 57.

¹⁷ Saïdj L., « Réflexions sur le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables », *RFFP* 1993-41. 69.

¹⁸ Dieu F., *La gendarmerie, secret d'un corps*, Paris, éd. Complexe 2002, p. 197.

¹⁹ Cf. Alonso C., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Thèse, Toulouse 1 2010, p. 274.

²⁰ Comme le résume, pour la séparation ordonnateur/comptable, A. Maucour-Isabelle in « La modernisation de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics », *RFDA* 2006. 395.

entre les autorités qui les subdivisent en interne, de façon à assurer le respect du débat démocratique et de la volonté générale. Sans doute l'impossibilité de faire aboutir toutes les réformes portées par le projet néolibéral témoigne-t-elle d'un phénomène de résistance bienvenu, dès lors que la question se pose de savoir s'il n'y a pas un seuil de dépenses en deçà duquel la démocratie ne peut plus fonctionner, faute de permettre la confrontation des différents points de vue nécessaire au débat public qui en constitue la substance même. Mais la « conception française de la séparation des pouvoirs » n'en est pas moins ébranlée. D'autant que son souci de passer d'une culture de la règle à celle de l'objectif conduit parallèlement le projet néolibéral à chercher à remplacer cette conception politique par une conception d'ordre économique, basée sur une logique d'opposition entre les pouvoirs, en consolidant les dualismes qui permettent au contraire de mettre l'État au service du marché.

II. LES DUALISMES CONSOLIDÉS

Le projet néolibéral de passer de la culture de la règle à celle de l'objectif le conduit à consolider les séparations verticale (A) et horizontale (B) des pouvoirs au sein de l'État, d'une façon qui porte atteinte à la conception politique pour faire prévaloir la loi du marché.

A. LA SÉPARATION VERTICALE DES POUVOIRS

À rebours de Sieyès qui, sous la Révolution française, recommandait de « centraliser pour éviter l'anarchie », le néolibéralisme préconise de redistribuer les compétences entre les différentes échelles de l'action publique de façon à renforcer le bon fonctionnement du marché, sous couvert d'une plus grande efficacité économique de l'activité étatique. Si cette idée s'est concrétisée en droit communautaire à l'article 5 du TUE²¹, elle s'est trouvée transposée en droit interne à l'article 72 C. par la révision constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003. Ces textes consacrent en effet l'existence d'un principe de subsidiarité qui contribue à la remise en cause de la culture de la règle au profit de celle de l'objectif, en confiant aux échelons locaux, nationaux et supranationaux les seuls domaines d'action pouvant le mieux être pris en charge à leur niveau, d'une façon qui les place en réalité au service du marché, par le jeu de deux phénomènes complémentaires.

1. Le premier tient à la transformation progressive des autorités locales, nationales et supranationales en relai de la volonté des acteurs économiques. Car, en les opposant, la séparation verticale des pouvoirs, non seulement les

²¹ Issu des articles 130 R de l'Acte unique européen des 17 et 28 février 1986 et 5 du traité de Maastricht du 7 février 1992.

empêche de se coaliser pour faire front face aux grandes entreprises, mais les placent dans une position de faiblesse dont ces dernières tirent doublement avantage pour négocier avec eux les règles auxquelles elles sont assujetties. D'une part, il est désormais commun de les voir discuter les conditions d'implantation (ou de maintien) de leurs sociétés sur le territoire français. À l'échelle nationale, ce lobby auprès du Parlement ou du Gouvernement s'avère d'ailleurs parfois payant, comme l'illustrent, en matière fiscale, le développement des procédures d'amnistie ou l'adoption, par la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012, du CICE – crédit impôt compétitivité emploi – (codifié à l'article 244 quater C du Code général des impôts) ; et, en droit du travail, la création d'une flexisécurité « à la française » par l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2013 et l'adoption controversée de la loi El Khomri n° 2016-1088 du 16 août 2016²². Le même phénomène se retrouve du reste au niveau local, même s'il est moins connu du grand public. Car, pour s'en tenir à cet exemple, le président du Conseil régional est devenu un VRP ventant les mérites de sa circonscription aux grandes entreprises qui essaient d'obtenir les conditions d'exploitation les plus avantageuses pour elles sur son territoire. Voilà qui éclaire sous un jour nouveau les mesures prises pour permettre aux Conseils régionaux d'être associés à l'élaboration des règles qui leur sont applicables au niveau supranational, avec la création du Comité des régions au sein de l'UE, et, au niveau national, avec la proposition du rapport Peretti de créer un Haut Conseil des Collectivités devant être « saisi de toutes questions ou réformes législatives ou réglementaires concernant les collectivités territoriales »²³ : car la loi NOTRe n° 2015-991 du 7 août 2015 s'est inspirée de cette proposition pour permettre à un ou plusieurs conseils régionaux de proposer des adaptations des règles législatives ou réglementaires qui s'imposent à eux (nouvel art. L. 4221-1 du CGCT). D'autre part, ce phénomène se trouve aggravé par le double jeu des transferts de compétences aux autorités décentralisées et du développement du droit de la commande publique locale. Car en même temps que le principe de subsidiarité conduit à déléguer un nombre toujours plus important de services publics relevant de l'Etat-providence aux autorités décentralisées, – qu'ils soient constitutionnels ou législatifs, obligatoires ou facultatifs – la règle d'or limite leurs marges de manœuvre financière, d'une façon qui les oblige à recourir aux prestations du secteur privé. Or l'attitude des grands groupes oligopolistiques, souvent tentés de pratiquer des prix prohibitifs au détriment des petites collectivités²⁴, montre que ces derniers en profitent pour leur imposer leur loi. Le renforcement de la

²² V., sur ce point, la tribune éclairante d'A. Supiot, « Pour un droit du travail digne de ce nom », *Le Monde* 16.10.2015.

²³ *La liberté de s'organiser pour agir*, Paris, DF 2011, p. 69.

²⁴ Damarey S., « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA* 2011. 15.

séparation verticale des pouvoirs promu par le néolibéralisme contribue ainsi à l'émergence d'une conception, non plus positiviste juridique ou sociologique, mais économique de la règle de droit, qui fait dépendre sa validité formelle et sa légitimité matérielle de sa capacité, respectivement, à respecter les droits et libertés économiques et à refléter les aspirations des opérateurs du marché. Les autorités publiques n'ont du reste plus véritablement les moyens de résister aux attentes de ces derniers. Car la séparation verticale des pouvoirs les rends dans le même temps impuissantes.

2. Le deuxième phénomène conduit en effet les personnes publiques à se neutraliser les unes les autres, un peu comme si la règle devenait « chacun pour soi et la loi du marché pour tous ».

Tout d'abord, l'action des autorités de droit interne est désormais étroitement soumise au contrôle des instances communautaires en charge du respect de la concurrence non faussée entre États membres et, en premier lieu, à celui de la Commission européenne érigée en gardienne de droit commun des traités par l'article 17 du TUE. Si celui-ci lui confie expressément la mission de « veille(r) à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions » et de « surveille(r) l'application du droit de l'Union », la Commission n'hésite pas à user de ses pouvoirs en la matière pour contraindre les États à respecter le libre jeu du marché, comme cela ressort par exemple de l'avis motivé du 27 juin 2007 par lequel elle avait (à tort !) estimé que le *in house* contrevenait au droit de la concurrence²⁵.

Ensuite, les autorités de droit interne formant les niveaux national et local sont appelées à se contrôler mutuellement, toujours dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché. S'agissant du pouvoir central, cette mission résulte de l'obligation qui lui est faite de se recentrer sur les missions régaliennes qui sont historiquement celles de l'État-gendarme de l'époque libérale classique, de façon à jouer le rôle d'un État stratège en charge de la régulation de l'économie. Certes le néolibéralisme ne lui fait pas entièrement confiance pour s'acquitter au mieux de cette mission, puisqu'il l'incite à déléguer la régulation de certaines activités à des autorités publiques ou administratives indépendantes du pouvoirs politique²⁶. Mais il le charge dans le même temps de veiller à ce que les actes publics locaux se conforment au droit de la concurrence, comme cela ressort du recentrage du contrôle de légalité sur certaines matières économiquement sensibles, telles que le contentieux de la commande publique locale²⁷. Le même souci d'assurer le bon fonctionnement

²⁵ Communiqué CE n° IP/07/922 du 27 juin 2007.

²⁶ Sur cette question, v. « Rapport de M. P. Gérald », *Doc. S.* 2006-404.

²⁷ Cf. Circ. n° MCTB0600004C du 17.1.2006, relative à la modernisation du contrôle de légalité ; n° 10CA0917418C du 23.7.2009, sur la réorganisation du contrôle de légalité et n° 10CB1202426C du 25.1.2012, définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité.

du marché explique que les autorités locales soient en retour également amenées à contrôler l'action normative du pouvoir central, dès lors qu'elles sont désormais tenues de laisser inappliquées les règles nationales contraires au droit communautaire de la concurrence²⁸.

Dans la perspective économique de la pensée néolibérale, le renforcement de la séparation verticale des pouvoirs vise donc à mettre les autorités publiques au service du libre jeu du marché, en passant d'une logique de collaboration à une logique d'opposition des pouvoirs. Si c'est une condition nécessaire à la substitution de la culture de l'objectif à celle de la règle, la mise en concurrence des différents échelons de l'action publique n'est toutefois pas suffisante pour mettre le marché à l'abri de l'arbitraire étatique (ou démocratique). C'est la raison pour laquelle le projet néolibéral œuvre parallèlement à la consolidation de la séparation horizontale des pouvoirs.

B. LA SEPARATION HORIZONTALE DES POUVOIRS

Sous couvert d'efficacité économique de l'action publique, le projet néolibéral cherche à renforcer le dualisme pouvoir politique / pouvoir judiciaire pour faire du juge le gardien suprême d'une concurrence libre et non faussée, au terme d'une sorte de rigidification de la séparation horizontale des pouvoirs. En même temps que les mesures prises pour affaiblir la faculté de dernier mot des autorités politiques, ce projet explique en effet celles visant à accroître le pouvoir de décision des juges, étant entendu que les droits fondamentaux dont ils doivent assurer le respect ne sont pas les droits sociaux ou les libertés politiques qui en sont historiquement le ressort, mais bien les droits et libertés économiques dont le respect est prioritairement indispensable au bon fonctionnement du marché.

1. Pour sa part, l'affaiblissement du pouvoir de dernier mot des autorités politiques se déduit des mesures prises pour renforcer les garanties d'indépendance des magistrats et l'autorité de la chose jugée de leurs décisions. Sans doute, assiste-t-on, sur le premier point, à une nouvelle résistance de la tradition juridique française, dès lors que le parquet reste soumis à l'autorité hiérarchique du Garde des Sceaux conformément à la « conception politique de la séparation des pouvoirs »²⁹. Mais la CEDH refusant régulièrement pour cette raison de considérer ses membres comme une autorité judiciaire³⁰, le pouvoir politique est tout aussi régulièrement tenté de mener une révision constitutionnelle pour renforcer leur indépendance³¹. Surtout, celle des

²⁸ CE 20.05.1998, Cté de cnes de Piémont de Barr, *RFDA* 1998-14. 609 à 619.

²⁹ CC n° 492 DC du 2.3.2004, *R.* 66, cs. 98.

³⁰ CEDH 27.9.2013, *Vassis et a. c/ France*, Aff. n° 62736/09.

³¹ Cf. la convocation reportée *sine die* du Congrès du Parlement par le Président Chirac le 24 janvier 2000 et l'annonce faite par le Président Hollande lors de ses

magistrats du siège est désormais bien établie, tant dans l'ordre judiciaire³² que dans l'ordre administratif depuis la décision n° 119 DC du 22 juillet 1980 du Conseil constitutionnel. S'agissant de la portée des décisions de justice, la jurisprudence prend parallèlement soin d'imposer leur respect au pouvoir politique, comme cela ressort de celle encadrant strictement le recours aux lois de validation³³ ou d'amnistie³⁴. En doctrine, la validité même des « lits de justice »³⁵, c'est-à-dire des révisions constitutionnelles uniquement destinées à surmonter une jurisprudence du Conseil, commence à être contestée : puisque certains auteurs s'interrogent sur leur compatibilité avec l'article 62 C. dont il ressort expressément que ses « décisions (...) ne sont susceptibles d'aucun recours ». Le Conseil est ainsi invité à faire évoluer sa jurisprudence pour juger que « les articles 16 de la Déclaration de 1789 », 62 « et 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions (...), sur lesquelles ne peuvent empiéter » ni le constituant, « ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative »³⁶. Certes, nul ne peut rêver d'une justice aux ordres dans un État démocratique. Mais il ne faudrait pas substituer un risque d'arbitraire à un autre. Or l'indépendance de la justice vise uniquement dans l'entreprise néolibérale à en faire les garants du respect des droits et libertés économiques dont l'exercice seul est nécessaire au libre jeu du marché, en soustrayant leurs décisions à toute ingérence politique, y compris à celle du peuple souverain. Les règles relatives à la CJUE confirment cet objectif : puisque ses membres sont choisis « d'un commun accord » par les 28 États de l'Union parmi « des personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance », sous-entendu à l'égard des différentes autorités nationales, quelles qu'elles soient (fussent-elles souveraines)³⁷.

2. Comme une telle indépendance ne suffit pas à elle seule à soumettre les pouvoirs réglementaires et législatifs à la loi du marché, le projet néolibéral prend parallèlement soin de renforcer les pouvoirs des juridictions : de façon à permettre aux acteurs économiques d'imposer leur volonté au pouvoir politique par leur entremise.

S'agissant du pouvoir réglementaire, cette évolution découle du recul du principe traditionnel de séparation de la juridiction administrative et de

vœux 2016 en faveur d'une telle réforme (« Hollande relance la réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *Le Monde* 16.1.2016).

³² Cf. art. 64 C. et CC n° 31 DC du 26.1.1967.

³³ CC n° 119 DC du 22.7.1980, *GDCC*.

³⁴ CC n° 244 DC du 20.7.1988.

³⁵ Selon l'expression de Vedel G., « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA* 1992. 173.

³⁶ CC n° 551 DC du 1^{er}.3.2007, es. 10.

³⁷ Cf. art. 18 du TUE et Titre 1 du Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne annexés aux TUE et TFUE.

l'administration active. Car le juge administratif a désormais, comme son homologue judiciaire, le pouvoir de lui dicter sa conduite vite et fort par le jeu des procédures de référé et des injonctions sous astreintes, comme cela ressort du vote des lois n° 2000-597 du 30 juin 2000 et n° 95-125 du 8 février 1995.

Quant au pouvoir législatif, cet objectif transparait de la remise en cause du partage des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires et, surtout, de la volonté de supprimer la dualité justice constitutionnelle / justice supranationale en transférant ces contentieux à une justice constitutionnelle supranationale.

Dès les années 1970, la question s'est trouvée posée de savoir si le juge constitutionnel n'était pas compétent pour opérer le contrôle de conventionnalité des lois. À l'époque la jurisprudence IVG a certes répondu par la négative³⁸. Mais elle l'a fait tout en validant le contrôle de conventionnalité des lois opéré par les juridictions ordinaires³⁹, pour tirer toutes les conséquences du mécanisme de renvoi préjudiciel devant la CJCE prévu par les traités européens⁴⁰ et garantir l'effectivité des droits et libertés économiques⁴¹ en découlant⁴². Or non seulement de plus en plus de voix plaident pour une concentration des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois entre les mains du juge constitutionnel, mais cette évolution semble, d'une certaine façon, en cours de réalisation : puisque le Conseil accepte de contrôler la communautarité des lois de transposition, outre quand elles méconnaissent « l'identité constitutionnelle de la France »⁴³, quand elles sont « manifestement incompatible avec la directive »⁴⁴. Certes, le projet d'aboutir à une véritable cour constitutionnelle n'est pas en lui-même incompatible avec le projet démocratique, dès lors que la « loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁴⁵. Mais, dans la perspective néolibérale, l'entreprise vise avant tout à assurer la primauté de la loi du marché, en permettant au juge

³⁸ CC n° 54 DC du 20.1.1975, *GDCC*, cs. 3.

³⁹ Cass. civ. 2^e 24.5.1975, *Sté Cafés Jacques Vabre* ; CE 20.10.1989, *Nicolo*, *GAJA* ; CE Ass. 30.10.2009, *Perreux*, *AJDA* 2009. 2385.

⁴⁰ Ex-article 234 CE devenu art. 267 TFUE.

⁴¹ CJCE 4.12.1974, *Van Duyn c/ Home Office*, *R.* 1337.

⁴² Or, ce faisant, le néolibéralisme véhiculé par le droit communautaire a indirectement été à l'origine de l'approfondissement quantitatif (cf. art. 61 issu de la révision n° 74-904 du 29 octobre 1974 et art. 61-1 C. issu de la révision n° 2008-724 du 23.7.2008) et qualitatif (CC 44 DC du 16.7.1971, *GDCC*) du contrôle de constitutionnalité des lois : dès lors que celui-ci a en réalité été aiguillonné par l'essor du contrôle de leur conventionnalité, puisqu'il apparaissait difficilement envisageable que la Constitution, norme supérieure, puisse être moins bien protégée que les traités, normes inférieures dans l'ordre interne.

⁴³ CC n° 540 DC du 27.7.2006, cs. 28.

⁴⁴ CC n° 505 DC du 19.11.2004, *GDCC*, cs. 12.

⁴⁵ CC n° 197 DC du 23.8.1985, cs 27.

constitutionnel d'imposer au législateur démocratique le respect des droits et libertés économiques qui sont nécessaires à son développement, au détriment des libertés politiques et des droits sociaux qui en découlent.

Si c'est une différence fondamentale avec la « conception française de la séparation des pouvoirs », le projet de traité de 2004 portant Constitution européenne montre que le véritable but du néolibéralisme est toutefois d'imposer le respect de la loi du marché au législateur constituant lui-même, en le plaçant sous l'autorité d'une cour constitutionnelle supranationale. Cet objectif permet rétrospectivement de mieux comprendre la jurisprudence communautaire tentant d'affirmer sa « primauté »⁴⁶ sur le droit interne, dès lors que le succès de cette entreprise aurait permis à la CJCE/CJUE de s'imposer, de fait sinon en droit, comme ce juge constitutionnel suprême. Si ce projet n'a pour l'instant jamais pu aboutir, il y a donc fort à parier que la réforme reviendra sur le métier tant la soumission du dépositaire de la souveraineté étatique au respect de la loi du marché apparaît comme l'étape ultime de la substitution de la culture de la règle à la culture de l'objectif prônée par le néolibéralisme.

* *

*

Tandis que la conception politique de la séparation des pouvoirs dégagée par la tradition juridique française vise à assurer le respect de la loi, expression de la volonté générale, la conception économique alternative véhiculée par le néolibéralisme tend à l'inverse à promouvoir le respect d'une concurrence libre et non faussée. **Diviser les pouvoirs de l'État mais pour que mieux règne le marché : voilà donc la conception économique de la séparation des pouvoirs portée par le projet néolibéral.** Sans doute les deux conceptions se recoupent-elles parfois. Mais elles ne se confondent pas, comme l'illustrent le recul des droits sociaux favorisés par l'affaiblissement des libertés politiques et l'essor corrélatif des libertés économiques et du droit de la concurrence : dans la mesure où le néolibéralisme favorise le passage progressif d'une conception de la séparation des pouvoirs reposant sur une logique de coopération, sous le contrôle du corps électoral, à une conception de la séparation des pouvoirs reposant sur une logique de concurrence, sous l'arbitrage ultime du juge, dans son projet de substituer la loi du marché à la loi démocratique.

Le néolibéralisme vécu opère ainsi sur le plan juridique une déconstruction de la conception française qu'il considère sous-optimale par rapport à l'objectif de bon fonctionnement du marché, dès lors qu'elle place les gouvernants sur

⁴⁶ CJCE 15.7.1964, *Costa c/ Enel*, R. 1141, pt. 3.

des « sentiers de dépendance » (*path dependency*) qui les empêchent de faire les réformes nécessaires à sa libéralisation. Peut-être cette déconstruction se trouve-t-elle facilitée au point de vue sociologique par l'interpénétration croissante des sphères politique et économique dont la séparation constituait aux yeux de Maurice Hauriou une garantie fondamentale du régime civil⁴⁷ ? Mais, en tout état de cause, elle produit des effets paradoxaux, révélateurs de l'antagonisme croissant entre le politique et l'économique : car si d'un point de vue économique cette évolution constitue un progrès pour les pays défavorisés, elle s'analyse au contraire comme une régression pour les grandes démocraties occidentales, dès lors que le développement des premiers semble se faire au prix d'une remise en cause des acquis sociaux de ces dernières. Comme celle-ci se trouve facilitée par le recul des libertés politiques, la question se pose : le néolibéralisme ne contribue-t-il pas à l'émergence d'une conception, non plus positiviste juridique ou sociologique, mais économique de la règle de droit, faisant dépendre sa validité formelle et sa légitimité matérielle de sa capacité à respecter les droits et libertés économiques et à refléter les seules aspirations des opérateurs du marché ?

⁴⁷ *Principes de droit public*, Paris, Larose et Tenin 1910, p. 367.

2. LES INSTRUMENTS DU NEOLIBERALISME

NEOLIBERALISME ET DROIT PUBLIC : UNE INFLUENCE EN DEMI- TEINTE ?

Par
Jean-Philippe DEROSIER
Professeur des Universités
Directeur du ForInCIP
Membre du CUREJ
de l'Université de Rouen

Mots clés : Néolibéralisme – Légicentrisme.

L'un des mérites de ce colloque est de nous donner l'occasion d'identifier les instruments de la puissance publique qui doivent être au service des marchés dans la pensée néolibérale et de les mettre en perspective avec les évolutions du droit positif d'un certain nombre de pays, au premier rang desquels figurent bien sûr la France. C'est pourquoi je remercie Fabien Bottini de m'avoir invité à y participer. Il va de soi que la richesse du sujet ne nous permet pas de prétendre à l'exhaustivité. Mais on constate depuis près de 30 ans un certain nombre d'évolutions qui sont autant de remises en cause de certaines spécificités du droit français traditionnellement révélatrices de son interventionnisme fort dans l'économie. De sorte que, sans se prononcer sur les choix politiques qui ont été opérés et qu'il n'appartient pas au juriste de juger, on peut se demander si ces transformations ne sont pas le fruit de l'influence de ces idées sur le droit national.

Citons les exemples du droit de la commande publique qui est de plus en plus placé sous le signe du respect du droit de la concurrence, de façon à limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives dans le choix de leur co-contractant ; de l'organisation administrative locale qui se trouve modernisée, dans le sens d'une plus grande rationalisation des structures pour mettre entre autres fin au morcellement communal ; du droit budgétaire qui s'est trouvé réformé avec l'adoption de la LOLF, de façon à substituer une culture de

l'objectif à la culture de la règle symptomatique de l'attachement de la France au légicentrisme ; citons, enfin, la crise de ce dernier : car, sur le plan théorique, le néolibéralisme s'accommode mal du règne de la loi, dès lors qu'il prône un retrait de l'intervention étatique. Cette crise de l'autorité de la loi tout comme les autres évolutions citées ne sont-elles pas autant d'éléments de preuve de la transformation du droit public français sous l'influence des idées néolibérales ?

La difficulté du sujet tient peut-être à ce que cette influence est toutefois en demi-teinte, comme cela ressort d'une approche des choses par le prisme du droit budgétaire, dès lors que ce dernier montre que l'intervention de l'État reste malgré tout importante. D'une part, en effet, le débat qui a lieu à l'automne lors de l'élaboration de la loi de finances est souvent l'occasion pour les Collectivités locales de s'inquiéter auprès du pouvoir central d'une baisse de leurs dotations étatiques. D'autre part, et plus généralement, la dégradation des finances publiques est un véritable enjeu des politiques publiques depuis de très nombreuses années. Christian Poncelet est le dernier secrétaire d'État à avoir fait voter un budget en équilibre, il y a plus de 40 ans, en 1974. Autant dire que la majorité des personnes qui sont dans cette salle n'étaient pas nées ! Or ce déficit public révèle en creux que l'interventionnisme de l'État reste plus important aujourd'hui que ce que préconise le néolibéralisme.

Avançons donc l'hypothèse que l'influence de ce dernier sur le droit français est à la fois réelle et limitée. De nous permettre d'y réfléchir n'est pas le moindre intérêt de ce colloque !

LA CRISE DU LÉGICENTRISME

Par
Agnès CANAYER
Adjointe au maire du Havre
Sénatrice de Seine-Maritime

Mots clés : Néolibéralisme – Souveraineté de la loi – Légicentrisme – Crise de la loi.

Merci de m'accueillir. Je suis particulièrement heureuse de revenir à l'Université du Havre à l'invitation de Fabien Bottini pour partager avec vous mes premières expériences de législateur. Éluée sénatrice depuis un peu plus d'un an, j'ai pu confronter tous les principes que j'ai enseignés aux étudiants de l'Université pendant de nombreuses années aux côtés de Patrice Gélard et de Gilles Lebreton, deux des anciens doyens de la Faculté.

Ce colloque nous offre la possibilité de réfléchir sur l'identité de notre droit national et, notamment, sur la place de ceux qui façonnent la loi dans un univers mondialisé. La loi est, dans notre histoire, une loi écrite, qui exprime la volonté générale. Sa régularité et sa force comme son infaillibilité ont longtemps été reconnues mais son règne semble désormais remis en cause du fait de certains éléments qui viennent interagir avec le processus législatif, dès lors que ces interactions alimentent l'idée d'une crise du légicentrisme.

Mais assiste-t-on à une crise de la loi ou à une crise de confiance dans le législateur ? Si tel est bien le cas comme je le pense, comment peut-on restaurer cette confiance et faire en sorte que les lois soient en phase avec les attentes des citoyens, claires, simples, précises, accessibles et cohérentes ?

Les constats que j'ai dressés lors de cette première année de pratique législative (I) doivent être appréhendés à la lumière des évolutions actuellement en cours pour redonner confiance à l'électeur en ceux qui élaborent les lois qui s'imposent à lui (II).

I. LES CONSTATS

Cette année passée au Sénat m'a permis de constater combien la loi est prise en tenaille entre la Constitution et le règlement (A), combien la procédure d'élaboration de la loi est perfectible (B) et combien le législateur est soumis à la pression médiatique (C).

A. UNE LOI PRISE EN TENAILLE ENTRE LA CONSTITUTION ET LE REGLEMENT

La loi subit des interactions extérieures dans la mesure où qu'elle doit respecter la jurisprudence constitutionnelle et le domaine du règlement.

Elle est, tout d'abord, soumise au contrôle de constitutionnalité, dès lors que ce dernier permet au Conseil constitutionnel d'intervenir dans le domaine de la loi, par le jeu des réserves d'interprétation. Celles-ci sont désormais quasi-systématiques, puisque la saisine du Conseil constitutionnel est aujourd'hui elle-même quasi systématique : en novembre 2015, à l'heure où je vous parle, le Conseil a non seulement déjà été saisi 122 fois, mais il l'a été sur toutes les lois portant des projets politiques forts, comme la loi « Macron » n° 2015-990 du 6 août 2015, la loi « NOTRe » n° 2015-991 du 7 août 2015, la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015, relative au renseignement, celle n° 2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi ou celle n° 2015-992 du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Or, les réserves d'interprétation qu'ils formulent à l'occasion de ses décisions reviennent à lui permettre d'intervenir sur le contenu même de la règle adoptée par le législateur, ce qui constitue une importante contrainte constitutionnelle pesant sur l'action de ce dernier.

Une autre contrainte tient ensuite à la répartition des compétences entre le domaine de la loi et du règlement opéré par les articles 34 et 37 de la Constitution. Car celle-ci place la loi dans une situation de dépendance vis-à-vis des décrets d'application pour diverses raisons.

La première tient au décalage existant entre les prescriptions législatives et l'application de ces prescriptions. D'après un rapport sénatorial du 15 juin 2015 en effet, 65% seulement d'entre elles font l'objet de décrets d'application. Alors qu'une circulaire du 1^{er} juillet 2004 impose au gouvernement un délai de 6 mois maximum pour élaborer ces textes, le délai est aujourd'hui de plus de 8 mois : il est exactement de 8 mois et 5 jours. Un certain nombre de lois restent ainsi sans décret d'application, comme la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, sur l'économie sociale et solidaire. 25% seulement de ses décrets d'application ont en effet à ce jour été adoptés.

La deuxième raison pour laquelle la loi apparaît dépendante de ses décrets d'application tient à l'inadéquation qui existent entre ses prescriptions et ces mesures réglementaires. Par exemple, un amendement de la commission sénatoriale des affaires sociales repris dans la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011

relative à la bioéthique prévoit d'encadrer à l'article L. 1244-7 du Code de la santé publique le choix des donneurs de gamètes. Or le décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 pris sur la base de cette disposition exige la consultation annuelle des donneurs sur le point de savoir s'ils maintiennent la conservation de leur don. Ce qui n'est pas la même chose.

Une dernière raison à la situation de dépendance de la loi vis-à-vis du règlement tient à ce que les décrets d'application percutent en quelque sorte le temps législatif. L'un des dinosaures législatifs dernièrement adopté, la loi Macron précitée du 6 août 2015, est représentatif de ce phénomène, puisque seuls 5 des 95 décrets d'application prévus par ce texte ont été pris à ce jour. Or la loi Macron II est déjà en chantier. Il y a donc fort à parier que les décrets d'application de la loi Macron seront déjà dépassés lorsque la loi Macron II sera adoptée.

Cet exemple montre par ailleurs qu'une autre raison de la crise de confiance dont fait l'objet le législateur tient aux conditions de la production législative.

B. UNE PRODUCTION LEGISLATIVE ABONDANTE ET BAVARDE

La production législative apparaît en effet aujourd'hui abondante et bavarde : abondante dès lors que 66 lois ont été adoptées lors de la session 2013-2014 (contre 50 lors de la session précédente) et que ce chiffre devrait se maintenir lors de la nouvelle session ; bavarde, dès lors qu'une loi compte désormais 40 articles en moyenne (contre 20 dans les années 1990). Or cette évolution ne semble pas prête de s'arrêter puisqu'en 2014 300 articles de plus ont été adoptés par rapport à l'année 2013. Deux facteurs semblent conjuguer leurs effets pour aboutir à ce résultat.

Le premier, d'ordre conjoncturel, tient à la multiplication de ce que j'appelle les lois « kleenex », c'est-à-dire votées en urgence en réponse à un problème d'actualité. La loi « Cahuzac », votée à la suite du scandale suscité par la découverte de la fraude fiscale du ministre du budget de l'époque, est symptomatique de cette réalité tout comme les tentatives récurrentes pour faire voter les dispositions sur les médecins ophtalmologistes. L'idée est en effet régulièrement proposée de les faire travailler en réseau avec les optométristes pour faire face à leur pénurie. C'est ainsi que les sénateurs ont déjà eu l'occasion d'en débattre à quatre reprises : une première fois à l'occasion de l'examen la loi santé, à nouveau lors du vote de la loi de finances 2015, une troisième fois lors de celui de la loi Macron et une dernière fois à l'occasion de l'élaboration de la loi de financement de la sécurité sociale 2016. Or toutes ces urgences viennent alourdir un agenda parlementaire déjà surchargé.

Cette remarque montre que le deuxième facteur est en comparaison plus structurel.

Il tient en premier lieu à la façon dont les lois sont conçues. Le problème peut se résumer ainsi : « un ministre, une loi ». Les projets de loi sont en effet souvent mono-sujets, dans la mesure où ils ne contiennent que les dispositions relevant de la compétence des ministres qui les portent, sans vision d'ensemble. À ce caractère en « tuyau » des lois votées s'ajoute le problème des projets de loi parfois trop techniques, comme l'illustre celui sur la loi de financement de la sécurité sociale actuellement en cours de discussion. Son article 39, sur les droits d'accès à la santé, contient en effet à lui seul... 338 alinéas.

Les difficultés liées à l'initiative des lois se trouvent, en deuxième lieu, aggravées par l'inflation législative à laquelle conduisent débats publics et navettes parlementaires. Ce phénomène n'est là non plus pas toujours le fait des parlementaires, le gouvernement profitant souvent du processus législatif pour réintroduire certaines dispositions antérieurement rejetées. La loi santé illustre bien ce phénomène puisque elle comporte 209 articles contre 78 articles dans le projet de loi dont elle est issue. Il en est de même de la loi Macron précitée dont l'examen a, entre l'Assemblée nationale et le Sénat, fait l'objet de 3 000 amendements et nécessité plus de 300 heures – ce qui s'explique lorsque l'on sait que le texte comporte des dispositions sans lien directes les unes avec les autres obligeant à des vas-et-viens permanents.

En troisième lieu, le dernier facteur structurel de la mauvaise qualité des lois tient au temps et au rythme du travail parlementaire : au temps, car le travail législatif est haché. La loi santé a par exemple été votée en Commission en juillet ; dans l'hémicycle en septembre, le tout étant entrecoupé au milieu par les semaines de contrôle parlementaire ou dédiées aux groupes politiques. Il y a ainsi eu 15 jours de coupure entre l'examen des premières dispositions de la loi et la fin de l'étude du texte. Le rythme parlementaire n'est pas plus favorable à une élaboration sereine des lois : non seulement les sessions ordinaires s'enchaînent à une vitesse folle, mais la session extraordinaire est devenue quasi-systématique en juillet et septembre. Les sessions s'étirent en outre du lundi au vendredi, contrairement aux engagements pris au moment de la révision constitutionnelle modifiant la session parlementaire. Et si le parlementaire ne siège que le midi, l'après-midi et le soir, c'est parce que le matin est réservé au travail en Commission.

Pour aggraver le tout, le législateur est, plus qu'auparavant, soumis à la pression médiatique.

C. UN LEGISLATEUR SOUMIS A LA PRESSION MEDIATIQUE

La pression médiatique alimente indéniablement la crise de confiance dans le législateur.

D'abord, en véhiculant l'image des hémicycles vides dès lors que cette dernière généralise l'idée d'un manque d'assiduité des membres du Parlement. Il faut savoir qu'il s'agit d'une image déviée du rôle réel du législateur, dans la mesure où l'essentiel du travail se fait dans les commissions parlementaires. Or la charge de travail est aujourd'hui telle que ce travail déborde sur le temps de présence dans l'hémicycle.

Ensuite, les médias au sens large, c'est-à-dire réseaux sociaux inclus, soumettent les parlementaires à une vraie pression : outre leur temps de travail, celle-ci concerne désormais également leurs prises de positions puisque celles-ci font l'objet d'une « évaluation » en temps réel : les réseaux sociaux rendent compte à la minute de tout ce qui est dit tout comme les sites extrêmement spécialisés tels que nossenateurs.fr ou nosdeputes.fr. L'activité des uns et des autres est ainsi en permanence pointée et soumise à un jugement de valeur visant à apprécier ce qui a été dit, bien dit, mal dit, avec les déviances qui peuvent en découler. Une ministre a par exemple incité récemment les sénateurs à réfléchir à l'impact de leur vote sur la presse le lendemain...

Ces constats appellent un certain nombre de remèdes.

II. LES REMEDES

Remédier à la crise de confiance envers le législateur suppose selon moi tout à la fois de recentrer la loi sur son domaine (A), d'améliorer la qualité du travail législatif (B) et de redonner confiance envers le législateur (C).

A. RECENTRER LA LOI SUR SON DOMAINE

Afin de recentrer le parlementaire sur ce qui constitue son cœur de métier : le vote de la loi, le président Gérard Larcher et son homologue de l'Assemblée nationale n'hésitent aujourd'hui plus à utiliser la procédure de l'article 41 de la Constitution. Celle-ci permet, depuis l'adoption de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, au président de chaque assemblée de s'opposer au vote d'une proposition de loi ou d'un amendement qui ne relève pas du domaine de la loi. Or le recours à cette possibilité est en augmentation depuis le début de la session 2015-2016, puisque 15 amendements ont été passés sous l'empire de l'article 41 lors du vote du projet de loi de financement de la sécurité sociale alors cette procédure n'avait été utilisée que 11 fois depuis 2008.

S'il y a donc une véritable volonté de recentrer la loi sur son domaine, il conviendrait parallèlement selon moi d'améliorer la qualité du travail législatif.

B. AMELIORER LA QUALITE DU TRAVAIL LEGISLATIF

Cette amélioration suppose à la fois de réformer le processus d'élaboration des lois et de renforcer le contrôle parlementaire sur l'exécution des lois.

Sur le premier point, il conviendrait de réviser la Constitution pour mettre un terme aux abus du droit d'amendement, notamment illustrés par le dépôt d'amendements identiques par plusieurs parlementaires ou à plusieurs moments de la discussion (en commission ou dans l'hémicycle). Il conviendrait également de conforter la navette législative et le bicaméralisme dès lors que ce sont deux garanties de la qualité de la loi. Pour qu'une loi s'améliore, il faut qu'il y ait du temps, de la maturation, de l'échange. Le fait qu'il y ait deux assemblées différentes dans leur légitimité renforce ces échanges et la qualité des textes adoptés. L'exemple de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, relative à l'adaptation de la société au vieillissement, conforte cette analyse puisque 80% des amendements sénatoriaux ont été repris par l'Assemblée nationale, cette dernière y voyant une amélioration du texte en discussion. Le Sénat adopte aujourd'hui énormément d'amendements de suppression, de clarification, de cohérence qui sont repris par la chambre basse et qui permettent de garantir que les normes législatives soient claires et applicables.

S'agissant du contrôle de l'exécution des lois, certains dispositifs permettent désormais de suivre en temps réel son état. Mais il conviendrait de réfléchir aux suites à donner au contrôle des Commissions des lois et aux conclusions des rapports annuels sur le temps d'exécution des lois.

Enfin, il conviendrait de redonner confiance aux citoyens envers le législateur.

C. REDONNER CONFIANCE DANS LE LEGISLATEUR

La crise actuelle de la démocratie appelle un renforcement de la transparence. Les déclarations de patrimoine et d'intérêts et d'utilisation des moyens mis à disposition des parlementaires (comme la dotation d'action) sont de bonnes évolutions qui montrent qu'on est aujourd'hui dans un cercle vertueux.

Mais il faut aller plus loin et s'assurer que les parlementaires ne soient pas des élus « hors sol ». Il faut pour cela s'assurer qu'ils soient connectés avec les attentes des électeurs. Ce n'est pas un hasard si les élus municipaux sont ceux qui ont la plus forte crédibilité car ils mettent en place des actions de proximité, et sont dans l'échange permanent avec leurs citoyens. Il faut aussi faire en sorte que le législateur soit en lien avec les attentes des territoires. C'est pourquoi selon moi, le cumul d'un mandat parlementaire et local reste nécessaire à condition, bien sûr, d'être encadré.

* *

*

En conclusion, la crise du légicentrisme n'est pas le signe d'un recul de l'État sous la pression des idées néolibérales selon moi mais davantage le signe d'une crise de confiance envers le législateur.

Il y a une vraie défiance à son égard qui appelle plusieurs réformes. Au Sénat, sous l'impulsion du Président Gérard Larcher, un certain nombre de remèdes à cette crise de la démocratie ont d'ores et déjà été mis en place avec l'adoption, le 13 mai 2015, de la résolution tendant à réformer les méthodes de travail sénatorial, dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité de la chambre haute. Ce texte modifie en effet le règlement de l'assemblée pour rationaliser le temps de parole et l'usage du droit d'amendement parlementaire et inscrire dans son article 23 bis l'obligation pour tout sénateur de « participer de façon effective aux travaux du Sénat », sous peine de sanction financière.

L'INFLUENCE DU NÉOLIBÉRALISME SUR LES STRUCTURES TERRITORIALES FRANÇAISES

Par
Jean-Marie PONTIER
Professeur émérite
à l'université d'Aix-Marseille

Mots clés : Néolibéralisme – Réforme territoriale.

Le droit administratif français a beaucoup évolué en quelques décennies, il s'est « libéralisé ». Plusieurs signes l'attestent. Un premier signe est le déclin des célèbres prérogatives de puissance publique. Celles-ci étaient une sorte de marque de fabrique du droit administratif français, elles étaient avant tout l'attribut d'autorités représentant l'État, agissant en son nom. Ces prérogatives n'ont certes pas disparu, mais elles sont quelque peu déconsidérées, comme si elles étaient l'expression d'un mode d'intervention dépassé. L'État hésite d'ailleurs à les utiliser, il préfère souvent recourir à d'autres procédés.

Un autre signe, corrélativement, est la montée en puissance du droit des contrats. Les contrats administratifs ont certes toujours eu leur place dans les interventions des personnes publiques, mais ils étaient encadrés par des procédures très strictes définies par l'État avec notamment ce procédé qu'était l'adjudication, et si ce procédé existe toujours il est passé au second plan, d'autres procédés lui sont préférés. Un mot l'emporte désormais dans le droit des contrats, c'est le mot magique de « concurrence » et un nouveau droit s'est développé, le droit de la concurrence. Et il est sans doute significatif qu'un certain nombre de commercialistes, en France, considèrent le droit public de la concurrence comme une annexe du droit de la concurrence qui, dans leur esprit, ne peut être qu'un droit privé.

Cette déconsidération du droit public au profit du droit privé et plus particulièrement du droit commercial ne serait-elle pas un signe de l'influence grandissante du droit anglo-saxon sur notre propre droit ? D'autant que ces

observations doivent être mises en parallèle avec une évolution plus large qui est appelée la « concurrence des droits », voire la « guerre des droits ». Des menaces pèsent à l'heure actuelle sur certains droits ou parties de droits. Ainsi le droit de la propriété intellectuelle tel que nous le connaissons est fortement menacé par les discussions sur le TAFTA.

Qu'en est-il alors des institutions administratives ? Sont-elles aussi touchées par cette influence, si influence il y a ? Un point paraît certain : ces institutions administratives, notamment les institutions administratives locales, n'ont jamais autant évolué que durant ces dernières décennies, tout au moins si l'on se rapporte au nombre de lois adoptées. Si l'on regarde par exemple les collectivités territoriales, ce ne sont pas moins d'une dizaine de lois au moins qui ont été adoptées, dont trois d'une ampleur diluvienne : la loi du 16 décembre 2010 dite loi RCT, la loi du 27 janvier 2014 dite loi MAPTAM, et la loi la plus récente, la loi NOTRe du 7 août 2015. Et si l'on ajoute les lois de simplification qui, elles aussi, se succèdent, ce sont des rafales de réformes qui se sont abattues sur les institutions administratives.

Pour autant, cela implique-t-il une influence du libéralisme anglo-saxon sur lesdites institutions ? La réponse, si elle doit inévitablement être nuancée, ne peut être que mesurée, voire négative. En effet, d'une part, cette influence est diffuse (I), d'autre part, et en tout état de cause, elle est limitée (II).

I. UNE INFLUENCE DIFFUSE

Les manuels de droit administratif et/ou d'institutions administratives ont tendance à présenter les structures territoriales de notre pays comme caractérisées par une forte originalité par rapport à celles des pays voisins, européens, ne serait-ce que par les quelque 36 600 communes que compte notre pays¹. Mais, en même temps, de profonds mouvements se dessinent depuis bien des années, changeant le paysage administratif français. Quelle est la place du néolibéralisme anglo-saxon dans ces changements, plus profonds qu'ils n'y paraissent parfois ? Il est sans doute difficile de répondre de manière tranchée à une telle question, pour deux raisons, d'une part, parce que le repérage d'une telle influence est malaisé (A), d'autre part, parce que les manifestations en sont indirectes (B).

A. UN REPERAGE MALAISE DE L'INFLUENCE

¹ Les chiffres varient en permanence, parce que des communes disparaissent, d'autres naissent, mais ces évolutions sont, d'un point de vue quantitatif, des évolutions à la marge, ce qui importe, c'est l'ordre de grandeur, qui, lui, est significatif.

Le repérage d'une éventuelle influence du libéralisme anglo-saxon sur les structures territoriales françaises est malaisé parce que les indices en sont disséminés et qu'il convient d'opérer nécessairement une distinction entre l'État, d'une part (1), les collectivités territoriales, d'autre part (2).

1. DES INDICES DISSEMINES

La plus importante, peut-être, série d'indices, est constituée par les mots utilisés, car les mots sont toujours porteurs d'une pensée, à l'insu même parfois de ceux qui les utilisent, et les changements, dans de nombreux domaines, se produisent parfois d'abord dans les têtes, dans la manière de percevoir ou/et de penser les choses, avant de se traduire dans des lois et dans des règles². De ce point de vue, plusieurs termes utilisés depuis quelques années pourraient laisser à penser qu'une telle influence se manifeste.

Des procédures dites de « rationalisation » ont été engagées depuis plus d'un demi-siècle dans différents domaines de l'action administrative, dont certaines incontestablement inspirées par les expériences menées dans d'autres pays, plus particulièrement les États-Unis. Il en est ainsi particulièrement dans le domaine budgétaire, avec « l'invention » de procédures telles que le PPBS, puis la RCB, le ZBB ou BBZ ... La LOLF est un produit ou un sous-produit de cette évolution et les procédures appelées d'abord de RGPP puis de MAP³ s'inscrivant également dans une similaire perspective. Mais nous ne sommes pas ici directement, sauf pour les deux dernières procédures citées, dans le cadre de structures, mais dans le cadre de l'action administrative.

Le terme de « rationalisation » a également été utilisé pour les réformes relatives aux structures administratives et les (nombreux) rapports effectués, tant par les corps de contrôle tel la Cour des comptes, que les rapports parlementaires évoquent avec abondance cette rationalisation des structures. Cela signifie que nos structures administratives, plus spécialement nos structures administratives territoriales⁴, seraient inadaptées aux exigences de notre temps, qu'elles auraient fait leur temps, et qu'il serait grand temps, dès

² Il arrive également que ce soit l'inverse : des transformations se produisent, et les modes de pensée demeurent ce qu'ils étaient auparavant. On peut penser que la société française se trouve dans ce cas de figure.

³ La prolifération des sigles est un signe, mais seulement de l'évolution de nos sociétés et de l'emprise des textes (lois, décrets, arrêtés, circulaires et autres textes), notre pays (comme d'autres) prisant fort sigles et acronymes, au point que l'on peut se demander s'il ne s'agit pas d'un nouveau moyen de réserver le débat aux seuls initiés.

⁴ Il est beaucoup moins souvent de la réforme des administrations centrales qui, cependant, appellent ou appelleraient tout autant des réformes d'envergure.

lors, de revenir sur le modèle administratif impérial d'action territoriale, un modèle totalement dépassé.

À côté du mot rationalisation, ou derrière ce mot, un autre, peut-être deux autres, se profilent. Le premier terme est celui d'« efficacité ». À notre époque on parle beaucoup d'efficacité et, pour citer un exemple récent⁵ qui ne concerne certes pas directement notre domaine, la Cour des comptes a mis en cause le système français d'enseignement secondaire, jugé à la fois coûteux et inefficace. En ce qui concerne les structures territoriales, il suffit de lire les exposés des motifs des lois qui y sont relatives pour se rendre compte que ce terme d'efficacité est systématiquement utilisé. Et, naturellement, il faut être « efficace » dans son travail.

Un autre mot est proche de celui d'efficacité, c'est le terme d'efficience. Il n'est pas sans intérêt de relever que le terme d'efficience est issu de l'économie, qu'il a été utilisé d'abord par les économistes, et qu'il n'est passé dans le vocabulaire des autres disciplines et des « politiques » que récemment. L'efficience ajoute un élément supplémentaire à l'efficacité, c'est le coût que représente une intervention, quelle qu'elle soit. L'efficience est donc un rapport entre ce que l'on obtient et le « prix » que l'on paie pour parvenir à ce résultat. Cela signifie que l'on peut être efficace sans être efficient, ce qui ne manque d'intérêt. Et cette exigence d'efficience s'est progressivement introduite dans les préoccupations de réforme administrative.

Un autre terme également est à relever, celui de « performance », pris au sens propre et français du terme⁶. C'est un mot très à la mode. Il faut être « performant » dans tous les domaines, y compris pour les personnes physiques que nous sommes, et il est à peine besoin de rappeler les « performances » sportives⁷. Cet attrait pour la performance vient peut-être des États-Unis : dans ce pays on exalte la performance, il faut être performant dans sa vie professionnelle comme dans sa vie privée, la performance étant très liée à la jeunesse, et au souhait de beaucoup de « rester jeune » ou de paraître jeune. Mais on parle de plus en plus aussi de « performance » dans les collectivités territoriales et l'on établit des indices de performance s'appuyant sur de savants calculs, supposés donc incontestables⁸.

Un autre changement terminologique pourrait être relevé parmi bien d'autres. Dans les rapports entre l'administration et les personnes auxquelles

⁵ Ces lignes sont écrites en novembre 2015.

⁶ On parle également, à tort et mal à propos, de « performance » pour certaines réalisations artistiques, ce qui est tout à fait abusif et injustifié.

⁷ On parle aussi, malencontreusement, de « performance » dans le domaine artistique, mais c'est une utilisation regrettable du terme anglais, il s'agit tout simplement de l'exécution d'une œuvre.

⁸ Cela se vérifie également dans les universités, saisies par la fièvre de la performance, avec toutes les ambiguïtés et les malentendus que cela emporte.

étaient rendues des prestations on parlait traditionnellement d'usagers. Mais aujourd'hui un nouveau terme s'est installé, celui de « client », et les administrations sont invitées à considérer les usagers comme des clients. Cela n'est pas sans effets bénéfiques, l'administration ayant pris l'habitude depuis longtemps de traiter les citoyens comme des administrés – terme hautement significatif (il implique la passivité) – n'ayant pas leur mot à dire. Mais la relation du client avec son fournisseur de service est une relation commerciale, ce que n'est pas, le plus souvent, la relation de l'utilisateur avec le service⁹, car même s'il s'agit d'un service public à caractère industriel et commercial (SPIC), catégorie bien connue, la qualité de service public emporte toujours quelques réminiscences ou quelques effets de rémanence.

Un autre terme est peut-être révélateur d'un changement de rôle de l'État, c'est le terme de régulation. Et l'on parle désormais de « L'État régulateur »¹⁰, ce terme pouvant avoir diverses significations, mais impliquant un changement de fonction de l'État, et un changement de fonction se traduisant par un moindre interventionnisme dans l'économie. Mais il faut ajouter que ce terme n'est que l'un des multiples qualificatifs dont on affuble l'État¹¹, ce qui réduit la portée de la qualification. Par ailleurs, le terme de régulation est suffisamment « élastique » pour que l'on y fasse entrer un peu ce que l'on veut¹².

Certains pourraient citer encore, aujourd'hui, le terme de gouvernance, qui connaît un succès sans précédent. Mais, en l'espèce, il ne paraît pas utile de s'appesantir longuement, ne serait-ce que parce que ce terme de gouvernance est la reprise d'un vieux mot français, on ne voit pas en quoi il y aurait ici une influence anglo-saxonne. En revanche il y a bien un effet de mode dans l'utilisation de ce terme, comme pour les autres d'ailleurs, et il est possible que la mode venue de pays anglo-saxons ait contribué à remettre à l'honneur ce vocable, comme d'autres.

Dans les relations entre l'État et les collectivités territoriales, et dans le contrôle exercé par le premier sur les secondes, on pourrait peut-être résumer l'évolution en parlant d'un passage de l'autorité à l'efficacité. Le temps le plus long, celui qui s'est écoulé depuis le Premier Empire jusqu'à notre époque,

⁹ Il est vrai que les entreprises publiques ont troublé les catégories traditionnelles puisque pouvant, tantôt gérer un service public, tantôt ne pas en gérer.

¹⁰ « L'État régulateur », c'est l'intitulé d'une contribution de J. Chevallier, in Lombard M. (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz 2006, p. 29 s.

¹¹ Bien avant l'État régulateur, par exemple, on a parlé de « l'État stratège », formule consacrée dans un rapport officiel, qui a eu un certain succès et qui continue d'être utilisée.

¹² V. les développements qu'y consacrent Moulin R. et Brunet P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ 2007.

sans que l'on puisse fixer un terme précis, car il n'existe pas¹³, c'est celui de l'autorité, autorité de l'État sur les collectivités locales à travers la tutelle exercée par le représentant de l'État, le préfet. Avec la suppression de la tutelle¹⁴ c'est, peut-être, l'acquisition de la liberté pour les collectivités territoriales, mais aussi un changement de paradigme : les collectivités territoriales devenues libres sont tenues de rechercher l'efficacité de leur action.

2. UNE INFLUENCE A DIFFERENCIER SELON LES PERSONNES PUBLIQUES

Les indices précédents relevés, reste à se demander également si une telle influence, retenue à titre d'hypothèse possible mais réfutable, peut s'appliquer de la même manière à l'égard de toutes les personnes publiques. Or il semble que tel ne soit pas le cas. Il faut probablement différencier le cas de l'État de celui des collectivités territoriales. En effet, l'État semble devoir être plus perméable aux influences extérieures possibles que ces dernières.

Tout d'abord, l'État est « en première ligne », toute modification résultant de relations entre les États, de conventions internationales, de l'Europe, affecte l'État avant d'affecter, éventuellement, les collectivités territoriales. Ensuite, et par définition, l'État est plus « politique » que les collectivités territoriales qui, dans la conception française traditionnelle, demeurent des institutions administratives¹⁵. Les idées politiques dominantes, quelles qu'elles soient, avec les modes dont elles peuvent être issues, s'appliquent d'abord à l'État avant de s'appliquer aux collectivités territoriales. L'État est enfin le premier touché parce que, dans la conception française mais aussi dans la réalité quotidienne, il demeure celui qui mobilise le plus de fonds, celui qui concentre le plus l'attention, les débats autour du déficit du budget de l'État mettant en lumière l'importance de celui-ci.

L'État est concerné dans ses structures territoriales à un double titre. Il est concerné, en premier lieu, au titre de la réorganisation de l'administration

¹³ L'évolution a été progressive, et il ne peut guère en être autrement dans le domaine administratif. Même à la Révolution, il n'y a pas eu de véritable rupture dans le domaine administratif, tout au moins en ce qui concerne les personnes qui agissaient dans le cadre de ces structures.

¹⁴ Et encore qu'il convienne d'être mesuré dans l'affirmation, d'une part, parce que, légalement, toutes les tutelles n'ont pas été supprimées, nonobstant les affirmations que l'on peut trouver ici ou là, d'autre part, certains auteurs contestent que la tutelle ait été véritablement supprimée.

¹⁵ Les élections des conseils municipaux sont politiques, ainsi que l'a déclaré le Conseil constitutionnel, mais la commune, comme les autres collectivités territoriales, sont des institutions administratives.

territoriale, ce que l'on appelle la Réate, Réate 1 et désormais Réate 2¹⁶. On remarque d'ailleurs à cet égard qu'à notre époque on recourt à de longs intitulés pour exprimer ce que l'on entend faire¹⁷. La Réate repose sur une double orientation. La première est une régionalisation des services de l'État. Elle ne date pas d'aujourd'hui, les réformes en cours s'inscrivant à l'inverse dans le contexte de la recherche d'un renforcement des pouvoirs du représentant de l'État sur les services déconcentrés de ce dernier. Elle s'inscrit aussi dans le sillage d'une politique consistant à renforcer constamment, depuis plusieurs décennies, l'échelon régional.

La seconde est la tendance au regroupement des directions, ce regroupement s'inscrivant, lui, dans le cadre de la politique de rationalisation de l'action administrative évoquée plus haut. Mais c'est dire aussi qu'à travers ladite rationalisation c'est également la poursuite d'économies qui est recherchée. La réorganisation des collectivités territoriales constitue un argument supplémentaire pour rationaliser l'administration territoriale de l'État. L'affaiblissement historique du rôle des sous-préfets, conforté par la division par deux du nombre de cantons à la suite de la loi électorale établissant la parité dans l'élection des conseils départementaux conduit à s'interroger sur le rôle des sous-préfets et à envisager la suppression d'un certain nombre de sous-préfectures. On peut cependant hésiter à voir dans cette évolution l'influence d'un libéralisme ou néo-libéralisme quelconque, d'autres facteurs, examinés plus loin, interviennent.

Cette influence semble plus repérable, *a priori*, dans une autre transformation de l'organisation territoriale étatique, avec la création des « agences ». Le terme d'agence est emprunté à l'anglais « *agency* », ce qui manifeste déjà une certaine influence. Et le flou qui entoure cette appellation d'« agence » caractérise également la nature juridique de ces institutions, puisque certaines d'entre elles sont constituées sous forme d'établissements publics, tandis que d'autres le sont sous forme de droit privé, c'est-à-dire d'associations. Le champ de ces agences est très variable en même temps que vaste, d'autant que les pouvoirs publics ont tendance à les multiplier. Leurs pouvoirs peuvent être très étendus comme dans le cas, par exemple, des agences régionales de santé (ARS) : ces établissements publics sont chargés de déterminer les politiques de santé à l'échelon régional, dans le cadre des orientations décidées par l'État, ils disposent de moyens financiers leur permettant de peser sur les choix des établissements hospitaliers.

¹⁶ Réate signifie Réorganisation administrative territoriale. V. Kada N., « Quel État déconcentré dans les grandes régions ? » in Némery J.-C., *Quelle organisation pour les grandes régions en France et en Europe ?*, L'Harmattan 2015, p. 99.

¹⁷ Et comme c'est trop long, on utilise des sigles, qui font « savant » et rendent le discours incompréhensible aux non-initiés.

Mais les agences ne sont pas les premiers démembrements de l'administration de l'État, un État que ces démembrements semblent « doubler ». L'administration a fréquemment recours, depuis bien des années, à des organismes extérieurs, en créant des associations, véritables pseudopodes de l'administration. Cependant la raison était différente de celles qui ont conduit à la création d'agences. Il s'agissait, et il s'agit toujours, avec ces démembrements, d'échapper aux règles du droit public, jugées trop contraignantes, plus spécialement aux règles de la comptabilité publique. Dans le cas des agences la raison, avouée ou non, est l'inefficacité supposée des administrations traditionnelles et la nécessité consécutive, selon les pouvoirs publics, de recourir à ces agences. Les autorités administratives indépendantes participent d'un similaire mouvement aboutissant à déposséder les administrations traditionnelles d'une partie de leurs prérogatives.

Les collectivités territoriales ne paraissent pas touchées directement car elles sont « protégées » de l'extérieur par l'État, ce dernier constituant en quelque sorte un écran par rapport à ces influences extérieures. Peut-on alors trouver des manifestations indirectes de l'influence du libéralisme sur ces collectivités ?

B. DES MANIFESTATIONS INDIRECTES SUR LES COLLECTIVITES TERRITORIALES

L'influence éventuelle du libéralisme sur les structures des collectivités territoriales paraît peu évidente, encore moins repérable encore qu'en ce qui concerne l'État. Si influence il y a, il faut tenter de la rechercher, d'une part, dans l'évolution générale des collectivités territoriales (1), d'autre part, et de manière très diffuse, dans un mode d'être et d'agir (2).

1. L'INFLUENCE DANS L'EVOLUTION GENERALE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

Les structures des collectivités territoriales ont beaucoup évolué depuis un demi-siècle, mais si l'on veut trouver une quelconque influence libérale ou néolibérale ce n'est pas tellement dans les structures qu'il faut la rechercher, mais dans la gestion de ces collectivités.

Un mot résume cette possible influence en matière de gestion, c'est le mot d'externalisation. L'externalisation consiste, comme le terme l'indique bien, à transférer à l'extérieur de la collectivité à une organisation, une fonction ou la gestion d'un service. L'externalisation serait-elle une illustration de l'influence du néolibéralisme ? Une objection surgit immédiatement : la gestion déléguée n'a rien de neuf, on la retrouve tout au long de l'histoire des collectivités

territoriales. Certes l'expression « délégation de service public » (DSP) est récente, mais ce qu'elle recouvre ne l'est pas : une forme de gestion déléguée a connu un succès considérable dans le passé, il s'agit de la concession. Sous l'Ancien Régime, déjà, on trouvait des formes de gestion déléguée¹⁸ et, tout au long du XIXe siècle et du début du XXe siècle, les transports (tramways), la distribution de l'eau ou de l'électricité, ont été concédés à des personnes privées.

Les DSP d'aujourd'hui se distinguent-elles de la gestion déléguée telle qu'on a pu la connaître dans le passé, le terme d'externalisation a-t-il une signification différente de celle que pouvait avoir la gestion déléguée ? Plusieurs différences apparaissent effectivement.

En premier lieu, les collectivités territoriales d'aujourd'hui ne sont pas celles d'hier. Cette apparente tautologie signifie que les collectivités d'hier – qui se ramenaient d'ailleurs presque exclusivement aux communes, ce qui est déjà un trait notable – n'avaient pas les moyens, ni financiers, ni intellectuels, ni humains, d'assurer elles-mêmes ces missions, elles étaient contraintes de le faire. Les collectivités d'aujourd'hui disposent, tout au moins si elles ont une certaine taille, des compétences à la fois techniques et humaines pour intervenir et, si elles ne les ont pas, elles peuvent recourir à une autre collectivité ou à une intercommunalité.

En deuxième lieu, une autre différence sépare le temps passé du temps présent : avant, c'était la nécessité qui déterminait le choix (contraint) de s'adresser à une autre personne, actuellement l'externalisation est commandée, ou bien par une considération *a priori* – à savoir que la gestion privée est préférable à la gestion publique – ou bien par le présupposé, posé comme un postulat, que l'externalisation permet de faire des économies. Mais il faut relever, également, que l'externalisation – ou son refus – semble répondre à des modes plus qu'à des idéologies. Il fut un temps, celui des années 70, où il était de bon ton d'externaliser, les communes procédant à cette externalisation sans avoir effectué d'évaluation préalable, sans trop avoir pesé les avantages et les inconvénients. Puis, dans un second temps, la tendance a été, à l'inverse, de « rapatrier » la gestion en interne, par exemple en ce qui concerne la distribution d'eau¹⁹.

En troisième lieu, il faut ajouter qu'il est extrêmement difficile de comparer la gestion en interne, directe, et la gestion externalisée. Les paramètres à prendre en compte sont très nombreux et ils ne peuvent pas

¹⁸ Il s'agissait notamment de concession de création de canaux, en vue d'assécher des marais ou d'exonder des terrains (concessions dites de créments futurs), etc.

¹⁹ Dans certains cas c'est par idéologie que ce rapatriement est effectué, mais ce n'est pas toujours le cas, des communes estimant simplement que la gestion directe est moins coûteuse pour les finances locales. Il n'y a pas de gestion « de droite » et de gestion « de gauche », en ce domaine tout au moins.

toujours être évalués, appréciés, avec précision. Cela tend à montrer que les considérations politiques ou idéologiques l'emportent peut-être parfois sur d'apparentes considérations financières ou autres, mais surtout que les motivations sont en fait très diverses, que les « circonstances locales »²⁰ jouent grandement.

Par ailleurs, avec la question de l'externalisation, nous sommes uniquement sur le terrain de la gestion. Qu'en est-il alors des structures administratives ? Un constat peut être fait : les préoccupations économiques dominent de plus en plus la réforme des structures administratives des collectivités territoriales. Deux illustrations peuvent en être données.

La première illustration est celle des métropoles ou, pour parler plus largement, puisqu'il existe plusieurs formes de métropoles²¹, de la métropolisation. Celle-ci se situe, selon certains auteurs, sur le registre économique²². La métropolisation est la résultante de phénomènes économiques multiples qui ne sont pas propres à la France. Les efforts des pouvoirs publics pour créer une formule juridique adaptée datent des années 60. Au début de celles-ci, et à l'initiative de la DATAR²³, on se met à parler de « métropoles d'équilibre », mais sans que cela se traduise par une structure juridique déterminée, ni même par des dispositions spécifiques. Les communautés urbaines de 1966 sont la première véritable tentative pour établir une structure juridique adaptée aux villes, tandis que les communautés de villes seront un échec.

Le législateur de 2010 institue les métropoles, mais une seule métropole a été créée en application de cette loi, la métropole de Nice. Le législateur de 2014 reprend la question, et institue d'office un certain nombre de métropoles. Mais il faut distinguer les métropoles « de droit commun » et les deux métropoles, d'une part de Lyon, d'autre part, d'Aix-Marseille, qui sont régies par des dispositions spécifiques et n'ont au surplus pas le même statut juridique puisque la première est une collectivité territoriale²⁴ tandis que la seconde est

²⁰ La notion de « circonstances locales » est, on le sait, largement utilisée par le juge administratif. Ces circonstances locales doivent beaucoup, le plus souvent, à l'histoire.

²¹ On laisse ici de côté le cas de la métropole de Paris dont il va de soi qu'elle est régie par des dispositions spécifiques qui, au surplus, sont complexes.

²² V. Lérique F., « Propos introductifs », in Lérique F. (dir.), *À l'heure de la métropolisation*, L'Harmattan 2012.

²³ La Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) des années 60 a été un instrument très efficace de l'État dans sa politique d'aménagement du territoire, une politique menée par l'État, aux antipodes du libéralisme anglo-saxon.

²⁴ Mais ce n'est pas une collectivité territoriale « normale », c'est une collectivité à statut spécifique, le Conseil constitutionnel ayant reconnu en 1982 une telle possibilité.

un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) plus « classique »²⁵, avec tout de même des particularités par rapport aux autres EPCI que sont les métropoles de droit commun.

Une seconde illustration est fournie par les compétences de la région telles qu'elles résultent de la loi du 7 août 2015, dite loi NOTRe. Le rôle de coordination de la région pour les interventions économiques de l'ensemble des collectivités membres de la région ne date certes pas de cette loi, il est bien antérieur : dès la création de la région – et parce qu'il fallait reconnaître à celle-ci des compétences n'empiétant pas trop sur celles des départements et des communes – ce rôle de coordination lui a été reconnu²⁶. Cependant cette loi du 7 août 2015, s'ajoutant à d'autres lois qui allaient dans le même sens, mais de manière très mesurée, accentue ce rôle avec, notamment, les deux schémas que doit établir la région, le schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation (SRDEII) et le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET).

2. L'INFLUENCE SUR UN MODE D'ÊTRE ET D'AGIR

Faute d'avoir pu relever de manière indiscutable une influence sur les structures administratives à proprement parler, on peut être tenté de se tourner vers un mode d'être et d'agir qui peut être résumé par le terme de contractualisation. Ce terme appelle quelques explicitations car il paraît banal et, en réalité, il ne l'est pas appliqué aux collectivités territoriales.

Ce que l'on connaît habituellement c'est le contrat, accord de volontés entre deux personnes. Le contrat est principalement, pour les collectivités territoriales, le contrat administratif. Certes, ces collectivités sont habilitées à conclure des contrats de droit privé, si l'une des conditions du contrat administratif n'est pas remplie, et la passation d'un contrat de droit privé est une chose banale. Mais, le plus souvent, les contrats conclus par les collectivités territoriales sont des contrats administratifs, soit par présence d'une clause exorbitante – que l'on trouve facilement, par exemple, dans les contrats traditionnels de concession ou d'affermage – soit, plus souvent encore,

²⁵ Si tant est d'ailleurs qu'un EPCI puisse être considéré comme « classique » : il déroge en effet par un trait essentiel aux établissements publics traditionnels, le fait d'avoir un territoire, et ceci a de multiples conséquences, dont la plus importante est la remise en cause de la distinction en établissement public et collectivité territoriale.

²⁶ Ce terme revient dans plusieurs articles relatifs à la région (cf. par ex. les articles L. 4211-1 et 4221-1 s.). Les rapports parlementaires relatifs au projet de loi NOTRe s'étendent longuement sur ce rôle de coordination des régions.

depuis 1956, par la constatation, de la part du juge, de la participation du cocontractant à l'exécution d'un service public²⁷.

Mais il faut relever un point intéressant dans les contrats administratifs passés jusqu'à notre époque par les collectivités territoriales : ce sont des contrats passés avec des personnes privées. Les contrats conclus par une collectivité locale – on ne parle pas, alors, de collectivité territoriale – avec une autre personne publique, qu'il s'agisse d'une autre collectivité locale ou de l'État, sont extrêmement rares. Ces contrats ne sont pas interdits, simplement on en trouve peu d'exemples. Une explication peut être proposée de ce constat : l'organisation administrative française est pyramidale, les rapports de droit contractuels avec l'État ne peuvent qu'occuper une place réduite, de même que les contrats avec les autres collectivités locales, parce que les relations administratives sont purement verticales, et uniquement dans un seul sens. Ces rapports sont soit descendants et juridiques, ce qui est l'hypothèse la plus logique dans un tel système, soit ascendants et politiques, ce circuit ascendant s'expliquant par les demandes faites par les élus locaux auprès des administrations centrales²⁸.

Notre époque est marquée, de ce point de vue, par une double caractéristique. D'une part, les contrats entre personnes publiques, plus particulièrement entre collectivités territoriales, vont se multiplier, une présomption d'administrativité²⁹ s'appliquant à ces contrats, sans exclure la possibilité que ces contrats puissent être des contrats de droit privé. Cette éclosion de contrats tient largement aux transferts de compétences effectués de l'État vers les collectivités territoriales, et qui impliquent nécessairement, compte tenu du découpage qui n'est jamais parvenu – parce qu'il est impossible d'y parvenir – à des blocs de compétences³⁰, des conventions de transfert, mais aussi, plus généralement, à la valorisation du contrat en tant qu'instrument relationnel. On fait (désormais) confiance au contrat, comme les

²⁷ Et cette participation à l'exécution du service public, qui rend le contrat administratif, est la marque d'une tradition française, celle du service public, tout à fait étrangère à la tradition anglo-saxonne.

²⁸ C'est ce qui justifie, à l'époque, le cumul des mandats : les collectivités locales, c'est-à-dire les communes, étant trop faibles pour se défendre auprès du pouvoir central avaient peut-être besoin d'être relayées auprès de ces autorités centrales par un élu national qui était en même temps élu local. Cette justification a disparu, mais non le cumul.

²⁹ Cette présomption résulte naturellement de TC 21.3.1983, UAP, *AJDA* 1983. 356, concl. Labetoulle.

³⁰ Sur cette problématique V. Pontier J.-M., « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in *Mél. Douence*, Dalloz 2006, p. 365 ; « L'enchevêtrement des compétences », in *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales*, L'Harmattan-GRALÉ 2010, p. 107 s. ; « Requiem pour une clause générale de compétence », *JCP A* 2011, n° 2015.

Anglo-Saxons, et l'on croit moins à l'action unilatérale, de moins en moins possible par ailleurs.

Une autre caractéristique, tout à fait nouvelle, elle, est encore plus significative, c'est la prolifération de la contractualisation. Celle-ci n'est pas réductible au seul contrat, elle est beaucoup plus large³¹. Elle recouvre une multitude d'actes qui paraissent contractuels – et qui sont d'ailleurs souvent qualifiés comme tels – mais qui ne le sont pas nécessairement, parce qu'il manque une ou plusieurs conditions du contrat. Mais cela on ne le sait pas au départ, les parties peuvent avoir le sentiment ou la croyance d'avoir conclu un contrat parce que l'acte est ainsi qualifié, ce n'est qu'à l'occasion d'un contentieux que la question est soulevée et que le juge doit se prononcer sur la nature de l'acte. Il ne suffit donc pas d'appeler un acte « contrat » (ou convention)³² pour qu'il en soit véritablement un au sens du droit administratif. L'État a multiplié cette contractualisation dans ses relations avec les collectivités territoriales, donnant naissance à une véritable nébuleuse para-contractuelle.

Pourquoi un recours aussi important à un instrument dont la nature juridique est particulièrement incertaine, trompeuse ? L'une des raisons est cette sorte de « honte » de l'État à recourir à l'acte unilatéral, contraignant et largement déconsidéré, tant auprès des personnes privées que des collectivités. L'État ose de moins en moins faire usage de ses prérogatives, notamment, mais pas seulement, dans ses relations avec les collectivités territoriales, dont il a été affirmé qu'elles disposaient d'une « libre administration », il éprouve, si tant est que l'on puisse appliquer cette caractéristique à une personne morale³³, une mauvaise conscience. Cette mauvaise conscience est peut-être liée en partie à cette influence indirecte, sournoise même, d'un libéralisme qui pare le contrat de toutes les vertus et l'acte unilatéral de tous les défauts.

Néanmoins, ainsi que ce développement le montre, ce n'est vraiment que très indirectement et de manière toujours un peu hypothétique que l'on peut déceler une certaine influence du libéralisme. En fait, cette influence est, tout au moins sur le point ici examiné, et pour l'heure, très limitée.

II. UNE INFLUENCE EN REALITE LIMITEE

³¹ V. CE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris, DF 2008 ; Pontier J.-M., « Contractualisation et planification », *RDP* 1992. 691 ; « Le partenariat entre l'État et les collectivités territoriales », *AJDA* 2014. 1694.

³² D'autres terminologies sont utilisées, par exemple le terme de « charte » (qui évoque plus l'ancienne France que le libéralisme économique...), mais qui peut recouvrir toutes sortes d'actes à la nature juridique différente.

³³ Mais cela est du même ordre que la boutade de Jèze sur les personnes morales, et la réponse tout aussi humoristique qui lui a été donnée.

Si dans d'autres domaines du droit l'influence du libéralisme ou du néolibéralisme est sensible, voire notable, prégnante, il n'en est pas ainsi, à l'heure actuelle, pour les structures administratives territoriales. Cette situation s'explique au fond assez facilement, d'une part, par le fait que cette influence est contrecarrée par des tendances qui vont en sens inverse (A), d'autre part, par le fait que d'autres facteurs expliquent l'évolution de ces structures (B).

A. UNE INFLUENCE CONTRECARREE

L'hypothétique influence du libéralisme est largement contrariée, dans notre pays, et en ce qui concerne les structures territoriales, par des spécificités françaises, à savoir plus particulièrement deux traits qui nous caractérisent : le goût des normes (1) et le maintien d'une planification qui demeure largement d'origine étatique (2).

1. LE GOUT DES NORMES

Il peut paraître étrange, *a priori*, de parler de « goût » des normes alors que celles-ci inspirent bien plutôt des réactions d'agacement, voire d'exaspération. Et cependant, il faut bien le constater. De quoi s'agit-il exactement ? De l'attrait des pouvoirs publics pour l'édiction de normes fixant dans le détail les structures et la manière dont les collectivités territoriales doivent intervenir³⁴. La suppression de la tutelle – qui n'est d'ailleurs pas totale, puisque la tutelle technique subsiste – ne s'est pas accompagnée d'une déduction des normes, bien au contraire. La longueur des textes, notamment des lois, témoigne amplement de cette éruption continue de normes qui se nourrissent et s'appellent les unes des autres³⁵. Deux expressions de ce goût des normes sont particulièrement manifestes.

La première expression en est ce que l'on pourrait appeler le raffinement structurel. Je veux dire par là que le nombre de niveaux de collectivités territoriales, et le nombre de collectivités à chaque niveau, a inspiré au législateur des formules diverses, l'ingéniosité de ce législateur ne semblant pas avoir de limites. L'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) est une expression tout à fait remarquable de cette capacité inventive. L'EPCI semble être de nature à connaître une série de déclinaisons quasi-illimitée.

³⁴ Il faut relever au passage que cet attrait pour les normes n'est pas limité à l'administration locale, ce sont tous les secteurs de la vie économique, sociale, culturelle, qui sont concernés. Comment ne pas parler du goût des normes lorsque l'on voit, par exemple, que trois lois ont été adoptées sur les « chiens dangereux », avec de longs débats (que l'on peut imaginer...) sur ce qu'est un chien dangereux ?

³⁵ V. Pontier J.-M., « Délire et dérives du législateur », *AJDA* 2015. 2001.

Déjà, en soi, l'EPCI est un concept étonnant³⁶, puisque nous avons affaire à un établissement public, avec les caractéristiques classiques qui l'accompagnent, sauf une, mais qui est essentielle : l'EPCI fait partie de cette catégorie étrange, car hybride, des établissements publics territoriaux. Plus personne ne s'étonne de ce qui est tout de même une « anomalie » par rapport au principe, à la règle : l'établissement public est normalement rattaché à une collectivité territoriale puisqu'il n'a pas de territoire³⁷. Mais s'il dispose d'un territoire, il n'a plus besoin de ce rattachement. De plus le législateur a encore raffiné – et compliqué – en introduisant une distinction supplémentaire en différenciant les établissements à fiscalité propre des autres établissements, ce qui a pour effet de constituer deux catégories tout à fait distinctes.

Tout ceci brouille naturellement un peu plus la distinction entre la collectivité territoriale et l'établissement public, ce qui pose déjà problème, mais ne relève pas de notre problématique. Ce qu'il est intéressant à relever, de notre point de vue, c'est qu'avec de telles dispositions nous sommes très loin des considérations qui animent le libéralisme et qui pourraient faire pencher pour une influence de ce dernier. La querelle sur la distinction entre la collectivité territoriale et l'établissement public est une querelle bien française, elle est franco-française, c'est une querelle intellectuelle tout à fait étrangère à l'esprit anglo-saxon.

Une seconde expression de ce goût des normes est le raffinement dans la répartition des compétences. La pluralité des personnes publiques implique nécessairement, quel que soit le pays considéré, de déterminer des critères permettant d'opérer cette répartition³⁸. Celle-ci se révèle d'autant plus délicate ou complexe que le nombre de niveaux territoriaux d'exercice de compétences est élevé. En France, la création de la région n'a pu que compliquer « mécaniquement » cette répartition. La France présente de ce point de vue des caractéristiques que l'on ne trouve pas dans les autres pays, certainement pas dans ceux qui sont influencés par le libéralisme.

L'un des traits de l'attribution des compétences aux collectivités territoriales françaises est l'existence, en droit des collectivités territoriales, de

³⁶ Le nombre, la variété, l'importance, des EPCI ont fait que nous avons cessé de nous étonner, mais la formule demeure en elle-même quelque chose d'étonnant.

³⁷ Et à ceux qui objecteraient qu'il s'agit là de scrupules de juristes parfaitement inutiles, il est possible de répondre que si une institution ne répond plus à la définition qui en est donnée, si elle constitue une exception, et si ces exceptions se multiplient, il n'y a plus de définition, on se trouve dans l'incertitude, source d'illégalités et de toutes les injustices possibles.

³⁸ En ce qui concerne la France v. Pontier J.-M., « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales », *RFDA* 2003. 35 s. et « L'enchevêtrement des compétences », in *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales ?*, L'Harmattan GRALE 2010, p. 107 s.

ce qui a été appelé clause générale de compétence ou clause de compétence générale³⁹ comme l'on préfère dire maintenant. Cette notion de clause de compétence générale est totalement étrangère à l'esprit anglo-saxon et à un néolibéralisme quel qu'il soit. D'abord – signe d'un certain état d'esprit français – ce n'a jamais été une clause, et personne ne sait très bien pourquoi et quand exactement on a commencé à parler de clause. C'est plutôt un principe, selon lequel la collectivité bénéficiaire de cette clause peut intervenir dans un domaine dès lors que la compétence pour régir ce domaine n'a pas été remise à une autre personne. Ensuite, cette clause vise à la fois un domaine ou une matière et la capacité juridique d'édicter un certain nombre d'actes qui vont s'y appliquer.

L'histoire récente de cette clause montre que nous sommes très éloignés ici de l'esprit anglo-saxon et du libéralisme éponyme. Les débats qui ont eu lieu en 2010 comme en 2014 n'auraient pas pu se produire dans un pays anglo-saxon. La loi du 16 décembre 2010 puis la loi du 27 janvier 2014 ont donné lieu à une querelle très française que les observateurs étrangers ont dû trouver quelque peu surréaliste.

En 2010, en effet, les pouvoirs publics, c'est-à-dire le gouvernement, font supprimer par le Parlement la clause de compétence générale pour les départements et les régions. Mais, d'une part, ce n'est pas sans mal, la majorité qui soutenait le gouvernement ayant ferrailé longuement avant de se faire forcer la main et d'accepter cette suppression. D'autre part, et surtout, cette suppression est largement factice, car de nombreuses atténuations et exemptions lui sont apportées⁴⁰.

La situation en 2014 est encore plus surréaliste. Le projet de loi déposé par le gouvernement prévoit alors le rétablissement de la clause de compétence générale. Et à cette occasion les députés font assaut de lyrisme en affirmant combien ce rétablissement d'une clause injustement supprimée par le gouvernement précédent est fondamental pour la démocratie, pour les libertés locales, etc. Mais à peine la loi est-elle votée, et avant même sa promulgation, le Premier ministre, qui était cependant responsable du projet de loi déposé, se déclare hostile à la clause de compétence générale⁴¹. Un an et demi plus tard la loi du 7 août 2015 supprime ladite clause pour les départements et les régions, revenant à la solution de la loi de 2010, avec les mêmes atténuations et

³⁹ L'expression traditionnelle est clause générale de compétence, mais l'expression clause de compétence générale est plus logique.

⁴⁰ V. pour plus de détails Pontier J.-M., « Requiem pour une clause générale de compétence », *op. cit.* et du même auteur « Solidarités et égalité des territoires », *JCP A* 2015, n° 2276.

⁴¹ Pour une réaction à cette attitude schizophrénique des pouvoirs publics V. Pontier J.-M., « *Fluctuat et mergimus* », *AJDA* 2014. 305.

exemptions, sans que l'Assemblée nationale y trouve quoi que ce soit à redire....

Un tel scénario eût été difficilement imaginable dans un pays anglo-saxon, il ne doit rien à un libéralisme ou néolibéralisme, quelle qu'en soit l'origine, il tient à un certain état d'esprit français, à une conception de l'État et des relations entre l'État et les collectivités territoriales qui doit avant tout à l'histoire. Et ce raffinement de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales se retrouve aussi dans la répartition des compétences entre les communes et les intercommunalités. La multiplication des catégories de ces dernières, avec certains EPCI qui disposent de plus de compétences que les collectivités qui en sont membres, mais qui ne sont pas, sauf exception⁴², des collectivités territoriales, tout cela participe d'une complication ou d'une complexité très française. Il en est de même pour un autre trait de notre système administratif territorial, la planification.

2. UNE INFLUENCE CONTRECARREE PAR LA PLANIFICATION QUI DEMEURE

Le terme de planification est rejeté, honni par les libéraux, tout au moins ceux qui se réclament du libéralisme économique, parce qu'il renvoie immanquablement à l'État, à l'encadrement, à la contrainte. En France, le mot n'a jamais vraiment fait problème, même aux libéraux⁴³, à partir du moment où l'on disait planification «à la française», ce qui la différenciait de la planification dite soviétique et constituait, au surplus, une véritable légitimation : la planification – cette planification – était acceptable parce qu'elle était une invention française qui conciliait (ou tentait de concilier) intervention de l'État et respect des libertés.

Certes, objectera-t-on, il n'existe plus de planification. En réalité une telle affirmation doit être considérablement nuancée.

D'une part, sans doute, il n'existe plus effectivement de plan de la nation. Mais cette disparition est bien « française » elle aussi. Premièrement, le plan a été abandonné, il a disparu de fait, sans qu'on le dise, sans que l'on en prenne acte, sans que les dirigeants s'en expliquent. Deuxièmement, la loi du 29 juillet 1982 de réforme de la planification existe toujours, elle n'a jamais été abrogée. Il aurait cependant été parfaitement possible, et hautement souhaitable, alors

⁴² L'exception majeure est aujourd'hui représentée par la métropole de Lyon, collectivité à statut particulier en vertu de la loi.

⁴³ Le libéralisme français a depuis longtemps accepté une part d'intervention de l'État, l'« ultralibéralisme » n'est pas d'origine française (et n'a évidemment rien à voir avec les ultras de la monarchie de juillet) et ne touche qu'une très petite minorité dans notre pays.

que l'on prétend simplifier, de faire ce toilettage ou cet élagage de branches mortes parmi lesquelles la loi sur le plan. Mais cela n'a pas été fait. Troisièmement, ce qui est encore plus étonnant, il existe toujours des contrats de plan, mais sans plan, le législateur a même volontairement rétabli cette dénomination en 2014⁴⁴, sans s'interroger aucunement sur la pertinence de l'appellation.

D'autre part, la disparition du plan ne signifie pas pour autant la disparition de la planification. L'existence des contrats de plan – dont la dimension contractuelle est de moins en moins évidente et de plus en plus douteuse – implique que l'État définisse sa stratégie à l'échelon régional. D'où la naissance du Projet d'actions stratégiques de l'État (PASE) et des plans d'action stratégique de l'État en région (PASER), instruments administratifs qui disent la volonté de l'État à la fois de donner des orientations à ses services et d'encadrer l'action des collectivités territoriales.

Mais cette planification ou ce succédané de planification se manifeste surtout aujourd'hui à travers une floraison luxuriante de schémas de toutes sortes. Les pouvoirs publics semblent raffoler de ces schémas, et la dernière loi sur les collectivités territoriales, la loi NOTRe, ne fait pas exception en définissant ou en redéfinissant de nombreux schémas. Ces derniers se retrouvent tout naturellement à l'échelon de la région, échelon privilégié de la planification. Mais on les trouve également à l'échelon départemental ou interdépartemental, ou encore supra-communal. Il n'est pratiquement aucun domaine qui ne soit pris en compte par l'un ou l'autre de ces schémas, ou plusieurs d'entre eux, qu'il s'agisse d'abord de ce domaine privilégié (de ce point de vue) qu'est l'urbanisme, qu'il s'agisse de l'action sociale, de l'aide sociale, des établissements de santé, du tourisme, du développement de la musique, etc. Quant à l'efficacité de ces schémas, c'est-à-dire leur impact réel, c'est une toute autre question, qui n'entre pas dans le cadre de ce développement.

Ces schémas représentent à eux seuls tout un univers, tant ils peuvent se différencier par leurs caractéristiques administratives comme par leurs effets juridiques. Certains, qui avaient mobilisé beaucoup de temps et de personnes, tels les schémas de services collectifs, ne sont jamais entrés en vigueur et ont été oubliés à peine publiés⁴⁵. D'autres ont une valeur indicative, d'autres une valeur prescriptive. Tous ces schémas témoignent d'une autre « passion

⁴⁴ Les contrats de plan État-régions (CPER) avaient été transformés en contrats de projet État-régions (CPR). En 2014 le législateur a rétabli la dénomination de contrats de plan État-régions.

⁴⁵ Pontier J.-M., « Faut-il oublier les schémas de services collectifs ? », *AJDA* 2005. 1705.

française », pour reprendre le mot de l'historien anglais T. Zeldin⁴⁶, une passion pour des cadres plus ou moins juridiques, pour une rationalité abstraite, le goût pour une projection qui se voudrait anticipation de l'avenir, malgré tous les démentis qu'apporte l'expérience.

B. UNE REALITE ADMINISTRATIVE CONTRASTEE

La réalité administrative que nous pouvons observer est contrastée, parce que les facteurs qui jouent dans l'évolution ne vont pas tous dans le même sens (1), et que les collectivités territoriales présentent une capacité remarquable de résistance à certaines évolutions (2).

1. DES FACTEURS QUI NE CONVERGENT PAS NECESSAIREMENT

La situation des collectivités territoriales françaises est sans doute plus contrastée qu'elle ne le fut au XIXe siècle : bien qu'il y eût des différences, parfois importantes, et si l'on fait abstraction de la capitale, qui était et demeure à part, il y avait cependant une certaine homogénéité entre les communes ou, tout au moins, il n'y avait pas d'opposition brutale. Il n'en est plus de même aujourd'hui, des contrastes très forts marquant les collectivités territoriales, ce qui détermine des évolutions divergentes.

La donnée la plus importante est sans doute l'opposition de plus en plus marquée entre l'urbain et le rural. Jusque vers le milieu du XXe siècle, la population française est répartie de manière presque égale entre population rurale et population urbaine, sachant au surplus que l'on est comptabilisé comme urbain, en France, à partir d'un seuil de population agglomérée de la commune de plus de 2 000 habitants. Aujourd'hui plus de 80% de la population française vit dans des villes, et ce pourcentage monte même à 95% si l'on raisonne en termes d'aires urbaines comme le fait l'INSEE. Cela signifie qu'il existe autour des villes un faux rural qui est très dépendant de la ville, avec ce néologisme que l'on forgé pour désigner les habitants de ces « villages », les rurbains. En revanche le contraste s'est accentué entre la ville et ce que l'on appelle le rural profond.

Il faut chercher dans un souci de rééquilibrage, ou d'atténuation des déséquilibres, ce qui est le contraire de ce que préconise le libéralisme économique, l'explication d'un certain nombre de politiques. C'est le cas – ou ce fut le cas, car la politique est moins volontariste qu'elle ne le fut dans les années 60 – de la politique d'aménagement du territoire, politique française s'il

⁴⁶ T. Zeldin, historien britannique, a écrit une série d'ouvrages intitulés dans la traduction française *Histoire des passions françaises*, Paris, Payot, 5 t., 1980-1981.

en est⁴⁷, tendant à rééquilibrer le territoire par rapport à Paris. C'est le cas, aujourd'hui, des métropoles, imposées plus par des nécessités de coordination des politiques, notamment (mais pas seulement) en matière de transports, et non par une quelconque idéologie. Il en est de même encore des intercommunalités, plus spécialement des intercommunalités à fiscalité propre, qui constituent une véritable stratégie de contournement par rapport au nombre élevé de communes, et de petites communes.

C'est l'histoire des communes et, plus généralement, de notre pays, sur plusieurs siècles qui explique la situation actuelle, c'est par cette histoire que l'on peut comprendre les évolutions qui s'opèrent. Les guerres, plus particulièrement la Première guerre mondiale qui a creusé des vides démographiques dans les campagnes, l'industrialisation et l'urbanisation concomitante, avec l'exode rural qui en a été le corollaire, ont façonné les communes que nous voyons et sont à l'origine des difficultés des communes, ce qui explique en même temps les efforts menés pour régler ces difficultés.

Mais si, d'un côté, certaines communes sont dévitalisées, par perte de leur population et de leurs commerces, de l'autre, à l'inverse, des collectivités ont gagné en puissance, qu'il s'agisse de certaines communes, des départements ou, à plus forte raison, des régions. Dans ces collectivités s'est développée une ingénierie publique, ce qui produit des effets inédits et va tout à fait à l'encontre de l'idée ou de la thèse d'une influence de l'idéologie néolibérale. En effet, cette ingénierie publique des collectivités territoriales, non seulement pallie progressivement le retrait de l'État mais, plus encore, en vient à concurrencer l'ingénierie privée⁴⁸.

2. LA CAPACITE DE RESISTANCE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

Il ne s'agit pas ici de s'interroger de manière critique sur ce phénomène, mais d'en rendre compte. On peut tout aussi bien le qualifier d'expression de la vitalité des collectivités territoriales que de sclérose des structures et de l'incapacité d'un pays à se réformer⁴⁹. Il nous suffit de relever ce trait, dont personne ne niera qu'il est un produit de l'histoire, et qui traduit une certaine imperméabilité aux idéologies.

⁴⁷ Il semble que l'expression « aménagement du territoire » n'ait pas de réel équivalent dans la langue anglaise.

⁴⁸ V. Baumann O., « Comment l'ingénierie publique cannibalise le privé », *Le Moniteur* 7.4.2015.

⁴⁹ Les deux peuvent être vrais en même temps et le sont probablement en ce qui concerne notre pays, la réalité administrative et politique comportant inévitablement des contradictions.

Résistance des communes d'abord. Tous les efforts pour réduire le nombre des communes ont été jusqu'à présent vains. Certes, les pouvoirs publics ont cherché, face à l'échec de leurs politiques, y compris lorsqu'elles furent autoritaires, comme en 1971, d'autres voies, notamment une voie que j'ai appelée stratégie de contournement. Ils l'ont fait avec un certain succès dans le temps puisque des compétences de plus en plus nombreuses ont été transférées aux EPCI, que les communes, ou certaines d'entre elles, ont été littéralement vidées de leurs compétences au profit desdits EPCI⁵⁰. Toutefois, le maintien des communes, même dévitalisées de ce fait, l'impossibilité, pour le moment encore, de transformer un certain nombre d'EPCI en communes, sont un sujet d'étonnement, d'interrogations. Les habitants, comme les élus (pour eux cela va de soi) sont attachés au maintien de la commune, fût-elle petite, et quels que soient les motifs d'attachement à cette dernière, qui peuvent être différents pour les uns et pour les autres, et qui peuvent être parfaitement légitimes.

Résistance encore plus étonnante des départements. Ces derniers ont souffert, durant leur histoire, récente au regard de celle des communes, de la critique d'artificialisation. Et lorsque cette critique s'est atténuée, du fait de l'écoulement du temps, le département a été contesté dans son utilité, la création de la région ayant apporté de nouveaux arguments à tous ceux qui se prononcent en faveur de la suppression des départements. De fait, compte tenu, jusqu'en 2015 tout au moins, de la dimension limitée des régions (l'argument vaut moins aujourd'hui), la dualité de collectivités soulevait des interrogations, département et région présentant une proximité qui les rendait, nonobstant toutes les affirmations en sens inverse, en partie concurrents.

Un exemple est particulièrement probant, celui des responsabilités en matière d'enseignement. Il est clair que le partage de ces responsabilités avec l'attribution des collèges aux départements et celle des lycées aux régions n'a aucune justification rationnelle. C'est pourquoi, à plusieurs reprises, il a été proposé d'unifier la responsabilité de ces établissements scolaires au profit d'une seule collectivité. Mais laquelle ?

Dans les années 90 les représentants des conseils généraux, conscients des menaces qui pesaient sur l'institution départementale, ont revendiqué la responsabilité des lycées, et cette revendication a trouvé un certain écho dans les rapports au Sénat. Mais en 2015 le projet de loi NOTRe prévoyait le transfert de la responsabilité des collèges aux régions. Tous les rapports récents

⁵⁰ Cela n'a d'ailleurs pas que de bons côtés : le transfert (progressif) des PLU aux intercommunalités risque d'avoir des effets redoutables et parfois désastreux sur certaines communes : dans des intercommunalités comprenant plus d'une centaine de communes les organes dirigeants de l'intercommunalité risquent de ne pas connaître la situation réelle des communes et, par ailleurs, on peut imaginer les conséquences dans le cas d'une intercommunalité comprenant des communes littorales et des communes de l'intérieur ...

préconisaient la suppression des départements. Cette suppression a été annoncée, de manière feutrée par le président de la République, de manière tranchée par le Premier ministre. Mais cette suppression n'a pas eu lieu, il n'est plus question de suppression. La loi du 7 août 2015 a maintenu de nombreuses compétences au département⁵¹. Celui-ci disparaîtra peut-être un jour, mais il n'est pas, à l'heure actuelle, moribond.

* *

*

Au terme du panorama qui a été fait, la réponse à la question posée ne semble guère faire de doutes : le libéralisme ou néolibéralisme n'a pas eu d'influence notable ni même incidente sur les structures territoriales françaises. Cela ne signifie pas qu'il n'en aura jamais, mais pour l'instant ce n'est pas le cas. Le profil des structures territoriales se modifie au fil du temps, d'autres réformes interviendront, qui pourront être analysées comme un couronnement ou un achèvement des évolutions déjà engagées. Mais il ne faut pas oublier ce que représentent ces collectivités dans la vie nationale, comme facteurs d'unité, de solidarité, voire de convivialité.

⁵¹ Il est possible d'avoir deux interprétations des dispositions de la loi de 2015 sur le département : soit y voir l'expression d'un recul ou d'un déclin de la collectivité départementale, prémices de sa prochaine disparition, soit en tirer la conclusion d'une résistance remarquable de la collectivité départementale.

L'IMPACT DU NÉOLIBÉRALISME SUR LE DROIT BUDGÉTAIRE

L'exemple de la Loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du
1^{er} août 2001

Par
Benoît JEAN-ANTOINE
Maître de conférences en droit public
à l'Université de Rouen
Membre du Centre Universitaire Rouennais d'Études Juridiques
(CUREJ EA 4703)

Mots clés : Néolibéralisme – Droit budgétaire – LOLF.

La rénovation financière étatique, apportée par la loi organique relative aux lois de finances, ou LOLF du 1^{er} août 2001, est le fruit de nombreuses réflexions économiques antérieures, poussant l'État à prendre comme modèle, pour sa gestion financière, l'entreprise privée. Les particularités spécifiques à la sphère publique sont toutefois prises en compte dès les premiers débats parlementaires, notamment par Gilles Carrez qui considère que l'État n'est pas une entreprise soumise à une obligation de rentabilité¹.

Au milieu des années 70, avec les chocs pétroliers et la réapparition du déficit budgétaire², l'interventionnisme étatique est remis en question ; on assiste à un retour progressif des idées libérales. Peu de thèmes nouveaux ressortent dans les théories émises au regard des finances publiques, proches en cela des doctrines libérales de la période classique. Par ailleurs, la notion de néo-libéralisme particulièrement englobante au niveau de la diversité des écoles rend celle-ci difficilement identifiable³. Néanmoins, la raison pour laquelle le préfixe « néo » peut être ajouté ne vient pas forcément du radicalisme des

¹ « Débat d'orientation », *JOAN Déb.* séance du 26.10.2000.

² V. Gouiffès P.-F., *L'âge d'or des déficits - 40 ans de politique budgétaire française*, Paris, DF 2013.

³ Baudu A., *Droit des finances publiques*, Paris, Dalloz 2015, p. 98.

positions libérales émises – elles le furent déjà au moment de la « bataille de l'impôt sur le revenu » à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle avec des penseurs comme Paul Leroy-Beaulieu en France⁴ – mais bien du rejet, par différentes écoles contemporaines, du keynésianisme, qui avait pourtant dominé le champ doctrinal depuis la crise des années 1930.

Adam Smith (voire Friedrich Hayek) prend alors le pas sur Keynes, la politique de l'offre redevient à la mode au détriment de celle de la demande, et pour un président américain, l'État n'est alors plus la solution mais le problème⁵. À partir des années 1980, en France, en même temps qu'est remise en cause l'augmentation de la pression fiscale, on ne parle plus que de la « réduction », de la « maîtrise » des dépenses publiques et de la revalorisation de l'initiative privée (via notamment les privatisations) ; c'est alors notamment le cas au niveau des collectivités territoriales.

Avec la LOLF, c'est une nouvelle pensée financière qui est dorénavant institutionnalisée, celle d'une gestion publique se voulant plus transparente, d'une évaluation des politiques publiques et de leur performance. Pour le professeur Michel Bouvier, le regard porté par les citoyens sur les dépenses et les recettes publiques s'est modifié : « l'argent se faisant rare ils se montrent indéniablement plus réceptifs à la question du contrôle des deniers publics, plus intéressés qu'autrefois par l'usage qui en est fait... »⁶. Néanmoins, derrière ces intentions du texte se pose la question de son bilan à l'aune de la crise financière de ces dernières années. D'une part, nous verrons que la LOLF est issue d'un cadre conceptuel d'inspiration essentiellement néolibérale (I) mais, d'autre part, que ce texte est aujourd'hui dépassé, sur plusieurs points, dans un contexte économique dégradé (II).

I. UN CADRE CONCEPTUEL D'INSPIRATION ESSENTIELLEMENT NEOLIBERAL

Les débats parlementaires au moment de l'examen du texte sont toujours difficilement interprétables en matière d'influence économique, les députés et sénateurs n'exprimant pas toujours ouvertement ou directement leurs influences doctrinales⁷. En outre, des parlementaire ont pu, par la suite, réfuter

⁴ V. Delalande N., *Les batailles de l'impôt - Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil 2011, p. 131 s.

⁵ La citation exacte de Ronald Reagan est : « dans cette crise actuelle, l'État n'est pas la solution à notre problème ; l'État est le problème ».

⁶ Bouvier M., « Du centre à la périphérie : les nouvelles figures de la constitutionnalisation du droit public financier », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris, Dalloz 2008, p. 476.

⁷ Le libéralisme du futur texte, s'il est mentionné durant les débats, l'est en général pour y être dénoncé ; l'intervention du député communiste Jacques Brunhes va en ce

tout présupposé idéologique derrière le texte : « la LOLF n'est porteuse d'aucune idéologie politique, si ce n'est celle, partagée par tous, d'une plus grande efficacité de l'action publique (...) la LOLF ne doit donc pas être instrumentalisée au service d'une idéologie politique, sans quoi elle risque d'y être associée et de perdre son caractère consensuel »⁸. Néanmoins, si ces écoles, essentiellement libérales (A) ne sont pas directement mentionnées, leurs idées ont pu influencer, par diffusion, le contenu du texte (B) tant les ressemblances sont frappantes.

A. LES INFLUENCES LIBÉRALES DE LA LOLF DU 1^{ER} AOÛT 2001

Nombreuses sont les écoles néolibérales allant plus loin qu'Adam Smith et sa conception de l'État gendarme. La LOLF s'inspire d'une école assez radicale dans ses positions : celle du « *Public Choice* » ou École des « choix collectifs » (ou du « moins d'État, mieux d'État »)⁹, de James Buchanan et Gordon Tullock de l'Université de Virginie, fondée en 1962¹⁰. Cette école, en vogue dans les années 80, élabore une critique des institutions politiques, vues comme sources de dépenses. La « bureaucratie » est source de gaspillages et, plus globalement, l'État est un « Léviathan » compte tenu de la masse considérable de ses dépenses. Selon ces auteurs, les dépenses du secteur public doivent donc être aussi réduites que possible¹¹.

Selon cette théorie, qui est le versant public de l'économie néo-classique, l'État doit être « optimal-minimal » (cette théorie est proche en cela de l'école libertarienne de David Friedman et Murray Rothbard)¹² tout en maximisant son

sens : « Nous regrettons que la loi organique systématise cette approche libérale défendue à Bruxelles. Car si la France doit respecter ses engagements européens, rien ne l'oblige à considérer cette conception dogmatique de l'économie comme une loi de la physique » (JOAN séance du 21 juin 2001).

⁸ *Rapport d'information de M. Bouvard et a. sur la mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF)*, Doc. AN n° 2161 du 16.3.2005, p. 17.

⁹ Baudu A., *op. cit.*, p. 95.

¹⁰ V., pour plus de détails, Boncoeur J. et Thouément H., *Histoire des idées économiques de Walras aux contemporains*, Paris, A. Collin 2014, p. 239 s ; Machand C., *Économie des interventions de l'État*, Paris, PUF 1999.

¹¹ Buchanan J. et Flowers M. R., *Public finances*, Homewood ill., Irwin 1987, p. 113 et 142 ; v., pour plus de détails, Bouvier M. et a., *Finances publiques*, Paris, LGDJ 2015, p. 211 s.

¹² Calmette J.-F., « La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : un texte, une pratique, un esprit », *RFAP* 2006-1/117. 46.

efficience¹³. Les dépenses publiques sont appréhendées dans leurs conséquences et la rationalité des choix les ayant engendrées. Sont-elles toujours justifiées économiquement parlant ?¹⁴ Afin que ce soit le cas, les administrations doivent s'inspirer des modes de gestion de l'entreprise privée, devenir plus efficaces, et le budget doit être en équilibre. Toutefois, l'impact de cette théorie ne reste que vraisemblable car « il n'est pas toujours facile de départager son influence directe sur les décideurs, effective par la consultation, son influence indirecte de caution scientifique de choix politiques indépendants et son influence projetée »¹⁵.

Néanmoins, avec la LOLF du 1^{er} août 2001, l'évaluation va véritablement entrer dans la sphère politique. Une démarche de « *value for money* », faisant comprendre aux citoyens le lien existant entre dépense publique et impôt, va en effet être mise en place¹⁶. De même, « les principes de l'analyse économique du droit impliquent une démarche de type "utilitariste" sous forme d'un calcul économique et vise à quantifier les répercussions économiques de la règle de droit à travers le prisme de l'efficacité. Or on retrouve bien dans la LOLF ce principe de l'efficacité et de son évaluation (...) c'est la première fois en France, pays fortement influencé par la tradition juridique positiviste, qu'une loi intègre de manière aussi nette et systématique les préceptes de l'analyse économique du droit et de l'école de Chicago du *Public Choice*. Ces principes pourtant très peu usités en France, sont désormais ancrés au cœur même de notre droit public »¹⁷.

D'autres sources ont eu un impact vraisemblable sur la LOLF. Il s'agit des nombreuses recommandations d'institutions financières indépendantes (FMI, OCDE, Banque mondiale) via des codes ou des chartes de bonne conduite ou de transparence financière. Ces codes peuvent être monétaires, fiscaux, budgétaires ou comptables (comme les normes issues du comité « IPSAS Board »)¹⁸. Quel est leur point commun? La mise en place, dès la fin des années 1980, de standards prônant une gestion d'entreprise avec une culture de

¹³ Balme R. et Brouard S., « Les conséquences des choix politiques : choix rationnel et action publique », *RFSP* 2005-1. 35.

¹⁴ V. Bouvier M. et a., *op. cit.*, p. 211 s.

¹⁵ Balme R. et Brouard S., *op. cit.*, p. 35. De même, « les thèses de cette école sous-tendent implicitement ou explicitement nombre de mesures prises aujourd'hui par les gouvernements pour moderniser la société et l'État » (Bouvier M. et a., *op. cit.*, p. 213).

¹⁶ « Rapport d'information de MM. P. Méhaignerie et G. Carrez sur le contrôle des dépenses publiques et l'amélioration des performances de l'État », *Doc. AN n° 765* du 2.4.2003, p. 35.

¹⁷ Calmette J.-F., *op. cit.*, p. 46.

¹⁸ V. Mordacq F. (coord.), *La LOLF : Un nouveau cadre budgétaire pour réformer l'État*, Paris, LGDJ 2006, p. 4.

transparence, d'évaluation budgétaire et de fiabilité des informations, selon une réelle influence libérale, au point que le contexte actuel puisse être qualifié de propice à une « surveillance multilatérale internationale »¹⁹.

Le « consensus de Washington » théorisé en 1989, par l'économiste John Williamson (responsable du pôle Asie à la Banque mondiale) et proche doctrinalement de Milton Friedman prône, par exemple, une gestion d'entreprise sous la forme de 10 propositions dont la discipline budgétaire et une réorientation des dépenses publiques vers une croissance économique plus forte ainsi qu'une répartition égale des revenus²⁰. Cette « mondialisation des finances publiques », à laquelle s'ajoute l'influence certaine du pacte de stabilité et de croissance européen sur le déficit et la dette publique, aura un impact réel sur les décideurs politiques ou responsables du budget qui vont ici « puiser aux sources de la bonne gouvernance publique »²¹.

B. LES CONSEQUENCES SUR LE CONTENU DE LA LOLF

La LOLF est le fruit de plusieurs influences. On retrouve ce syncrétisme particulier dans son article 1^{er} qui prévoit la nécessité d'un « équilibre budgétaire et financier » : notion ambiguë²² car à mi-chemin entre la notion de l'équilibre « économique et financier » (ou équilibre global de l'activité économique) de Keynes et la notion de l'équilibre budgétaire strict ou comptable d'Adam Smith et de ses thuriféraires contemporains²³.

Là où la LOLF se révèle au final la plus libérale se situe dans la volonté de gérer l'État comme une entreprise privée par le passage d'une logique de moyen à une logique de résultat. Pour cela, une nouvelle présentation budgétaire par objectifs est mise en place via une présentation du budget par

¹⁹ Bouvier M., « Surveillance multilatérale internationale des finances publiques et pouvoir politique », *RFFP* 2001-74. 131 s.

²⁰ « Le Consensus de Washington », *Les Échos* 17.1.2012.

²¹ Mordacq F., *La réforme de l'État par l'audit*, Paris, LGDJ 2009, p. 25.

²² Cette formule ambiguë a pu être critiquée : « curieux ostracisme, à la réflexion, (...) alors que la loi organique [du 1^{er} août 2001] se pare des attraits de la modernité, elle omet un des éléments juridiques, sans doute le plus pertinent, qui eussent permis de lutter contre près de cinquante ans de gestion débridée des finances étatiques » (Querol F., « Faut-il modifier la nouvelle “constitution financière” pour contribuer à l'assainissement des finances publiques ? », *RDPS* 2006-5. 1399).

²³ James Buchanan souhaitait, pour sa part, l'inscription, dans la Constitution des États-Unis, d'une règle d'équilibre contraignante pour les pouvoirs publics : « Si les contribuables citoyens veulent changer les choses, pourquoi ne se débarrassent-ils pas des grands gaspilleurs pour les remplacer par des hommes politiques et des partis promettant et accordant des impôts inférieurs et réduisant l'inflation des dépenses gouvernementales ? » (Buchanan J. et Tollison R. D., *Theory of public choice II*, Ann Arbor, University of Michigan press 1994, p. 447).

objectifs de dépenses, les missions et les programmes²⁴, et non plus par nature de dépenses (comme sous l'ordonnance du 2 janvier 1959). Le but ultime est bien évidemment la maîtrise et la rationalisation des dépenses publiques pour éviter les gaspillages.

Une expérience antérieure avait été tentée en France pour imposer des « budgets de programmes » : la RCB ou la rationalisation des choix budgétaire. Cette politique avait pour source une expérience menée aux États-Unis au début des années 1960, plus précisément au Département de la Défense – sous le sigle PPBS (*planning, programming, and budgeting system*) – dirigé alors par Robert Mac Namara (Secrétaire à la Défense sous J. F. Kennedy et L. Johnson)²⁵. La RCB, pilotée dès 1968 par Michel Debré (d'abord au ministère des Finances et ensuite à la Défense nationale) partait de l'idée que les budgets publics devaient être discutés au stade de leur élaboration en termes d'objectifs, et de programmes permettant d'atteindre ces objectifs. Il s'agissait également de faire une évaluation de ces programmes par des indicateurs, soit une mesure des résultats obtenus (comme ce sera le cas pour la LOLF). Mais cet outil sera un échec pour trois raisons. Il s'agissait d'abord de simples documents d'information (les « blancs ») n'ayant aucune valeur impérative puisqu'ils n'étaient pas votés par le Parlement. Ce système est ensuite vite apparu aux parlementaires et aux ministres comme un « outil technocratique » imposé par le seul ministère des finances. Enfin, il ne découlait pas d'une règle législative forte comme le sera la LOLF. La RCB a été abandonnée au début des années 1980 face à l'augmentation des déficits²⁶.

Avec la LOLF, pour mesurer les résultats – et en cela le texte est proche de l'école du « *Public Choice* » – on fixe également des indicateurs de performances²⁷. Didier Migaud, l'un des deux « pères de la LOLF » (avec Alain Lambert) se réjouissait au moment de l'élaboration du texte de l'introduction de la notion de performance qui représentait selon lui « une avancée majeure pour la gestion publique »²⁸. Des projets annuels de performances (PAP) sont joints au projet de loi de finances initiale et des rapports annuels de performances (RAP) sont annexés au projet de loi de

²⁴ 49 missions et 173 programmes pour le budget de l'État sont prévus dans le projet de loi de finances pour 2016, *Rapport sur l'évolution de l'économie nationale et sur les orientations des finances publiques (PLF 2016)*, juin 2015, t. 2, p. 7.

²⁵ de Bellescize R., *Le système budgétaire des États-Unis*, Paris, LGDJ 2015, p. 95 s.

²⁶ Mordacq F., *op. cit.*, p. 22-23.

²⁷ 384 objectifs pour 756 indicateurs (2 indicateurs donc par objectifs) sont prévus pour 2016, *Rapport sur l'évolution de l'économie nationale et sur les orientations des finances publiques (PLF 2016)*, *op. cit.*, p. 7.

²⁸ « Rapport de M. D. Migaud sur la proposition de loi organique, modifiée par le Sénat, relative aux lois de finances », *Doc. AN n° 3150* du 19.6.2001, p. 33.

règlement (art. 51 et 54 de la LOLF). Ils permettent aux parlementaires de comparer la prévision et l'exécution budgétaire, ainsi que les résultats par rapport aux objectifs initiaux²⁹. Comme le relève J.-F. Calmette, « on retrouve là, l'influence des préceptes liés à "l'analyse économique du droit" (AED) ou *Laws and Economics* d'influence américaine et canadienne », et « à ce titre, le dépôt des rapports annuels de performances (RAP) prévu par l'article 54 de la LOLF est directement issu du droit budgétaire canadien »³⁰.

Enfin, la fongibilité asymétrique de la LOLF, qui permet à un gestionnaire de transférer des dépenses de personnel vers d'autres postes de dépenses, l'inverse demeurant interdit, a pu être vue comme étant une mesure libérale, permettant de limiter l'emploi public voire d'entraîner une suppression de nombreux postes : « on peut à nouveau parler », note encore J.-F. Calmette à ce propos, « de dimension libérale de la LOLF car son esprit sous-tend une certaine "méfiance" vis-à-vis du travail des fonctionnaires (...). La volonté de limitation des coûts en personnel de manière durable est renforcée par l'instauration par la LOLF du principe de la "fongibilité asymétrique" »³¹. Frank Mordacq estime que le vote consensuel du texte empêche néanmoins de voir dans ce mécanisme une « véritable machine à externaliser les fonctions de l'État »³². À cela s'ajoute une très managériale « mise sous tension » des agents issue de la logique de la LOLF, via une plus grande personnalisation des carrières, une rémunération au mérite, l'évaluation et l'accroissement des pouvoirs des directeurs des services (notamment dans le cadre de l'instauration du dialogue de gestion conduisant à une nouvelle responsabilité managériale)³³. Finalement, le consensus politique autour de cette question relèverait plus d'une « sensibilisation d'une grande partie de la classe politique aux orientations du managérialisme », droite et gauche confondue. À l'arrière-plan de cette conversion, on trouverait, selon le doyen Quintane, l'expression d'une « certaine méfiance vis-à-vis du travail des fonctionnaires » ; en cela « la LOLF s'est inscrite dans ce qu'on qualifie quelquefois de paradigme libéral de la gestion publique »³⁴.

²⁹ V., Direction du Budget, *Guide de la performance*, mars 2015.

³⁰ Calmette J.-F., *op. cit.*, p. 45.

³¹ *Id.*, p. 47.

³² Mordacq F., *op. cit.*, p. 62.

³³ Quintane G., « La désadministration des opérations financières publiques », in *Les transformations de l'administration fiscale*, Paris, L'Harmattan 2011, p. 86 ; « La LOLF et le managérialisme », *ADD* 2009-3, p. 284. V. aussi Le Moing-Surzur Ph., « Pilotage, contrôle de gestion et contrat de performance à la DGI », *RFFP* 2005-89. 101-104.

³⁴ Quintane G., « La LOLF et le managérialisme », *op. cit.*, p. 277-278. Lors de son audition à l'Assemblée nationale, Roland Gaillard, Secrétaire général de la Fédération générale des fonctionnaires FO, estime que le projet de loi organique est

II. UN TEXTE DEPASSE DANS UN NOUVEAU CONTEXTE JURIDIQUE ET ECONOMIQUE

La LOLF peut paraître aujourd'hui dépassée en raison des réformes, qu'elle a pu certes parfois inspirer, mais qui ont depuis pris sa succession (A). De plus, le bilan de certaines dispositions de ce texte peut être aujourd'hui établi, dans le contexte actuel de crise économique et financière (B).

A. UN CONTEXTE DE REFORMES DANS LA CONTINUITÉ DE LA LOLF

De nombreuses réformes ont été directement inspirées par la LOLF. De multiples efforts d'économies budgétaires ont pu ainsi être entrepris ces dernières années, complétant la démarche amorcée sous son empire. Il s'agit d'abord de la constitutionnalisation du principe de sincérité des comptes publics, en 2008³⁵, issu des articles 27 et 32 de la loi et s'inspirant directement du principe de transparence, issu des traités européens et des codes de bonne conduite internationaux (OCDE, *Code de bonne pratique en matière de transparence des finances publiques*, OCDE 2001)³⁶. C'est donc à juste titre que selon le professeur Jean-Luc Albert : « l'émergence de nouveaux principes, issus ou inspirés du monde des entreprises : transparence, sincérité (...) donnent une tournure nouvelle aux finances publiques dont la préoccupation dominante paraît devoir être l'amélioration de la gestion des organismes publics »³⁷. Conséquence de cette exigence de sincérité des comptes, la certification des comptes de l'État par la Cour des comptes constitue l'une des innovations les plus importantes de la LOLF (article 58). Il s'agit d'une mission d'audit externe des comptes qui consiste à exprimer une opinion sur leur conformité au référentiel comptable qui leur est applicable. Ce mécanisme est à l'image des

largement imprégné de « libéralisme économique » car applique (comme le font les autres pays européens) « les travaux de l'OCDE depuis une dizaine d'années, notamment le PUMA (Public Management), en matière de réforme de la gestion des ressources humaines dans les pays de l'OCDE (...) de ses recommandations : [à savoir notamment] des mesures de réduction des coûts sous forme de modération des rémunérations, [des] efforts visant à réduire les effectifs et d'incitations aux gains d'efficacité » (*JOAN* séance du 25.1.2001).

³⁵ Art. 47-2 al. 2 : « Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière ».

³⁶ V., pour plus de détails, Pancrazi L., *Le principe de sincérité budgétaire*, thèse pour le doctorat, Université Paris II Panthéon-Assas 2008, p.132 s.

³⁷ Albert J.-L., « Les principes en droit financier », in *Les principes en droit*, Paris, Economica 2008, p. 228.

techniques de l'entreprise privée dont les comptes doivent être certifiés par des commissaires aux comptes.

En revanche, le principe d'équilibre budgétaire ou « règle d'or », là encore issu de la doxa libérale d'un budget neutre, n'a pas abouti à une révision constitutionnelle en France ; le président François Hollande a préféré passer par le biais d'une loi organique, celle du 17 décembre 2012, relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques : ce texte n'instaure pas une véritable règle d'équilibre chiffrée mais un ensemble de règles mettant en œuvre le Pacte budgétaire européen signé en 2012. Au final, le législateur a préféré garder une certaine souplesse politique plutôt que d'inscrire dans le marbre une obligation d'équilibre stricte de tendance libérale³⁸.

Des concepts issus de la LOLF sont également présents dans le décret GBCP, relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, du 7 novembre 2012 – texte témoignant de « l'affermissement d'une culture financière novatrice tant dans sa conception budgétaire que dans la transformation des procédures de contrôle »³⁹ – à travers la présentation du budget de l'État en missions, programmes, actions ou une nouvelle comptabilité publique à trois dimensions, dont une comptabilité générale ou comptabilité d'exercice ; cette triple comptabilité est elle-aussi aussi inspirée du secteur privée et plus spécifiquement du plan comptable général et de son application aux collectivités territoriales dès la fin des années 1990 (avec par exemple l'instruction M 14)⁴⁰. En outre, le décret GBCP, rédigé dans un contexte économique dégradé, s'inscrit dans une exigence de « soutenabilité » de la dépense publique, terme au final proche de concepts issus de la LOLF⁴¹.

³⁸ V. Oliva É., « La loi organique du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques : l'inclusion dans l'ordre juridique national de la règle d'équilibre des administrations publiques », *RFDA* 2013-2. 440 s. V., pour une analyse fondatrice de ce type de règles automatiques opposées aux choix discrétionnaires des gouvernants en matière de politique économique, Kyland F. E. et Prescott E. C., « Rules rather than discretion : The inconsistency of optimal plans », *The Journal of political economy*, 1977-3, vol. 85, p. 487.

³⁹ Akhoune F., *La réforme de la gestion budgétaire et comptable publique - Commentaire du décret du 7 novembre 2012*, Paris, LGDJ 2013, p. 11.

⁴⁰ « Quant aux collectivités locales, si elles utilisent traditionnellement des normes comptable qui s'inspirent de celles utilisées par les entreprises, le rapprochement s'est accéléré au cours des dernières années avec, par exemple, la banalisation du régime des amortissements et provisions » (Quintane G., « La désadministration... », *op. cit.*, p. 84). V. aussi Mattret J.-B., *La nouvelle comptabilité publique*, LGDJ 2010.

⁴¹ « Derrière ce vilain néologisme, repris dans le corps même du texte réglementaire, se cache un double objectif parfaitement clair, clamé par l'actuel gouvernement comme par son prédécesseur : celui de réduire les déficits publics et, pour y parvenir, de contenir les dépenses publiques, avec comme ligne de mire le respect

La dépense publique a gardé une image négative, et l'action de l'État est bien plus souvent critiquée et jugée inefficace. De ce fait, des politiques de diminution ou de stabilisation des dépenses publiques apparaissent, par le biais, notamment, de plusieurs réformes comme la RGPP avant 2012 (Révision générale des politiques publiques)⁴². La RGPP s'inscrit dans la continuité de la LOLF dans la mesure où elle a le même objectif de modernisation de l'État. Mais une des critiques fondamentales touche à l'interaction entre la RGPP et la LOLF, la première aboutissant généralement à des mesures d'économie, là où la seconde est censée promouvoir une amélioration de la gestion publique ou des politiques publiques, une amélioration de la "performance" de l'État⁴³. La réforme de l'État s'est poursuivie avec la MAP amorcée par l'actuelle majorité au pouvoir (Modernisation de l'action publique)⁴⁴. L'un des objectifs de ces mesures s'inscrivant dans le cadre de la réforme de l'État est une réduction réelle des dépenses publiques (suppression de postes, fusion de directions ou de services⁴⁵ pour la RGPP ou les 60 politiques publiques à évaluer pour la MAP).

B. LE BILAN FINANCIER EN DEMI-TEINTE DE LA LOLF

L'échec de la LOLF est aujourd'hui admis par de nombreux commentateurs dont les plus concernés, tel Alain Lambert, l'un des « deux pères de la LOLF » (avec Didier Migaud) qui a pu dire que « la LOLF n'est aujourd'hui qu'une Rolls sur un chemin de terre »⁴⁶. La démarche de performance, « balbutiante » en 2006⁴⁷, apparaissait en danger en 2009, selon Didier Migaud et Gilles Carrez, le risque étant l'établissement d'indicateurs de performance trop nombreux, souvent trop liés aux structures administratives

scrupuleux des engagements européens de la France. Autrement dit, le principe du "dépenser mieux" promu par la LOLF semble s'éclipser au profit d'une perspective prioritaire de "dépenser moins" » (Collet M., « Le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique : "dépenser mieux" ou "dépenser moins" ? », *RFDA* 2013-2. 433 s.

⁴² V. Mordacq F., *op. cit.*, p. 115 s.

⁴³ Kott S., « La RGPP et la LOLF : consonances et dissonances », *RFAP* 2010-4/136. 885 ; Laurent C., « Quel état financier face à la crise ? », in *Les finances publiques nationales et locales face à la crise*, Paris, L'Harmattan 2012, p. 86.

⁴⁴ Desmoulin G., « La recherche de la performances des politiques publiques – De l'illusion à la raison ? », *AJDA* 2013. 894 s.

⁴⁵ V. Le Clainche M., « La création de la Direction générale des finances publiques : une transformation de l'administration fiscale ? », in *Les transformations de l'administration fiscales*, *op. cit.*, p. 13 s.

⁴⁶ *La Tribune* 17.12.2013.

⁴⁷ V. Migaud D. et Lambert A., *La mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances : à l'épreuve de la pratique, insuffler une nouvelle dynamique à la réforme*, rapport au Gouvernement, octobre 2006, p. 1.

anciennes⁴⁸ (avec des BOP et des RBOP mal découpés)⁴⁹. Depuis quelques années, des efforts sur la sincérité des indicateurs de performance sont faits rendant ces derniers plus affinés, moins quantitatifs et plus stables qu'auparavant⁵⁰. 85 % des indicateurs ont été gardés cette année par rapport à l'année précédente⁵¹. Une certaine précipitation a pu toutefois exister dans la fixation des choix des objectifs et des indicateurs, la performance apparaissant ici encore insuffisante. Certains indicateurs ont été considérés comme totalement inutiles. Il en est ainsi, par exemple, de la prise en compte du nombre de consultations sur le site du ministère des affaires étrangères pour mesurer l'objectif flou de « défendre et représenter à l'étranger les intérêts de la France »⁵². Quel est but de ce type d'indicateurs accessoires ? Ils sont peu dangereux pour les administrations car n'impliquent pas de sanctions, de « blâme », s'ils ne sont pas respectés⁵³.

D'autres ne sont pas toujours assez réfléchis ou adaptés à des secteurs régaliens de l'État comme la justice ou la défense⁵⁴ ou à une situation sociale : « Le taux d'emploi, par exemple, n'induit pas la même appréciation, selon ce que recouvre la notion d'emploi, intégrant notamment ou non la durée ou le type de contrat de travail »⁵⁵.

En revanche, l'information des acteurs financiers et notamment des parlementaires semble bien plus fiable et transparente qu'auparavant (grâce notamment à de nombreux rapports publics)⁵⁶. C'est le cas pour les citoyens également (avec l'accroissement du nombre de rapports mis en ligne

⁴⁸ « Les programmes de la LOLF sont une organisation verticale des activités, suivant souvent l'organisation des directions plutôt qu'une action réellement finalisée par des objectifs. Par suite, la structure l'a souvent emporté sur le fond, et donc ce qui se fait a prévalu sur une réflexion sur ce qui devrait se faire et les véritables finalités à atteindre correspondant aux demandes du gouvernement et aux besoins de l'économie et de la société » (Trosa S., « La LOLF, les RGPP et l'évaluation des politiques publiques : bilan et perspectives », *RFFP* 2013-121. 243 s.).

⁴⁹ « Rapport d'information de MM. D. Migaud et G. Carrez sur la performance dans le budget de l'État », *Doc. AN* n° 1780 du 24.6.2009, p. 8.

⁵⁰ V. Trosa S., *op. cit.*, p. 243 s.

⁵¹ *Rapport sur l'évolution de l'économie nationale et sur les orientations des finances publiques (PLF 2016)*, juin 2015, t. 2, p. 7.

⁵² Brunetière J.-R., « Les indicateurs de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : une occasion de débat démocratique ? », *RFAP* 2006-1/117. 97.

⁵³ *Id.* V. Trosa S., *op. cit.*, p. 243 s.

⁵⁴ Desmoulin G., *op. cit.*, p. 894 s.

⁵⁵ Cour des comptes, *La mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : un bilan pour de nouvelles perspectives*, rapport public, nov. 2011, p. 156.

⁵⁶ *Id.*, p. 30 s.

gratuitement). La certification des comptes de l'État et l'aide accrue de la Cour des comptes aux pouvoirs publics quant à l'exécution du budget étatique va dans le sens de cette information financière plus fiable (du fait de l'accroissement des rapports de cette dernière juridiction et leur publicité)⁵⁷.

Mais le constat demeure : les déficits annuels de l'État et une dette publique importante subsistent malgré cet outil de bonne gestion financière qu'est la LOLF. Rappelons, pour mémoire, que c'était justement pour contrer cette dégradation de nos comptes publics et pour répondre à la volonté citoyenne de meilleure utilisation de l'argent public, qu'a été envisagée la réforme de l'ancienne ordonnance de 1959⁵⁸. Là-dessus, la LOLF n'a pas été la révolution tant espérée. Le déficit public attendu pour 2016 est de 3,3 % du PIB (pour n'atteindre en prévision le seuil imposé des 3 % qu'en 2017) et la dette publique se chiffre à 96,5 % du PIB. Les dépenses publiques restent fortes mêmes si elles reculent de 55,8 % du PIB en 2015 à 55,1 % en 2016, les prélèvements obligatoires baissant peu, de 44,6 % à 44,5 % du PIB⁵⁹. La « révolution copernicienne » attendue par Michel Sapin en 2001⁶⁰, semble donc compromise en raison de la dégradation aujourd'hui constante de nos finances publiques.

Autre échec, l'absence de clarté pour les citoyens entre les différentes séries de réformes ; la confusion est réelle entre LOLF, RGPP et MAP. À ce manque de cohérence⁶¹ s'ajoute celui des autres secteurs des finances publiques (local, social)⁶². Enfin, la logique de résultat est encore vue comme une contrainte supplémentaire dans les administrations (lorsqu'elle n'est pas ignorée), comme une augmentation de la charge de travail et une source de complexité accrue pour les agents publics⁶³. L'exigence conséquente de responsabilité « devrait » en outre « se traduire », comme le relèvent G. Chaffardon et J.-F. Joye, « par la notion d'engagement en tant que contrepartie d'une plus grande liberté de gestion. La responsabilité impose de procéder à des choix de gestion en réfléchissant, préalablement à tout engagement, sur les incidences à plus long terme. Or la pratique montre que les

⁵⁷ *Ibid.*, p. 105 s.

⁵⁸ V. La LOLF : *Un nouveau cadre budgétaire pour réformer l'État*, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁹ Secrétariat d'État au Budget, *Chiffres clés du PLF 2016*, 2016, p. 5.

⁶⁰ *Le Monde* 28.7.2001.

⁶¹ V. Trosa S., *op. cit.*, p. 243 s. « Mais une des critiques fondamentales touche à l'interaction entre la RGPP et la LOLF, la première aboutissant généralement à des mesures d'économie, là où la seconde est censée promouvoir une amélioration de la gestion publique ou des politiques publiques, une amélioration de la "performance" de l'État » (Kott S., « La RGPP et la LOLF : consonances et dissonances », *RFAP* 2010-4/136. 885).

⁶² Cour des comptes, *op. cit.*, p. 33 s.

⁶³ *Id.*, p. 155-156 ; V. Trosa S., *op. cit.*, p. 243 s.

administrations dépensières semblent encore souvent raisonner selon des habitudes issues de l'ancien modèle »⁶⁴.

* *

*

En conclusion, il ne faut pas, aujourd'hui, être trop sévère à l'égard de la LOLF. D'abord, le lien entre les montants du déficit ou de la dette et l'échec supposé de la LOLF est toujours difficile à faire. Ensuite, Didier Migaud et Alain Lambert ont pu expliquer que la LOLF n'est qu'un outil au service d'une politique ; elle est en cela économiquement neutre. Ils nient – à rebours même du thème même de cette présente contribution – tout caractère libéral à la LOLF puisque des mesures de rigueur budgétaire ou de relance économique par augmentation des dépenses publiques peuvent être menées par les gouvernements successifs⁶⁵. Dès lors, si le texte est principalement d'inspiration libérale, il n'empêche absolument pas de faire une politique keynésienne de relance. Ce choix dépendra des majorités au pouvoir. Finalement, les propos suivants du Baron Louis n'ont jamais tant été d'actualité : « Faites-moi de bonnes politiques et je vous ferai de bonnes finances ».

⁶⁴ Chaffardon G. et Joye J.-F., « La LOLF a dix ans : un rendez-vous (déjà) manqué ? », *RDSP* 2012-2. 303 s.

⁶⁵ « ... il convient (...) de définir ce que les auteurs de la LOLF entendent par "réforme de l'État". C'est un point essentiel. Il ne s'agit en effet pas du périmètre des missions de l'État par rapport à la sécurité sociale, aux collectivités territoriales ou encore aux entreprises et à la société civile. Ce périmètre ne saurait être figé une fois pour toutes : il appartient à chaque majorité politique de le modeler librement, en fonction de ses propositions et des souhaits des français. Il n'y aurait pas eu consensus sur la LOLF si celle-ci avait conçu la réforme de l'État comme tendant vers un État plus libéral, ou au contraire plus interventionniste » (Lambert A. et Migaud D., « La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : levier de la réforme de l'État », *RFAP* 2006-1/117. 11).

L'IMPACT DU NÉOLIBÉRALISME SUR LE DROIT DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Par
Christophe LAJOYE
Maître de conférences en droit public
Membre du CRDFED
de l'Université de Caen - Normandie

Mots clés : Commande publique – Néolibéralisme.

Réfléchir sur la relation entre néolibéralisme et droit des contrats de la commande publique semble relever du paradoxe même si cette réflexion se limite à rechercher les effets ou l'impact du néolibéralisme sur ce droit. En effet, si l'on perçoit le libéralisme – y compris dans son évolution néolibérale – comme une doctrine qui refuse toute intervention de l'État dans les relations économiques nouées entre les agents économiques, il faut considérer que la liberté contractuelle doit gouverner ces relations quand elles donnent lieu à la conclusion d'un contrat, y compris quand l'État ou un de ses démembrements est partie à la convention. Dès lors, le droit français des contrats de la commande publique qui régleme de façon stricte, notamment, la passation de ces contrats, et en particulier des marchés publics principalement dans un code volumineux qui leur est dédié peut paraître comme exclusif de toute emprise libérale contrairement au droit positif de pays anglo-saxons, qu'il s'agisse, parmi d'autres, du droit britannique, irlandais ou même allemand, qui avant la construction d'un droit communautaire des marchés publics ne connaissait pas de règles spécifiques aux marchés et autres contrats publics.

Mais, il faut bien le dire une telle présentation ne résiste pas à l'analyse qui l'a fait apparaître bien trop caricaturale. En effet, s'il est constant que le libéralisme depuis son origine incarnée notamment par les travaux d'Adam Smith ou de John Stuart Mill, et jusque dans sa version néolibérale, vise à limiter l'intervention de la puissance publique dans l'économie, il ne refuse pas

toute action de l'État, notamment quand il s'agit de permettre au marché de mieux fonctionner, de corriger ses dysfonctionnements (cf. en particulier les réflexions de J. Rueff et de J. Cros). Autrement dit, la régulation du marché par l'État est admise quand l'autorégulation du marché ne s'opère pas. Ainsi l'État, selon les néolibéraux, a surtout pour rôle d'assurer la liberté économique, de veiller au bon fonctionnement du marché en permettant, en particulier, le maintien d'une situation de concurrence, autrement dit une concurrence libre et non faussée.

Si on retient cette conception du néolibéralisme, alors on peut considérer que celui-ci n'exclut pas toute réglementation des contrats publics mais reconnaître que son impact sur le droit des contrats de la commande publique se manifeste par la protection et le développement de la concurrence dans l'octroi des contrats publics (I) et par la protection et le développement de la liberté des acteurs de la commande publique (II), manifestations qui peuvent d'ailleurs apparaître assez contradictoires.

I. MESURES DE PROTECTION ET DE DEVELOPPEMENT DE LA CONCURRENCE DANS L'OCTROI DES CONTRATS PUBLICS

Il nous semble que trois grandes évolutions du droit visant cette protection et ce développement et qui témoignent de l'influence du néolibéralisme peuvent être répertoriées ici. Il s'agit de la consécration de principes fondamentaux de la commande publique à connotation très libérale (A), de la généralisation de l'allotissement dans la procédure de passation des marchés publics (B) et, enfin, de l'amélioration et du développement des procédures de recours contentieux (C).

A. CONSECRATION DE PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE A CONNOTATION LIBERALE

Cette consécration s'est faite progressivement et a pour origine essentielle l'action des institutions communautaires. Tout d'abord, il faut évoquer les textes communautaires et en particulier le Traité de Rome du 25 mars 1957 qui, comme chacun sait, crée un marché commun et instaure une libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux et repose sur les principes de libre concurrence, de liberté d'établissement et de non-discrimination selon la nationalité du producteur ou du prestataire. En dépit de ces objectifs, ce traité ne consacrait aucune disposition spécifique à l'ouverture à la concurrence des marchés publics, même s'il prévoyait la mise en place entre les États membres d'une politique commune assurant que la concurrence ne soit pas faussée à

l'intérieur du marché commun. En matière de marché public, cela impliquait que toute entreprise implantée sur le territoire d'un État membre puisse librement accéder aux marchés publics passés dans un autre. Pour mettre en œuvre cette liberté d'accès, ont été adoptées une série de directives relatives aux marchés publics qui se sont succédées dans les années 70, 80, 90 puis 2000. Les dernières en date ont été prises le 26 février 2014. Le nombre des réformes de ces directives montre la difficulté et l'enjeu que représente pour les institutions communautaires, l'ouverture des marchés publics dans la réalisation d'un marché intérieur où la concurrence entre entreprises ou opérateurs économique est libre. La jurisprudence a accompagné ce mouvement en faveur de la libre concurrence en dégagant des principes généraux obligatoires s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs dans la passation de leurs marchés et contrats publics. C'est ainsi que le juge communautaire souligne une obligation de transparence et d'impartialité ou de non-discrimination pesant sur le pouvoir adjudicateur.

À cet égard, la CJCE dans son arrêt « Telaustria », affirme que cette obligation de transparence consiste à « garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (CJCE 7.12.2000, Telaustria et Telefonadress, Aff. C-324/98). En outre dans cet arrêt, la haute juridiction communautaire précise que l'obligation de non-discrimination et l'obligation de transparence s'imposent au pouvoir adjudicateur à l'égard de tout candidat potentiel et pour tous les contrats publics, y compris ceux qui n'entrent pas dans le champ d'application d'une directive marché public.

Fort de cette jurisprudence et de la tradition du droit interne d'organiser une publicité et une mise en concurrence pour l'attribution des marchés publics, les pouvoirs publics français ont proclamé à l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2001 des principes fondamentaux de la commande publique qui sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ces principes sont repris dans les Codes de 2004, 2006 et dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics. Bien plus, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 473 DC du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, leur a conféré valeur constitutionnelle.

Dès lors, le droit français des contrats de la commande publique est gouverné par des principes situés au plus haut niveau de la hiérarchie des normes – ce qui les rend quasiment intangibles – à forte connotation libérale puisqu'ils visent à sauvegarder l'ouverture de ces contrats à la concurrence, l'égalité stricte des opérateurs économiques et la non-discrimination entre ceux-ci, ce qui consacre la libre concurrence comme règle indépassable de l'octroi des contrats de la commande publique. Concernant le principe de

liberté d'accès à la commande publique, il signifie que l'accès à la commande publique doit être libre et impartial, et dès lors quels que soient leur taille et leur statut juridique, les candidats doivent pouvoir accéder librement à une consultation lancée par une personne publique adjudicatrice. Cette dernière ne doit pas créer ou laisser s'installer un milieu non concurrentiel. Dès lors, elle ne peut écarter des candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles autorisées par le droit des contrats publics. C'est pourquoi les clauses des pièces contractuelles écartant certaines catégories de candidats par leurs exigences particulières en matière de capacité ou de spécifications techniques sont sanctionnées par le juge (CE 30.6.2004, Min. de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer, n° 261919). De même, ce principe prohibe l'exclusion de candidats qui rempliraient les conditions exigées par le règlement de la consultation. En outre, ce dernier ne doit contenir aucune exigence qui ne se justifierait pas par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Le principe d'égalité de traitement des candidats implique que tous les candidats soient traités de la même manière par le pouvoir adjudicateur et en particulier, il doit recevoir les mêmes informations que ces concurrents. Il interdit toute discrimination ou favoritisme envers un candidat. Enfin le principe de transparence des procédures qui signifie que la procédure de passation des contrats publics ne doit pas être opaque, que les différentes phases de la procédure doivent bannir toute discrimination et donner lieu à une information et à une concurrence loyale entre les divers candidats. En vertu de ce principe les règles de la consultation doivent être déterminées au moment du lancement de la procédure et rendues publiques par le pouvoir adjudicateur et demeurer intangibles durant toute la consultation. Il se traduit notamment par une publicité destinée à garantir une vraie mise en concurrence et par la justification du choix du titulaire du marché et la motivation du rejet des offres présentées par les autres candidats. Il implique pour les marchés publics, notamment, que les critères d'attribution desdits marché et leurs conditions de mise en œuvre, soient communiqués le plus tôt possible, c'est-à-dire dès l'engagement de la procédure (cf. notamment : CE 30.1.2009, Agence nationale pour l'emploi, n° 290236).

Cette consécration de principes fondamentaux de la commande publique à connotation libérale provoque de conséquences importantes. Tout d'abord, elle interdit la mise en place de toute mesure protectionniste et de tout localisme dans l'attribution par les pouvoirs publics nationaux et locaux des contrats de la commande publique. Ensuite, elle suscite la généralisation des règles de publicité et de la mise en concurrence dans l'octroi de ces contrats. Ainsi les divers contrats qui portaient sur la délégation de service public échappaient traditionnellement à ces règles qui restaient l'apanage du droit des marchés publics. L'affirmation progressive de ces principes fondamentaux, notamment en droit communautaire, allait conduire le législateur français à les étendre aux

conventions de délégation de service public sous couvert de lutte contre la corruption (cf. L. n° 93-122 du 29.1.1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques). En outre, cette loi restreint la durée de ces contrats afin de limiter la longueur de la période où le délégataire jouit d'un monopole portant sur l'activité déléguée. Cette limitation oblige le pouvoir déléguant à remettre en concurrence au terme de la convention de délégation.

B. DEVELOPPEMENT DE LA CONCURRENCE DANS LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS ET DES CONVENTIONS DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Le développement de la concurrence dans la passation des marchés publics résulte notamment de la généralisation de l'allotissement dans la procédure de passation des marchés publics. Traditionnellement en droit français des marchés publics, la décision d'allotir ou non les prestations objet du marché relevait du choix souverain de la personne publique acheteuse. Elle disposait donc de la liberté d'opter pour un marché alloti ou au contraire pour un marché global. Ce choix se fondait sur une analyse des avantages économiques, financiers ou techniques que procurait chacune de ces formules. Il était guidé par la fonctionnalité de l'ouvrage à construire ou par la coordination nécessaire des divers intervenants lors de l'exécution de la prestation. L'acheteur public devait aussi prendre en compte les différents corps de métier concernés par la prestation. Plus largement, la décision d'allotir était guidée par la situation du marché, par les caractéristiques de la prestation à exécuter et par les objectifs recherchés par l'acheteur public. L'article 10 du Code des marchés publics de 2006 revient sur la liberté de choix entre marché global et marché alloti et pose comme principe, le recours à l'allotissement. Désormais, l'allotissement est le principe, le marché global est l'exception. Le nouvel article 10 dispose en effet : « afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés (...) ». Cet article définit l'objectif du recours de principe à l'allotissement : obtenir la plus large concurrence dans la passation des marchés publics. Il est vrai que l'allotissement recouvre deux avantages importants :

- il développe la concurrence puisqu'il a tendance à augmenter le nombre d'entreprises candidates ;
- il facilite l'accès des PME à la commande publique, au contraire l'absence d'allotissement le rend plus délicat ; les PME n'ayant pas, le plus souvent, les capacités financières et techniques pour prendre en charge l'intégralité d'une opération objet d'un marché unique.

Dès lors les pouvoirs publics en procédant à la généralisation de l'allotissement dans la procédure de passation des marchés publics ont voulu augmenter la concurrence dans l'attribution des marchés publics en permettant aux PME de candidater ce qui multiplie le nombre de soumissionnaire et permet de lutter contre les situations d'oligopole et rend beaucoup plus difficile les pratiques anti-concurrentielles comme les ententes et autres abus de position dominante.

La démarche des pouvoirs publics est assez proche concernant l'introduction d'une procédure de publicité et de mise en concurrence pour la dévolution des conventions de délégation de service public. On le sait, traditionnellement en droit français des contrats publics, les concessions de services publics, catégorie emblématique des délégations contractuelles de service public, échappaient à toute mesure de publicité et de mise en concurrence préalables, ce qui différenciait fondamentalement leur régime juridique de celui des marchés publics. Ce régime juridique était donc marqué par un « *intuitu personae* » mal compris qui consistait à laisser au pouvoir concédant une totale liberté de choix du concessionnaire reposant sur une libre négociation avec une ou plusieurs entreprises librement désignées. Il va sans dire qu'une telle absence d'encadrement juridique favorisait les pratiques anti-concurrentielles telles les ententes, abus de position dominante et la corruption. Au surplus, elle générait des situations de monopole et d'oligopole aux antipodes de la vision libérale du marché reposant sur une concurrence libre, loyale et non faussée. Du reste, ces situations se prolongeaient durablement car les concessions étaient conclues pour des durées souvent excessives car fréquemment sans rapport avec les investissements mis à la charge du concessionnaire et étaient renouvelées avec la même liberté. Une telle situation, à l'évidence, ne pouvait survivre durablement à l'instauration d'un droit communautaire et national de la concurrence qui visaient à généraliser la concurrence et à la protéger et à l'adoption de directives communautaires relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics qui appréhendaient un champ d'application matériel qui dépassait le strict cadre de la notion française de marchés public. Aussi, le pouvoir législatif français décida de se mettre au diapason avec cette évolution et adopta la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques qui introduit une procédure de publicité et de mise en concurrence préalables à la conclusion des conventions de délégation de service public qui encadre en particulier la sélection des candidats et qui dote lesdites conventions d'un véritable régime juridique qui, concernant leur durée, limite leur durée initiale, circonscrit strictement les cas de leur prolongation et oblige à une remise en concurrence lors de leur renouvellement.

C. DEVELOPPEMENT DES PROCEDURES DE RECOURS CONTENTIEUX

Longtemps les recours contre les contrats de la commande publique et plus précisément ceux exercés en contestation de leur passation étaient limités, en particuliers ceux ouverts aux candidats s'estimant irrégulièrement évincés, car ils n'entraient pas dans la tradition juridique française. Ils se limitaient au recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat et aux recours en responsabilité extracontractuelle de la personne publique pour illégalité d'un acte relatif à la conclusion du contrat. A ces recours exercés par les candidats ou candidats potentiels s'ajoutait fondamentalement le référé préfectoral. Or l'application effective des principes libéraux de concurrence libre et non faussée, de non-discrimination et de proscription de tout protectionnisme national ou local, nécessitaient des recours efficaces, variés et largement ouverts aux candidats et tiers évincés. C'est pourquoi lors des deux dernières décennies ces recours se sont singulièrement étoffés. En se limitant aux actions ouvertes aux candidats et tiers évincés, nous évoquerons ici le référé précontractuel, le recours de pleine juridiction en contestation de la validité d'un contrat administratif et le référé contractuel.

Au sujet du référé précontractuel, il faut souligner que l'enjeu était important. En effet et du fait de l'encombrement des juridictions administratives et de la longueur du délai pour obtenir un jugement, l'efficacité des recours juridictionnels visant à sanctionner le non-respect des règles de passation des contrats administratifs est mise à mal. En effet, il est peu utile qu'un tribunal administratif annule la décision d'attribuer – par exemple un marché public de travaux – après que les travaux aient été réalisés. Pour remédier à cette inefficacité il faut qu'existent des recours préventifs qui permettent une intervention du juge rapide en amont de la signature du contrat. L'instauration de tels recours en France n'a pas été facile puisqu'ils dérogent aux règles et principes traditionnels de notre droit administratif. Il a donc fallu l'intervention du droit communautaire pour surmonter le poids des traditions. Ce recours puise donc sa source dans les deux directives recours : la première relative aux recours concernant les marchés passés dans les secteurs classiques (Directive n° 89-665 du 21 décembre 1989), la seconde relative aux recours relatifs aux marchés passés dans les secteurs spéciaux (énergie, eau, transports, télécommunications) (Directive n° 92-13 du 25 février 1992). Il est destiné à empêcher la conclusion d'un marché lorsque les règles de publicité et de mise en concurrence, tant communautaires que nationales ont été enfreintes. Ce recours a été introduit par les lois de transposition du 4 janvier 1992 et du 29 décembre 1993 codifiées au Code de justice administrative. La directive du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics a nécessité une réécriture et

quelques modifications du dispositif antérieur, réécriture et modifications réalisées par l'ordonnance du 7 mai 2009 qui transpose cette directive. Il faut rappeler que les pouvoirs reconnus au juge – ici le président du tribunal administratif ou son délégué – sont importants et efficaces car il a le pouvoir d'injonction lui permettant d'ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence. De même, il a le pouvoir de suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat et de « supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les dites obligations ». En outre, il faut souligner que la saisine du juge des référés précontractuels entraîne automatiquement et donc de plein droit, la suspension de la signature du contrat.

Le recours de pleine juridiction en contestation de la validité d'un contrat administratif, quant à lui, a une origine jurisprudentielle puisqu'il a été ouvert concernant les concurrents évincés par l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation (n° 291545). Dans cet arrêt, le Conseil d'État affirme que tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assortis, le cas échéant, de demandes indemnitaires. Les pouvoirs reconnus au juge sont très étendus ce qui rend également ce contrôle efficace et lui permet de protéger les concurrents évincés des effets des atteintes portées par les pouvoirs adjudicateurs publics aux principes fondamentaux de la commande publique. Ainsi, il peut prononcer la résiliation du contrat ou la modification de certaines de ses clauses. Il peut aussi décider la poursuite de l'exécution du contrat, le cas échéant sous réserve de mesures de régularisation qui devront être prises par la collectivité publique contractante. Il peut aussi accorder des indemnités en réparation du préjudice subi par le requérant. Enfin, si les vices entachant le contrat le justifient et « après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants », il peut prononcer l'annulation, totale ou partielle, du contrat, le cas échéant, en conférant à cette annulation un effet différé. A l'origine, les tiers qui avaient intérêt à l'annulation du contrat mais qui n'avaient pas participé à la procédure de passation – en particulier les opérateurs économiques qui n'avaient pu faire acte de candidature en raison de l'absence de publicité auquel avait donné lieu la procédure de passation du contrat – ne pouvaient engager ce recours. Cette lacune a été réparée par l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 4 avril 2014, Département du Tarn et Garonne (n° 358994) qui ouvre le recours Tropic à tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses.

Enfin, il convient de mentionner ici le référé contractuel qui a une origine communautaire puisque ce tout nouveau recours est instauré par l'ordonnance du 7 mai 2009 qui transpose la directive du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Les requérants sont les personnes qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont assujettis les contrats de la commande publique. Peut également intenter un tel recours, le préfet pour les contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Les pouvoirs du juge des référés contractuels sont larges et dépendent du degré de gravité de la violation des règles de publicité et de mise en concurrence auquel est assujetti le contrat qui fait l'objet du référé. Il peut suspendre l'exécution du contrat contesté pour la durée de l'instance « sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages ». Ensuite, il peut prononcer la nullité du contrat dans trois cas limitativement énumérés par l'ordonnance. Toutefois, dans ces trois cas, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. Dans certains cas, le juge peut en réduire la durée du contrat ou imposer une pénalité financière. En cas d'infraction moins grave aux règles de publicité et de mise en concurrence, le juge du référé contractuel peut choisir entre prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière. Par ailleurs, les pouvoirs octroyés au juge du référé contractuel peuvent être exercés d'office par celui-ci qui peut donc statuer « *ultra petita* ».

II. MESURES DE PROTECTION ET DE DEVELOPPEMENT DE LA LIBERTE DES ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'influence du libéralisme dans le droit communautaire des affaires et des marchés publics a provoqué l'introduction dans le droit français de mesures de protection et de développement de la liberté des acteurs de la commande publique. En effet cette influence s'est traduite par l'augmentation du choix des contrats utilisables (A), par l'allègement du formalisme dans la passation des contrats de la commande publique (B) et par la diversification des procédures de passation des marchés publics (C).

A. AUGMENTATION DU CHOIX DES CONTRATS UTILISABLES

Diversifier le choix des contrats auxquels les collectivités publiques peuvent recourir pour se procurer les biens, ouvrages, équipements, marchandises, prestations de service nécessaires à leur action participe à la liberté contractuelle qui constitue un autre aspect de l'orientation libérale de l'action économique reposant sur l'affirmation et la protection des libertés économiques.

C'est ainsi qu'outres les formules contractuelles classiques que sont les marchés publics et les DSP, sont apparus dans l'arsenal contractuel à la disposition des pouvoirs publics de nouveaux contrats qui leur offrent de nouvelles opportunités pour satisfaire leurs besoins. Ces nouvelles formules contractuelles ont pour point commun d'externaliser le financement de ces besoins, ce qui constitue un signe de l'influence libérale qui vise à limiter le financement de l'action administrative par le recours aux deniers publics et donc par l'impôt. Au rang de celles-ci, on peut évoquer ici le Bail Emphytéotique Administratif (BEA), l'Autorisations d'Occupation Temporaire constitutive de Droit Réels (AOTDR) et surtout le Contrat de Partenariat Public Privé (CPPP).

Concernant le premier, on se contentera de rappeler que ce processus contractuel importé du droit privé s'analyse comme un contrat de location spécifique se caractérisant par sa longue durée compensée par un loyer d'un montant adapté et en contrepartie les ouvrages édifiés par le preneur durant le bail deviennent à la fin de ce bail, la propriété du bailleur. Pendant le bail, le preneur jouit d'un droit réel sur l'ouvrage construit, droit sur lequel il peut consentir une hypothèque. Les collectivités publiques perçoivent l'intérêt d'un tel mécanisme contractuel qui permet de faire supporter par un cocontractant privé le financement initial des investissements immobiliers. Ce mécanisme est particulièrement adapté pour répondre aux besoins immobiliers des certains services publics ne mettant pas en relation directe l'exploitant et l'usager et/ou gratuits.

Dès lors, apparaissent dans la pratique contractuelle des collectivités, des baux emphytéotiques qui, dans la majorité des cas, consistent pour la collectivité publique bailleuse à consentir à son cocontractant preneur un droit réel sur un immeuble (terrain ou bâtiment) lui appartenant, à charge pour lui de réaliser ou de rénover un bâtiment, dont au moins une partie sera utilisée par la collectivité. En échange de la mise à disposition de l'ouvrage, la collectivité paye à son cocontractant un loyer et en contrepartie du droit réel accordé au cocontractant, ce dernier verse à la collectivité une redevance appelée canon emphytéotique. Au terme du contrat, la collectivité devient propriétaire de l'ouvrage édifié ou rénové. Cette pratique a été validée par le législateur pour la

première fois par la loi du 5 janvier 1988 portant amélioration de la décentralisation et l'objet initial de ce BEA, déjà large, a été progressivement modifié au gré des réformes de ce dispositif. Par ailleurs, le BEA est fréquemment associé à un autre contrat public notamment à une délégation ou à un marché public de services. Ainsi, alors qu'en tant que contrat d'occupation du domaine public, sa passation échappe à toute procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, s'il est accompagné d'une convention non détachable constituant un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou un contrat de concession de travaux publics, sa conclusion est précédée, en vertu du décret du 30 décembre 2011, des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce contrat.

Concernant les autorisations d'occupation du domaine public constitutive pour l'occupant de droits réels (AOTDR), à l'origine, seuls l'État et ses Établissements publics étaient autorisés à consentir de telles autorisations par la loi du 25 juillet 1994. Puis le CG3P du 26 avril 2006 étend cette possibilité aux collectivités territoriales à leurs groupements et à leurs établissements publics. Ces AOTDR peuvent prendre la forme contractuelle ou celle d'un acte unilatéral. Désormais les collectivités territoriales comme l'État, en vertu de ces dispositions, peuvent accorder des AOT conférant à l'occupant des droits réels, ce dernier pouvant construire des ouvrages et bénéficiant d'un droit réel sur ceux-ci. Ce droit réel peut être hypothéqué pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.

Dès lors, les AOT peuvent être utilisés par les collectivités publiques pour l'édification d'ouvrages publics. Ces ouvrages peuvent être mis à la disposition de la collectivité en l'échange, d'un loyer et au terme du titre d'occupation, ils deviennent de plein droit et gratuitement la propriété des collectivités, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques. La conclusion de ces AOTDR est dispensée de toute procédure de publicité et de mise en concurrence préalables mais elles peuvent répondre aux critères d'un contrat de la commande publique assujetti à de telles règles et ce faisant y être soumise comme c'est le cas fréquemment pour les AOT avec opération de construction. Dès lors, les observations faites à ce sujet à propos de la passation des BEA valent aussi pour les AOTDR. C'est ainsi que le conseil d'État perçoit certains contrats de mobilier urbain portant occupation du domaine public comme des marchés publics soumis au CMP (en ce sens cf. CE Ass. 4.11.2005, Sct Jean-Claude Decaux, n° 247298).

L'instauration du Contrat de Partenariat Public Privé (CPPP) en droit interne est emblématique de l'influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit français des contrats publics. En effet, elle résulte d'un activisme des

institutions communautaires provoqué par l'impact de la politique contractuelle initiée par le gouvernement britannique dans les années 90. C'est ainsi que le concept de Partenariat Public Privé est employé dans la Communication de la Commission européenne relative au financement de projet de réseau transeuropéen de transport par des partenariats entre le secteur public et le secteur privé. Plus tard, cette même Commission a élaboré et publié le 30 avril 2004 le Livre vert sur les partenariats public privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions. Ces initiatives ont été prises en particulier sous l'influence britannique dont le gouvernement a mis au point dans les années 1990 un programme dit de « *Private Finance Initiative* ». Cette politique qui a été poursuivie ensuite sous la nouvelle qualification de « *Public Private Partnership* » a pour objectif de favoriser la participation des entreprises privées à l'édification d'infrastructure et l'exécution des services publics. Au niveau mondial, le Partenariat Public Privé fait l'objet d'actions de promotion de la Banque mondiale mais également de la part de l'ONU. Ce contrat est un instrument de privatisation de l'action administrative par la participation protéiforme du secteur privé à cette action. Il se caractérise, on le sait, par la mission globale confiée au partenaire consistant en la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements nécessaires au service public. Elle peut porter sur tout ou partie de leur conception ainsi que sur des prestations de services. Le partenaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser et peut se voir confier l'acquisition des biens nécessaires à la réalisation de l'opération. Le mode de rémunération du cocontractant consiste fondamentalement au paiement d'un prix par la personne publique, paiement étalé pendant la durée du contrat. Toutefois, le montant de la rémunération doit varier en fonction des objectifs de performance assignés au cocontractant. Cette rémunération qui cumule prix payé par la personne publique et intéressement aux résultats de l'exploitation, est donc pour partie issue de l'exploitation de l'ouvrage. La conclusion de ces contrats de partenariat est soumise à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable inspirée du Code des marchés publics et précisée par le législateur et le pouvoir réglementaire et codifiées au Code Général des Collectivités Territoriales pour les contrats passés par les collectivités territoriales.

B. ALLEGEMENT DU FORMALISME DANS LA PASSATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le droit de la commande publique s'est assoupli permettant aux personnes publiques d'exercer une plus grande liberté dans leur politique d'achats publics.

C'est ainsi que les cas où la passation des contrats de la commande publique est dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence préalable sont assez nombreux et ont tendance à augmenter.

Tout d'abord, la passation des contrats de la commande publique portant sur un petit montant sont dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence préalable. Il en est ainsi des petits marchés publics c'est-à-dire qui n'atteignent pas un certain seuil. Or, ce seuil a été périodiquement rehaussé. À l'origine, il était de 4 000 €, il est passé à 15 000€ pour atteindre désormais 25 000 €. Si la liberté dévolue au pouvoir adjudicateur est ici très grande, elle n'est pas absolue car le code dispose qu'il doit tout de même veiller « à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin » ; et parce que ces marchés sont comme tout marché assujettis au respect des principes fondamentaux de la commande publique. Il en va presque de même de la passation des petites conventions de DSP. Lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable allégée qui consiste soit en une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales, soit par une insertion dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Par ailleurs, le Code des marchés publics prévoit une procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence dont les cas de recours sont limitativement énumérés mais assez nombreux.

Ensuite, les contrats de la commande publique qui répondent aux critères de la notion communautaire de contrats « *in house* » sont dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence préalable. Cette notion issue de la jurisprudence communautaire Teckal (CJCE 18.11.1999, Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, Aff. C-107/98) et des directives communautaires relatives aux marchés publics est introduite dans le Code des marchés publics à l'article 3. On le sait cette notion repose sur deux critères cumulatifs :

- le contrôle très intense opéré par le pouvoir adjudicateur sur son cocontractant puisqu'il doit être comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

- le cocontractant doit réaliser l'essentiel de son activité pour ce pouvoir adjudicateur, ce qui signifie que la forte majorité des prestations effectuées par le premier le sont au profit du second, c'est-à-dire pour répondre à ses besoins.

En outre, en vertu de la jurisprudence communautaire (cf. notamment CJCE 11.1.2005, Stadt Halle, *Contrats et marchés publics*, mars 2005, p. 22),

ne peuvent être considérées comme des contrats *in house*, les contrats conclus entre une collectivité publique et une société dont cette collectivité détient une part du capital social même très majoritaire, si une entreprise privée et a fortiori plusieurs entreprises privées sont aussi actionnaires de ladite société. Une telle situation empêche, aux yeux de la CJCE, de considérer que le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services. Par ailleurs, afin de permettre aux collectivités territoriales de mieux utiliser l'exception à l'obligation de mise en concurrence offerte par la notion de contrat de quasi-régie, la loi d'origine sénatoriale du 28 mai 2010 pour le développement des Sociétés Publiques Locales (SPL) permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de créer de telles sociétés dont elles détiennent la totalité du capital. Cette possibilité est très large puisque ces sociétés peuvent être instituées « pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général ». En outre, ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires. Les contrats passés par une de ses collectivités publiques ayant fondé la SPL avec celle-ci sont en principe des contrats de quasi-régie car ils répondent aux critères de ces derniers et échappent aux dispositions du CMP et à tout autre texte prévoyant une publicité et une mise en concurrence préalables.

De même, la loi du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de Sociétés d'Économie Mixte à Opération Unique (SEMOU parfois qualifiée de SEM OP) prévoit un mécanisme assez proche puisqu'il permet de conclure directement avec une SEMOU un contrat de la commande publique sans publicité et sans mise en concurrence préalables pourvu que le ou les actionnaires privés de ladite SEMOU aient été sélectionnés au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalables. Cette procédure sera celle qui aurait été applicable au contrat qui sera passé entre la SEMOU et la collectivité territoriale (ou groupement de collectivités) actionnaire. Toutefois ici, contrairement au mécanisme de la quasi-régie, il y a une procédure de publicité et de mise en concurrence mais celle-ci est réalisée au moment de la constitution de la société et pas au moment de la passation du contrat.

Enfin dernier assouplissement du formalisme dans la passation des contrats de la commande publique que nous évoquons ici est l'instauration en droit des marchés publics d'une procédure adaptée. Elle a été introduite par le Code des marchés publics de 2004 et conservée par celui de 2006 et par l'ordonnance du 23 juillet 2015. On le sait, elle est constituée des modalités de publicité et de mise en concurrence librement déterminées par le pouvoir ou l'entité adjudicateur, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché.

Cette notion de procédure adaptée s'oppose à celle de procédure formalisée dont les modalités sont fixées avec précision par le Code. La publicité et la mise en concurrence ainsi adoptée sont « allégées » par rapport à celles prévues dans la plupart des procédures formalisées. Elle confère donc une grande liberté à la personne publique acheteuse qui peut mettre au point sa propre procédure de publicité et de mise en concurrence et ce pour une partie importante de ces marchés puisque les seuils où une procédure formalisée est obligatoire sont élevés (pour les marchés et accords-cadres de fournitures et de services inférieurs à 134 000 € HT pour l'État et à 207 000 € HT pour les collectivités locales ; pour les marchés et accords-cadres de travaux inférieurs à 5 186 000 € HT). Ceci-dit cette liberté n'est pas absolue car la procédure élaborée doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et un tel respect constitue une obligation de résultat. En outre, lorsque le montant du marché atteint le seuil de 90 000 € la personne publique doit se conformer aux modalités de publicités du III et IV de l'article 40. Il suffit ici de rappeler qu'elle est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit au BOAMP soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ainsi que sur son profil d'acheteur.

C. LA DIVERSIFICATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Sous l'empire du Code des marchés publics de 1964 les acheteurs publics disposaient fondamentales de trois grandes procédures même si les deux dernières se déclinaient en plusieurs modalités : la procédure d'adjudication, les procédures d'appel d'offres dont l'appel d'offres avec concours, les procédures négociées. Au gré des réformes du Code des marchés publics le nombre de procédures à leur disposition se sont étoffées ce qui permet au pouvoir et à l'entité adjudicateurs de choisir entre une variété intéressante de procédures de passation et ce, même si ce choix est encadré. Ainsi outre les procédures d'appel d'offres, les principaux types de procédure négociée, du concours qui ont été conservées, ont été ajoutées par ces réformes notamment la procédure de dialogue compétitif ; la passation des marchés sur la base d'un accord-cadre, la procédure du système d'acquisition dynamique et la procédure spécifique aux marchés de conception-réalisation. L'augmentation et la diversification des procédures de passation confèrent un plus grand choix de procédure et participe au développement de la liberté économique accordées aux pouvoirs adjudicateurs et constitue une manifestation supplémentaire de la pénétration des idées libérales dans le droit des contrats publics.

* *

*

Au terme de cette étude, il est possible de considérer qu'en dépit de l'influence du néolibéralisme sur le droit des contrats de la commande publique et des évolutions qu'elle a provoqué, ce droit reste marqué par un formalisme encore perçu comme lourd par beaucoup d'acteurs de la commande publique. Cette lourdeur semble néanmoins encore atténuée par les réformes encore à venir et en particulier par l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui entrera en vigueur au plus tard le 16 avril 2016 et qui transpose les directives marchés publics de 2014. Toutefois, il faudra attendre les décrets d'applications, pas encore adoptés au moment où nous nous exprimons, pour mesurer la réalité des allègements promis par l'ordonnance. Ceux-ci permettront d'évaluer avec encore plus de précision l'emprunte du néolibéralisme, en particulier anglo-saxon sur le droit français des contrats de la commande publique.

3. LES SYSTEMES JURIDIQUES ETRANGERS ET LE NEOLIBERALISME

LE NEOLIBERALISME : UN DANGER POUR LA SOUVERAINETE DES ETATS

Par
Philippe LAGRANGE
Professeur des Universités
Doyen de la Faculté de droit de Poitiers

Mots clés : Néolibéralisme – Droit international public – Souveraineté des États.

Juste un mot, Mesdames et Messieurs, pour remercier Fabien Bottini de m'avoir invité à participer à ce colloque. J'en suis très heureux, d'abord parce que cela me permet de revenir en Normandie où j'ai enseigné plusieurs années. Je l'en remercie ensuite parce qu'il me donne l'occasion de retrouver des collègues avec qui j'ai parcouru une partie de l'Afrique de l'Ouest. Je l'en remercie enfin parce que c'est un très beau colloque, sur un thème des plus pertinents.

Lorsqu'il m'a sollicité pour participer à cette manifestation, j'ai dû décliner sa proposition de faire une communication du fait de la lourdeur de mes charges administratives. Je le regrette aujourd'hui car je m'interroge depuis sur l'attitude de la France relativement aux frappes aériennes en Syrie. Pour les justifier, la République a en effet ni plus ni moins repris l'argument qu'elle avait contesté en 2003 à propos de la décision des États-Unis d'intervenir en Irak : celui de la légitime défense préventive. Or cette doctrine a été développée par les néoconservateurs américains qui sont fortement influencés par les thèses néolibérales. De sorte qu'il y a là me semble-t-il un angle d'attaque intéressant qui aurait pu contribuer à alimenter les débats, mais que je ne peux malheureusement qu'évoquer : celui de la question de l'avenir de la souveraineté des États dans le projet néolibéral.

On sait en effet que ce dernier ne vise qu'à assurer le libre jeu du marché à l'échelle mondiale tant et si bien que les États ne sauraient être souverains dans sa perspective, qu'autant qu'ils se mettent au service d'une concurrence libre et non faussée. Mais conditionner leur souveraineté à la réalisation de cet objectif revient en droit à leur nier la qualité même d'État souverain. Il y a donc là un

aspect du projet néolibéral riche d'implications qu'il conviendrait de creuser, dès lors que le droit international public moderne s'est bâti sur cette idée de souveraineté des États. En prendre conscience, n'est pas le moindre intérêt de ce colloque.

QUI INFLUENCE QUI ? (À PROPOS DES AFFAIRES CONTRE LA FRANCE DEVANT LA CEDH)

Par
Danutė JOČIENĖ¹
Juge à la Cour constitutionnelle de Lituanie
Ancienne Juge de la Cour européenne des droits de l'homme (2004-2013)
Professeure à l'Université Mykolas Romeris
de Vilnius

Mots clés : Droit français – Droit européen – CEDH.

Avant toute chose, je voudrais remercier l'Université du Havre pour cette agréable invitation. Fabien Bottini est un ami fidèle de l'Université Mykolas Romeris de Vilnius et j'espère que notre coopération universitaire continuera dans le futur car c'est à la fois un plaisir et un honneur pour moi de participer à ce colloque.

Comme chacun le sait, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH²) est un traité international élaboré au sein du Conseil de l'Europe. Elle a été ouverte à la signature en novembre 1950 et est entrée en vigueur en septembre 1953. Le but du Conseil de l'Europe était en l'élaborant tant d'assurer la reconnaissance et l'application régionales et effectives des droits de l'homme sur le continent après la Seconde Guerre mondiale que de concrétiser certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle, proclamée par les Nations Unies le 10 décembre 1948.

¹ Les opinions exprimées ici sont propres à leur auteure et ne sauraient engager la responsabilité de la Cour.

² V. le texte tel qu'amendé par les Protocoles n°s 11 et 14 *in Séries des Traités du Conseil de l'Europe*, n° 5. V. aussi Berger V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey 2002.

Pour ce faire, la Convention crée une cour spéciale : la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui a vu le jour en 1959³.

Cette Cour est un mécanisme judiciaire international en ce qu'elle est compétente, selon l'article 19, pour condamner les États ne respectant pas leurs engagements. La Convention a ainsi établi une procédure internationale de protection collective des droits de l'homme unique en son genre : puisque chaque personne se prétendant victime d'une violation de ses dispositions par un pays contractant peut la saisir directement, en introduisant une requête individuelle, sans condition de nationalité (art. 34).

Cette Cour est aujourd'hui victime de son propre succès, du fait du passage, en 15 ans, du Conseil de l'Europe de 23 à 47 États membres. Il n'y a qu'à regarder l'évolution du nombre d'affaires pendantes devant elle pour s'en convaincre : si la Cour avait en totalité reçu 4 200 requêtes en 1988, le nombre d'affaires portées devant elle a atteint 14 200 en 1997, 39 000 en 2003 et 160 000 en 2010, 69 9000 en 2014⁴... Or, parmi ces affaires, on trouve un certain nombre de litiges impliquant la France.

D'un point de vue quantitatif, 15 660 requêtes contre elle ont été examinées par la Cour du 1^{er} novembre 1998 au 1^{er} novembre 2008, 613 donnant lieu à un jugement au fond et 489 concluant à au moins une violation de la Convention⁵. En 2014, c'est encore 1 296 requêtes qui étaient dirigées contre la République française. Si 1 273 étaient déclarées irrecevables, la Cour s'est prononcée au fond dans 22 arrêts (portant sur 24 requêtes) et conclu à 17 violations, 4 non violations, une affaire donnant lieu à un règlement amiable⁶.

D'un point de vue qualitatif, les affaires françaises soulèvent souvent des questions de société importantes pour ne pas dire délicates qui donnent à la Cour l'occasion de préciser (et même de forger) sa jurisprudence. En comparaison, les affaires lituaniennes sont beaucoup plus simples

³ V. Costa J.-P., « Le bilan de la Cour européenne des droits de l'homme » in Les cours régionales des droits de l'homme : « Toutefois, la Convention (...) occupe une place dans la hiérarchie des normes internes variable selon les pays, mais toujours élevée. La Cour a d'ailleurs qualifié la Convention d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen des droits de l'homme (arrêt *Loizidou c. Turquie*, exceptions préliminaires, 1995) ».

⁴ Plus de 61 % de ces affaires concernent quatre pays : l'Ukraine (13 200), la Russie (9 400), la Turquie (9 200) et l'Italie (8 800). Ces pays sont les gros pourvoyeurs de requêtes. En 2014, 86 000 requêtes ont été adressées à la Cour. Sur ces 86 000 requêtes, plus de 83 000 ont été déclarées irrecevables, soit 97 %. 2 388 requêtes ont été examinées par la Cour qui a rendu 891 arrêts.

⁵ *Ten Years of the « new » European Court of Human Rights 1998-2008*, Strasbourg, ECHR 13.10.2008, p. 76-79.

⁶ *La CEDH en faits et chiffres 2014*, Strasbourg février 2015, p. 8-10.

juridiquement, dès lors qu'elles ne concernent principalement que les problèmes d'application des articles 5 et 6 de la Convention⁷.

En tant que juge à la CEDH entre 2004 et 2013, j'ai eu l'occasion de connaître de certaines affaires impliquant la France. Or mon sentiment est que le droit français influence le droit européen (I) autant que ce dernier l'influence (II).

I. L'INFLUENCE DU DROIT FRANÇAIS SUR LE DROIT EUROPEEN

La France a toujours joué un rôle important dans l'édification du système de la Convention, pas seulement parce qu'elle l'a signée le 4 novembre 1950 et ratifiée en 1974. Son influence résulte tant du rôle historique joué par la République française sur la construction du système européen de protection des droits de l'homme (A) que de l'incorporation dans la jurisprudence de la CEDH de certaines solutions du droit français (B).

A. LE ROLE HISTORIQUE DE LA FRANCE SUR LA CONSTRUCTION DU SYSTEME EUROPEEN DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

Il ne faut pas oublier que la France est le pays hôte de la Cour, seule juridiction internationale à avoir son siège sur le territoire français (à Strasbourg) tout comme il faut se souvenir du rôle essentiel joué par certains juristes français en faveur du développement de l'institution : on pense bien sûr ici à René Cassin qui a joué un rôle clé dans l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans l'instauration du mécanisme de la Convention, à l'origine destinée à assurer l'effectivité des droits proclamés en 1948 à l'échelle du continent européen. Ce qui lui a valu de présider la CEDH par la suite, de 1965 à 1968. On pense aussi à Jean-Paul Costa, qui a également présidé l'institution de 2007 à 2011, en restant fidèle à ses valeurs et à sa signification originelles⁸. « Qui aurait pu penser en 1948 ou en 1950 », rappelait-il en 2008, « qu'un jour des citoyens pourraient obtenir la condamnation d'un État par une juridiction internationale ? Ce qui nous semble une évidence était impensable il y a soixante ans et on mesure le chemin

⁷ C'était du moins le cas avec les premières affaires lituaniennes portées devant la Cour Européenne. Maintenant beaucoup d'affaires posent des questions d'un autre ordre. V. CEDH GC 20.10.2015, *Vasiliauskas c. Lituanie* (n° 35343/05) : relative à la définition du génocide ; 23.3.2010, *Cudak c. Lituanie* (n° 15869/02) : sur l'application d'immunité d'État.

⁸ Sur ce point v. *Les cours régionales des droits de l'homme préc.*

parcouru en si peu de temps. Le premier arrêt sur le fond de la Cour de Strasbourg (*Lawless c/ Irlande*, req. n° 332/57), qui a conclu d'ailleurs à une violation, remonte déjà à juillet 1961. La Cour européenne des droits de l'homme a donc été instituée pour assurer le respect par les États des engagements résultant pour eux de la Convention et de ses protocoles, et les arrêts définitifs qu'elle rend ont force obligatoire » rappelait-il, pour expliquer ce qui avait guidé sa présidence à la tête de l'institution.

Peut-être l'influence de ces deux grands juristes français n'est-elle pas étrangère à l'incorporation dans la jurisprudence de la Cour européenne de certaines solutions du droit de leur pays d'origine ?

B. L'INCORPORATION DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DE CERTAINES SOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS

Les affaires visant la France devant la CEDH sont non seulement l'occasion pour cette dernière de faire évoluer sa jurisprudence en se saisissant de questions de sociétés qu'elle n'a pas encore eu l'occasion de trancher ; le droit français est parfois directement une source d'inspiration pour la Cour.

L'affaire *Vo c/ France* (08.7.2004, req. n° 53924/00) illustre la première assertion. Cette affaire soulevait en effet la question du statut juridique de l'embryon : suite à une rupture accidentelle de la poche des eaux due à un examen médical pratiqué sur une homonyme et ayant conduit à un avortement thérapeutique, les autorités françaises ont refusé de qualifier l'atteinte à la vie du fœtus d'homicide involontaire. Or la Cour a conclu à une non violation de l'article 2 de la Convention, motif pris de ce que l'enfant à naître n'est pas considéré comme une « personne » au sens de l'article 2 du traité : son « droit » à la « vie », s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de sa mère (même si les organes de la Convention n'excluent pas que, dans certaines circonstances, des garanties puissent être admises au bénéfice de l'enfant non encore né (voir § 80)). Dans l'affaire *Gas et Dubois c/ France* (15.3.2012, req. n° 25951/07), la Cour a de même estimé que les questions du mariage homosexuel et de l'adoption par les personnes de même sexe ressortaient de *la marge d'appréciation* dont jouissent les États. Si ces décisions sont venues conforter des solutions du droit français, d'autres montrent que ce dernier influence parfois directement l'évolution de la jurisprudence de la Cour. Trois exemples choisis permettent d'en attester.

Le premier exemple est celui tiré de l'affaire *SAS c/ France* (1^{er}.7.2014, req. n° 43835/11), relative à l'interdiction faite, par la loi du 11 octobre 2010, du port du voile intégral dans l'espace public.

Une française de confession musulmane se plaignait en effet de ne pouvoir porter publiquement le voile intégral suite à l'entrée en vigueur de ce texte, en

avril 2011. Pratiquante, la requérante faisait part de son envie de porter la *burqa* et le *niqab* afin d'être en accord avec sa foi, sa culture et ses convictions personnelles. Devant la Cour elle décrivait la *burqa* comme un habit couvrant entièrement le corps et incluant un tissu à mailles au niveau du visage, et le *niqab* comme un voile couvrant le visage à l'exception des yeux. Elle expliquait que ni son mari, ni aucun autre membre de sa famille n'exerçaient de pression sur elle pour qu'elle s'habille ainsi : porter le voile intégral résultait d'un véritable choix personnel. De ce fait, la requérante estimait que la loi de 2010 portait atteinte à son droit à la vie privée (article 8), sa liberté de manifester sa religion ou ses convictions religieuses (article 9), sa liberté d'expression (article 10) et y voyait une discrimination fondée sur le sexe, la religion et l'origine ethnique (article 14).

La Cour, réunie en Grande Chambre, ne l'a toutefois pas suivie. Elle a en effet estimé à la majorité, qu'il n'y avait pas eu violation des articles 8 et 9 et à l'unanimité qu'il n'y avait pas eu violation combinée des articles 14, 8 et 9. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a examiné de façon très précise une nouvelle notion jurisprudentielle : celle du « vivre ensemble » en société sur laquelle était fondée la loi de 2010. La Cour a en effet considéré que la préservation des conditions du « vivre ensemble » était un objectif légitime dont la réalisation supposait de laisser une véritable *marge d'appréciation* aux États. Or, en l'espèce, la législation litigieuse n'excédait pas les restrictions que les buts légitimes de « sécurité », de « sûreté » ou de « protection des droits et libertés d'autrui » énumérés dans les articles 8 et 9, permettent d'apporter à l'exercice des droits dont la violation était alléguée. S'agissant de la « sécurité » ou de la « sûreté » publiques, la Cour a notamment relevé que le législateur avait entendu, en votant cette loi, répondre à la nécessité d'identifier les individus pour prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et lutter contre la fraude identitaire. L'interdiction contestée était par conséquent proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation du « vivre ensemble ». Cet objectif a ainsi fait son apparition dans la jurisprudence de la Cour à l'occasion de cette affaire mettant en cause le droit français.

La seconde affaire qui confirme son influence sur la jurisprudence de la Cour est l'affaire *Vincent Lambert c/ France* (5.6.2015, req. n° 46043/14) qui a fait débat, outre en France, dans toute l'Europe, dès lors qu'elle posait la question de l'existence d'un droit à mourir. Une loi interne du 22 avril 2005 autorise en effet l'arrêt des soins, dès lors que leur poursuite s'analyse comme un acharnement thérapeutique. L'épouse de Vincent Lambert a demandé l'application de cette règle à son mari, victime en 2008 d'un accident de la route qui le rendit tétraplégique et entièrement dépendant. Ses lésions étaient telles que son état était qualifié d'état de conscience minimale en 2011 et d'état végétatif en 2014. La décision de son épouse s'est toutefois heurtée à un refus des parents de l'intéressé, favorables pour leur part à la poursuite des soins.

L'affaire a été portée devant le Conseil d'État qui dans une décision du 24 juin 2014, a autorisé l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles.

Dans son arrêt de Grande Chambre, la Cour a finalement conclu que la décision du juge administratif suprême français respectait l'article 2 (droit à la vie) de la Convention.

La Cour a en effet relevé l'absence de *consensus* entre États membres du Conseil de l'Europe sur l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement un patient en vie. Après en avoir déduit la nécessité d'accorder *une marge d'appréciation* aux États en la matière, la Cour a considéré que les dispositions de la loi du 22 avril 2005, telles qu'interprétées par le Conseil d'État, constituaient un cadre législatif suffisamment clair. De sorte que ces questions d'ordre médical, juridique et éthique devaient d'abord être tranchées par les autorités de droit interne. Le rôle de la Cour consiste simplement à examiner le respect par l'État de ses obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention.

La Cour en a conclu que l'affaire avait fait l'objet d'un examen approfondi par le Conseil d'État ayant permis à tous les points de vue de s'exprimer et d'être mûrement pesés, à la lumière tant d'une expertise médicale détaillée (ordonnée par le Conseil d'État) que d'observations générales émanant des plus hautes instances médicales et éthiques. D'autant que le Conseil d'État avait estimé qu'il lui incombait de s'assurer du respect des conditions prévues par la loi par toute décision intéressant l'état de santé de Vincent Lambert.

Sur la base de la décision du Conseil d'État, la Cour a conclu que toutes les conditions posées par la loi étaient réunies et que la décision de mettre fin à l'alimentation et à l'hydratation artificielles de Vincent Lambert ne constituait pas une atteinte illégale de son droit à l'intégrité physique. Cette affaire est une bonne illustration du *principe de subsidiarité* et de ses implications (v. *infra*). Elle confirme au-delà l'influence du droit français sur la jurisprudence de la Cour, puisque cette dernière a admis le raisonnement du Conseil d'État selon lequel la volonté du patient ne pourrait être présumée comme un refus d'être maintenu en vie dans l'hypothèse où elle demeurerait inconnue. Ce qui est important au regard du thème de notre colloque dès lors que cette solution tranche la question de savoir qui peut décider de la vie, la liberté et l'intégrité physique d'une personne qui n'est pas en mesure de s'exprimer.

Un troisième groupe d'affaires confirme l'influence du droit français sur celui de la Cour : il s'agit des affaires relatives à l'application de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, garantissant la protection de la propriété.

Dans l'affaire *Arnaud et a. c/ France* (15.1.2015, req. n^{os} 36918/11, 36963/11, 36967/11, 36969/11, 36969/11, 36970/11 et 36971/11), la Cour Européenne a ainsi admis à l'unanimité la validité de la décision de la France de rendre les Français installés dans la Principauté de Monaco redevables de l'impôt sur la fortune, dans les mêmes conditions que s'ils avaient leur domicile

ou leur résidence en France. Une telle décision ne méconnaît en effet pas selon elle l'article 1^{er} du Protocole n° 1, pris seul ou appliqué de façon combinée avec l'article 14 (interdiction de la discrimination). La Cour a estimé que cette législation s'inscrit dans le cadre d'une relation ancienne et étroite entre la France et Monaco en matière fiscale, notamment concernant les Français installés dans la Principauté, pour des raisons liées aux spécificités géographiques et fiscales de cet État. L'imposition litigieuse ne rompait donc pas le juste équilibre devant régner entre les intérêts des requérants et l'intérêt général.

Dans l'affaire *Dervaux c/ France* (4.11.2010, req. n° 40975/07), un requérant se plaignait du montant de l'indemnisation qui lui avait été accordée en contrepartie de l'expropriation de sa parcelle agricole, dès lors que cette parcelle avait par la suite été revendue à un constructeur automobile pour un prix deux fois supérieur, en vue de l'installation d'une usine. Là encore toutefois, la Cour a validé la solution du droit français au regard de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 après avoir relevé que l'autorité expropriante avait viabilisé la parcelle litigieuse avant sa revente et que celle-ci était motivée par un motif d'utilité publique, dès lors qu'elle visait « à accroître le développement économique de la région en créant des emplois ».

Dans d'autres affaires de la Grande Chambre du 29 mars 2010 – *Depalle c/ France* (req. n° 34044/02) et *Brosset-Triboulet et a. c/ France* (req. n° 34078/02) – la Cour Européenne a jugé que la démolition de maisons édifiées sur le domaine public maritime ne violait pas l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Si la Cour a admis que les requérants étaient bien titulaires des « biens » au sens de cet article 1^{er}, elle a rappelé la *grande marge d'appréciation* dont jouissent les États pour régler, au nom de l'intérêt général, l'usage de ces biens ou protéger l'environnement. Or la décision de non-renouvellement des autorisations d'occupation du domaine public assortie d'une injonction de détruire les maisons poursuivait bien en l'espèce un but d'intérêt général, compatible avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

Si la Cour a en définitive conclu à la non violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 et ainsi confirmé l'influence que le droit français exerce sur sa jurisprudence, cette influence n'est pas à sens unique. Inversement en effet, il arrive que ce soit le droit européen qui influence le droit français.

II. L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN SUR LE DROIT FRANÇAIS

L'influence du droit européen sur le droit français est une conséquence du caractère obligatoire des décisions de la Cour européenne (A) et la cause de certaines modifications du droit interne en matière pénale ou civile (B).

A. UNE CONSEQUENCE DU CARACTERE OBLIGATOIRE DES DECISIONS DE LA CEDH

Depuis l'origine, la CESDH repose sur le principe de subsidiarité⁹, c'est-à-dire sur le caractère subsidiaire de la juridiction de la Cour par rapport aux juridictions de droit interne (GC 15.01.2007, **Sisojeva et a. c/ Lettonie**, req. n° 60654/00, pt. 89-90). C'est en effet d'abord aux Parties contractantes de veiller via les juridictions nationales au respect de ses dispositions de façon effective (art. 1^{er}). Or de ce principe découle un certain nombre de conséquences.

Il explique en premier lieu pourquoi la Cour doit être saisie après l'épuisement des voies de recours internes. La personne qui se plaint de la violation de ses droits doit en effet au préalable porter son affaire devant les juridictions nationales sous peine d'irrecevabilité (art. 13 et 35 de la Convention).

Il permet en deuxième lieu de comprendre pourquoi la Cour n'est pas une quatrième instance. Elle ne casse pas les décisions nationales et n'abroge pas les lois. Conformément à l'article 19 de la Convention, la Cour a en effet pour seule tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention par les Parties contractantes. Par suite, elle n'est en principe pas compétente pour examiner une requête invoquant la prétendue erreur de fait ou de droit d'une juridiction de droit interne ni pour substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, quelles soient juridictionnelles ou non. Elle n'est compétente que pour juger s'il a été porté atteinte à la substance d'un droit ou d'une liberté garantis par la Convention (v., par exemple, GC 21.1.1999, **García Ruiz c/ Espagne**, req. n° 30544/96, pt. 28-29, R. 1999-I). En d'autres termes, la Cour ne peut mettre en cause l'appréciation des autorités internes que lorsque celle-ci est révélatrice d'un arbitraire évident.

Enfin, le principe de subsidiarité permet de comprendre qu'il revienne aux États contractants de déterminer les mesures à prendre pour assurer l'application effective de la convention dans leur ordre interne. Le choix des moyens les plus appropriés pour y parvenir leur incombe en effet en principe, dès lors qu'elles se trouvent en contact permanent avec les forces vitales de leurs pays et sont, de ce fait, mieux à même d'évaluer les possibilités et les ressources qu'offrent leur ordre juridique respectif (6.2.1976, **Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/ Suède**, req. n° 5614/72, pt. 50, série A n° 20 et 18.01.2001, **Chapman c/ Royaume-Uni**, req. n° 27238/95, pt. 91, R. 2001-I).

⁹ V. Jočienė D., « The Subsidiary Character of the System of the European Convention on Human Rights with reference to Cases against Lithuania », *Baltic Yearbook of International Law* 2009-9, p. 1-46.

Mais cette règle veut dans le même temps dire que le respect des arrêts de violation s'impose aux États condamnés en vertu de l'article 46§1 de la Convention. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe est d'ailleurs en charge de la surveillance de l'exécution des jugements en vertu du §2 de ce même article. Et la Cour peut demander aux États l'adoption des mesures tant individuelles que générales nécessaires à l'exécution de ses jugements, y compris quand elles impliquent des changements de législation. C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour est directement à l'origine de certaines modifications du droit français en matière – disons pour faire simple – pénale ou civile.

B. LA CAUSE DE CERTAINES MODIFICATIONS DU DROIT FRANÇAIS EN MATIÈRE PÉNALE OU CIVILE

Certaines affaires sont à la jonction de ces deux contentieux. Cela ressort par exemple de l'affaire *Perez c/ France* (12.02.2004, req. n° 47287/99), où la Cour adopte une nouvelle approche de la notion de « droits et obligations de caractère civil » : en estimant qu'une plainte avec constitution de partie civile rentre *ratione materiae* dans le champ d'application de l'article 6§1 de la Convention.

Mais de nombreuses décisions illustrent d'abord l'influence du droit européen sur les règles françaises relatives aux accusations en matière pénale.

Certaines affaires ont en effet permis de mettre fin à l'impunité des dépositaires de l'autorité publique responsables de certaines violations des règles de la Convention, à l'image de l'affaire *Selmouni c/ France* (28.07.1999, req. n° 25803/94) : puisque, dans cette affaire, la Cour a conclu à la réalité de la torture (physique et mentale) subie par une personne en garde à vue en 1991 en violation des articles 3 (interdiction de la torture) et 6§1 (droit à un procès dans un délai raisonnable) du traité.

D'autres affaires ont parallèlement conduit à une modification du droit français : tandis que les affaires *Kruslin et Huvig c/ France* (24.4.1990, req. n° 11105/84) ont amené l'intéressée à réformer le régime juridique des écoutes téléphoniques, l'arrêt *Siliadin c/ France* (26.7.2005, req. n° 73316/01), est à l'origine d'un durcissement de la répression de l'esclavage domestique. Dans l'affaire *Ramirez Sanchez c/ France* (04.07.2006, req. n° 59450/00) concernant le maintien prolongé en isolement du terroriste « Carlos » condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, la Cour a obligé le droit français à évoluer pour prévoir le réexamen périodique de telles mesures, en concluant à une violation de l'article 13 (droit à un recours effectif). On retrouve la même influence de la Cour s'agissant des règles applicables à l'expulsion d'étrangers : dans l'affaire *Daoudi c/ France* (03.12.2009, req. n° 19576/08) la Cour a en effet décidé que le renvoi effectif du requérant,

condamné en France pour des activités terroristes, vers l'Algérie constituait une violation de l'article 3 de la Convention (interdiction des traitements inhumains ou dégradants). Dans les affaires *Amuur c/ France* (25.6.1996, pt. 42, R. 1996-III) et *Gebremedhin c/ France* (26.04.2007, req. n° 25389/05), la Cour a obligé le droit français à aménager les règles relatives au maintien des demandeurs d'asile dans la zone internationale d'un aéroport, notamment en concluant dans cette dernière affaire à une violation des articles 13 et 3 de la Convention (interdiction des traitements inhumains ou dégradants), faute de l'existence d'un mécanisme de recours suspensif de plein droit¹⁰.

Si elle apparaît ainsi bien réelle relativement aux accusations en matière pénale, l'influence du droit européen explique de même ensuite certaines évolutions des règles françaises relatives aux droits ou obligations de caractère civil. Tandis que l'arrêt *Mazurek* (1^{er}.2.2000, req. n° 34406/97) est à l'origine de la reconnaissance de l'égalité successorale de tous les enfants, que leur filiation soit légitime ou non, l'arrêt *E. B. c/ France* (22.01.2008, n° 43546/02), est à l'origine de l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels. Dans cette affaire, la Cour a en effet opéré un revirement de la jurisprudence *Fretté c/ France* (26.2.2002, req. n° 36515/97,) en assimilant le refus de faire droit à une demande d'agrément pour adopter en raison de l'orientation sexuelle de la requérante à une violation des articles 14 (interdiction de la discrimination) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale). Les affaires *Menesson et Labassee c/ France* (26.6.2014, req. n°s 65192/11 et 65941/11) sont de même à l'origine de la validation par la justice française de la procédure d'adoption d'un enfant né d'une gestation pour autrui (GPA). Dans ces deux affaires, la Cour a certes estimé que les États bénéficiaient d'une *ample marge d'appréciation* dans leurs choix en matière de GPA, au regard des délicates interrogations éthiques suscitées par le sujet et de *l'absence de consensus* sur ces questions en Europe. Mais elle a dans le même temps conclu, à l'unanimité, que le refus du droit français de reconnaître une filiation légalement établie aux États-Unis entre des enfants nées d'une GPA et le couple ayant eu le recours à cette méthode constituait à une violation de l'article 8 s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée. À l'appui de cette solution, la Cour a relevé que la France niait le lien de filiation entre les enfants et les requérants bien qu'elle soit informée de son existence en droit américain. C'est cette contradiction qui portait selon elle atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française : car les enfants se trouvaient de ce fait dans une situation d'incertitude juridique, puisqu'ils n'étaient pas certains de se voir reconnaître le bénéfice de la nationalité française de leur père.

¹⁰ V. aussi *Sultani c. France* (requête n° 45223/05, 20.09.2007); *Rafaa c. France* (requête n° 25393/10, 30.05.2013); *Popov c. France* (requêtes n°s 39472/07 et 39474/07, 19/01/2012), etc.

* *

*

J'aimerais en définitive trancher ma question : qui influence qui ? Le droit français influence-t-il la jurisprudence de la Cour Européenne ou est-ce l'inverse ? À l'analyse, cette influence semble jouer dans les deux sens : tandis que certaines affaires illustrent l'influence du droit français sur la jurisprudence de la Cour (affaires *Lambert c/ France*, *SAS c/ France*, *Depalle c/ France...*), d'autres illustrent inversement l'influence de cette dernière sur le premier (affaire *Menesson et Labassee* notamment).

Face à cette situation, le *dialogue* entre la Cour Européenne et les cours nationales m'apparaît important : ce dialogue doit en effet être constant et se fonder sur l'objectif commun qui doit guider l'action des différents acteurs : la protection effective et efficace des droits de l'homme. C'est la « responsabilité partagée » évoquée par la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme. Ces différents acteurs doivent ainsi veiller à respecter leurs rôles respectifs tout en assurant leurs obligations à la lumière du seul but assigné au système de la Convention.

Pour terminer, j'aimerais beaucoup une nouvelle fois vous remercier pour votre attention et cette invitation à laquelle je suis très sensible.

LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DE LA FRANCE DANS LE DOMAINE SOCIAL ET LEURS CONTRÔLES

Par
Jean DHOMMEAUX
Professeur émérite
de l'Université de Rennes I
Faculté de droit et de science politique

Mots clés : Droits sociaux – Droit international public – néolibéralisme.

Les droits sociaux étant les parents pauvres des droits de l'homme, il y a tout lieu de penser que le néolibéralisme, c'est-à-dire la moindre activité de l'État-providence, va avoir des incidences sur l'attitude à l'égard des conventions internationales concernées. Cela vise à la fois leur acceptation ou non (I), et les contrôles internes et internationaux de leur mise en œuvre (II).

I. LES ENGAGEMENTS

Il convient de recenser les instruments ratifiés ou non acceptés (A) et les obligations consenties (B).

A. LES CONVENTIONS OFFERTES

Le bilan des signatures et des ratifications ou des adhésions¹ ainsi que celui des refus ou des non-acceptations vont permettre de cerner la politique juridique de la France. Il existe 3 types de conventions : celles qui concernent

¹ L'adhésion concerne l'hypothèse où l'État n'a pas signé le texte, ce qui peut poser la question des raisons de la non-signature.

exclusivement les droits sociaux, celles qui les concernent partiellement et celles qui les intéressent indirectement au nom de l'indivisibilité des droits de l'homme. La notion de droits sociaux est ambiguë : le droit au travail est un droit social mais l'interdiction du travail forcé est un droit civil. De même, la liberté syndicale figure dans les deux Pactes ainsi que dans la CEDH et la Charte sociale européenne.

Concernant la France, deux éléments sont communs à ces engagements : le caractère généralement tardif des ratifications et l'absence affichée de plus-value soit que le droit interne est déjà en harmonie soit que des adaptations ont été faites permettant cette ratification².

1. LES CONVENTIONS ACCEPTEES

1. La France a adhéré au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) de 1966,³ qui contient essentiellement des droits sociaux, en 1980, c'est-à-dire après son entrée en vigueur en 1976. Elle a ratifié en 1973, la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961. La Charte sociale révisée du 3 mai 1996 signée le 3 mai 1996 a été ratifiée dans sa totalité⁴, le 7 mai 1999, permettant, avec la Roumanie et la Slovénie, son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999.

En ce qui concerne les Conventions internationales du travail de l'OIT (CIT), 79 sont en vigueur pour la France. Elle a notamment ratifié les 8 CIT « fondamentales » et les 4 « de gouvernance ». Les retards sont nombreux. Ainsi, devant le Sénat le 8 novembre 1989, à propos de la Convention fondamentale n° 138 (âge minimum du travail à 16 ans) de 1973, le Ministre des affaires étrangères le justifie par la nécessité de vérifier et d'adapter le droit interne à l'évolution de l'Outre-mer, dont Mayotte. En outre, alors que la loi d'autorisation de la ratification de la Convention n° 181 sur les agences privées du 19 juin 1997, en vigueur depuis le 10 mai 2000, date du 13 mars 2015, ce traité n'a été ratifié que le 28 octobre 2015 avec une entrée en vigueur le 28 octobre 2016.

Enfin, elle a signé le 16 juin 2003, puis approuvé le 19 octobre 2004⁵, la Convention-cadre tabac de l'OMS de 2003, contribuant ainsi à son entrée en

² On se reportera à cet égard aux travaux parlementaires : rapports, discussion en Commission et, éventuellement, en séance.

³ Sur la situation des conventions onusiennes (signatures, ratifications, réserves, objections...) v. le site du Haut Commissariat aux droits de l'homme : www.ohchr.org.

⁴ Il s'agit, en effet, d'une convention assez largement à la carte.

⁵ Il s'agit d'une procédure très rare : un amendement parlementaire autorisant l'approbation d'une convention à l'occasion du vote d'une loi. Il existe un autre

vigueur le 27 février 2005. De même, elle a ratifié son Protocole sur le commerce illicite du tabac de 2012, le 30 novembre 2015⁶.

2. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD)⁷ du 7 mars 1966, entrée en vigueur le 4 janvier 1969 a été ratifiée le 28 juillet 1971, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981, a été ratifiée le 14 décembre 1983, la Convention relative aux droits de l'enfant (CRC) du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990 a été ratifiée le 7 août 1990⁸ et la Convention sur les droits des personnes handicapées (CRPD) du 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008 a été ratifiée le 18 février 2010. Ces quatre instruments contiennent les deux catégories de droits avec un facteur commun l'interdiction de toute discrimination.

3. La France n'a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) de 1950 qu'en 1974 et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (CCPR) de 1966 en 1980. Les interprétations de ces deux textes et les jurisprudences y relatives ont conduit à la prise en compte des droits sociaux⁹.

2. LES CONVENTIONS NON RATIFIEES¹⁰

Le défaut de ratification peut prendre trois formes : un refus ou une non acceptation (a), une dénonciation (b) ou bien un refus partiel à travers une réserve (c).

a. *Les refus et les non acceptations*

Le principal refus, emblématique, concerne le Protocole n° 12 de la CEDH qui a trait à l'égalité devant la loi et qui complète la CEDH pour les droits non prévus dans la Convention, ce qui vise essentiellement les droits sociaux. La

exemple : le vote de la loi d'autorisation de ratification de la Convention d'Oviédo de 2003 sur la biomédecine, à l'occasion du vote de la loi bioéthique de 2011.

⁶ Il n'y avait que 13 ratifications au 13 janvier 2016. Il faut 40 ratifications pour l'entrée en vigueur.

⁶ Nous nous référons aux sigles anglais utilisés par les Nations Unies, même dans les documents en français.

⁸ La France était le 21^e État à la ratifier et, à quelques jours près, n'a pas contribué à son entrée en vigueur.

⁹ Cf. *infra* des illustrations de cette jurisprudence.

¹⁰ On notera que la signature ne vaut pas engagement en ce qui concerne les instruments évoqués ici. Elle peut être une indication sur une possible intention d'aller plus loin.

France ne l'a pas même signée¹¹. Les justifications sont données dans une réponse du Ministre des affaires étrangères à une question écrite d'un parlementaire. M. Fabius, affirme : « La législation française est, par ailleurs, pleinement conforme aux engagements internationaux auxquels elle a souscrit. Toutefois, la ratification par la France du protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales générerait à coup sûr de nouveaux recours devant la Cour européenne des droits de l'homme qui fait face, depuis plusieurs années, à une augmentation considérable du nombre d'affaires portées devant elle. Les dernières réformes procédurales effectuées par la Cour européenne n'ont pour le moment pas permis à la Cour de diminuer de manière significative le stock des affaires en attente de jugement devant elle. Dans ces conditions, l'État français n'envisagera la ratification du protocole n° 12 que lorsque la Cour sera à nouveau en mesure de traiter le flux des requêtes qui lui est soumis »¹². On appréciera la compassion à l'égard de la surcharge imposée aux juges que la France ne souhaite pas aggraver. Cette philanthropie cache difficilement une totale mauvaise foi.

Par ailleurs, la question des minorités suscite des réactions permanentes. Il en va ainsi de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe du 1 juillet 1995, en vigueur depuis le 1^{er} février 1998 et ratifiée, au 13 janvier 2016, par 39 États¹³. L'avis du Conseil d'État, du 6 juillet 1995, énonce les interdictions constitutionnelles¹⁴. On notera, toutefois, que cette convention concerne essentiellement les « personnes » « appartenant

¹¹ Comme 9 États (au 13 janvier 2016) dont le Royaume-Uni, la Suède ou le Danemark. 19 États l'ont signé mais pas ratifié dont l'Allemagne, l'Italie, la Russie et la Turquie.

¹² *JOAN* 4.9.2012. 4899. Antérieurement, une autre réponse affirmait : « L'éventuelle ratification du protocole 12 requiert un examen attentif de la part de l'ensemble des départements ministériels concernés, sur la portée exacte de ce protocole, les conditions de sa mise en œuvre et le risque d'encombrement de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, la réflexion interministérielle poussée, organisée par le ministère des affaires étrangères et européennes sur ce sujet, n'a pas permis, à ce stade, d'envisager une telle signature », *JOAN* 22.6.2010. 2605. Comme son prédécesseur, M. Fabius invoque la ratification du CCPR et celle la CERD comme preuve des engagements en matière de non-discrimination. Il est évident que la seule ratification d'une convention ne démontre strictement rien. L'actuel désengorgement de la Cour ne semble pas avoir modifié l'attitude de la France.

¹³ Elle n'a pas été signée par la Turquie, Monaco et Andorre.

¹⁴ On se reportera, dans un domaine très proche, aux 4 avis du CE et à la décision du Conseil constitutionnel concernant la Charte européenne sur la protection des langues régionales ou minoritaires, fondés également, notamment, sur la légalité devant la loi et l'unicité du peuple français. Toute distinction en la matière est discriminatoire !

à une minorité nationale » et n'attribue pas de droits à l'entité qu'est la minorité.

La France n'a pas signé non plus la Convention des Nations-Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990. Ce traité n'est entré en vigueur qu'en 2003. Au 18 décembre 2015, il comptait 48 ratifications dont aucune de la part d'États de l'Europe de l'Ouest. Il accorde des droits à des migrants même en situation irrégulière¹⁵.

30 CIT n'ont pas été acceptées, notamment les CIT n° 110 Plantations (1958); n° 143 Travailleurs migrants (1975); n° 162 amiante (1986); n° 167 sécurité sociale dans le bâtiment (1988); n° 169 peuples indigènes et tribaux (1989); n° 171 travail de nuit (1990) et n° 183 protection de la maternité (2000).

Parmi les refus partiels on notera que les deux CIT fondamentales n° 138 sur l'âge minimum du travail des enfants (16 ans) et n° 182 sur les pires formes de travail des enfants ne sont pas applicables en Nouvelle Calédonie ni en Polynésie. Pour ce qui est des Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) il n'y a pas eu de ratification de 5 CIT fondamentales : n° 29 sur le travail forcé de 1919, n° 100 sur l'égalité des rémunérations, n° 105 sur l'abolition du travail forcé, n° 138 sur l'âge minimum de 1973 et n° 182 les pires formes de travail des enfants de 1999. Il est vrai que ces territoires ne sont concernés que par les conventions relatives au droit maritime, du fait, notamment, de l'ancien pavillon des Kerguelen.

b. Les dénonciations

Elles ne concernent que 3 CIT qui ont trait au travail des femmes, dont la dernière la CIT n° 89 de 1948, sur le travail de nuit des femmes, dénoncée le 26 décembre 1992. Ces textes visaient à protéger la femme mais devenaient discriminatoires et défavorables du fait de la concurrence d'autres États qui n'avaient pas accepté les mêmes obligations. Il y avait, au 18 décembre 2015, 67 ratifications et 23 dénonciations.

c. Les déclarations et les réserves

Si la déclaration interprétative vise à donner un sens particulier à une disposition, la réserve tend à exclure une disposition. Le problème est que certaines déclarations sont en réalité des réserves. Il convient dès lors de ne pas se fier à l'étiquette adoptée. Il en va ainsi pour les déclarations aux articles 27 du CCPR et 30 de la CRC qui accordent des droits aux personnes ou aux

¹⁵ Il existe une convention du Conseil de l'Europe du 24 novembre 1977 sur le même domaine qui s'avère cependant moins complète. Au 13 janvier 2016, seuls 11 États, dont la France (le 22 septembre 1983), l'avaient ratifiée et 4 l'avaient signée.

enfants appartenant à une minorité ou à un peuple autochtone. Ce sont les mêmes arguments que ceux concernant les conventions européennes déjà évoquées. On ajoutera des déclarations au CESCR ainsi rédigées : « 2) Le Gouvernement de la République déclare que les articles 6, 9, 11 et 13 ne doivent pas être interprétés comme faisant obstacle à des dispositions réglementant l'accès des étrangers au travail ou fixant des conditions de résidence pour l'attribution de certaines prestations sociales. 3) Le Gouvernement de la République déclare qu'il appliquera les dispositions de l'article 8 qui se rapportent à l'exercice du droit de grève conformément à l'article 6 paragraphe 4 de la Charte sociale européenne selon l'interprétation qui en est donnée à l'annexe de cette Charte ». Cette double référence au droit interne et à un autre texte international pose un problème concernant le véritable contenu des engagements. On doit appliquer un traité conformément à ses dispositions et non pas au regard d'autres dispositions totalement extérieures. Ce type de comportement n'est pas rare¹⁶.

La différenciation des types de textes va se répercuter sur le contenu des engagements.

B. LE CONTENU DES ENGAGEMENTS

Ils sont différents selon les types de droits.

Pour la CEDH et le CCPR, c'est l'homme, l'individu, la personne qui sont les destinataires de l'instrument et les titulaires des droits subjectifs. Dans les instruments sociaux c'est l'État.

Il existe une typologie pour les droits civils et politiques qui n'existe pas pour les droits sociaux. Le CCPR et la CEDH prévoient des droits indérogeables, hyper-protégés et des droits limitables énumérés. Les trois éléments de ces limitations sont : la légalité de la mesure ; ses finalités et la proportionnalité moyen / fin. Pour les droits sociaux, il n'y a pas de typologie ni de dérogations. Il existe une clause unique et très générale de limitation¹⁷.

Surtout, les modalités de mise en œuvre sont différentes. Alors que les traités relatifs aux droits civils et politiques contiennent un « engagement de respecter et de garantir » les droits mentionnés dans le CCPR ou « à reconnaître » à toute personne les droits et libertés de la CEDH, sans autre condition, les textes relatifs aux droits sociaux laissent une marge appréciable dans l'application. Ainsi, l'article 2 du PIDESC déclare : « chacun des États parties s'engage à agir (...) au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement ».

¹⁶ En ce qui concerne les réserves à la CEDAW et leur retrait, v. www.ohchr.org.

¹⁷ Cf. art. 4 du CESCR et art. G de la Charte sociale révisée qui complète l'article F relatif aux dérogations qui est le pendant de l'article 15 de la CEDH.

Les quatre instruments qui mélangent les deux types de droits sont les CERD, CEDAW, CRC et CRPD. Deux, voire trois, ont un facteur commun : la non-discrimination concernant tous les droits de l'homme. La CERD vise à prévenir et combattre la discrimination raciale. La CEDAW tend à éliminer les discriminations mais aussi à accorder des droits spécifiques aux femmes tenant compte de leur qualité de femmes comme le traduit son préambule : « conscients du fait que le rôle de la femme dans la procréation ne doit pas être une cause de discrimination ». La CRPD, sans la spécifier dans son titre vise, évidemment, la non-discrimination des personnes atteintes d'un handicap.

En outre l'article 4 de la CRC distingue bien « le cas des droits économiques, sociaux et culturels ». Car les concernant les États sont invités à agir « dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale ». L'article 4.2 de la CRPD reprend la même formule et l'article 2 définit la notion d'« aménagement raisonnable » qui n'impose « pas de charge disproportionnée ou indue ». Cette convention vise essentiellement à éliminer les handicaps sociaux qui conduisent à accroître le handicap physique.

Si on ajoute la possible absence de droits subjectifs accordés à l'individu, on imagine bien l'attitude des juridictions internes dans l'application de ce type de dispositions.

Enfin, tous ces instruments contiennent la clause de l'individu le plus favorisé qui implique que s'il existe en droit interne ou en droit international une meilleure protection ce sont ces dispositions qui doivent être appliquées.

On est donc en présence d'acceptations nuancées, souvent du bout de la plume. C'est aux organes chargés de garantir les traités qu'il revient de se prononcer et de donner un sens aux ratifications.

II. LES CONTROLES

Il en existe deux : les contrôles internes – qui sont prioritaires en raison de la subsidiarité – (A) et les contrôles internationaux (B).

Ils ne sont pas séparés dans la mesure où l'interne peut être conduit, dans certains cas, à intervenir aussi après l'international, ce qui pose la question de la prise en compte, ou non, de la jurisprudence internationale par le juge interne. Il en résulte un dialogue des juges plus ou moins muet et qui se présente parfois sous forme de deux monologues.

A. LES CONTROLES INTERNES : UNE JURISPRUDENCE HESITANTE

Ils sont essentiellement le fait des juridictions ordinaires à l'occasion de contrôles de conventionnalité. On notera, cependant, l'attitude du Conseil

constitutionnel. On la trouvera, par exemple, dans sa décision du 19 novembre 2004 à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la Constitution pour l'Europe. Son considérant n° 15 souligne en effet bien la distinction entre les différents types de droits : il relève « en premier lieu (...) qu'en vertu du paragraphe 5 de l'article II-112 », le projet de Constitution « comporte, à côté de “droits” directement invocables devant les juridictions, des “principes” qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre ; qu'au nombre de tels “principes” figurent notamment le “droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux”, le “droit de travailler”, le “droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle”, le “principe du développement durable” et le “niveau élevé de protection des consommateurs” ». Cette jurisprudence rejoint la différence d'approche entre les droits de la Déclaration de 1789 et ceux du Préambule de la Constitution de 1946.

Pour ce qui est des juridictions ordinaires, elles sont confrontées aux catégories de conventions déjà évoquées. On constate des différences, voire des divergences, entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. Toutefois, de récentes évolutions plus ou moins nettes viennent un peu tempérer ce constat.

Certaines CIT permettent la rencontre des jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Ce sont souvent les mêmes conventions qui sont utilisées. On notera l'arrêt concernant le CNE (contrat nouvelle embauche) qui est considéré comme contraire à la CIT n° 158 relative au licenciement de 1982, ratifiée en 1990¹⁸. On ajoutera l'arrêt qui reproche à la Cour d'appel de Rennes « d'avoir méconnu la convention internationale du travail n° 180 sur la durée du travail des gens de mer du 22 octobre 1996, ratifiée le 27 avril 2004, dont les articles 3 à 5 sont d'application immédiate »¹⁹. C'est cette même CIT n° 180 qui va permettre au Conseil constitutionnel de se prononcer sur une intéressante question sociale dans sa décision du 28 avril 2005²⁰ concernant la loi du 3 mai 2005 qui a trait au « registre international français ». Le dossier documentaire mentionne les CIT

¹⁸ Cass. soc. 1^{er}.7.2008, Samzun c/ Linda de Wee et a., req. n° 07-44.124. Le contrat de travail dit « Nouvelle Embauche », pour les entreprises de moins de 20 salariés, a été créé par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005. Cela fait suite à un constat du Comité d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT, du 14 novembre 2007. Cette convention n'a été ratifiée que par 36 États et peu d'États de l'Europe de l'Ouest. Les États qui ne sont pas liés peuvent ainsi offrir des contrats à durée limitée qui ne seraient pas conformes à cette Convention et qui sont interdits en France.

¹⁹ Cass. soc. 18.1.2011, M. X c/ Assoc. An Test-Navire Notre-Dame de Rumengol, *Droit social* 2011-4. 462-465, comm. Chaumette.

²⁰ Décision n° 514 DC. Cf. *Les Cahiers du CC* 2006-19.

n° 179 et n°180, la Déclaration de Rio sur l'environnement (et la Constitution pour l'Europe qui n'a juridiquement jamais existé!!!).

C'est d'ailleurs une CIT qui va permettre au Conseil d'État de modifier sa jurisprudence. L'arrêt propose une approche nouvelle de la notion d'effet direct de dispositions conventionnelles : « une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, si elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ; (...) que l'engagement d'appliquer aux travailleurs migrants un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui appliqué aux ressortissants nationaux en matière de droit au logement et d'accès aux procédures juridictionnelles permettant de faire valoir ce droit ne saurait être interprété comme se bornant à régir les relations entre États et, ne requérant l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets, se suffit à lui-même ; que, par suite, les stipulations précitées peuvent utilement être invoquées à l'encontre du décret attaqué »²¹.

De leur côté les observations du Ministère des affaires étrangères²² refusant un changement de jurisprudence de la part du Conseil d'État, traduisent la crainte d'une inflation des recours que pourraient justifier les nombreux traités en vigueur. Même s'il existe des arguments juridiques en faveur du maintien de la jurisprudence antérieure, on sent que la réponse est dominée par une approche jurisprudentielle, plus politique voire économique, que juridique.

Pour ce qui est du CDESCR, le Conseil d'État avait reconnu l'application de son article 7 dans son arrêt M. Coz, du 21 janvier 1993²³. Il remonte la hiérarchie des normes « les dispositions de l'article 11 qui appliquent celles (...) de l'article 7 de la loi du 15 juillet 1970, lesquelles ne sont pas contraires aux stipulations de l'article 7... » du Pacte. Dans son arrêt Ville d'Aubagne du 8 février 1999, il évoque la non contradiction aux « stipulations de la CEDH ni à celle de l'article du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ». Ces utilisations ne sont, il est vrai, pas dangereuses puisqu'il y a un constat de non violation.

²¹ CE Ass. 11.4.2012, GISTI et FAPIL. Cf. Slama S., « Le milieu du gué de l'invocabilité des normes internationales devant le juge administratif », www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/05/14.

²² On trouvera la référence à la lettre du 15 novembre 2011, de Mme Edwige Belliard au nom du Ministre des affaires étrangères dans le commentaire précité.

²³ Il concerne le « droit qu'a toute personne de jouir des conditions de travail justes et favorables... ».

Cependant ce même CESC est refusé dans son arrêt d'Assemblée, Rouquette et Lipietz, du 5 mars 1999 : « ces stipulations qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers ne peuvent être utilement invoquées à l'appui des conclusions tendant à l'annulation du décret attaqué ». Il semble clarifier un arrêt plus ambigu Société de manutention du bassin minéralier de Dunkerque du 15 mai 1996 qui affirmait : « l'article 6 du Pacte (...) n'a, en tout état de cause, pas été méconnu ».

Le CESC ainsi que la Charte sociale européenne ont été considérés comme non applicables dans les arrêts Valton du 20 avril 1984, et Assoc. Aides et a. du 7 juin 2006²⁴.

Plus récemment, le Conseil d'État dans son arrêt Union syndicale solidaire du 30 janvier 2015 utilise un autre argument en considérant « qu'eu égard notamment à la marge d'appréciation laissée aux États membres pour prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre des stipulations du paragraphe 1 de l'article 2, ces stipulations ne créent pas de droits dont les particuliers pourraient directement se prévaloir ; que, par suite, l'union requérante ne peut utilement les invoquer pour contester la légalité des articles D. 432-3 et D. 432-4 du Code de l'action sociale et des familles résultant du décret attaqué ». Ainsi, c'est la marge d'appréciation qui justifie l'absence de création de droits subjectifs.

Toutefois, la Charte sociale européenne a bénéficié d'une petite avancée dans l'arrêt Fischer du 10 février 2014 qui reprend le vocabulaire et la signification de l'arrêt GISTI/ FAPIL. Le Conseil estime en effet que les stipulations de l'article 24 « *dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoquées utilement par M. B...pour contester la légalité des articles 7 et 15 de la décision contestée* en ce qu'ils permettent le licenciement d'un secrétaire général d'une chambre de métiers pour perte de confiance mettant en

²⁴ « Considérant », y écrivait le CE, « d'une part, qu'en vertu des articles 9 et 10 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les États parties reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, ainsi qu'une protection et une assistance aussi larges que possible à la famille ; que, de même, selon les articles 11, 12, 13 et 17 de la Charte sociale européenne révisée, les parties s'engagent à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer l'exercice effectif, respectivement, du droit à la protection de la santé, du droit à la sécurité sociale, du droit à l'assistance sociale et médicale et du droit des enfants et adolescents de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales ; que ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation des décrets attaqués... ».

cause le bon fonctionnement de l'établissement ». Cela signifie que le Conseil fait son tri à l'intérieur du traité qui n'est pas auto-exécutoire dans sa totalité.

La Cour de cassation applique sans problème le CDESCR dans le domaine du droit du travail notamment. La chambre sociale soulève même le moyen d'office dans son arrêt Eschenbaum contre Axa du 16 décembre 2008²⁵ : « attendu », y lit-on, « que l'article 6 est directement applicable qui garantit le droit de toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté ». Dans son arrêt du 15 octobre 1991, la chambre criminelle invoque, l'article 23 de la Charte internationale des droits de l'homme, les articles 23, 6 et 7 du CDESCR, ainsi que les articles 23 et 24 de la DUDH. On notera la confusion entre la Charte internationale des droits de l'homme qui est un ensemble de textes (la Déclaration universelle, les deux Pactes et le Protocole facultatif au CCPR concernant les recours devant le Comité des droits de l'homme) et qui donc n'a pas d'article 23, et la DUDH. Cette dernière n'est pas un traité et le Conseil d'État lui refuse toute valeur juridique, dans son arrêt d'assemblée Roujansky du 23 novembre 1984, car sa seule publication au Journal officiel ne répond pas aux exigences de l'article 55 de la Constitution. Il convient aussi de mentionner la référence à « l'engagement des États signataires de prendre les mesures appropriées pour sauvegarder le droit au travail et assurer le plein emploi » qui va produire des effets de droit²⁶.

Pour ce qui est de la Convention relative aux droits de l'enfant, la situation est inversée. La Cour de Cassation s'est refusée à l'appliquer dans son arrêt de la 1^{re} chambre civile Le Jeune contre Mme Sorel du 10 mars 1993. Il faudra attendre le 18 mai 2005 pour que cette même 1^{re} chambre civile revienne sur cette jurisprudence et applique l'article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le juge administratif, lui, a, très tôt, opéré un tri. Ainsi, les articles 2-1 (non discrimination) au moins en ce qui concerne les droits applicables, et les articles 3-1 7, 10 et 16 créent des droits subjectifs²⁷. Il est vrai que la notion

²⁵ Pour ce qui est du Conseil d'État, on trouvera un net refus dans l'arrêt SARL constructions industrielles pour l'agriculture du 16 janvier 1995.

²⁶ On complétera cette jurisprudence avec un arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2008.

²⁷ Lors de l'examen du dernier rapport de la France par le Comité des droits de l'enfant, celui-ci note, à propos de l'intérêt supérieur de l'enfant « en 2005, la Cour de cassation a aligné sa jurisprudence sur celle du Conseil d'État en reconnaissant l'applicabilité directe du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention. Il prend également note de l'intégration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la législation relative à la garde d'enfants, à la protection de l'enfant, au divorce, à la succession et aux libéralités. Toutefois, le Comité reste préoccupé par la rareté des évaluations portant sur l'impact de certaines mesures et décisions prises par le Gouvernement sur l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que par la persistance de différences, dans la pratique, dans l'application de ce principe. En outre, ce principe

d' « intérêt supérieur de l'enfant » reste vague et offre au juge une marge d'appréciation.

On trouvera une belle illustration à propos du droit des enfants immigrés à bénéficier de l'Aide Médicale d'État (AME) dès leur arrivée en France. L'article 97 de la loi de finances rectificative de 2003 qui prévoyait un délai de 3 mois, avait été déclaré conforme à la Constitution, le 29 décembre 2003, par le Conseil constitutionnel. Le Comité européen des droits sociaux avait condamné la France le 8 septembre 2004²⁸ pour violation de la Charte sociale européenne. Le 4 mai 2005 le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, chargé du suivi des décisions du Comité, précisa que la CRC avait inspiré l'article 17 Charte sociale. Le Conseil d'État, dans son arrêt AIDES et GISTI du 7 juin 2006, estima l'article 97 de la loi de finances rectificative 2003 incompatible avec la CRC, en ce qu'elle méconnaît le droit de l'enfant à bénéficier dès son arrivée de l'AME. On a ici la diversité des contrôles internes et internationaux et surtout la contradiction entre un contrôle de constitutionnalité et un contrôle de conventionnalité.

Enfin, dans certains cas la jurisprudence interne est plus favorable que celle de la CEDH. C'est le cas en matière d'expulsion et de soins de santé, le Conseil d'État a opéré un revirement de jurisprudence dans son arrêt de Section Ministre de l'immigration et de l'intérieur contre Jabnoun et Bialy du 7 avril 2010 qui prend en compte l'offre médicale de soins dans le pays d'éloignement et la possibilité économique d'en bénéficier : « lorsque le défaut de prise en charge risque d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur la santé de l'intéressé, l'autorité administrative ne peut légalement décider l'éloignement de l'étranger que s'il existe des possibilités de traitement approprié de l'affection en cause dans le pays de renvoi ; que si de telles possibilités existent mais que l'étranger fait valoir qu'il ne peut en bénéficier, soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement, il appartient à cette même autorité, au vu de l'ensemble des informations dont elle dispose, d'apprécier si l'intéressé peut ou non bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans le pays de renvoi ». Le Conseil d'État mentionne une éventuelle violation de

est rarement mis en application par les organes législatifs, que ce soit au niveau municipal, au niveau régional ou au niveau national ». CRC/C/FRA/CO/4 du 22.6.2009. Cf. Napoli C., « Le caractère auto-exécutoire de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Réflexions générales et situation française (à l'occasion du 20^e anniversaire de la ratification) », *Revue juridique de l'Ouest* 2010-3. 325-357.

²⁸ FIDH c/ France, 14/2003.

l'article 3 de la CEDH. La CEDH est beaucoup plus sévère car elle estime que l'article 3 n'est invocable que dans des cas très exceptionnels « et ne fait pas obligation aux États de pallier les disparités entre les systèmes socio-économiques des différents États »²⁹. La loi est venue clarifier la situation, en mettant fin « aux incertitudes et différences d'interprétation de la situation nées de l'appréciation des conditions socio-économiques dans lesquelles l'intéressé pouvait « effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans ce pays », dans un sens restrictif, en adoptant le critère d'« absence » d'un traitement approprié. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 juin 2011 sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a validé cette formulation³⁰.

Enfin, si le Conseil d'État utilise assez souvent le CCPR en soutien de la CEDH, une jurisprudence pose problème, c'est celle relative à l'interprétation donnée par le Comité des droits de l'homme de l'article 26 du CCPR. Cette disposition concerne l'égalité devant la loi et la non-discrimination. Alors que l'article 14 de la CEDH n'a pas de caractère autonome, ce qui signifie qu'il doit être associé à un autre article, le Comité des droits de l'homme reconnaît une autonomie à l'article 26 qui concerne donc tous les droits de l'homme, même ceux qui ne figurent pas dans le CCPR, dont, bien évidemment, les droits sociaux du CDESCR. La France avait été condamnée, dans l'affaire n° 196/1985 Ibrahim Guéyé et 743 militaires sénégalais du 6 avril 1989, pour méconnaissance de l'article 26 en raison de la cristallisation des retraites d'anciens militaires sénégalais : « Pour établir si le traitement des auteurs est fondé sur des critères raisonnables et objectifs, le Comité note » dans son point 9.5 « que ce n'était pas la question de la nationalité qui avait déterminé l'octroi de pensions aux auteurs, mais les services rendus dans le passé par les intéressés. Ils avaient servi dans les forces armées françaises dans les mêmes conditions que les citoyens français ; pendant les 14 ans qui ont suivi l'indépendance du Sénégal, ils ont bénéficié du même traitement que leurs

²⁹ Cf. Morri J., « Protection comparée du droit de séjour pour mener une vie privée normale et pour raison médicale : une approche spécifique dans la protection des droits économiques et sociaux » in *Droits des pauvres, Pauvres droits*, http://onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabili_C3_A9_droits_sociaux_final_pdf, pp. 353-359. On ajoutera le bilan de 11 ans fait dans l'arrêt de G.C. N. c/ United Kingdom du 27.5.2008 : la Cour n'a jamais retrouvé de circonstances aussi exceptionnelles ni constaté une nouvelle violation de l'article 3 depuis son arrêt D. c/ United Kingdom, du 2 mai 1997, qui concernait un ressortissant de St Kitts habitant en Grande Bretagne et très atteint par le SIDA, où elle découvrit une violation de l'article 3 « compte tenu des circonstances très exceptionnelles de l'affaire et des considérations humanitaires aussi impérieuses ».

³⁰ Sur cette question cf. Klausser N., « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *RDDH*, <https://revdh.revues.org/139>.

homologues français aux fins des droits à pension, malgré leur nationalité sénégalaise et non française. Un changement ultérieur de nationalité ne peut en soi être considéré comme une raison suffisante pour justifier une différence de traitement, vu que la base retenue pour l'octroi de la pension était les services identiques qu'avaient rendus les auteurs et les militaires qui étaient demeurés français. Les différences de situation économique, financière et sociale entre la France et le Sénégal ne peuvent pas non plus être invoquées comme justification légitime. Si l'on comparait le cas des militaires de nationalité sénégalaise à la retraite, vivant au Sénégal, et celui des militaires de nationalité française à la retraite vivant au Sénégal, il apparaîtrait qu'ils jouissent des mêmes conditions économiques et sociales. Toutefois, un régime différent leur serait appliqué aux fins des droits à pension »³¹. L'avis du Conseil d'État du 15 avril 1996 dans l'affaire Doukouré vient clarifier la situation : « Aux termes de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques : "Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation". Il résulte de la coexistence du Pacte relatif aux droits civils et politiques et du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ouverts à la signature le même jour, que l'article 26 précité du premier de ces pactes ne peut concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce Pacte et a pour seul objet de rendre directement applicable le principe de non-discrimination propre à ce Pacte. Les dispositions de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques ne sont donc invocables que par les personnes qui invoquent une discrimination relative à l'un des droits civils et politiques énumérés par ce Pacte ». C'est donc un refus de cette interprétation qui est opposé au Comité.

L'arrêt d'Assemblée Diop du Conseil d'État du 30 novembre 2001 permet de donner raison aux requérants mais sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la CEDH qui concerne le droit de propriété. Cet arrêt ne mentionne pas le Pacte. Il sera suivi de la première décision QPC du Conseil constitutionnel, du 28 mai 2010, concernant la cristallisation des retraites. Le dossier documentaire cite 4 arrêts de la CEDH dont un concernant la France³² mais pas le Pacte³³.

³¹ Cf. notre contribution, « L'article 26 du Pacte international de 1966 et le droit des pensions », *RFDA* 1996. 1239-1241.

³² Arrêt Si Amer du 29.10.2009 dans lequel la Cour ne constate pas de violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole 1 de la Convention.

³³ « Considérant que les dispositions combinées de l'article 26 de la loi du 3 août 1981 et de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 ont pour objet de

On le voit des réticences subsistent qui tiennent essentiellement à trois facteurs : le caractère purement interétatique des obligations, l'exigence d'une mise en œuvre nationale et l'absence de clarté des obligations. Globalement, ces conventions ne seraient pas auto-exécutoires, n'aurait pas d'effet direct et donc ne créeraient pas de droits subjectifs. Pour ce qui du manque de clarté des dispositions conventionnelles, elles n'ont rien à envier à leurs homologues en matière de droits civils et politiques. Qu'en est-il de la notion de « procès équitable », de « durée raisonnable d'un procès » par exemple ?

L'intérêt supérieur de l'enfant pourtant utilisé par les juridictions n'est-il pas dénué d'ambiguïté ? En outre, l'absence de mise en œuvre du traité ne constitue-t-elle pas un manquement qui pourrait être constaté ? La France ne viole-t-elle pas le traité quand elle se refuse à l'appliquer ? Pourquoi l'article 55 ne serait-il pas invocable dans ce cas ?

Enfin, l'idée que la ratification est un engagement international sanctionné dans et par l'ordre juridique international mérite un examen particulier.

B. LES CONTROLES INTERNATIONAUX

La référence faite par le Conseil d'État au caractère international de l'engagement semble signifier que c'est à l'ordre juridique international de sanctionner des manquements et que c'est à son égard que l'État s'est engagé. Un examen des procédures offertes et acceptées va permettre de voir si ce renvoi a une réelle signification.

On verra tout d'abord les instruments (1) puis les garanties (2), en mettant essentiellement l'accent sur le contentieux et en envisageant dans ces deux cas la situation de la France.

1. LES INSTRUMENTS

garantir aux titulaires de pensions civiles ou militaires de retraite, selon leur lieu de résidence à l'étranger au moment de l'ouverture de leurs droits, des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions exercées au service de l'État ; qu'en prévoyant des conditions de revalorisation différentes de celles prévues par le Code des pensions civiles et militaires de retraite, elles laissent subsister une différence de traitement avec les ressortissants français résidant dans le même pays étranger ; que, si le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat, il ne pouvait établir, au regard de l'objet de la loi, de différence selon la nationalité entre titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite payée sur le budget de l'État ou d'établissements publics de l'État et résidant dans un même pays étranger ; que, dans cette mesure, lesdites dispositions législatives sont contraires au principe d'égalité ».

Les cinq instruments des Nations unies³⁴ se présentent de manière non uniforme. La CERD a prévu, en son sein, des dispositions proposées aux États qui peuvent les accepter ou non. Les deux Pactes ont envisagé des Protocoles. Toutefois si celui relatif au CCPR a été adopté simultanément, celui concernant le CDESCR a attendu le 10 décembre 2008, soit 32 ans. Il en va de même pour la CEDAW pour laquelle le décalage est de 20 ans (18 décembre 1979 - 6 octobre 1999) et pour la CRC qui a dû attendre 21 ans (20 novembre 1989 - 19 décembre 2011). En revanche pour la CRPD le Protocole a été adopté en même temps.

La France a souvent accepté avec retard les instruments proposés, déjà en vigueur, avec parfois un décalage entre l'instrument principal et le Protocole, même s'ils sont simultanés. Le Protocole CCPR n'a été accepté qu'en 1984 soit plus de 3 ans après le Pacte. Le Protocole CDESCR du 18 décembre 2008 n'a été accepté que le 18 mars 2015. Le Protocole CRPD a pris un an et demi de plus que la Convention. Enfin, le Protocole CRC, du 19 décembre 2011³⁵, a été ratifié le 6 janvier 2016. Il n'y a qu'une exception à cette attitude attentiste : le Protocole CEDAW a été ratifié le 9 juin 2000, la France participant ainsi à son entrée en vigueur.

Du côté de l'Europe, si la CEDH a été ratifiée en 1974, le recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme, qui figure dans la Convention et qui nécessitait à l'époque un consentement séparé, n'a été admis qu'en 1981. Les réclamations collectives offertes par la Charte sociale du 9 novembre 1995, en vigueur le 1^{er} juillet 1998, ont été acceptées le 7 mai 1999.

Il va de soi que la ratification de ces contrôles est tributaire de la nature de l'engagement.

2. LES GARANTIES

Nous insisterons essentiellement sur la fonction contentieuse pour voir si elle supplée les carences du droit interne puis nous verrons les autres compétences.

1. Il existe tout d'abord des contrôles interétatiques : un État attaquant un autre État devant un des Comités conventionnels. Il est prévu d'office dans la CERD. Il n'existe pas pour le CRPD ni la CEDAW. Il est optionnel pour le CDESCR et la CRC et implique une déclaration d'acceptation. Une première constatation s'impose : ce système n'a jamais été utilisé dans le cadre d'aucune des 9 conventions.

³⁴ La totalité des 9 instruments fondamentaux offrent actuellement des recours.

³⁵ Il est en vigueur depuis le 14 avril 2014.

Malgré cette situation, la France refuse ce type de contrôle. Les dernières ratifications en expliquent les raisons : « compte tenu de la nature des compétences dévolues, le Gouvernement examinera l'opportunité de procéder à cette déclaration une fois établie la pratique du Comité en la matière »³⁶. Elle n'aurait pris aucun risque à accepter une procédure très largement vouée à l'échec.

Le seul intérêt concerne donc les recours individuels institués par toutes les conventions. Les Comités onusiens, après l'épuisement des recours internes, se prononcent en respectant l'égalité des armes entre le requérant et l'État. Ils aboutissent à des constatations qui contiennent des recommandations. La question cruciale concerne la nature de cet acte. Les comités n'étant pas des organes juridictionnels, les constatations risquent d'être considérées comme des avis. C'est effectivement le cas pour la France. Les deux études d'impact des lois autorisant des ratifications des Protocoles CESCRC et CRC le disent de manière claire : « Les décisions du Comité (...) ne sont certes pas contraignantes sur le plan juridique » toutefois « la ratification du Protocole facultatif donne néanmoins compétence au Comité pour prononcer des constats de violation qui peuvent mettre en cause notre législation sur la scène internationale sur des points sensibles ». À cet égard, il convient d'ajouter une réserve à l'article 6.1 du Protocole CRC selon laquelle il n'y a pas « d'obligation pour l'État partie d'accéder à la demande du Comité tendant à ce qu'il prenne des mesures provisoires »³⁷. Elle souligne bien le caractère perçu comme non obligatoire des « décisions » du Comité.

Le Conseil d'État constate, dans son ordonnance Hauchemaille, du 10 octobre 2001 : « les constatations émises par le Comité des droits de l'homme institué par l'article 28 dudit Pacte ne revêtent aucun caractère contraignant à l'égard de l'État auquel elles sont adressées et ne sauraient donc lier les juridictions françaises ». Cette situation est d'autant plus choquante que la CEDH considère les Comités comme des « instances internationales d'enquête et de règlement » mentionnées à l'article 35.2.b de la Convention, la conduisant à déclarer irrecevable une communication déjà examinée par un comité. Ceci signifie qu'un simple avis d'un comité, selon la thèse française, interdirait un arrêt de la CEDH, aboutissant à un déni de justice!! Ceci est encore plus étonnant si on prend en considération la place de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, notamment, dans celle de la CEDH, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et même de la Cour internationale de justice et de certaines juridictions étrangères.

³⁶ Cette même formule est utilisée devant le Parlement pour l'article 13 du Protocole CRC (Étude d'impact NOR:MAEJ151926L/Bleue-1) et l'article 10 du Protocole CEDAW (Étude d'impact NOR : MAEJ1400800L/Bleue-1).

³⁷ *Id.*

Cette même attitude concerne aussi les décisions du Comité européen des droits sociaux qui fait l'objet de saisines collectives de syndicats ou d'ONG européennes³⁸, qui a une importante jurisprudence concernant la France³⁹.

L'OIT possède son propre système de contrôle. Il existe un Comité des conventions et des recommandations (CEACR) qui peut être saisi par des syndicats voire des États. Ainsi, le contrat nouvelle embauche (CNE) déjà évoqué a été jugé contraire à la Convention n° 158 par le Conseil d'administration du Bureau international du travail, le 14 novembre 2007, à la suite d'une plainte CGE-FO.

Les arrêts de la CEDH, s'ils ont un impact important sur les jurisprudences nationales, connaissent une limite. Ainsi, le Conseil d'État affirme, dans son arrêt Chevrol du 11 février 2004, qu'il n'y a pas de possibilité de rouvrir une procédure juridictionnelle. Il confirme dans son arrêt M.B. du 30 juillet 2014 la nature essentiellement déclaratoire des arrêts : « il appartient à l'État de déterminer les moyens de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe » de « réparer les conséquences des violations » et de « faire disparaître la source de la violation ». La loi n° 2014-640 du 16 juin 2014, sur la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive, prend en considération les arrêts de la CEDH mais pas les constatations du Comité des droits de l'homme et des autres comités.

Par ailleurs, entre deux jurisprudences contradictoires, celle de la CEDH qui lui est favorable et celle du CDH défavorable, la France privilégie la solution favorable. C'est le cas dans les affaires de port du turban sikh⁴⁰.

En résumé, où se trouve la sanction internationale de l'engagement international de la France à laquelle renvoient les tribunaux ? Le contentieux interétatique n'existe pas et de toute façon est refusé. Reste le recours individuel qui est bien international mais qui doit être traduit en droit interne ; ce qui n'est généralement pas le cas du fait du refus du caractère décisionnel des « constatations » de l'organe de contrôle. Il est finalement pratique de

³⁸ La France n'a pas accepté de recours des ONG nationales contrairement à la Finlande et aux Pays-Bas.

³⁹ La France est concernée par 33 affaires sur 118 soit près de 30%. Sur 29 examinées, 2 décisions d'irrecevabilité ont été rendues et 8 de non violations (toutes en droit du travail). Il y a déjà 3 mises en conformité dont une concernant la protection sociale des enfants suite à l'affaire FIDH c/ France (10.10.2000, 14/200) ; Une affaire a constaté des progrès mais 15 n'ont pas connu de mise en conformité ce qui concerne les trois-quarts des constatations de violations. 7 cas concernent le logement, la santé, la protection sociale. Cela vise des enfants et notamment l'AME, les handicapées dont les autistes, les migrants, les sans-abri et les Roms.

⁴⁰ Cf. CEDH 13.11.2008, Man Singh c/ France : décision d'irrecevabilité ; et les constatations du Comité des droits de l'homme condamnant la France qui ne justifie pas l'interdiction du port du keski sur une photo d'identité et au collège : 22.7.2011, Ranjii Singh c/ France et 1^{er}.11.2012, Bikramijit Singh c/ France.

renvoyer à un contrôle international qui ne présente qu'un intérêt limité plutôt que d'appliquer directement la convention qui pose souvent des problèmes financiers. Finalement, ces conventions en matière sociale n'ont qu'un faible impact. Le refus initial du Protocole CDESCR et son élaboration récente sont une preuve évidente des réticences des États en la matière.

2. La deuxième fonction des comités onusiens, du Comité européen des droits sociaux et de l'OIT consiste à examiner des rapports étatiques. Dans le système de l'ONU les rapports français sont généralement rendus avec retard. Une illustration concerne évidemment le rapport au CRPD attendu depuis le 18 mars 2012. Il va de soi que compte-tenu des retards et des reports périodiques du traitement des droits de personnes handicapés, nous n'avons aucun intérêt à rendre un rapport qui va nous valoir des constats de violation de la Convention. Ces rapports font l'objet d'une audition de l'État et d'« observations finales ». Il s'agit là de documents extrêmement précieux qui permettent de comprendre l'attitude des États et les exigences des comités. Elles doivent faire l'objet d'une large diffusion.

3. La jurisprudence et les observations finales vont permettre aux différents comités d'élaborer des « observations générales », qui sont des sortes d'avis sur les interprétations qu'il convient de donner aux différentes dispositions et de fixer les obligations des États qui se résument en une trilogie : respecter, protéger et mettre en œuvre. Il s'agit de documents essentiels pour le juge interne qui cherche à définir certaines notions⁴¹.

⁴¹ On trouvera tous les documents sur le site du Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies : www.ohchr.org. Ainsi, aux interrogations et aux doutes du juge interne, le droit international apporte quelques éclaircissements. L'Observation générale n° 9 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels intitulée « Application du Pacte au niveau national » (1998) précise les notions d'invocabilité et d'application directe qu'il distingue. En ce qui concerne le premier concept, le Comité affirme : « Dans le cas des droits civils et politiques, on tient généralement pour acquis qu'il est essentiel de pouvoir disposer de recours judiciaires contre d'éventuelles violations. Malheureusement le contraire est souvent affirmé en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels. Cette différence de traitement n'est justifiée ni par la nature de ces droits ni par les dispositions pertinentes du Pacte (...) il n'existe dans le Pacte aucun droit qui ne puisse être considéré, dans la grande majorité des systèmes, comme comportant au moins quelques aspects importants qui sont invocables ». Pour ce qui est de l'« application directe », le Comité note que lors des travaux préparatoires la clause visant à rendre ces droits « non applicables d'une manière directe » a été refusée. Dans la plupart des États, c'est aux tribunaux, et non au pouvoir exécutif et législatif, qu'il appartient de déterminer si une disposition conventionnelle est directement applicable (...) il devrait être pleinement tenu compte du principe d'invocabilité du Pacte dans la formation des magistrats. Il est particulièrement important d'éviter toute présomption de non-application directe des normes du

* *

*

On le voit le bilan est un peu décevant. Les résultats ne sont pas à la hauteur des promesses, ou ce que l'on considérait comme telles. Les juridictions internes restent parfois dubitatives sur le contenu des obligations alors même que les documents existent qu'il s'agisse des « observations finales » ou des « observations générales ». Les recours internationaux existent mais restent très largement au stade de l'affichage et du trompe-l'œil que trahissent les travaux parlementaires.

Pacte. En fait, bon nombre de ces normes sont libellées en des termes qui sont au moins aussi clairs et précis que ceux des instruments relatifs aux droits de l'homme, dont les tribunaux considèrent généralement les dispositions comme directement applicables ». Le Comité conclut : « Dans les limites de l'exercice de leurs fonctions de contrôle judiciaire, les tribunaux doivent tenir compte des droits énoncés dans le Pacte lorsque cela est nécessaire pour veiller que le comportement de l'État soit conforme aux obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le déni de cette responsabilité est incompatible avec le principe de la primauté du droit qui doit toujours être perçu comme englobant le respect des obligations internationales relatives aux droits de l'homme ». Ainsi, cette recherche de l'intention des parties, mentionnée dans l'arrêt GISTI et FAPIL, est claire pour le PIDESC : il y a volonté nettement affirmée de créer des effets directs puisque le contraire a été refusé.

LA NOTION DE BIEN PUBLIC INTERNATIONAL : UNE CONQUÊTE DES PEUPLES FACE À L'ULTRALIBÉRALISME ?

Par
Gourmo LÔ
Maître de conférences HDR en droit public
à l'Université du Havre

Mots clés : Droit international public – Droit interne – Bien public international / mondial – Patrimoine mondial de l'humanité.

L'ultralibéralisme est devenu le « maître du monde ». Il s'est imposé à un point qu'il est difficile de contester dans les différents États et sur la scène internationale aux points de vue juridico-économiques. L'impression domine désormais en effet que ce système n'accepte plus dans sa forme extrême les concessions et les compromis qu'il faisait dans les différentes sociétés et qui le rendaient acceptable. L'ultralibéralisme victorieux affiche une espèce d'arrogance qui écrase l'esprit et fait penser qu'il n'y a plus de contre-pouvoir face à lui.

Pourtant, des contre-éléments de société résistent à son ascension. On a tendance à l'oublier car, selon moi, l'une des caractéristiques de sa « victoire » tient au fait qu'il pousse à lire les événements selon son interprétation des choses. Il y a une sorte d'écrasement de la pensée qui fait que les éléments contraires auxquels ils se heurtent sont interprétés comme une de ses composantes. C'est un tort car il faut garder le sens de la mesure dans le jugement que l'on porte sur la réalité historique.

Certes, d'un côté nous sommes toujours dans le système capitaliste. Celui-ci s'adapte à beaucoup de choses, aux conjonctures notamment, et nous en sommes à une étape qui peut effectivement être qualifiée d'ultralibérale en raison de cette victoire extrême des lois du marché et du profit.

Mais, d'un autre côté, la lutte des peuples a toujours permis par ses victoires de corriger certains dysfonctionnements du système capitaliste sans bouleverser l'ordre des choses. Le droit français en est un exemple. Il est parmi les systèmes juridiques les plus avancés du monde sur la question sociale, comme cela ressort du préambule de la Constitution de 1946. Le capitalisme n'est donc pas victorieux à 100% de ce point de vue.

Encore aujourd'hui, la notion de bien public international (ou mondial ou de bien commun de l'humanité : il y a beaucoup de terminologies qui sont utilisées) montre qu'il y a d'autres contre-valeurs dans le monde face à cet ultra-libéralisme. C'est une réalité qu'il faut mettre en avant car elle montre qu'il n'a pas gagné. L'enjeu n'est pas seulement terminologique. Il touche aussi à une vision du monde qu'exprime cette notion de bien public mondial.

Elle montre que tout au long des dernières décennies, l'essor de l'ultralibéralisme s'est accompagné d'une prise conscience universelle de l'existence de valeurs qui peuvent échapper à l'emprise extrême des marchés. Il y a une foi en l'être humain qui fait qu'on ne peut pas dire qu'on a cédé sur tout. L'humanité ne s'est pas écrasée face à la puissance des marchés, comme le montre cette notion de bien public mondial. C'est une forme de résistance globale contre ce néolibéralisme.

Je voudrais donc insister sur les enjeux de ces biens publics mondiaux / internationaux pour montrer qu'il s'agit d'une conquête des peuples (I) autant que d'un contre-feu face aux excès de l'ultralibéralisme, pour peu que les États veuillent s'en servir (II).

I. UNE CONQUETE DES PEUPLES

La notion de bien commun mondial / international découle d'un point de vue conceptuel de celle de développement durable. C'est un héritage de ce qu'on a appelé dans les années 1970-1980 « l'école pakistanaise » qui doit son succès à son chef de file : Amartya Sen, prix Nobel d'économie en 1998.

Pour ce dernier, « le point de départ de l'approche du développement humain consiste à percevoir les hommes en fonction de leur bien-être et de leur liberté ». Cette citation est importante car elle montre que la notion de bien commun mondial / international repose sur une idée très simple qui diffère notablement d'une approche de développement basée sur les revenus, la richesse et les biens matériels des personnes. Cette idée se résume à cette question centrale : quel effet cela fait-il d'être un être humain ? Car pour les membres de l'école pakistanaise, l'équité mondiale et les droits des peuples dépendent de la réponse que nous donnons à cette question

La notion de biens publics mondiaux / internationaux repose ainsi sur l'idée qu'il existe un être humain dont on doit d'abord se préoccuper de façon équitable. Les ultralibéraux qualifient cette idée de moralisante. Mais l'équité a

toujours été au cœur des préoccupations humaines. La création de richesse ne peut ainsi être un but en soi pour les êtres humains : car derrière cette création, se trouve une fonction sociale fondamentale qui tient à la recherche d'un partage, d'un équilibre dans la jouissance des bien. Il ne s'agit pas de les accumuler mais de pouvoir donner à chacun des droits qui résulteraient de son existence en tant qu'être humain.

Cette analyse rejoint les préoccupations d'un certain nombre d'actes internationaux sur lesquels on n'a jamais porté de regard synthétique, notamment celles des pactes sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966 et de la Charte des Nations Unies. Car ces textes posent déjà la question du bien être des peuples sans qu'on leur donne un début d'efficience. Les interrogations sur le développement, la pauvreté, l'écologie ou l'environnement... vont être l'occasion d'en prendre conscience et de la reposer, non plus dans une dimension philosophique générale abstraite, mais de façon concrète ; comme une demande effective de populations qui vivent des situations inacceptables en raison de leur extrême misère, de la déchéance dans laquelle elles se trouvent.

Cette prise en compte de considérations méta-économiques permet de voir dans la notion de bien commun mondial / international un contrefeu à l'ultralibéralisme.

II. UN CONTREFEU A L'ULTRA-LIBERALISME

Les pays ultralibéraux ne vont pas accepter de ratifier le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels précisément parce qu'il vise à endiguer cet espèce d'impérialisme économique qu'ils cherchaient à établir via les grandes institutions comme le FMI, la Banque mondiale etc. dans les années 70. Malgré tout la montée en puissance de l'ultralibéralisme va s'accompagner de revendications en faveur de davantage de partage, de solidarité.

Cette contre-évolution ne va pas seulement survenir dans ce qu'on appelle le tiers monde. La réalité historique est que ce mouvement est d'abord né au cœur du système capitaliste, dans les grandes nations démocratiques. C'est en effet en leur sein que ces mouvements contraires vont se déployer et entraîner une sorte de convergence mondiale dont naîtra cette notion de biens publics internationaux, notamment à partir de la conférence organisée en 1992 par la FAO (*Food and Agriculture Organization*) sur la nutrition. Car à cette époque l'idée s'impose qu'on ne peut pas mettre en avant la seule dimension économique, de l'efficience, de la rentabilité. D'autres préoccupations doivent intervenir comme celle de la durabilité. Cette dernière va constituer le fondement de cette idée de biens publics mondiaux / internationaux ou même de patrimoine commun de l'humanité en droit international de la mer.

L'expression est ainsi la traduction juridique d'une conception plus valorisante des rapports humains que celle exclusivement économique. Les Nations-Unies vont s'en emparer et la décliner dans des domaines de plus en plus variés par le jeu de conférences : en matière de santé, d'éducation et même de réglementation des capitaux spéculatifs. L'idée de bien être et de solidarité globale va ainsi devenir une préoccupation centrale et servir de base à une révision des valeurs sur lesquelles sont fondées les relations internationales.

Un exemple illustre de façon significative cette contre-évolution à l'ultralibéralisme triomphant : c'est celui de la santé publique. En la matière la question de l'accès aux médicaments a été au cœur de grandes luttes internationales, notamment sur la question du SIDA. Celles-ci ont débouché sur de grandes conférences internationales en matière de brevet. Dès lors que breveter, c'est posséder en soi et faire ce qu'on veut des médicaments l'existence même de brevets signifiait le non accès de populations entières à certains médicaments. Ces conférences vont mettre en lumière cette contradiction.

Il est intéressant de noter s'agissant du SIDA qu'après des batailles épiques certaines conventions conclues sous l'égide de l'OMC vont faire des concessions : bien que cette organisation soit un des temples de l'ultralibéralisme, ces traités vont reconnaître aux États la possibilité de passer outre les brevets en recourant aux produits génériques, lorsque cela d'avère nécessaire pour faire face aux ravages d'une épidémie. L'Inde, le Brésil, ou encore l'Afrique du sud ont joué un rôle important dans cette bataille. Si les grands pays dans lesquels l'industrie pharmaceutique était monopolistique ont dû céder et accepter cette exception qui remet en cause les dogmes de l'ultralibéralisme, une anecdote montre qu'ils peuvent aussi en bénéficier : ironie de l'histoire en effet, même le gouvernement fédéral américain, ardent défenseur de la survaleur accordée aux brevets, a invoqué cette faculté en 2001, lorsqu'il a été confronté à un risque d'attaques à l'Anthrax sur son territoire.

* *

*

En conclusion, la marche de l'histoire impose une relecture des choses qui renvoie non pas à l'ultralibéralisme triomphant mais au Welfare State, à l'État-providence ; à l'idée qu'il existe des valeurs supérieures à l'argent-roi, au surprofit. Ces valeurs ce sont celles de l'Humanité.

Encore aujourd'hui, les manifestations populaires partout dans le monde obligent à adapter les règles aux circonstances et pas seulement aux attentes des seuls victorieux. Ces derniers doivent se souvenir que le meilleur des bénéfices est celui dont profite l'ensemble des peuples.

L'INFLUENCE DU NÉOLIBÉRALISME SUR LE DROIT PUBLIC LIBANAIS

Par
Georges SAAD
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université libanaise

Mots clés : Néolibéralisme – Droit libanais.

Si l'influence du droit français sur le droit libanais constitue une évidence¹, faire le point sur l'impact du néolibéralisme sur le droit public libanais se heurte d'emblée à deux difficultés.

La première tient au fait que le « néolibéralisme » est un objet difficile à définir tant il nourrit de dissensus. Il y a en effet d'abord désaccord quant à son origine. Sur ce point, Serge Audier a raison, selon moi, d'affirmer qu'il n'existe pas une coupure tranchante entre libéralisme et néolibéralisme car l'idée que le néolibéralisme se serait coupé du libéralisme classique (dont l'héritage politique et moral est à peu près accepté par tous) ne repose sur aucun fondement². Il y a ensuite dissensus sur la signification même du

¹ En effet, le Liban a non seulement transposé le Code civil de 1804 (v. notre article « Quelques réflexions sur l'influence du Code Napoléon de 1804 sur les systèmes juridiques arabes et musulmans (cas du Liban) », in *Le Code civil et les Droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan 2005, p. 355 ; v. aussi « Conclusions de la délégation libanaise » in *L'entraide judiciaire internationale en matière civile*, Programme Euromed Justice Septembre 2006 - Janvier 2007), mais il a aussi adopté le système français du droit administratif. Le juge libanais cite d'ailleurs dans ses arrêts la Loi des 16-24 août 1790 et le Décret du 16 fructidor an III quand il veut réaffirmer l'indépendance de la justice administrative, de même que les décisions du Conseil constitutionnel français dans lesquelles affirmant l'indépendance de la justice administrative.

² Audier S., *Néo-libéralisme(s)*, Paris, Grasset 2012.

néolibéralisme. Pour ses détracteurs, le « néo-libéralisme » est synonyme d'« ultralibéralisme ». Il se confond avec les politiques menées depuis le tournant des années 80 par Margaret Thatcher et Ronald Reagan puis par les instances inter ou supranationales comme le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale et l'Union européenne. Il est synonyme pour cette raison d'un économisme étroit qui fait l'apologie dogmatique du marché³. Bref, c'est un terme péjoratif, qui désigne une vision radicale du libéralisme ayant pour objet ou pour effet de restreindre le rôle de l'État et de favoriser le développement des inégalités : au lieu d'aider les pays pauvres, il les appauvrit davantage. Pour ses partisans au contraire, le néolibéralisme renvoie à une doctrine dont la mise en œuvre apparaît tant inévitable que positive, dès lors qu'elle permet à chacun de devenir « entrepreneur de soi-même », d'être à soi-même « son propre capital, (...) son propre producteur, (...) la source de ses revenus »⁴, pour reprendre les termes de Michel Foucault. Comme le résume François Vandevenne le néolibéralisme « afin de nous convaincre de son efficacité, nous vend l'argument selon lequel cette “saine compétition” bénéficierait au citoyen, devenu consommateur. L'augmentation du “taux de concurrence” sur un marché donné serait à la fois un remède et une fin en soi »⁵. Mais un nouveau dissensus apparaît au sein même de la galaxie néolibérale : car comme le rappelle encore Serge Audier, le néolibéralisme n'est pas homogène. Wendy Brown a notamment raison, « en préalable à une réflexion sur la rationalité politique néo-libérale », « de souligner la différence communément admise entre libéralisme politique et libéralisme économique – différence d'autant plus difficile à démêler en Amérique que “liberal” y désigne un point de vue politique progressiste qui défend en particulier l'État-providence (*Welfare State*) et d'autres institutions du *New Deal*, et soutient le principe d'un degré relativement élevé d'intervention politique et législative en matière sociale »¹. Une autre difficulté, pointée par Serge Audier, vient de ce que le néolibéralisme n'a pas été fait par certaines institutions comme on aime à le dire. Par exemple, « de nombreux néolibéraux du Colloque Lippmann et de la Société du Mont-Pèlerin, étaient largement interventionnistes, et voulaient refondre le libéralisme en évitant le double écueil d'un libéralisme paupérisant et d'un dirigisme nuisible aux libertés individuelles »⁶. Des néolibéraux reconnus comme « Rougier, Lippmann, Hayek, Aron et Friedman ont en réalité

³ *Id.*

⁴ Foucault M., *Naissance de la biopolitique*, Paris, EHESS/Gallimard/Seuil 2004.

⁵ Vandevenne F., « Le juge et la fin de l'histoire », http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_2/contributions/VANDVENNE-2-20070430.pdf

⁶ Célérier L., « Serge Audier, Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle », <https://lectures.revues.org/8793>.

des philosophies peu similaires, voire opposées sur certains points »⁷. Il faut en déduire avec Serge Audier que la radicalité libérale anti-interventionniste est finalement portée par peu de figures du colloque Lippmann et de la Société du Mont-Pèlerin, même si on associe désormais ce courant au néolibéralisme d'aujourd'hui.

La deuxième difficulté du sujet tient à ce qu'il nous oblige à décrire l'état du droit au Liban dans un contexte géopolitique extrêmement tendu. Il faut en effet garder à l'esprit que nous écrivons ces lignes alors que le pays est traversé par un mouvement civil et populaire, né du ras-le-bol causé par la crise des déchets depuis le 17 juillet 2015. Ce mouvement a en effet été l'occasion de revendications inédites, puisque dites à haute voix, concernant l'élimination de la corruption politique, le refus de l'effondrement des services de l'État, l'indépendance de la magistrature, la responsabilité des ministres, etc. Ce contexte s'est trouvé aggravé par les effets de la guerre voisine en Syrie : ce conflit est à l'origine d'incidents sécuritaires croissants (attentats), de la présence d'un million et demi de réfugiés (soit plus du tiers de la population locale), d'un parlement qui s'est permis de s'auto-proroger à deux reprises (en violation des textes constitutionnels), d'un gouvernement qui ne se réunit pas ou pas beaucoup et de l'absence de chef d'État depuis le 25 mai 2014.

Dans ces conditions, le néolibéralisme peut-il avoir une influence sur le droit public libanais ?

De prime abord, les spécificités libanaises apparaissent telles (le pays est fait d'une mosaïque communautaire propre à bouleverser tous les desseins de Montesquieu) qu'aucun design idéologique ne semble pouvoir tailler un vêtement pour un tel corps dont la taille est impossible à capter. À l'analyse pourtant, une telle influence semble se vérifier.

Mais si le Liban est une terre d'accueil du néolibéralisme (I), les juridictions – et notamment le juge administratif libanais – ont paradoxalement profité du renforcement de leurs pouvoirs pour devenir le fer de lance d'une résistance à son essor (II).

I. LE LIBAN, TERRE D'ACCUEIL DU NEOLIBERALISME

Le Liban est un pays de communautés religieuses⁸. Mais cela ne l'empêche pas dans le même temps d'être une « République démocratique, parlementaire fondées sur »⁹ les préceptes libéraux au point de vue politique (le

⁷ *Id.*

⁸ V. Arrêté du 13.3.1936, du Haut-Commissaire de la République Française pour la Syrie et le Liban.

⁹ Art. C. du Pr. de la Constitution modifiée du 23.5.1926.

peuple est la source des pouvoirs et le détenteur de la souveraineté qu'il exerce à travers les institutions constitutionnelles) et néolibéraux au point de vue économique (A) et juridique (B)¹⁰.

A. UNE POLITIQUE ECONOMIQUE FONDEE SUR LE LIBRE JEU DU MARCHE

Pour les ultralibéraux, le marché peut se passer de l'intervention de l'État. De leur point de vue, il n'a en effet pas besoin d'un président de la République pour vendre du Aïchi ou ouvrir des *Starbucks coffee*. Leur analyse reste toutefois minoritaire, la plupart des néolibéraux jugeant nécessaire une intervention de l'État dans l'économie pour assurer le bon fonctionnement des marchés via son activité de régulation. Or la crise politique qui mine le Liban semble donner raison à leur analyse, dans la mesure où elle nourrit une crise économique : le pays a en effet du mal à se doter d'un chef. Dès lors que le président de la République est élu par un parlement représentatif de la mosaïque communautaire¹¹ aucune élection présidentielle n'a, en effet, connu de concurrence¹². Ce qui n'est pas sans retombées sur l'économie du pays, déjà plombée par le contexte géopolitique : avec seulement 1% de croissance, la dette publique culmine désormais à plus de 167% du PIB. Sans véritable autorité pour diriger le pays, les consommateurs finissent par ne plus avoir envie de rien acheter. Aussi paradoxal que cela puisse paraître toutefois, le projet néolibéral offre, dans le même temps, une planche de salut à l'économie libanaise. C'est ce qui explique que le pays du Cèdre n'ait jamais été un État-providence (c'est une importante limite à l'influence française, la fraternité existe mais reste communautaire) : il est néolibéral avant la lettre et sa politique économique reste fondée sur l'accord de Taëf de 1990 qui réaffirme avec force l'adhésion du pays à l'économie libre de marché, en garantissant le respect de l'initiative individuelle et de la propriété privée. Si pour certains davantage de néolibéralisme s'impose, son influence se ressent en tous cas dans les 4

¹⁰ Pour une étude politique et économique approfondie de la société libanaise, v. Watfa M., *Le mythe de la modernité et l'émergence socio-économique et confessionnelle au Liban*, Beyrouth, Publications de l'Université libanaise 2008 ; Chevalier D., *La Société du Mont Liban à l'époque de la révolution industrielle en Europe*, Beyrouth, P. Geuthner 1998.

¹¹ V. El Khoury B. in *Le Monde* 27.10.2014.

¹² En 1976, Elias Sarkis fut élu sans adversaire comme Amine Gemayel en 1982. En 1988, le Liban s'est retrouvé sans président jusqu'à l'élection de René Moawad, assassiné quelques jours après son investiture. Sans concurrence non plus furent élus Elias Hraoui, Emile Lahoud et Michel Suleiman dans la période d'après guerre, c'est-à-dire après 1990.

domaines sensibles que sont la privatisation, l'arbitrage, la franchise et le secret bancaire.

La privatisation, tout d'abord, est un remède néolibéral classique à la crise économique. Certes, le Liban compte relativement « peu d'activités ou d'entreprises publiques si on le compare à d'autres pays »¹³, du fait du caractère peu redistributif des politiques menées. Charbel Nahas recense « trois catégories principales d'entités publiques : celles qui ont été héritées de la période mandataire (offices autonomes, Régie des tabacs, Compagnie du port de Beyrouth, Ogero, etc.) ; celles qui sont tombées dans l'escarcelle de l'État pour des raisons financières (Middle East Airlines, Intra, etc.) ; et, beaucoup plus rares, celles qui ont été volontairement constituées en entreprises publiques, comme Électricité du Liban (l'objectif étant au tournant des années 1960 de garantir l'extension du réseau à tout le territoire, y compris dans des zones que les concessions auraient jugé peu rentables) »¹⁴. Malgré tout, la tendance est à la privatisation de celles qui existent, sous l'influence française. La France conseille en effet au Liban de soutenir son économie par des réformes structurelles, afin d'élever son potentiel de croissance et d'assumer pleinement le rôle régional qui lui revient au Proche et au Moyen-Orient. C'est ainsi que les accords Paris III adoptés à la suite de la conférence de Paris du 25 janvier 2007 laissent au Liban jusqu'à décembre 2010 pour libéraliser le secteur de la téléphonie mobile et privatiser le secteur de l'électricité, afin d'obtenir une seconde tranche d'aide française de 225 millions de dollars. On parle aujourd'hui de privatiser les usines des déchets durs, les stations d'épuration des eaux, les parkings, les universités publiques, les bibliothèques, les maisons de retraite, les prisons... S'il faut se méfier de ce « tout privatisation » (et s'il conviendrait selon nous de soumettre les choix opérés à référendum pour assurer le respect des principes démocratiques), l'influence du néolibéralisme n'apparaît pas moins certaine en la matière.

Cette influence se retrouve, ensuite, en matière d'arbitrage, dans la mesure où il a été mis fin à l'interdiction faite, sous l'empire de l'ancien Code de procédure libanais, au nom de la défense de l'intérêt général, à l'État et aux personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage. Si, sous réserve des questions touchant à l'ordre public (art. 1037 du Code des obligations et des contrats), l'arbitrage a toujours été admis en matière civile (art. 762 et 765 du Nouveau Code de procédure civile), sa reconnaissance est en effet beaucoup plus récente en droit public : le recours à l'arbitrage international n'a été admis qu'en 1983 (art. 809 du Nouveau Code de procédure civile)¹⁵ et celui à

¹³ - Nahas C. in *Le Commerce du Levant*, Février 2012.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Quilleré-Majzoub F., « L'arbitrage international dans les litiges relatifs aux contrats administratifs au Liban : une interdiction de principe et des exceptions

l'arbitrage interne qu'en 1985 (art. 795 *préc.* dans sa version issue du Décret-loi n° 20/85 du 1^{er}.7.1985). Si le Conseil d'État libanais – à qui il revient, par le biais de son président ou en cas, de recours contre la décision de ce dernier, à la Section du Contentieux –, d'approuver l'Exequatur, s'est, dans un premier temps, montré, hostile à cette évolution en refusant tout arbitrage en matière de contrats administratifs, sa résistance s'est trouvée brisée par la loi n°440 du 29 juillet 2002¹⁶ : puisque celle-ci rend désormais possible l'arbitrage pour les personnes morales de droit public libanais, quelle que soit la nature juridique de leur contrat¹⁷. Or cette évolution, dictée par les instances financières internationales (Banque mondiale, OMC, etc.), répond aux exigences du néolibéralisme, comme cela ressort de la référence à « un critère purement économique de l'internationalité »¹⁸ de l'arbitrage (« est », en effet, international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international » selon l'art. 809 *préc.*) et de l'objectif poursuivi : au travers de la réforme, il s'agit en effet de donner confiance aux investisseurs en leur ouvrant la possibilité de recourir à l'arbitrage¹⁹.

L'influence du néolibéralisme explique, par ailleurs, le régime juridique du secret bancaire. À partir de 1956, le droit libanais s'était efforcé d'imiter la Suisse pour assurer la protection des données bancaires et faciliter l'évasion fiscale²⁰. Cette situation lui avait valu en 2001 d'être inscrit sur la « liste noire » du Groupe d'Action Financière (GAFI) qui fixe les normes mondiales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, forçant le pays à réagir. En écho au banquier suisse Jacques de Saussure qui constatait, lors de son passage à Beyrouth au siège de l'Association des banques libanaises (ABL)²¹, que « l'ère du secret bancaire » était « révolue » dans son pays tandis que « celle de la transparence » avait « commencé », le directeur général du ministère des Finances libanais, Alain Bifani, relevait ainsi : « le monde a changé, il s'est globalisé, et les grandes puissances ne tolèrent plus la fraude fiscale. Nous ne pouvons plus invoquer notre souveraineté pour refuser de fournir des informations fiscales ». La loi n° 318 du 20 avril 2001 avait en conséquence institué une Commission spéciale d'investigation (CSI), chargée d'enquêter sur les transactions suspectes, moyennant dans certains cas la levée le secret bancaire. Il est désormais prévu

(commentaire des arrêts du Conseil d'État Libanais du 17 juillet 2001) », *JDI* 2003-2. 431.

¹⁶ *JORL* 1^{er}.8.2002-43. 5183-5184.

¹⁷ V. Saad R., *L'arbitrage dans les contrats administratifs. Étude Comparée Droit Français- Droit Libanais*, Thèse, Université Paris 1 2013, p. 78.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ V. propos de Najjar I. et Hamid el-Ahdab A. recueillis in *AsSafir* 15.8.2002.

²⁰ Haddad C. in *L'Orient-le-Jour* 24.3.2015.

²¹ *Id.*

de la compléter par trois projets de loi en instance d'adoption par le Parlement libanais pour mettre le pays en conformité avec les nouvelles normes internationales en la matière, avec le soutien de l'Association des banques libanaises²². Sans doute cette évolution s'explique-t-elle d'un point de vue conjoncturel par le souci de tarir les sources financières de l'État islamique (*Daech*), en empêchant que ses fonds ne transitent par le Liban. Mais elle se trouve structurellement impulsée par les idées néolibérales, dès lors qu'il s'agit à travers elle d'assurer le libre jeu du marché avec le soutien du Forum mondial sur la transparence de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui a adressé au Liban ses félicitations pour les réformes entreprises.

L'influence des idées néolibérales se ressent, enfin, à travers les règles encadrant la franchise commerciale. Pendant longtemps, le Liban a été dominé par le système des agences commerciales « exclusives » qu'il avait hérité du mandat français. Régies par le Décret-loi n° 34 du 5 août 1967, celles-ci induisent un monopole qui limite l'importation des produits des marques sous contrat à leurs seuls agents désignés et enregistrés (d'où le terme d'agence exclusive). Si le système perdure, il se trouve désormais concurrencé par la franchise qui implique la transmission d'un savoir-faire (du franchiseur au franchisé), dont il n'est pas question dans la relation avec une agence exclusive²³. On estime en effet désormais à 3,2 milliards de dollars le chiffre d'affaires généré par les franchises libanaises. Or le système traduit une certaine flexibilisation du marché cher au néolibéralisme : dès lors que les entreprises se voient reconnaître le droit absolu d'embaucher qui elles désirent, au salaire qui leur plaît, pour une durée qui leur agréée et aux conditions qui leur conviennent.

Si ce qui précède montre que le Liban fonde sa politique économique sur le libre jeu du marché promu par le néolibéralisme, l'influence de ce dernier se déduit également de son système juridique respectueux des droits fondamentaux.

B. UN SYSTEME JURIDIQUE RESPECTUEUX DES DROITS FONDAMENTAUX

²² Certains milieux libanais ont à ce propos évoqué l'effet négatif du discours du secrétaire général du Hezbollah, Hassan Nasrallah prononcé le 21 décembre 2015, dénôçant la décision du congrès américain de sanctionner les banques qui traiteraient avec le Hezbollah. Selon eux, ce discours et les propos négatifs tenus contre la Banque du Liban pouvaient se répercuter négativement sur le secteur bancaire et sur l'économie en général. V. Abo Akl P. in *Journal Orient-le-Jour*, 23.12.2015.

²³ V. Rozelier M in *Le Commerce du Levant*, Septembre 2011.

Si le néolibéralisme cherche à mobiliser tout le droit²⁴ – et le droit public en premier lieu dès lors que toutes les grandes actions passent par lui : légiférer, réglementer, contrôler l'illégalité, l'inconstitutionnalité etc. – pour assurer le respect des libertés économiques nécessaires au libre jeu du marché, cette tendance se retrouve au pays du Cèdre. Le Liban est en effet fondé sur le respect des droits fondamentaux, d'un point de vue tant formel que processuel.

Formellement, les droits fondamentaux s'entendent de la protection des droits subjectifs primordiaux de l'individu et de l'égalité dans ces droits et les obligations qui en découlent, entre tous les citoyens, sans distinction ni préférence, au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Or, comme en droit français ou dans d'autres pays démocratiques, ces droits bénéficient d'une protection à la fois constitutionnelle et conventionnelle au pays du Cèdre.

Au point de vue constitutionnel, le Préambule de la Constitution libanaise, tel qu'amendé par les accords de Taëf en 1989, précise expressément que « le régime économique » du pays est « libéral » et garantit « l'initiative individuelle », « la propriété privée », le droit à la sûreté, l'inviolabilité du domicile, le droit de propriété ou encore l'égalité de traitement des individus.

Au point de vue conventionnel, le respect des droits fondamentaux se trouve complété par l'amendement à la Constitution de 1926, également issu des accords de Taëf, par lequel le Liban s'engage à respecter les conventions internationales. Outre la Déclaration Universelle des droits de l'Homme de l'ONU, les droits fondamentaux sont en conséquence garantis dans le pays par les deux célèbres pactes onusiens de 1966 ainsi que par la Charte arabe des droits de l'homme²⁵. Les accords interétatiques et internationaux imprègnent ainsi le droit national de leur caractère international. De sorte que le nombre de lois libanaises qui ont désormais des racines internationales ne cesse de croître.

Au point de vue processuel, le juge est devenu, sous l'influence des idées néolibérales, un gardien important des droits et libertés ainsi reconnus aux citoyens.

Le respect des traités internationaux est en effet assuré en droit interne par la décision du juge administratif libanais de leur accorder en 2000 la primauté sur les lois internes, même postérieures²⁶, dans le cheminement des arrêts

²⁴ V. Lemke T., « The Birth of Bio-Politics : Michel Foucault's Lecture at the College de France on Neo-Liberal Governmentality », *Economy & Society*, 30:2 (May2001), p.190-207.

²⁵ Constituée de la Lybie, la Jordanie, la Palestine, des Émirats-arabes-unis, du Bahreïn, de l'Algérie, du Soudan, de la Syrie, de l'Irak, du Qatar, du Koweït, de l'Arabie Saoudite et du Yémen.

²⁶ V. notre note sous l'arrêt CE 29.2.2000, Markaz al Bouhous al Ziraya, *Revue al Adl* 2006-4. 1452.

français Jacques Vabre et Nicolo²⁷. Cette protection se trouve complétée par certaines initiatives, comme la décision de la Ligue des pays arabes de créer en 2014 une Cour arabe des droits de l'homme chargée de veiller à la bonne application de la Charte éponyme. Comme celle du Comité arabe des droits de l'homme, nous pensons en effet que cette création est un progrès important²⁸.

Parallèlement, le respect des dispositions constitutionnelles est assuré par l'action du Conseil constitutionnel libanais et du juge administratif suprême. Tandis que le premier a accordé au préambule de la Constitution une force juridique constitutionnelle en 1997²⁹, le second a sacralisé le droit au recours³⁰ en s'inspirant de la jurisprudence française Dame Lamotte³¹. Il s'ensuit qu'en matière de privatisation par exemple, le juge peut recevoir des recours visant à annuler les décrets et procéder à leur annulation, ainsi qu'à celle de toutes les décisions administratives qu'il jugerait illégales. Si l'influence du néolibéralisme se fait sentir derrière toutes ces évolutions, ce dernier est aussi à l'origine d'un certains nombres de textes adoptés par les autorités politiques. On peut citer ici le nouvel article 66 du Statut du Conseil d'État libanais. Cet article permet en effet de saisir le juge administratif en cas d'infraction aux obligations relatives à la publicité et à la liberté de concurrence lors de la passation d'un contrat de marché public, afin d'obtenir la suspension de sa signature ou l'annulation des décisions ou dispositions illégales à l'origine de l'opération³². Or, à travers cette évolution, il s'agit de sauvegarder le principe néolibéral par excellence de la libre concurrence. On peut aussi citer la Charte du citoyen adopté le 15 novembre 2001 par le Conseil des ministres libanais. Car si elle ne s'est pas encore concrétisée, cette Charte « prévoit l'existence d'un droit d'accès à la justice pour tous les citoyens et la réduction des délais

²⁷ Cass. 24.5.1975, Jacques Vabre et CE 20.10.1989, Nicolo.

²⁸ V. Quilleré-Majzoub F., « Le Comité arabe des droits de l'homme: un organe nécessaire au sein de la Ligue des États arabes ? », *RTDH* 2012-92. 771. Créé en 2009, ce comité est l'organe de surveillance de la Charte arabe des droits de l'homme, entrée en vigueur en 2008, dans sa version révisée de 2004. Pour l'auteur ce comité s'insère « parmi les organes de la Ligue des États arabes compétents en matière de droits de l'homme. La transparence de ses travaux et leur publicité, son implication dans l'actualité des États parties et l'utilisation des technologies actuelles de l'information et de la communication viennent renforcer son rôle indispensable ».

²⁹ Suivant en cela la célèbre jurisprudence française CC 44 DC du 16.7.1971, *GDCC*.

³⁰ - V. notre commentaire sous CE 25.10.2001, *al Adl* 2002-4. 566.

³¹ CE (français) 17.2.1950, R. 110. Sur ces questions et l'attitude du juge administratif libanais, v. Nehme I., *La nature juridique de la décision administrative*, Beyrouth, Éd. al Halabi 2008.

³² V. par ex. CE 1^{er}.10.1997, Sct Chikhani et cie, *Revue de la juridiction administrative au Liban* 1999. 29.

des procès, afin que les décisions de justice interviennent plus rapidement »³³ comme l'explique le juge administratif au Conseil d'État libanais, Tarek Majzoub.

Le néolibéralisme est ainsi à l'origine des décisions visant à garantir le libre jeu du marché en assurant le respect de la liberté individuelle, du droit de propriété ou du principe d'égalité. Le juge administratif libanais s'est notamment approprié l'adage : « la liberté est la règle et la restriction l'exception », comme l'illustre sa défense de la liberté d'association³⁴ qui, dans le pays du Cèdre, joue, par défaut, un rôle primordial dans la diffusion des droits fondamentaux pour pallier les carences d'un pouvoir législatif défaillant (l'intéressé ne se réunit pas beaucoup, ne légifère que dans la nécessité absolue et surtout pour débloquer les aides financières et les prêts de la Banque mondiale).

L'essor du juge s'explique dans le projet néolibéral dans la mesure où c'est à travers le « *judge-made law* » que le marché va parvenir à se débarrasser des obstacles législatifs et réglementaires qui entravent son emprise sur tous les secteurs de l'économie³⁵. F. Vandevienne voit pour cette raison dans le juge l'enfant chéri du néolibéralisme : dès lors que son indépendance est censée le rapprocher à maints égards de la prétendue « neutralité idéologique » du marché.

Mais si le néolibéralisme conduit à renforcer la place du juge dans la société, le juge libanais a parfois profité du renforcement de ses pouvoirs pour paradoxalement résister à cette influence néolibérale.

II. LE JUGE LIBANAIS, FER DE LANCE D'UNE RESISTANCE AU NEOLIBERALISME

« Les vents ne vont pas toujours dans le sens du désir des navires » dit un proverbe arabe. Or ce dernier semble bien rendre compte des limites auxquelles se heurte la pensée néolibérale. Celles-ci sont visibles en France dès les années

³³ V. Majzoub T., *La Protection des droits fondamentaux devant la justice administrative*, <http://www.ahjucaf.org/Protection-des-droits-fondamentaux.html>.

³⁴ Cf. CC (français) 44 DC *préc.* et CE (libanais), 18.11.2003, Jamyat al difaa an alhoqouq wal horryat et 8.11.2006, Madeleine Edde avec nos observations in *Revue al Adl* respectivement 2005-1. 136 et 2008. 1083.

³⁵ Le philosophe et syndicaliste Georges Gastaud estime ainsi qu' « il faut supprimer le Conseil Constitutionnel » dès lors qu'il s'agit d' « une institution non élue, composée d'ex-présidents et de hauts fonctionnaires rompus aux basses œuvres de l'État bourgeois », <http://www.legrandsoir.info/il-faut-supprimer-le-conseil-constitutionnel.html>.

70, avec le travail du mouvement de « critique du droit » né à l'Université³⁶ mais aussi des militants et des politiques : car il a très tôt mis en lumière l'aspect anti-social de la pensée. De telles résistances se sont par la suite aussi manifestées en Amérique Latine et dans le monde arabe. Outre en Algérie sous l'influence de Michel Miaille, elles se retrouvent au Liban. Ce n'est pas une surprise, dès lors que l'Université³⁷, le monde associatif et la classe politique y véhiculent une approche philosophique et humaniste des rapports sociaux. Or le juge s'est fait le fer de lance de cette résistance.

Le néolibéralisme attendait en effet de lui qu'il satisfasse les besoins du marché, dans la perspective du gain, de l'entrepreneuriat. Mais l'apparition de nouvelles générations de droits l'homme (A) et le maintien du dualisme juridictionnel (B) l'ont parfois conduit à juger autrement.

A. UNE CONSEQUENCE DE L'APPARITION DE NOUVELLES GENERATIONS DE DROITS DE L'HOMME

Dans sa forme la plus radicale, le néolibéralisme réduit les droits de l'homme à l'égalité de traitement entre les individus ainsi qu'au respect du droit de propriété et des libertés économiques qui seuls lui paraissent nécessaires au libre jeu du marché. Il se méfie en effet de la liberté politique, potentiellement liberticide, ainsi que des droits sociaux sémantiquement rabaissés en droit-créance et tolérés seulement lorsqu'ils ont pour objectif d'empêcher les plus démunis de sortir du marché. Pour cette raison, le primat

³⁶ Ce mouvement réunit juristes et politologues français (à Lyon, Montpellier, Nice, Saint-Étienne, Toulouse et Paris) qui, en référence au marxisme, cherchent à définir un projet scientifique et pédagogique en rupture avec les recherches et enseignements en cours dans les facultés de droit. Pour les fondateurs du mouvement, il est important de revendiquer de nouvelles pratiques juridiques en combattant le positivisme ambiant. Quand l'association « Critique du Droit » naît en 1978, elle publie la même année son *Manifeste*, texte fondateur du mouvement, ainsi que la revue *Procès*, organe du mouvement. Sur cette question, v. Chevallier J., « Critique du droit et la question de l'enseignement du Droit », in *Le Droit en révolution(s)*, Paris, LGDJ 2011, p. 103-112 ; Kaluszynski M., « Le mouvement "Critique du droit". D'un projet contestataire mobilisateur à un impossible savoir de gouvernement », *id.* V. aussi Israël L., « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit & société*, 2001-49 ; Weyl M. et Weyl R., *La Justice et les Hommes*, Paris, Éd. sociales 1962 ; *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Paris, Éd. sociales 1968 ; *Idéologie juridique et Lutte de classe*, Paris, Centre d'Études et de Recherches Marxistes 1972 ; *Révolution et Perspectives du Droit*, Paris, Éditions sociales 1974.

³⁷ Certains enseignants chercheurs libanais, comme Mohamed Watfa, Mohamed Salhab et nous-mêmes, ont directement été influencés pendant leurs études par des membres du mouvement critique tels que Philippe Dujardin ou Jacques Michel.

de l'économie qui le sous-tend devait d'entrée de jeu butter sur la question sociale dans des pays ayant signé des Déclarations mettant progressivement en place de nouvelles générations de droits de l'homme à partir des années 1940³⁸, comme cela ressort de l'attitude des juridictions des pays traditionnellement les plus favorables au libre jeu du marché.

Aux États-Unis en effet, la notion jurisprudentielle de *public law values* permet désormais au juge de tempérer les excès du marché au nom de l'intérêt général. En Europe, les valeurs de la Convention européenne des droits de l'homme, la notion anglaise de « *natural justice* » et l'attachement du juge allemand à la défense, non plus de la puissance publique (*Staatsgewalt*), mais de celle de droits fondamentaux inscrits dans la Loi fondamentale poursuivent la même finalité. Or ces textes puisent leur source dans différentes idéologies. On y trouve certes du libéralisme, du néolibéralisme, voire même de l'ultralibéralisme ; mais on y trouve aussi de l'humanisme, du socialisme, un peu de marxisme etc.

Le même phénomène se retrouve au Liban avec la décision des juridictions administrative³⁹ et judiciaire⁴⁰ de faire prévaloir les traités internationaux sur la loi, même postérieure : car cette jurisprudence rend invocable devant le juge libanais pléthore de textes internationaux qui vont dans un sens contraire au néolibéralisme, comme le Pacte précité de l'ONU de 1966, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

La consécration en droit conventionnel et constitutionnel de nouvelles générations de droit de l'homme est donc bien une des causes de la résistance que les juridictions libanaises opposent parfois au néolibéralisme. Une autre tient au dualisme juridictionnel.

B. UNE CONSEQUENCE DU MAINTIEN D'UN DUALISME JURIDICTIONNEL

Les dogmes libéraux sont favorables au monisme judiciaire historiquement prépondérant dans les pays anglo-saxons, dès lors qu'il a pour conséquence de faire juger l'administration comme un particulier devant les juridictions de droit commun. Or, le Liban a suivi le choix français d'un dualisme juridictionnel, dont la spécificité est, historiquement, de confier à un juge spécialisé – la juridiction administrative – le soin de juger et contrôler l'administration. L'essor des idées néolibérales a certes entamé cette spécificité en entraînant « la reconnaissance de droits nouveaux en faveur des administrés », comme le relève le professeur Chevallier⁴¹. Mais leur influence s'est heurtée à ce dualisme juridictionnel. Car ce dernier invite le juge

³⁸ V. Giraudoux J. cité in Atias C., *Philosophie du droit*, PUF 2012, p. 43.

³⁹ CE 29.2.2000, Markaz al Bohous, *préc.*

⁴⁰ *Journal Annahar* 9.8.2012 (Beyrouth).

⁴¹ Chevallier J., *Le Droit administratif, droit de privilège ?*, *Pouvoirs* 1988-46. 57 s.

administratif à prendre en compte dans son jugement de l'action administrative ce qui en constitue l'essence même : la défense de l'intérêt général. Or cette spécificité explique pour beaucoup d'auteurs que le droit administratif reste un droit inégalitaire par excellence. Jacques Chevallier donne la mesure exacte de ce constat lorsqu'il écrit qu'en dépit d'« une certaine atténuation de l'unilatéralité », sous-entendu sous l'influence des idées néolibérales, la « structure » du droit administratif « reste caractérisée par un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'administration et l'administré, lié au monopole de la contrainte »⁴².

Le néolibéralisme voulait surtout que le juge libanais soit le garant du libre jeu du marché. Pour cette raison, il s'est attaché à renforcer son indépendance et ses pouvoirs à coup de lois et de règlements. Le juge, lui, a accepté, mais sans honorer finalement sa part du marché – si on peut dire : c'est particulièrement vrai du juge administratif qui n'a rien renié du caractère fondamentalement politique de son travail de contrôleur de l'action administrative, mis en lumière par Danièle Loschak dans son ouvrage sur *Le rôle politique du juge administratif français*⁴³.

Le juge administratif façonne la société, comme le dit le professeur Weil dans sa préface à l'ouvrage de Danièle Lochak. Ses jugements peuvent bouleverser la hiérarchie des normes (que l'on songe au revirement relatif à la place des traités dans l'ordre interne) comme annuler des décisions d'ordre politique (que l'on songe à l'interdiction faite par le juge français à l'administration d'exclure les communistes du concours de l'ÉNA dans l'affaire Barel⁴⁴). Dès lors, le juge administratif pouvait difficilement être un pantin aux ordres du néolibéralisme. Si c'est ce qui permet de comprendre qu'il ait en France refusé la marchandisation des corps à laquelle conduisait l'affaire de lancer de nains à l'origine de l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge, au nom du respect dû à la dignité humaine⁴⁵, le juge libanais développe finalement la même attitude, les mêmes causes produisant les mêmes effets.

* *

*

⁴² *Id.*

⁴³ Paris, LGDJ 1972.

⁴⁴ CE 28.5.1954, Barel : viole l'égalité d'accès de tous les Français aux emplois publics la décision d'écarter un candidat pour ses opinions politiques.

⁴⁵ CE Ass. 27.10.1995, Cne de Morsang-sur-Orge. V. la critique pertinente d'Olivier Cayla, « Jeux de nains, jeux de vilains », in *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, Paris, L'Harmattan 1998, p. 149 s.

En conclusion, je voudrais trancher cette question : la réception de la pensée néolibérale tend-elle à supprimer la spécificité du droit public libanais ?

Répondre à cette interrogation suppose de partir de ce constat : le Liban vit une grande crise à l'époque actuelle et pas mal de plumes accusent le néolibéralisme d'une certaine responsabilité dans cette situation. Ce n'est pas étonnant dès lors que, partout dans le monde, il s'avère « créateur de paradoxes », comme le relève F. Vandevenne : « il veut maximiser la liberté individuelle mais la soumission des sujets est plus grande ; il veut tuer le droit public et pourtant c'est probablement le régime politique qui produit le plus grand nombre de règles juridiques, en particulier à travers ses organes juridictionnels »⁴⁶.

À l'analyse, le bilan est toutefois plus mitigé au Liban. Peut-être parce que les impacts du néolibéralisme ne sont jamais les mêmes dans les pays, chacun ayant ses spécificités propres. Peut-être aussi parce que ce sont des idées justes et erronées à la fois.

Au pays du Cèdre, la diffusion des idées néolibérales s'est en effet accompagnée d'une progression inattendue et surprenante du niveau de la protection des droits de l'Homme qui a, paradoxalement, freiné et paralysé une application d'un néolibéralisme purement économique, sous l'action notamment du juge. Les penseurs néolibéraux ne s'attendaient sûrement pas à cette résistance d'un juge dont les pouvoirs ont été accrus pour favoriser le libre jeu de la concurrence mais qui en a profité pour retenir une interprétation plus généreuse des droits de l'Homme et de son rôle dans la société. Mais une telle résistance n'est, à vrai dire, pas véritablement surprenante : car s'il peut imposer un nouveau modèle économique, le néolibéralisme ne peut revenir sur des centaines d'années de lutte pour la promotion des droits de l'homme. Il suffit de songer au principe de la dignité de la personne humaine et au fameux arrêt français *précité* Commune de Morsang sur Orge pour s'en convaincre. La montée en puissance du néolibéralisme s'est ainsi accompagnée au Liban de comportements juridictionnels démocratiques qui, loin d'affaiblir le droit public, sont au contraire venus le revitaliser.

Le défi est aujourd'hui d'empêcher que les forces rétrogrades et obscurantistes ne détournent les mécontentements nés de ces évolutions. Pour cela, il est nécessaire d'instaurer un dialogue entre les économistes, les politiques et les syndicats pour adapter encore davantage le néolibéralisme aux exigences sociales, à l'humanisme dont le XXI^e siècle naissant a besoin. Les autorités politiques libanaises essaient, quoique timidement, de prolonger l'action juridictionnelle en proposant des textes ayant une vision généreuse de l'Homme et ne le réduisant pas à sa seule dimension économique. En définitive, c'est sans doute la leçon la plus importante de la réception des idées

⁴⁶ Vandevenne F., *op. cit.*

néolibérales par le Liban : le néolibéralisme ne pourra survivre que s'il se transforme en autre chose qu'un dogme en faveur du libre jeu du marché, pour tenir compte des attentes des forces vives de la société.

4. L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

L'INFLUENCE DU NÉOLIBÉRALISME ANGLO-SAXON SUR LE DROIT PUBLIC FRANÇAIS : L'EXEMPLE DU SERVICE UNIVERSEL

Par
Olivier RAYMUNDIE †
Avocat
Alkyne Avocats
Paris

Mots clés : Néolibéralisme – droit public – Service public – Service universel – Service d'intérêt général.

La notion de « service universel »¹ est fondatrice dans la construction européenne du service public, auquel elle fournit un cadre, et c'est la raison pour laquelle le service universel a donné lieu à de nombreuses contributions², parfois critiques³. La notion est récente si on veut bien la comparer aux théories économiques libérales ou néolibérales⁴, elles, plus anciennes.

En se posant la question de l'influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit public français, en l'occurrence ici sur le service universel, il peut

¹ Il semble que l'arrêt de la CJCE du 18.6.1998 Corsica Ferries, Aff. C-266/96 soit le premier à avoir consacré la notion de service universel.

² Sauvé J.-M., « L'avenir du modèle français de droit public en Europe. Propos introductifs », in *Colloque organisé par la chaire Mutations de l'action et droit public de sciences Po*, mars 2011 ; Guglielmi G., *Un service universel ?*, <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/SPUNIV.pdf> ; Lombard M., « Service public et service universel ou la double inconsistance », *Mél. Jeanneau*, Dalloz 2002, p. 509 ; Debène M. et Raymundie O., « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA* 1996. 183.

³ Debène M. et Raymundie O., *préc.*

⁴ Nous entendons ici par « néolibéralisme » la critique de l'État-providence prônant une extension massive des mécanismes du marché et sa dérégulation.

s'agir de s'interroger sur la critique portée à l'État-providence, et donc sur la place des services publics ce qui revient à se demander quelle place doivent avoir les services publics dans une économie de marché : dans un espace libéralisé, le service public (quelle que soit sa qualification) a-t-il encore une légitimité ?

L'angle d'attaque peut aussi consister à s'interroger sur ce en quoi les théories économiques influencent la construction d'une branche du droit qui, il est vrai, s'est enrichie depuis plusieurs années d'un vocabulaire largement économique (des prix abordables, des coûts nets, des compensations financières, etc.). C'est sous cet angle que nous examinons la question de « l'influence » du néo-libéralisme anglo-saxon sur le service universel étant rappelé que les modes de gestion et d'organisation des services publics sont indifférents au niveau communautaire au nom du principe de non-immixtion et de neutralité dans les organisations mises en place pour assurer les services publics⁵.

Il faut pour cela émettre une première idée : l'apparition de la notion de service universel est d'abord liée à la libéralisation de secteurs construits autour de monopoles d'État (souvent des entreprises publiques d'État), de sorte à ce que la naissance du service universel et l'ouverture des services publics à la concurrence ont été intimement liés, voire consubstantiels : l'un – le service universel – est né pour répondre à des besoins que l'autre – le marché – ne peut économiquement satisfaire, et atténuer les probables excès d'une libéralisation annonciatrice du marché, un peu comme une sorte d'amortisseur social. Le service universel fait donc partie du marché au sens économique du terme, en tenant une place à part. En réalité, le service universel n'existe qu'à cause ou grâce à l'ouverture du marché. Il en constitue même un élément à part entière puisqu'il appelle des compensations financières qu'un investisseur raisonnable en économie de marché n'assumerait pas. Ce n'est pas dire que le service universel soit indispensable au marché : ce dernier peut évidemment exister sans service universel⁶ alors que l'inverse est moins sûr (du moins sans contributions publiques).

⁵ CJCE, 23.4.1991, Höfner et Elser c/ Macroton, Aff. C-41/90 : selon cet arrêt, les règles de concurrence, s'appliquent aux « entreprises » entendues comme toute « entité qui exerce une activité économique indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement ».

⁶ Le Royaume-Uni a engagé l'ouverture à la concurrence de ses services de télécommunication et de postes en 1981 (British Telecommunication Act 1981 c.38), avant de privatiser British Telecom en 1984 et Royal Mail en 2013. La compagnie British Telecom a ainsi été privatisée bien avant la directive « service universel » (Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques).

La deuxième idée qui est la résultante de la première est que s'est opéré, par le service universel, un déplacement du centre de gravité puisqu'il n'est pas une organisation ou une Institution, mais un service qui place le consommateur en son centre. De ce point de vue, le service universel n'incarne donc pas l'État, ne revêt aucun caractère institutionnel ou organisationnel. Il est d'abord une prestation (de service) qui n'existe qu'au travers des services publics qui s'ouvrent à la concurrence. Il en découle des conséquences qui empruntent d'un grand pragmatisme hors toute logique conceptuelle, et qui empruntent donc au vocabulaire économique : des « prix abordables », des services identifiés, une compensation financière des coûts etc. Le service universel est dans son approche fondamentalement différente de la conception française qui est tout à la fois une Institution et un service.

Les influences observables résultent de ces deux prémisses : les unes proviennent de sources ou d'inspirations anglo-saxonnes qui sont la conséquence du néo-libéralisme (I), les autres proviennent d'influences plus continentales (II).

I. LES INFLUENCES NEOLIBERALES SUR LE SERVICE UNIVERSEL

Le service universel, qui est avant toute chose un service, est en quelque sorte enserré dans les limites d'intervention qui lui ont été fixées (A) pour corriger les imperfections du marché (B).

A. L'ENVIRONNEMENT LIBERAL DU SERVICE UNIVERSEL

L'environnement libéral du service universel se déduit de ce qu'il est circonscrit à certains domaines d'intervention (1), adossé au marché (2), évolutif (3), transfrontière (4) et nourri de considérations environnementales et de sécurité (5).

I. UN SERVICE CIRCONSCRIT DANS SES DOMAINES D'INTERVENTION

C'est probablement parce qu'il est en marge du marché, que le service universel est triplement délimité.

Il est d'abord délimité dans ses domaines d'intervention : il n'existe pas un « service universel » comme il existe le service public, mais un service universel des télécommunications ou postal par exemple. Autrement dit, le service universel est circonscrit aux seuls domaines considérés comme devant

être (encore) préservés, d'aucun pourrait même dire « réservés » à tel ou tel secteur. Or ce constat n'est que la résultante de la libéralisation souhaitée de certains services publics par les instances communautaires. L'objectif des directives s'agissant des secteurs « réservés » et du service universel consiste à inscrire le service public dans un environnement concurrentiel au point d'en constituer un élément du marché. Le service universel ne couvre ainsi qu'un nombre restreint de domaines, parfaitement identifiés. Sont ainsi concernés la téléphonie, les postes et l'électricité. Les services vitaux ou d'importance vitale⁷ ne figurent pas parmi les services universels, comme l'eau, le gaz ou les transports.

Délimité, le service universel l'est ensuite dans son acception : en quoi le service est-il finalement « universel » ? Car si l'on examine les services ou les secteurs couverts, le service universel est cantonné à quelques activités. Il est en quelque sorte spécialisé, et non pas « universel ». La raison en est simple : il est peu probable qu'un fournisseur de services, mis en concurrence et soumis à un objectif de rentabilité accepte de prendre en charge des prestations qui ne lui assureraient pas un retour sur investissement sans compensation financière. Dès lors, le service universel n'apparaît pas comme une notion extensive (à l'image du service public « à la française » qui a pu tour à tour être étendu ou restreint), mais est, par sa nature même, limité à des services prédéfinis. Deux exemples choisis en attestent.

Le premier est celui de la téléphonie mobile. Car la Commission Européenne a renoncé à inclure la téléphonie mobile dans les obligations de service universel, ni à en ouvrir la possibilité aux États qui le souhaiteraient pour permettre sa démocratisation. De même, la CJUE leur interdit d'inscrire la téléphonie mobile au titre du service universel. Dans une affaire C-1/14 du 11 juin 2015, la Cour rappelle ainsi que le service universel n'est applicable qu'au raccordement au réseau public « *en position déterminée* », et indique que ce terme s'oppose à celui de « mobile », ce qui exclut en conséquence la téléphonie mobile. La Commission note à cet égard que le développement du service de téléphonie mobile s'est opéré principalement par le jeu de la concurrence, ce qui a permis, en parallèle, la baisse des prix des abonnements⁸. En conséquence, le caractère abordable apparaît comme généralisé, ce qui ne permet pas d'élargir le champ du service universel et pose la question de savoir si le service universel n'a pas vocation à disparaître.

L'autre exemple attestant du caractère limité du service universel est celui de l'internet mis en place par la directive 2009/136/CE, dite « droit des

⁷ V. notre article, « les opérateurs d'activités vitales : l'exemple de l'eau », in *Complément services publics délégation de service public*, juillet 2015, n° 19.

⁸ Communication n°COM-795 (2011) du 24 novembre 2011.

citoyens »⁹. Car la Cour limite l'extension de ce service universel, en ce sens qu'elle s'oppose à l'instauration d'un mécanisme de compensation des obligations de service universel, dans la mesure où il ne s'agit pas de services universels obligatoires définis par les directives¹⁰, mais surtout parce que le financement ne doit pas être effectué par le marché lui-même. En matière de service universel, « lorsque les États membres décident de rendre accessibles au public, sur le territoire national, des services obligatoires additionnels, un mécanisme de financement de ces services impliquant la participation d'entreprises spécifiques ne peut être imposé. Par conséquent, le mécanisme de financement prévu à l'article 13, paragraphe 1, sous b), de la directive « service universel » ne peut être étendu à de tels services. En effet, ainsi que l'énonce le considérant 25 de la directive « service universel », les États membres ne sont pas autorisés à imposer aux acteurs du marché des contributions financières au titre de mesures qui ne relèvent pas des obligations de service universel. Ainsi, si chaque État membre reste libre de financer les mesures spéciales dans le respect du droit de l'Union, il ne peut le faire au moyen de contributions provenant des acteurs du marché ».

Dès lors, est universel le service identifié comme tel, mais surtout pouvant être financé par les deniers publics, et non le marché.

Limité, le service universel l'est, enfin, par le contenu des prestations qui sont rendues : elles couvrent, de manière générale, des obligations de raccordement au réseau (pour les activités de téléphonie fixe et de fourniture d'électricité) ou de fourniture et d'accès au service (pour les activités de postes), le tout devant être assuré à un tarif abordable. Le tableau suivant résume cette approche :

Téléphonie fixe	<ul style="list-style-type: none"> - Débit permettant l'accès internet, sans obligation de raccordement à ce réseau - Maintien d'un service de téléphonie d'urgence - Accès aux services de renseignement - Accès aux services d'annuaire - Accès à la publiphonie
Électricité	<ul style="list-style-type: none"> - Accès à un service concurrent sous trois semaines - Obligations liées à la protection des

⁹ JO L-337 du 18.12.2009.

¹⁰ CJCE 11.6.2015, *préc.*

	consommateurs fragiles - Mise en place de guichets uniques
Postes	- Lettres jusqu'à une certaine taille - Colis jusqu'à une certaine taille

2. LE SERVICE UNIVERSEL EST ADOSSE AU MARCHÉ

Parce qu'adossé au marché (au sens économique du terme), le service universel est assuré par des opérateurs économiques. Le service universel constitue donc, au sein du marché concurrentiel, une part des activités exercées par des opérateurs, désignés pour la réalisation de telles missions. Le service universel est ainsi totalement inclus dans les missions des opérateurs économiques. Pour chaque service ouvert à la concurrence et susceptible de voir une partie de ses missions constituer un « service universel », les directives vont donc détailler le contenu de ces missions de « service universel ».

La directive de 2002 rappelle par exemple qu'un tel système ne peut s'inscrire que dans un contexte de transparence financière. « Les régimes des États membres relatifs au calcul du coût et au financement des obligations de service universel » dit-elle « devraient être communiqués à la Commission pour vérification de leur compatibilité avec le traité. Il existe des éléments incitant les opérateurs désignés à relever le coût net évalué des obligations de service public. En conséquence, les États membres devraient garantir une transparence effective et vérifier les montants correspondants au financement des obligations de service universel ».

L'objectif est double : s'assurer que la mission de « service universel » puisse donner lieu à compensation afin de ne pas constituer un handicap pour l'opérateur ; veiller dans le même temps à ce qu'elle ne confère pas un avantage en raison de ces contreparties financières.

Un tel système ne peut ainsi exister que dans un environnement fondé sur la transparence sur le marché, qui justifie un contrôle de ce qui s'apparente à une compensation de service public.

3. UN SERVICE EVOLUTIF

Parce qu'il doit s'adapter au marché, le service universel doit être évolutif. Ainsi en va-t-il dans le domaine des télécommunications où les textes prévoient que « Le concept de service universel devrait évoluer au rythme des

progrès technologiques, des développements du marché et de l'évolution de la demande des utilisateurs (...). Les marchés des communications ne cessent d'évoluer en termes de services utilisés et de moyens techniques employés pour fournir ces services aux utilisateurs. Les obligations de service universel, qui sont définies au niveau communautaire, devraient être périodiquement revues afin d'en modifier ou d'en redéfinir la portée ».

Certes, la directive de 2002 établit clairement que le renseignement téléphonique et les cabines constituent des éléments du service universel, mais la disparition de celles-ci qui semblait inéluctable est dorénavant acquise avec l'article 129 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite Macron. L'évolution même du marché conduit donc à leur faire perdre leur utilité en tant que services universels, et à leur faire perdre leur importance.

4. UN SERVICE TRANSFRONTIERE

Une autre caractéristique réside dans le périmètre d'intervention du service universel qui, sans son acception, dépasse les seules frontières nationales. Le service universel s'inscrit ainsi dans un cadre transfrontière plus affirmé, distinct des grands monopoles nationaux, qu'ont été, en France, EDF, France Telecom ou La Poste, mais dont des avatars ont pu exister dans de nombreux pays européens.

C'est ainsi le cas de la directive de 1997 sur le marché intérieur du service postal (Directive 97/67/CE Concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité du service) qui prévoit expressément que « le service universel doit couvrir les services nationaux aussi bien que les services transfrontières ».

5. DES PREOCCUPATIONS DE SECURITE ET ENVIRONNEMENTALES

Le service universel intègre également une forte dimension liée aux droits attachés aux consommateurs, sous différentes formes.

Ainsi, la directive sur les communications électroniques (2002/22/CE) limite les interruptions de raccordement au service, notamment afin de permettre aux « utilisateurs » de conserver la faculté d'appeler les numéros d'urgence nationaux ou internationaux. « L'interruption du raccordement pour défaut de paiement des factures ne devrait » selon ainsi selon elle « intervenir qu'après que l'abonné en a été dûment averti. Avant que le service ne soit complètement interrompu, les États membres peuvent autoriser la fourniture

provisoire d'un service réduit dans le cadre duquel seuls les appels qui ne sont pas à la charge de l'abonné sont autorisés (appels au "112", par exemple) ». Si la garantie d'un service minimal de téléphonie permet d'assurer la sécurité des personnes, notamment pour faire face à des urgences, cette garantie a été étendue notamment dans le secteur énergétique où « Les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique, l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables et la protection du climat »¹¹.

Dès lors, il ne s'agit plus seulement de garantir un « service minimum », mais de permettre aux États d'établir un service garantissant la sécurité énergétique des consommateurs, en imposant également des garanties en matière environnementale.

B. LA FINALITE DU SERVICE UNIVERSEL : UNE PRESTATION

Le service universel porte aussi sur la fourniture de prestations matérielles (1), traduisant un pragmatisme (2), hors toute logique institutionnelle, fondé sur l'idée de prix abordable (3).

1. LA FOURNITURE DE PRESTATIONS MATERIELLES

Le service universel repose sur une finalité différente qui est celle de la production de services, dont l'utilité sociale est certaine, mais hors toute logique institutionnelle ou étatique. De ce point de vue, le service universel opère un déplacement du centre de gravité puisqu'il est tout tourné vers le consommateur, placé au centre du dispositif. L'approche communautaire revient ainsi à faire abstraction de toute référence au caractère institutionnel du service universel : il n'incarne ni l'État, ni la nation, ni un quelconque opérateur national ancestral. Faut-il le regretter pour autant ?

Si la question fait débat, les prestations rendues doivent en tout cas être quantifiables, abordables, mesurables, et donc concrètes. Il y a donc indubitablement dans cette approche un pragmatisme anglo-saxon qui veut qu'une prestation soit quantifiable et quantifiée.

2. UNE VISION PRAGMATIQUE DES SERVICES RENDUS

¹¹ Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009, art. 3.

Le service universel repose sur la prise en compte concrète de services, indifféremment des moyens mis en œuvre pour y parvenir. L'article 16 de la directive 97/67/CE impose aux « États membres » de veiller « à ce que des normes en matière de qualité du service soient fixées et publiées pour le service universel en vue d'assurer un service postal de bonne qualité ». Il est d'ailleurs précisé que « les normes de qualité visent en particulier les délais d'acheminement ainsi que la régularité et la fiabilité des services ».

De fait, la fixation des objectifs qualitatifs est laissée à l'appréciation des États membres.

3. UN « PRIX ABORDABLE »

Parce que les prestations de service universel forment un ensemble dont la rentabilité n'est pas assurée pour l'opérateur en ayant la charge, les prix doivent rester « abordables ». Le service universel s'intègre ainsi dans une logique économique qui représente une charge pour l'opérateur, d'autant que ce dernier doit proposer un tel prix sans disposer de référence ou de valeur étalon. La directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 précise en effet simplement que le « prix abordable s'entend comme un prix défini au niveau national par les États membres compte tenu de circonstances nationales spécifiques ». Un tel prix s'impose en conséquence des directives précitées dans le service de la poste et de l'électricité.

II. LA RÉCEPTION DU SERVICE UNIVERSEL PAR LES ÉTATS MEMBRES

Si chaque État membre a sa propre conception du service public, force est de constater qu'il en est de même du service universel qui, lui aussi, revêt finalement des traductions différentes. Il permet ainsi aux États membres de retrouver une certaine marge de manœuvre dans l'organisation de leurs services et l'étendue des missions confiées aux opérateurs de services universels (A), y compris dans le domaine social (B). L'on voit même apparaître non pas de nouveaux services publics, mais de nouveaux services universels (C).

A. L'ORGANISATION DIFFERENCIÉE DES SERVICES UNIVERSELS

L'exemple du service universel postal montre que l'existence des directives ne prive pas les États membres de toute marge de manœuvre. La

comparaison de la loi Postale française de 2012 et de son homologue polonais¹² résumée par le tableau de synthèse suivant montre en effet que la Pologne a introduit des obligations de service universel beaucoup plus restreintes que la France :

	France	Pologne	Directive
Poids maximal (lettres)	2 kg	2kg	2kg
Dimensions (lettres)	1 000 x 600 mm	900 x 900 mm	Dimensions de l'UPU ¹³
Poids maximal (colis nationaux)	20 kg	10 kg	De 10 à 20 kg
Poids maximal (colis internationaux)	20 kg	20 kg	20 kg
Nombre de distributions	6 jours par semaine	5 jours par semaine	5 jours par semaine

L'absence de réelle concurrence dans le secteur, qu'elle soit désirée ou non, peut venir expliquer cette situation et le maintien d'un service large, dévolu à La Poste en France, dès lors que celle-ci subit une concurrence assez faible. À l'inverse, là où la concurrence est plus importante, le service universel s'est aligné sur les exigences minimales des directives, après en avoir suivi les objectifs en matière de libéralisation et d'ouverture à la concurrence du secteur postal.

B. LA VOCATION SOCIALE DU SERVICE UNIVERSEL

La vocation sociale du service universel découle de son rôle de cohésion sociale (1) et de son universalité territoriale (2).

1. LE ROLE DE COHESION SOCIALE DU SERVICE UNIVERSEL

Le traitement social du service universel demeure de la compétence des États membres. Longtemps ignoré par le cadre communautaire, le rôle social du service universel retrouve une certaine vigueur. Cette vocation du service

¹² *Journal Officiel de la République de Pologne*, 23.11.2012, n° 1529.

¹³ Union Postale Universelle

universel transparaissait déjà dans la directive 97/67/CE (article 4), laquelle rappelle le rôle important des opérateurs de postes dans « le maintien de la cohésion territoriale et sociale ». À ce titre en effet, il revient aux États membres de prendre « des mesures pour que les conditions dans lesquelles le service universel est presté soient fondées sur les principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité, afin de garantir la continuité de la fourniture du service universel, compte tenu du rôle important qu'il joue dans le maintien de la cohésion territoriale et sociale ».

2. UNE UNIVERSALITE TERRITORIALE : L'EGALITE D'ACCES EST-ELLE UN LEURRE ?

Le principe d'universalité peut également s'entendre en tant que service bénéficiant à l'ensemble des territoires des États membres. Cette notion, intégrée timidement aux directives, constitue une donnée majeure dans l'établissement de certains services universels en France.

L'obligation « d'égalité d'accès » aux services n'est inscrite dans aucune des directives faisant référence au service universel mais se déduit implicitement de l'« obligation de raccordement » par exemple exprimée, pour le service universel de l'électricité, par l'article 3 de la directive 2009/72/CE. Celle-ci confie en effet aux États membres le soin d'imposer « aux entreprises de distribution l'obligation de raccorder les clients à leur réseau ».

Si l'obligation de raccordement peut être vue sous le prisme de l'égalité de toutes et tous pour l'accès au service, cette égalité reste relative, dès lors que l'égalité de raccordement ne vise pas l'ensemble des services, comme on l'a vu pour l'internet et la téléphonie mobile. En matière de téléphonie, la directive pose certes une obligation de raccordement à toute personne en faisant la demande, mais cette obligation de raccordement doit être comprise non pas comme une obligation de déployer un réseau, mais de raccorder les usagers bénéficiant du service, ce qui pose la question de la politique même de la construction des réseaux. Dans son rapport sur le service des télécommunications, la commission rejette ainsi la création d'un service universel de l'internet parce que le réseau n'est aujourd'hui pas assez accessible. Dès lors, le service universel ne vise pas à généraliser le raccordement de tous les usagers potentiels d'un réseau : il cherche à achever ce raccordement, lorsqu'il est déjà largement établi. En cela, le service universel s'éloigne considérablement du service public tel que celui pratiqué en France par France Telecom et par la Direction Générale des Télécommunications, dont le plan « Delta LP » avait permis la généralisation du réseau de téléphonie fixe en France à partir de 1974.

Ainsi, l'accès au réseau et donc au service passe par l'achèvement d'un marché et non par l'extension des services.

C. L'APPARITION DE NOUVEAUX SERVICES UNIVERSELS

Si l'Europe a cantonné le service universel à quelques domaines, la France a pour sa part, crée (1) ou tenté (2) de créer *ex nihilo* de nouveaux services universels dans des domaines très variés. On est bien loin d'une quelconque influence du néo-libéralisme. Il faut y avoir plus prosaïquement l'apparition de nouveaux services universels créés hors de tout texte communautaire.

1. LES TENTATIVES ABOUTIES

Parmi elles, on peut noter la création par le décret 2006-1662 du 21 décembre 2006 d'un « service universel de distribution et de mise en place de la semence du ruminant » par les articles L. 653-5 et R. 653-97 et suivants du Code rural. D'après le premier de ces textes, ce service vise à « contribuer à l'aménagement du territoire et » à « préserver la diversité génétique » et est « assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité au bénéfice de tous les éleveurs qui en font la demande ». Conformément aux principes classiques de fonctionnement des services publics, l'accès aux prestations délivrées est ouvert à « tout éleveur qui en fait la demande ». Et pour assurer le caractère abordable du tarif, l'article R. 653-105 introduit une compensation pour la prise en charge du service. Toujours parmi les tentatives abouties, on peut citer le cas récent du permis de conduire instauré par la loi Macron¹⁴. Celle-ci crée en effet à l'article L. 221-1 du Code de la route un « *service universel du permis de conduire* », hors du cadre de toute directive. Le dispositif prévoit un accès à toute personne formée pour présenter l'examen du permis de conduire dans les 45 jours suivant l'issue de sa formation, remplissant ainsi un critère d'accessibilité. Le recours à des agents de La Poste est ainsi prévu afin de permettre de respecter ce délai. On peut enfin citer comme dernier exemple le cas « du service civique universel ». Créé en 2015 à l'art. L. 111-2 du Code du service national, ce service comprend des obligations de recensement, de journée défense et citoyenneté et d'appel sous les drapeaux et comporte aussi un service civique et d'autres formes de volontariat.

2. LES TENTATIVES EN COURS DE REALISATION

¹⁴ L. n° 2015-990 du 6.8.2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Bien qu'elles n'aient pas (encore ?) abouties, d'autres tentatives confirment la réalité de cette évolution. Telle est le cas de la proposition de création en 2000¹⁵ du service universel bancaire, fondé sur la gratuité, l'accès à tous, mais aussi la précarité bancaire pour permettre au plus grand nombre d'accéder à des comptes bancaires non rémunérés au travers des établissements bancaires de référence, comme la Poste (un tel système existe cependant en Suède et en Irlande par l'intermédiaire des opérateurs postaux de service universel). Car le Conseil de la Concurrence a également examiné la possibilité de développer un tel service universel bancaire dans un avis rendu en 2005¹⁶. Tout en notant la faisabilité d'un tel mécanisme au regard des expériences irlandaise ou suédoise et du droit de la concurrence, le Conseil a certes insisté sur la nécessité de prouver la défaillance du marché, notant ainsi que 99% des ménages détenaient au moins un compte (en incluant le livret A). Mais cette réserve n'est pas moins révélatrice de la tentation de certains états membres de créer de nouveaux services universels, en rompant avec les dogmes néolibéraux.

* *

*

Le service universel s'inscrit et ne peut s'inscrire que dans le cadre de l'Union européenne qui est d'essence libérale. En cela, et même s'il tisse des liens de parenté avec le service public, il est assurément influencé par les théories économiques qui sous-tendent l'Union. Il serait vain à cet égard de vouloir opposer le service universel au service public d'abord parce que la querelle nous paraît dépassée, ensuite parce qu'existent des interactions entre

¹⁵ Proposition de loi visant à instituer un service universel bancaire, *Doc. S. n° 378* du 31.5.2000 : Le service bancaire assure à toute personne le droit à : un compte de dépôt ; la délivrance d'un relevé bancaire ou postal ; la domiciliation de virements bancaires ou postaux ; l'envoi mensuel d'un relevé des opérations effectuées sur le compte de dépôt ; la réalisation des opérations de caisse ; l'encaissement des chèques et des virements bancaires ou postaux ; un minimum de cinq paiements par prélèvement, titre interbancaire de paiement ou virement bancaire ou postal par mois ; une carte de retrait autorisant des retraits hebdomadaires dans les conditions posées par décret en Conseil d'État ; un prêt à faible montant à vocation sociale, selon des conditions fixées par décret en conseil d'État ; un prêt d'honneur sans intérêt pour tout créateur d'entreprise dont le dossier sera déclaré éligible par une commission décentralisée, selon les conditions fixées par décret, ainsi qu'aux entreprises de moins de 50 salariés qui veulent investir pour leur développement.

¹⁶ Avis n° 05-A-08 du 31.3.2005, relatif à une demande d'avis de la Confédération de la Consommation, du Logement et du Cadre de Vie portant sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service bancaire de base.

eux. Le service universel est imprégné en quelque sorte de références économiques, et il n'est de ce point de vue jamais totalement néfaste de savoir ce que peut coûter un service, comment il est rendu, et à qui il l'est. D'ailleurs, voici bien longtemps que le juge administratif s'est emparé de la question du droit (public) de la concurrence dans le fonctionnement des organismes publics. En retour, le marché sait pertinemment qu'il est dans l'impossibilité de satisfaire, seul, les besoins d'intérêt général. Et c'est en cela que l'influence du service public a su, lui aussi, faire valoir qu'il demeurerait une absolue nécessité.

NÉOLIBÉRALISME ET FONDS EUROPÉENS

Par
Michel BRUNO
Maître de conférences de droit public
Directeur adjoint du LexFEIM
Doyen honoraire de la Faculté des Affaires internationales
de l'Université du Havre

Mots clés : Néolibéralisme – Fonds européens.

Margareth Thatcher a dit en 1984 à ses partenaires européens: « *I want my money back* ». Cette demande résume assez bien la problématique entre néolibéralisme et fonds européens.

Cette requête, à « l'emporte-pièce », David Cameron, le premier ministre britannique actuel, l'a, implicitement, reprise le 10 novembre 2015. Il a lancé un nouveau chantage à l'Europe¹. En effet, il a proposé à la Commission européenne et aux autres États membres que le Royaume-Uni (RU) reste dans l'Union européenne (UE) et continue à financer le budget européen, en échange notamment de l'autorisation pour le RU de ne plus appliquer l'un des principes phares de l'UE : le principe de non discrimination en raison de la nationalité. La Commission européenne a refusé dans un premier temps. L'acceptation aurait pour conséquence pour les citoyens européens non britanniques travaillant et/ou vivant au Royaume-Uni d'être privé de l'application du principe de l'égalité de traitement avec les ressortissants britanniques et donc de faire bénéficier le budget britannique d'économies très importantes. Comme les britanniques ne peuvent plus jouer sur la contribution britannique à l'UE, ils

¹ Margareth Thatcher premier ministre britannique a, en 1984, bloqué l'adoption du budget 1985 de la CEE, en réclamant une réforme de ce dernier et de la politique agricole commune ou bien un rabais de la contribution britannique. Elle a obtenu ce « *british rebate* », estimant que le Royaume-Uni contribuait beaucoup trop au budget communautaire compte-tenu de sa richesse (de son PIB) et ne recevait que peu en contrepartie dans le cadre des fonds européens.

essaient maintenant de jouer sur les coûts internes engendrés par l'UE. Ce que font régulièrement les États membres (EM) sur des questions ponctuelles en essayant d'utiliser différents artifices juridiques plus ou moins subtils. Ces derniers sont naturellement sanctionnés par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)². La posture adoptée maintenant par le RU est surtout une manœuvre politique, destinée à amadouer l'électorat britannique, de plus en plus séduit par l'*United Kingdom Independence Party (UKIP)* qui souhaite la sortie du Royaume-Uni de l'UE. Cependant, la Commission européenne, devant l'insistance du RU faisant valoir le nombre de plus en plus important de citoyens européens en provenance des Pays d'Europe centrale et orientale qui s'installe au Royaume-Uni, a finalement accepté d'essayer de trouver une solution. Effectivement, il se trouve que le Royaume-Uni est l'État membre qui accueille le plus grand nombre de citoyens européens originaires de tous les autres États membres sur son territoire.

La problématique relative aux rapports entre le néolibéralisme et les fonds européens, quant à elle, peut effectivement s'appuyer sur l'« affaire Thatcher ». En effet, le fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) profitait principalement à la France, premier producteur agricole parmi les États membres de la Communauté économique européenne (CEE) et peu au RU. Cet exemple montre que l'interventionnisme en matière économique à l'aide de fonds doit reposer sur des bases juridiques et financières équitables. L'interventionnisme révèle ainsi ses limites, concernant de surcroît un pays : le Royaume-Uni, qui a vu naître le libéralisme politique avec John Locke et qui a très largement contribué au développement du libéralisme commercial ainsi qu'au néolibéralisme. Plus généralement, il s'agit de savoir quel type de politique publique soutenir grâce à l'utilisation de fonds spécifiques, quelles règles juridiques mettre en œuvre à l'aide de ceux-ci et tout cela sur quels fondements financiers. Autrement dit, quels sont les tenants et les aboutissants assignés à ces fonds ? De plus, lorsque ces fonds concernent différents États, comme c'est le cas dans l'UE, il faut prévoir l'impact que ces fonds auront non seulement sur l'économie de chacun des États concernés, mais aussi l'impact qu'ils auront sur les relations entre ces États. D'ailleurs, il peut survenir des conséquences imprévues à l'origine qui peuvent aller à l'encontre des objectifs assignés aux fonds concernés. En théorie, les aides attribuées par des fonds spécifiques relèvent de l'interventionnisme économique des autorités politiques nationales ou internationales, de l'État-providence et non du libéralisme économique. Elles peuvent servir dans ce cadre à relancer l'économie dans

² V. à ce propos notamment l'article de l'auteur : « L'interdiction des discriminations dans l'UE au cœur de la crise économique et financière » in Tchen V., *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la crise économique et financière*, L'Harmattan 2013.

certains États³. Mais, en pratique, elles peuvent conduire à soutenir le néolibéralisme. Ainsi, une politique keynésienne d'appui à l'économie peut aboutir à faire prospérer le néolibéralisme⁴.

De nombreux fonds ont été créés au cours de l'histoire complexe de l'Union européenne. Parmi ceux-ci, il faut citer dans le cadre de la politique agricole commune (PAC), le FEOGA qui depuis 2007 a été remplacé par le fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et par le fonds européen d'aménagement et de développement rural (FEADER). Il existe aussi s'agissant de la politique de cohésion économique, sociale et territoriale (PCEST) trois fonds : le fonds européen de développement régional (FEDER), destiné à soutenir les régions européennes les plus faibles et à soutenir des projets innovants ou des projets d'infrastructures d'intérêt européen, le fonds social européen (FSE) qui aide les États dans le domaine de l'emploi, et le fonds de cohésion (FC) réservé aux États les plus pauvres de l'UE. Ces fonds concentrent environ les trois-quarts du budget de l'Union européenne.

Généralement, on considère que le néolibéralisme a pris son essor avec Margareth Thatcher et Ronald Reagan⁵ afin de faire face aux faibles coûts de production des pays asiatiques. Ce développement s'est appuyé sur les théories monétaristes et de l'autorégulation des marchés financiers élaborées par Friedman⁶. On sait aujourd'hui qu'une partie de ses thèses soutenues par l'« école de Chicago » s'est avérée fautive. En effet, depuis la crise financière de 2007-2008 et l'afflux de produits financiers toxiques sur les marchés, on a redécouvert les bienfaits des réglementations et de la surveillance des marchés financiers. La titrisation des dettes privées⁷ et des dettes publiques des États a, de plus, conduit à une vaste spéculation boursière en raison du « *credit default swaps* ». Il s'agissait d'un contrat d'assurance sur titres qui pouvait continuer à produire ses effets même après la vente des titres sur lesquels portait le contrat (contrat d'assurances dit à nu)⁸. Cependant, le néolibéralisme a véritablement commencé avec le « *general agreement on tariffs and trade* » (GATT) de 1947. Cet accord a été complété par les accords de Marrakech avec le nouveau GATT

³ C'est le cas avec le Fonds monétaire international (FMI). On peut citer l'exemple des aides accordées à la Grèce par le FMI et par l'UE en contrepartie de nombreuses réformes administratives et fiscales.

⁴ John Maynard Keynes est à l'origine des accords de Bretton woods en 1944 et de la création du FMI et de la Banque mondiale.

⁵ Président des États-Unis d'Amérique entre 1980 et 1984.

⁶ Prix Nobel d'économie en 1976 (prix de la banque de Suède).

⁷ Commencée par la compagnie pétrolière Exxon-Mobil pour faire face aux conséquences financières du naufrage du pétrolier Exxon-Valdez qui avait pollué une bonne partie des côtes de la Floride et du Texas.

⁸ Une directive européenne de 2010 a interdit ce type de contrat.

de 1994, et par la création de l'organisation mondiale du commerce (OMC) en 1995. D'ailleurs, les six États fondateurs de la CEE en 1957 étaient déjà signataires des accords du GATT de 1947. Ils s'étaient donc engagés dès 1947 sur la voie du néolibéralisme en acceptant de libéraliser le commerce avec tous les États-parties aux accords du GATT par la suppression progressive des barrières tarifaires.

En fait, depuis lors, on se trouve en pleine dialectique entre partisans de Keynes et partisans de Friedman, entre d'une part un droit public maximaliste « actif et acteur de l'économie » protecteur des travailleurs, protecteur aussi des citoyens avec l'existence de services publics, des entreprises publiques et même protecteur du secteur privé national pour garantir le plus d'emploi possible sur le territoire et d'autre part un droit public minimaliste « peu actif voire passif ou même contreproductif vis-à-vis des travailleurs et des citoyens » mais très actif et très déférent à l'égard des entreprises privées et des actionnaires quelque soit leur origine. L'influence du néolibéralisme sur la gestion des fonds européens a eu des répercussions importantes sur le droit public interne français. Mais l'interventionnisme n'a pas dit son dernier mot : la banque centrale européenne (BCE), depuis l'arrivée à sa tête en 2012 de Mario Draghi, a décidé de racheter régulièrement de la dette publique des États membres de la zone euro sur le second marché. C'est du keynésianisme, alors même que l'objectif principal assigné à la BCE, est la stabilité des prix, objectif « friedmanien ». Le rachat de la dette des États par la BCE et le fonctionnement parallèle de la planche à billets ont eu pour conséquence de déprécier l'euro et donc de le faire baisser considérablement. Cela a permis d'une part d'alléger la dette des États membres et leurs remboursements et d'autre part de relancer les exportations des États membres de la zone euro de façon très importante. Mais, ce n'est pas suffisant pour relancer l'économie de l'Euroland et de la France en particulier. En effet, pour Keynes, l'inflation est nécessaire pour permettre la croissance alors que pour Friedman l'inflation c'est le mal, ennemi de la croissance. En réalité tout dépend du modèle de société que l'on veut défendre. Si l'on veut donner la priorité aux plus riches, Friedman a raison, il faut à tout prix empêcher l'inflation et toute dépréciation monétaire qui fait perdre de la valeur à tous les actifs et donc de l'argent à tous les capitalistes. Il faut aussi que l'État gêne le moins possible le secteur privé et que les impôts pèsent le moins possible sur les fortunes. Si l'on veut défendre au contraire non seulement les plus pauvres mais aussi donner à l'ensemble des citoyens des services publics performants, une inflation maîtrisée mais suffisante devient une locomotive ajoutée à une fiscalité redistributive et à une intervention soutenue des autorités à la consommation. L'intervention des autorités publiques peut relancer l'économie en injectant de l'argent frais notamment grâce aux emprunts et peut augmenter ainsi la demande et la consommation. Du coup l'inflation progresse mais en même temps déprécie la dette publique.

Ainsi au fur et à mesure que l'inflation grimpe, la valeur des emprunts baisse pour les autorités nationales ou internationales et pour les particuliers. Et tout cela encourage les dépenses et la croissance. Toutefois, l'État-providence coûte cher, il est dépensier. Si les recettes fiscales viennent à lui manquer et corrélativement s'il est trop fortement concurrencé, il aura du mal à rembourser ses dettes et à financer ses services publics d'autant plus s'il n'y a plus d'inflation pour déprécier ses dettes. Alors il ne pourra que céder. La transformation progressive du FEOGA est l'une des concessions faites au néolibéralisme. Ce fonds allait à l'origine dans le sens d'un droit public très actif, très protecteur du monde agricole européen mais aussi très dépensier. Le néolibéralisme a œuvré pour changer le FEOGA, ce que nous verrons en première partie (I). Cette transformation s'est inscrite dans l'histoire communautaire au même titre que la libéralisation de la presque totalité des services publics des États membres⁹ ainsi que la réduction des dépenses publiques¹⁰. En deuxième partie nous nous intéresserons au développement de la politique de cohésion qui sert le néolibéralisme et accentue les problèmes de compétitivité des États membres socialement les plus développés (II).

I. LA TRANSFORMATION PROGRESSIVE DU FEOGA

Il est tout d'abord nécessaire de rappeler le rôle du FEOGA qui a été remplacé depuis 2007 par le FEAGA et par le FEADER (A). Dans un second temps nous verrons comment l'entrée du Royaume-Uni dans la CEE a bouleversé les petites habitudes des six États membres fondateurs de l'Union européenne et comment le néolibéralisme a eu ainsi raison du FEOGA et de la politique agricole commune (PAC) protectionniste (B).

A. LE FEOGA : UN INSTRUMENT D'INTERVENTION AU SERVICE DE L'AGRICULTURE EUROPEENNE

Dans le cadre de la CEE, les États membres ont en 1957 accepté de transférer aux institutions européennes la gestion des productions agricoles,

⁹ Le quatrième « paquet » sur la libéralisation des transports ferroviaires (concernant les voyageurs) a été adopté par le Conseil de l'Union européenne en octobre 2015.

¹⁰ Le pacte de stabilité et de croissance de 1997 révisé en 2005 impose notamment un déficit de 3% par rapport au PIB de chaque État membre et une dette maximum de 60% par rapport au PIB. Il a été conforté en 2012 par le traité sur la stabilité, la croissance et la gouvernance qui met en œuvre « la règle d'or » soit zéro déficit avec un seuil de 0,5% de tolérance. Ce traité n'a été adopté ni par le Royaume-Uni ni par la Tchéquie.

avec la mise en œuvre de la PAC. En 1962, un système très protectionniste commence à être mis en place. La France en est le principal artisan. Cela correspond à la philosophie politique gaullienne, l'État doit être partout. La CEE s'est substituée aux États en matière agricole et doit se comporter comme un État dans ce domaine. Les frontières européennes deviennent quasiment infranchissables pour les productions agricoles en provenance de pays tiers, qui pourraient concurrencer les productions européennes, avec un prélèvement sur les importations calculé par rapport à un prix de seuil. Parallèlement, un système de prix garantis aux agriculteurs est créé. Ces prix sont supérieurs aux cours mondiaux. En 1957, l'agriculture européenne est peu mécanisée, peu productive et peu rentable. L'Europe est très loin d'être autosuffisante. Lorsqu'il s'est agi de finaliser la PAC sans l'aval de la France mise en minorité, le général de Gaulle va pratiquer la politique de la chaise vide de juin 1965 à janvier 1966. Il obtient ainsi le fameux compromis de Luxembourg. Le droit public français est sauf en matière agricole, car la structure des organisations nationales de marché qui régissait presque toutes les productions agricoles en France et que souhaitait de Gaulle est reprise sur le plan européen¹¹. Le système des organisations de marché, peu performant au niveau français, va en conséquence se trouver optimisé avec la PAC, grâce à des moyens accrus.

La France va ainsi faire financer son agriculture en grande partie grâce à ses partenaires en vertu du principe de solidarité financière. Les agriculteurs, en particulier français, voient leurs niveaux de vie progresser considérablement et régulièrement jusqu'en 1984¹². Les consommateurs ne sont pas en reste puisqu'ils vont pouvoir trouver toutes les denrées à un prix « raisonnable » dans les rayons des magasins. En effet, tous les ans, les États membres fixent les prix de tous les produits agricoles (prix indicatif, d'orientation, d'intervention et de seuil). Afin d'éviter la chute des cours et de contrer la loi de l'offre et de la demande, les produits sont rachetés, par les organisations communes de marché au prix d'intervention. La Commission européenne organise le stockage puis le don (associations caritatives, pays pauvres) et éventuellement la revente si la conjoncture le permet. Le FEOGA a donc permis de financer la plupart des interventions communautaires, et la totalité à partir de 1993 avec la réforme des fonds structurels. Il faut mentionner aussi tout un arsenal de subventions à la production ainsi que les aides à la modernisation des exploitations. Pendant longtemps, plus les agriculteurs produisaient plus ils obtenaient de subventions. A ce titre, l'action du FEOGA était partagée avec la section garantie pour les aides directes à la production, au soutien des prix, et à l'exportation (90%) et la section orientation pour les aides à l'investissement et à la modernisation des exploitations agricoles (10%).

¹¹ Depuis 2008, il existe une organisation commune des marchés unique pour toutes les productions.

¹² Mise en place des quotas laitiers afin de lutter contre la surproduction.

La France est encore aujourd'hui la première bénéficiaire du FEAGA avec un peu plus de 9 milliards d'euros annuels et elle est devenue grâce à la politique agricole commune, le deuxième exportateur mondial de denrées agricoles après les États-Unis. Le néolibéralisme est venu perturber le fonctionnement de la politique agricole commune, qui était, il est vrai, paradoxal. En effet, la CEE se proclamait en 1957 fondée sur une économie de marché, respectueuse par définition de la loi de l'offre et de la demande. Or, dans le domaine agricole, elle a créé un marché très protecteur pour les producteurs selon le souhait en particulier du général de Gaulle. La PAC-providence profitait tout spécialement à la France mais coûtait cher à l'ensemble des contribuables européens et particulièrement cher aux contribuables britanniques. Le néolibéralisme ne pouvait accepter un système si dispendieux. C'est pourquoi il a participé à sa disparition.

B. L'IMPACT DU NEOLIBERALISME SUR LA PAC

On ne peut pas dire que les britanniques aient imposé à la Communauté le néolibéralisme. En effet, celui-ci a plutôt profité de plusieurs effets d'aubaine pour se développer. Ce que l'on peut constater, en revanche, c'est que le Royaume-Uni a toujours fortement influencé le fonctionnement institutionnel de la CEE et de l'UE, mais aussi le fonctionnement de l'ensemble des politiques de l'UE. D'emblée dans le traité d'adhésion du RU à la CEE en 1972, le principe de la préférence communautaire est remis en cause par le gouvernement britannique, s'agissant tout particulièrement des produits visés dans le cadre de la PAC (produits de l'agriculture, de la pêche et issus d'une première transformation). Cette remise en cause de la préférence communautaire qui voulait que les productions des États membres soient favorisées au détriment des productions extérieures à la CEE, est cependant logique compte-tenu de l'existence du Commonwealth dont le Royaume-Uni est l'élément essentiel. Ainsi, les partenaires européens du gouvernement britannique ne pouvaient pas ne pas tenir compte du Commonwealth et de toute l'histoire politique et commerciale du Royaume -Uni. Au-delà de cette question, c'est celle de la façon de penser des britanniques qui se posait, et en particulier leur façon de concevoir le commerce fondé plus sur le libre échange que sur le système de l'union douanière.

En même temps, c'est la conception interventionniste de l'État providence des six États fondateurs de la CEE qui était aussi remise en question. Il faut préciser que jusqu'alors les six États fondateurs étaient à peu près sur la même ligne concernant leur conception de l'État interventionniste. Ce sont la France et l'Italie qui étaient en pointe dans ce domaine. D'ailleurs, le Royaume-Uni de 1972 n'était pas très éloigné des conceptions continentales avec de nombreux services publics. Finalement, même si le traité d'adhésion du RU a remis en

cause la préférence communautaire, ce n'était que pour les marchandises provenant des États du Commonwealth et cela ne jouait qu'en faveur du Royaume-Uni. Malgré tout, une brèche dans la conception initiale de la CEE était donc réalisée sans que personne n'en mesure toutes les conséquences. Les bouleversements importants vont survenir à cause des français et des britanniques. Le général de Gaulle avait prévenu et depuis 1964 barrait la route de la CEE aux britanniques en opposant le veto français à leur entrée. Il savait que le Royaume-Uni et la France auraient du mal à s'entendre.

En fait, les britanniques dès leur adhésion à la CEE en 1972 ont, pour des raisons budgétaires, le FEOGA et la PAC dans le collimateur. Ils souhaitent également une révision du budget de la CEE. En effet, lors de son entrée officielle dans la CEE, le 1^{er} janvier 1973, le Royaume-Uni est devenu l'un des États membres qui financent le plus le budget CEE avec l'Allemagne, la France et l'Italie. Alors qu'en termes de richesse, le RU était alors au huitième rang sur neuf États membres. Très vite, les britanniques le font donc remarquer. De plus, ils vont en contrepartie ne recevoir que très peu dans le cadre de la PAC. Cette dernière représente à l'époque 75% du budget européen. Dès leur entrée dans la CEE, ils ont donc milité pour une révision de la PAC et du financement du budget communautaire sans succès car les français notamment s'y sont opposés. Margaret Thatcher réclame elle aussi depuis son arrivée au pouvoir en 1979 une réforme de la PAC et une révision budgétaire mais n'obtient ni l'une ni l'autre. De guerre lasse, elle décide en 1984 de bloquer l'adoption du budget 1985 de la CEE sauf si une contrepartie financière lui est accordée : son fameux chèque¹³.

Après quelques tensions, la bourse communautaire s'ouvre enfin au RU, ce qui a des conséquences sur le FEOGA qui est alors privé d'une partie de son financement. Le premier coup dur concernant le FEOGA provient donc de dissensions internes surtout entre la France et le Royaume-Uni. On aurait pu négocier une réforme du budget qui viendra mais trop tard, seulement en 1988. Le mal est fait. Le second coup dur porté au FEOGA est venu également de l'intérieur en raison de la surproduction laitière. En effet, le lien entre subvention et production, auquel s'ajoutait le mécanisme de rachat des productions à un prix intéressant va faire gonfler tout d'abord la production laitière de façon déraisonnable et va amener la réforme mettant en place les quotas laitiers en 1984. Cette surproduction, les britanniques n'y sont pas étrangers car c'est au Royaume-Uni que l'on a dénombré le plus grand nombre d'« usines à lait », dont la majorité de la production allait directement dans les stocks communautaires. Ils ne sont, bien entendu, pas les seuls à avoir fait cela et à avoir abusé de la PAC¹⁴. La surproduction a progressivement touché

¹³ Sur la période 2006-2013 cela représente une perte d'environ 30 milliards d'euros pour le budget européen.

¹⁴ Il y avait aussi beaucoup d'usines à lait aux Pays-Bas.

presque tous les secteurs et la réforme de 1988 a imposé les stabilisateurs agricoles, autrement dit des quotas partout où cela s'avérait nécessaire. La fraude aux subventions s'est développée. Le néolibéralisme s'est sans aucun doute nourri lui aussi aux mamelles du FEOGA en abusant du système pour peut-être le détruire de l'intérieur. Cependant, ni la Commission européenne qui n'en avait pas les moyens à l'époque, ni les États ne contrôlaient réellement le bien fondé des subventions. Les fraudes et les abus n'étaient pas en général l'œuvre des agriculteurs mais de certains négociants et de certains intermédiaires en particulier à l'exportation.

Le néolibéralisme va réellement frapper le FEOGA lors des négociations entre la CEE et le GATT à partir de 1986 qui ont abouti à la réforme de la PAC de 1992. La PAC est la cible du GATT. En interne la surproduction n'est pas enrayée, les dépenses augmentent et les crises sanitaires et environnementales ont commencé. L'abus de pesticides et d'autres substances dangereuses pour la santé humaine et pour l'environnement en vue de toujours produire plus et à moindres coûts font des ravages. La réforme de 1992 répond donc aux attentes du GATT et commence à mettre un peu d'ordre dans la PAC. La baisse des prix garantis aux agriculteurs débute pour les rapprocher des cours mondiaux. De ce fait les subventions aux exportations se réduisent aussi. La préférence communautaire est là encore mise à mal. En 1994, l'office anti-fraude (OLAF) a débuté son difficile travail et les États sont appelés à collaborer. La réforme de la PAC en 1999, cette fois-ci dans le cadre de l'OMC, a encore plus d'ampleur et a permis en même temps de soigner les maux internes de la PAC. Les prix garantis baissent encore et les mécanismes d'intervention sur les marchés se réduisent. Les subventions aux exportations en subissent également les conséquences. Parallèlement, des mesures sont prises pour mieux respecter l'environnement et la sécurité alimentaire. La crise de la vache folle vient de se dérouler et a touché tout particulièrement le Royaume-Uni avec le scandale de la farine carnée donnée aux herbivores qui a eu des conséquences terribles pour les humains avec des centaines de décès¹⁵. Mais il a fallu attendre la grande réforme de 2003 pour couper le lien entre productions agricoles et subventions et imposer le respect de règles sanitaires et environnementales pour l'obtention des aides. Cette réforme est encore pour partie due à l'OMC mais elle est aussi dictée par l'arrivée programmée en 2004 de dix nouveaux membres qui vont émarger au FEOGA. Ces nouveaux États membres seront des bénéficiaires nets du budget de l'UE. Puis en 2013, la dernière réforme de la PAC est intervenue mais elle était prévue puisque la période de transition pour les nouveaux entrants prenait fin. Ils ont en effet profité progressivement du FEOGA à partir

¹⁵ Maladie de Creutzfeldt-Jakob avec la transmission de l'encéphalite spongiforme bovine à l'être humain.

de 2004 : 25 % des subventions prévues la première année pour atteindre 100% en 2013 dans le cadre du FEAGA.

En 2013 se sont déroulées également les discussions budgétaires sur l'adoption du nouveau cadre financier pluriannuel pour la période 2014-2020. Et, pour la première fois de toute l'histoire de la construction européenne, un cadre financier pluriannuel a été adopté en baisse. On pouvait s'y attendre avec la crise budgétaire subie par beaucoup d'États membres et en particulier par les États financeurs de l'UE¹⁶. La France a aussi laissé quelques plumes dans la bagarre au sein de la basse-cour européenne en perdant 100 millions d'euros d'aides agricoles dont le montant en faveur de la France était pourtant gelé d'un commun accord depuis 2006. Le président français a finalement pu récupérer les 100 millions grâce à la Commission européenne mais sur un autre fonds. La PAC avait été à nouveau mise sur la sellette par les britanniques demandant toujours une réforme complète de celle-ci. C'était la réponse du berger à la bergère car la France, quelques autres États membres ainsi que la Commission européenne avaient auparavant demandé au Royaume-Uni d'abandonner son rabais. C'était donc le rabais contre la réforme mais personne n'a voulu céder. La baisse du cadre financier pluriannuel 2014-2020 s'explique d'une part en raison de la crise financière et de la crise de la dette souveraine qui a suivi. Les États riches n'étaient plus très enclins à augmenter leurs contributions au budget européen. Mécaniquement cela entraînait une augmentation de leurs dépenses et donc de leurs déficits et de leurs dettes¹⁷. D'autre part depuis 2011, le budget européen était en déficit. Il a atteint fin 2013 plus de 20 milliards d'euros de déficit cumulé¹⁸.

Pour revenir à la question agricole, il est encore nécessaire de souligner que lors des négociations avec l'OMC, il a fallu mettre fin dès 1999 au système des prélèvements agricoles pour les produits venus de pays tiers, remplacé par un mécanisme beaucoup moins avantageux : le système des équivalents tarifaires. Et petit à petit les barrières tarifaires sont presque toutes tombées pour les produits agricoles. Le néolibéralisme a donc eu raison en partie de la politique protectionniste européenne. La dernière réforme de 2013 avantage un peu les petites exploitations de moins de 52 hectares au détriment des plus grosses qui captaient jusqu'alors la majeure partie des subventions. Mais en

¹⁶ Les États contributeurs nets de l'UE ne sont que onze sur vingt-huit États membres. Sur ce sujet, v. notre article « L'impact du budget de l'UE sur le financement des politiques publiques », in *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, L'Harmattan 2014.

¹⁷ Et donc le non respect ou l'accentuation du non respect du pacte de stabilité monétaire.

¹⁸ V. notre article *préc.* sur « L'impact du budget de l'UE sur le financement des politiques publiques » et « L'impact du budget de l'UE » in *Der Rechtsstaat zwischen Ökonomie und Ökologie*, Mohr Siebeck 2014.

réalité, il s'agit de compenser les effets induits des aides qui jusqu'alors favorisaient les grandes exploitations. Par ailleurs, les aides sont davantage conditionnées au respect de nombreuses normes sanitaires et environnementales. Cela a lourdement contribué à l'endettement des agriculteurs qui ont eu de plus en plus de mal à rembourser leurs dettes. Mais, certaines aides directes à la production ont pu être rétablies car certains secteurs étaient devenus déficitaires. L'offre ne répondait plus à la demande. En 2015, les quotas laitiers ont été supprimés. Toutefois, tout cela n'est pas suffisant pour maintenir un niveau de vie décent en faveur des agriculteurs dans un État où le niveau de vie est élevé. Le rapprochement avec les cours mondiaux s'est aussi accentué ainsi que parallèlement celui avec la loi de l'offre et de la demande.

Les agriculteurs de l'Europe de l'ouest en particulier, ont de plus en plus de difficultés et notamment en France pour faire face à la baisse régulière des prix. Les consommateurs ne profitent même pas ou peu en règle générale de ces baisses de prix. Ce sont les intermédiaires et les distributeurs qui en profitent pour élargir leurs marges. C'est d'autant plus difficile pour nos agriculteurs de continuer à vivre de leur travail que, les exploitations agricoles de l'ouest européen sont soumises à des normes sociales et fiscales nationales plus draconiennes qu'à l'Est. D'ailleurs certains agriculteurs de l'ouest européen ont finalement choisi de s'établir en Europe de l'est et notamment en Pologne suivant ainsi l'exemple des investisseurs en col blanc attirés par les subventions agricoles, par les coûts de production faibles et par des normes plus accueillantes. Le néolibéralisme présent dans les pays d'Europe centrale et orientale (PECO) depuis la fin de l'ex-URSS a produit des effets d'aspiration des investissements dans l'agriculture. De plus, la PAC qui relevait de la compétence exclusive de l'UE est devenue avec le traité de Lisbonne une simple compétence partagée avec les États membres. Elle a été en partie « renationalisée », en raison d'une part du manque de crédits européens et d'autre part afin de plus responsabiliser les États membres. C'était l'un des souhaits du gouvernement britannique.

Le FEOGA a donc vu son rôle se transformer avec le néolibéralisme et il le sert aussi de plus en plus car il avantage maintenant depuis 2004 et surtout 2013¹⁹, les exploitants agricoles des PECO qui possèdent en plus des aides du FEAGA et du FEADER des avantages concurrentiels énormes sur leurs voisins européens. C'est le double effet néolibéral qui donne toute sa puissance dans le cadre de la politique régionale appelée maintenant politique de cohésion. En effet, parallèlement à la remise en cause du rôle du FEOGA et de ses successeurs le FEAGA et le FEADER, le néolibéralisme a profité de la création du fonds européen de développement régional (FEDER) et de la politique régionale pour s'étendre. Cela est tout particulièrement vrai depuis 2004 avec le

¹⁹ C'est l'année où la PAC a pris son plein effet vis-à-vis des PECO.

développement de la politique de cohésion au profit des PECO. Cette politique dite de cohésion sert avant tout les intérêts du néolibéralisme.

II. L'INEVITABLE DEVELOPPEMENT DE LA POLITIQUE DITE DE COHESION

Cette nouvelle politique a été souhaitée par le Royaume-Uni (A) et elle est au service du néolibéralisme ambiant (B).

A. UNE NOUVELLE POLITIQUE VOULUE PAR LE ROYAUME-UNI

Les britanniques, à peine le traité d'adhésion signé, ont proposé à leurs nouveaux partenaires dès la fin de 1972 lors d'une conférence au sommet, la mise en œuvre d'une nouvelle politique commune fondée sur le principe de solidarité financière tout comme la PAC. Il s'agissait de la désormais célèbre politique régionale dénommée maintenant politique de cohésion économique, sociale et territoriale. Cette proposition est à replacer dans le contexte financier de l'époque car les trois-quarts des dépenses du budget communautaire étaient consacrés à la PAC par le biais du FEOGA dont la France était de loin le premier bénéficiaire comme nous l'avons vu précédemment. Le gouvernement britannique a voulu dès son entrée dans la CEE l'ouverture d'un nouveau chantier européen destiné à réduire les dépenses de la PAC. Cette politique a vu le jour en 1975 après trois ans de gestation. Le principe est donc d'aider notamment les régions les plus défavorisées de la CEE ou les plus touchées par le chômage ou la crise économique. Le premier choc pétrolier vient d'avoir ses premiers effets dévastateurs, ce qui a d'ailleurs mis sur orbite la politique régionale que le gouvernement français ne voyait pas d'un très bon œil entre 1972 et 1974.

Le nouveau Président français, Valéry Giscard d'Estaing élu en 1974 a accepté le lancement de cette nouvelle politique en obtenant des garanties pour la France concernant la PAC. La crainte de la France, c'était la baisse des aides en faveur de ses agriculteurs avec l'avènement de cette nouvelle politique régionale ainsi que la possible remise en cause des recettes budgétaires de la CEE. En effet, la politique régionale devait profiter surtout au Royaume-Uni grâce au fonds européen de développement régional (FEDER). Ainsi, elle compensera d'une part la grosse contribution britannique au budget communautaire et d'autre part les fortes aides allouées à la France dans le cadre de la PAC. Il s'agit donc d'une compensation destinée à éviter les affrontements à propos du FEOGA et de la grosse contribution britannique. D'ailleurs, si les britanniques ont voté oui majoritairement au référendum de

1975 sur leur maintien ou non dans la CEE, c'est en grande partie grâce à la création du FEDER qui allait leur rapporter des livres sterling.

Pourtant, la « bataille des fonds » ne faisait que commencer. L'objectif des britanniques était d'arriver à équilibrer ces deux politiques et donc à court terme les deux fonds communautaires tandis que l'objectif des français était de donner la priorité au FEOGA et donc à la PAC tout en essayant de retirer le maximum du FEDER. Comme l'indique Montesquieu dans l'esprit des lois : « Sitôt que les hommes sont en société, ils perdent le sentiment de leur faiblesse ; l'égalité qui est entre eux cesse, et l'état de guerre commence ». Toutefois, ces deux positions, s'expliquent et se comprennent pour des raisons nationales, mais allaient à l'encontre du néolibéralisme. Dans le lit européen, la France veut garder absolument sa « couverture » budgétaire tandis que le Royaume-Uni aimerait bien en avoir un peu plus, ou bien avoir un peu moins de dépenses pour le financement de la PAC. Le Royaume-Uni ne voulait donc pas continuer à financer l'agriculture française. Le néolibéralisme imposé en politique interne par Margaret Thatcher à partir de son accession au pouvoir le 4 mai 1979 va être confronté très vite aux fonds communautaires et à la politique budgétaire européenne. En effet, en 1979, le FEOGA domine de loin encore la vie communautaire tandis que le FEDER ne représente que moins de 20% des dépenses communes. De plus, le budget européen qui reposait alors principalement sur la recette TVA des États membres désavantage considérablement le RU dont l'assiette de TVA était beaucoup plus large que dans tous les autres États membres. De sorte que, le Royaume-Uni finançait énormément le FEOGA et le FEDER mais n'en retirait que peu. De plus le RU est à l'époque un pays pauvre de la Communauté puisque son PIB est inférieur à la moyenne des États membres mais il est contributeur net, ce qui est paradoxal. Tandis que la France, l'un des deux pays les plus riches est alors un bénéficiaire net grâce à la poule aux œufs d'or que sont, pour elle, la PAC et le FEOGA. D'autant plus que depuis la création du FEDER en 1975 et le statu quo qui a suivi, la Grèce est entrée dans le marché commun en 1981. Elle a attirée vers elle à la fois des subventions en provenance du FEOGA, mais aussi beaucoup du FEDER, sans apporter d'argent. Mais, ce qui a surtout contribué à la crise de 1984, c'est l'arrivée programmée pour 1986 de deux nouveaux pays pauvres : l'Espagne et le Portugal, futurs gros consommateurs de subventions du FEOGA et du FEDER. La France ne voulait pas que l'on remette en cause le chèque européen fait en faveur de ses agriculteurs. Elle a eu gain de cause, mais en compensation « la dame de fer » a obtenu son « chèque » ou « rabais » britannique qui lui permet de récupérer 66% de sa contribution. Les autres États membres lui ont ainsi accordé une ristourne, aujourd'hui principalement financée par la France et par l'Italie. Puis, en 1992, le traité de Maastricht a prévu la création du fonds de cohésion en faveur des États membres les plus pauvres. Ce fonds a complété les actions du FEDER et du FSE. Ces trois fonds

forment ainsi depuis, ce que l'on dénomme la politique de cohésion économique, sociale et territoriale. La politique régionale désirée par le Royaume-Uni est donc devenue la rivale de la PAC. Cette politique s'est progressivement développée avec l'arrivée de plus en plus de pays bénéficiaires. Elle a été consacrée en tant que politique de cohésion par le traité de Nice en 2001. Elle se révèle être aujourd'hui principalement au service du développement du néolibéralisme.

B. UNE POLITIQUE AU SERVICE DU NEOLIBERALISME

Cette politique a pris beaucoup d'ampleur surtout depuis les élargissements successifs de 2004, 2007 et 2013 dont le Royaume-Uni était le plus ardent défenseur. Tony Blair, premier ministre britannique à l'époque, a d'ailleurs accepté de faire une légère concession budgétaire à l'occasion de l'élargissement de 2004, puisque tous les nouveaux États allaient devenir des bénéficiaires nets du budget européen. Aujourd'hui, les nouveaux États membres captent tout le fonds de cohésion, et une grande partie du FSE et du FEDER. La Pologne, le plus grand des nouveaux venus, capte le plus d'aides dans le domaine de la politique de cohésion auxquelles s'ajoutent les aides du FEAGA et du FEADER. Elle obtient plus de 11 % non pas de l'ensemble des fonds européens mais de la totalité du budget européen²⁰. Cela représente environ 16 milliards d'euros d'aides européennes en 2014, soit 10 % de son propre budget²¹. C'est le pays qui bénéficie du solde le plus favorable en ne donnant qu'environ 4 milliards au budget de l'UE. La Pologne reçoit donc de l'Union européenne un solde positif d'environ 12 milliards nets par an. Cela représente de l'ordre de 84 milliards nets sur la période 2014-2020. Le solde négatif de la France est quant à lui d'environ 10 milliards par an donc 70 milliards environ de contribution dans le cadre du principe de solidarité. La somme de 16 milliards que perçoit la Pologne actuellement correspond aussi à la totalité des aides que la France va percevoir sur l'ensemble de la période 2014-2020 en matière de politique de cohésion. La France ne percevra donc qu'à peine un peu plus de 2,2 milliards par an au titre de la politique de cohésion alors qu'elle est dans une situation économique et sociale très difficile...

Il est aussi nécessaire de préciser que les règles juridiques en Pologne sont très favorables aux investisseurs et aux entreprises. Elle aspire forcément les investissements notamment en provenance des pays de l'Europe de l'ouest dans lesquels les législations sociales, administratives et fiscales sont beaucoup plus

²⁰ De l'ordre de 143 milliards d'euros en 2015.

²¹ Source provenant du site web du Parlement européen : « le budget de l'UE en un coup d'œil ».

exigeantes. Les investisseurs en Pologne, qu'ils soient polonais, originaires d'autres États membres ou de pays tiers à l'UE profitent donc en plus de ce climat juridique et fiscal très favorable, de la manne européenne grâce aux fonds européens. Toutes les entreprises qui sont créées en Pologne ou qui y possèdent des filiales se développent en faisant des bénéfices record, en partie en raison des fonds communautaires et de l'hospitalité polonaise. Le cas de la Pologne est le plus représentatif. C'est le seul État membre qui n'a pas connu la crise et qui possède la meilleure croissance économique. Mais c'est le pays qui reçoit le plus d'aides économiques. Ceci grâce aux États membres qui financent les fonds européens et qui ont des normes sociales élevées. C'est à peu près le même scénario auquel on assiste dans la plupart des pays d'Europe centrale et orientale (PECO). On peut d'ailleurs s'interroger d'une part sur la pertinence des mécanismes relatifs au calcul du PIB par État qui sert à la répartition des sommes du fonds de cohésion et d'une partie des autres fonds. D'autre part, on peut aussi légitimement s'interroger sur le fait de savoir s'il ne faudrait pas ajouter au critère du PIB d'autres critères d'attribution des aides s'agissant des aides basées exclusivement sur ce critère. Le dumping social et fiscal conforte la situation économique des PECO. Et cela oblige les États membres de l'Europe de l'ouest qui ne l'ont pas encore fait, à adapter leurs législations en matière sociale et bientôt fiscale, et tout spécialement en matière de droit du travail. A ce propos, la France va revoir son code du travail au détriment des travailleurs²²... afin d'assurer une meilleure compétitivité de son économie.

La France et les autres États en surcharge ne décident plus pour l'essentiel ni de leurs normes ou ni de leurs politiques, elles leurs sont imposées. Lorsque ces normes sont voulues par des règlements ou des directives européennes, cela paraît normal compte-tenu des engagements des États membres à l'égard de la construction européenne. Mais, en matière sociale et fiscale, l'obligation provient des États membres qui font régner le dumping social et fiscal à l'intérieur même de l'Union européenne. Ces avantages sont en plus, ironie du sort, ou volonté délibérée, renforcés par la politique de cohésion financée par les États membres qui subissent le dumping. La politique européenne de cohésion économique, sociale et territoriale porte bien mal son nom. En effet, elle accentue les problèmes de compétitivité au lieu de les réduire. De plus, les États membres dans lesquels les législations sont favorables aux travailleurs et à l'ensemble des citoyens en subissent amèrement les conséquences. Ces différents États membres bénéficiaient jusqu'à une période récente d'administrations sociales et de services publics sociaux performants, d'une sécurité sociale, d'hôpitaux bien équipés et en personnels suffisants et correctement payés. Les prestations familiales et toutes les autres prestations

²² Rapport de janvier 2016 de Robert Badinter à ce sujet.

sociales y étaient conséquentes²³. Mais, ces États membres victimes de la concurrence infra européenne ne sont plus en mesure de respecter leurs engagements sociaux à l'égard de leurs citoyens et ne font d'année en année que réduire leurs interventions dans le domaine social. Ils ont, en effet, moins de rentrées fiscales du fait que les entreprises les fuient ou les boudent ou sont encore obligées tout simplement de mettre la clé sous la porte. Ces États perdent ainsi des salariés, donc d'autres contribuables, et forcément des consommateurs puisqu'il y a moins de masse salariale à dépenser. Donc, il y a aussi de moins en moins de recettes TVA. Certaines entreprises résistent malgré tout et restent sur leur territoire d'origine en Europe de l'ouest. Néanmoins, elles doivent aussi composer avec la directive de 1996 sur le détachement des travailleurs, texte très favorable aux travailleurs des PECO que l'on dénomme « travailleurs low-cost »²⁴. Les entreprises établies dans les PECO peuvent faire travailler des salariés dans les autres États membres dans le cadre de prestations de services. Elles ne paient que les charges dues dans leur État d'origine au titre de la liberté de prestation des services et sont donc avantagées. Toutefois, elles ont l'obligation de rémunérer leurs employés selon la législation du pays dans lequel la prestation est fournie.

Au sein même des États membres de l'Europe de l'ouest, on a assisté très tôt à une concurrence entre États dans le domaine social et le domaine fiscal. Dès 1980, le Royaume-Uni s'est attaqué aux droits des travailleurs et aux services publics avec de plus une politique fiscale attrayante pour les investisseurs et les entreprises²⁵. En Irlande, on a assisté à peu près la même évolution. D'autres États de l'ouest l'ont suivi plus ou moins contraints comme en Espagne, au Portugal ou en Grèce. C'est cela le plus insidieux : le ver est dans le fruit. Certains États membres ont voulu tirer les droits sociaux vers le bas et ils y sont parvenus avec l'aide en partie de la politique européenne de cohésion. En effet, elle contribue à obliger les responsables politiques de plusieurs États membres de l'ouest européen, y compris des gouvernements de gauche à mettre en œuvre, parfois à leur corps défendant, le néolibéralisme. Ils remettent ainsi en cause les droits des travailleurs et des citoyens, des droits conquis depuis longtemps parfois et de haute lutte. Le paradoxe provient du fait que le RU possède le plus fort taux d'immigration infra européenne et doit faire face à un flot toujours plus grand de citoyens européens surtout en provenance d'Europe de l'est. Son système social en subit de lourdes conséquences. En

²³ La France a notamment allongé la durée de cotisations pour la retraite et a mis fin aux allocations familiales pour toutes les familles.

²⁴ Cette directive est en cours de révision à la demande de la France et de l'Allemagne mais de nombreux États ne souhaitent pas la retoucher.

²⁵ Malgré tout, le RU continue à attirer de nombreux citoyens européens et d'autres migrants.

particulier son « Health service »²⁶ gratuit qui a résisté à la vague néolibérale. La forte concentration de polonais dans certaines villes anglaises a obligé les autorités locales à prévoir des panneaux d'informations et d'interdictions en polonais...

Cependant, deux autres politiques européennes bénéficient par ricochet aux PECO, mais aussi à certains Etats de l'Europe de l'ouest, dont le Royaume-Uni, qui favorisent les investisseurs. Il s'agit de la politique de concurrence et de la politique commerciale commune. En effet, les règles européennes de concurrence²⁷ applicables partout en Europe de la même manière favorisent les entreprises implantées sur des terres accueillantes. Les entreprises situées dans des Etats où les règles sont plus favorables aux travailleurs et la fiscalité plus importante sont de facto défavorisées en matière de concurrence. De plus, les aides publiques obtenues par les entreprises dans le cadre des fonds européens sont considérées comme étant en principe compatibles avec les règles européennes de concurrence. Et finalement, il n'y a aucun mécanisme correctif européen pour tenir compte de ces déséquilibres entre entreprises soumises à de grandes disparités sociales et fiscales, et pourtant à la même politique européenne de concurrence. De même, la politique commerciale, dite commune, avec tous les accords de libre échange déjà en vigueur ou à venir, avantage les entreprises installées dans des Etats membres où les législations sociales et fiscales leurs sont favorables. Tout cet ensemble met en exergue le problème crucial du manque de cohésion économique, sociale et territoriale au sein de l'UE que renforce paradoxalement la politique européenne dite de cohésion.

* *

*

L'attribution des fonds européens évolue aujourd'hui dans un paysage juridique varié dans lequel domine de plus en plus le néolibéralisme. Nous venons de voir comment petit à petit la PAC a été dans l'obligation de céder à l'influence de plus en plus prégnante du néolibéralisme. De sorte que les interventions dans le cadre du FEOGA ont été de plus en plus encadrées par le « dictat » néolibéral. Venu en grande partie du GATT et de l'OMC, il a été relayé par certains Etats membres, pour aboutir finalement à la suppression du FEOGA et à son remplacement par le FEAGA et le FEADER. Ces derniers continuent à aider l'agriculture européenne mais à des conditions drastiques en matière sanitaire et environnementale. Par ailleurs, ces fonds avantagent les

²⁶ Service de santé et de soins.

²⁷ En particulier l'interdiction de certaines ententes et de l'abus de position dominante mais surtout l'interdiction de certaines aides publiques.

agriculteurs des Etats membres qui pratiquent le dumping social et fiscal. L'agriculture française est la première en Europe mais pour combien de temps encore ?

Ensuite, nous avons également insisté sur l'impact énorme de la politique dite de cohésion qui donne beaucoup à des États déjà avantagés en matière de compétitivité sans tenir compte des conséquences néfastes ajoutées par ces aides. Par contrecoup, les États membres dont les législations sociales sont les plus élaborées doivent se soumettre. On nous impose une cohésion par le bas. La cohésion par le haut est possible. Il faudrait conditionner l'octroi de l'ensemble de ces fonds au respect d'un socle commun de législations sociales et fiscales, à l'instar de la PAC conditionnée maintenant au respect de normes sanitaires et environnementales. D'ailleurs l'agriculture souffre aussi comme nous l'avons déjà souligné, de plus en plus de ce déséquilibre en matière de législation sociale et fiscale. Il serait donc également nécessaire de conditionner les aides agricoles au respect de règles sociales et fiscales. Ces politiques sont à revoir complètement.

La compétition intra européenne en matière économique bénéficie donc à tous les États dans lesquels le néolibéralisme a proliféré au détriment le plus souvent de leurs propres citoyens comme au Royaume-Uni. Cependant, les citoyens des autres États membres développés subissent le nivellement par le bas, en France, tout particulièrement depuis l'élargissement de 2004. Les citoyens sont triplement pénalisés car ils perdent leur emploi, leur statut social mais ils perdent aussi parallèlement des services publics et des administrations performantes et enfin les prestations sociales fondent également. C'est donc l'absence de politique sociale commune de l'Union européenne donc d'une harmonisation des législations sociales et aussi l'absence d'une politique fiscale commune qui nous plongent dans les difficultés. Laurent Fabius²⁸ ministre des affaires étrangères avait annoncé ce désastre européen. Il s'est prononcé notamment pour cette raison contre la constitution européenne en 2005 lors de la campagne référendaire organisée en France qui a d'ailleurs vu le non l'emporter. Il avait vu juste. Jean-François Deniau avait souligné lui aussi mais dès 1958 qu'il fallait pour réussir le marché commun harmoniser les salaires et les législations sociales et fiscales²⁹.

La seule possibilité offerte aujourd'hui aux États membres puisque les rentrées fiscales fondent comme neige au soleil est de se tourner vers le néolibéralisme. Ils doivent non seulement revenir sur les acquis sociaux et les prestations sociales, mais pour respecter leurs engagements européens dans le cadre du pacte de stabilité, ils doivent aussi pratiquer des restrictions budgétaires énormes par la suppression de nombreux postes de fonctionnaires,

²⁸ Ancien premier ministre entre 1984 et 1986 du Président François Mitterrand.

²⁹ Deniau J.-F., *Le marché commun*, Paris, PUF 1958.

le gel des salaires, voire des baisses de salaires, et faire disparaître les services publics. Pire, les fonctions régaliennes sont touchées directement par le manque de recettes fiscales et les services publics de la police, de l'armée et de la justice déperissent. L'État déperit. L'augmentation des impôts n'est pas non plus la solution puisque cela engendre nécessairement de nouvelles fuites de capitaux et encore moins d'entreprises et moins de travailleurs. On constate déjà la baisse du nombre de contribuables avec le manque de compétitivité et on ne fait qu'accroître la baisse du rendement des impôts en les augmentant. Les emprunts et les dettes ne peuvent plus être un recours non plus si on ne peut plus les rembourser. Même avec des emprunts à des taux négatifs³⁰, il avoie l'argent pour les rembourser. Ainsi les États membres de l'Union européenne adeptes du néolibéralisme qui favorisent les entreprises et les actionnaires au détriment des travailleurs et de tous les citoyens arrivent à imposer petit à petit à tous les autres États membres le néolibéralisme. Les principes du marché européen unique leur facilitent la tâche avec la libre circulation des marchandises, des travailleurs, des services et des capitaux avec de surcroît la mondialisation des échanges imposée par l'OMC.

Ici, une remarque supplémentaire s'impose : non seulement ce procédé permet au néolibéralisme de se développer dans l'Union européenne mais aussi du même coup au fédéralisme de s'imposer petit à petit aux États membres de la zone euro, en s'attaquant aux fonctions régaliennes des grands États (exception faite du Royaume-Uni qui ne participe pas totalement à l'espace Schengen³¹ et qui n'est pas dans la zone euro). En France, tout cela s'est traduit par ce que l'on appelle pompeusement la RGPP la réforme générale des politiques publiques. Ce n'est pas seulement le pacte de stabilité et les règles de 3% du déficit public et de 60% de la dette par rapport au PIB qui nous obligent à faire ces coupes sombres qui frappent toutes nos législations pourtant acquises après de longues luttes par les travailleurs et par les syndicats de travailleurs ; c'est surtout la lutte sociale et fiscale intestine entre États membres de l'Union européenne accentuée par la politique de cohésion. Union européenne elle-même soumise au néolibéralisme de l'OMC et aux nombreux accords de libre-échange qu'elle a elle-même négociés.

De plus, les économistes français orthodoxes comme le célèbre Jean Tirole³² connu pour être proche du pouvoir prêchent en faveur des restrictions budgétaires nécessaires pour le bien commun. Ils ajoutent de la sorte consciemment ou non leurs voix aux néolibéraux quant ils ne sont pas eux-mêmes néolibéraux. Cette pensée unique de l'économie orthodoxe

³⁰ La France obtient régulièrement des emprunts à des taux négatifs sur le marché international des capitaux.

³¹ Le Royaume-Uni et l'Irlande ont continué à opérer les contrôles d'identité aux frontières.

³² Prix Nobel d'économie 2014 (prix de la banque de suède).

néolibérale utilise la méthode de la « violence symbolique » comme l'a dit Pierre Bourdieu. Elle veut s'imposer à tous comme une évidence, un dogme et imposer son cortège de mauvaises nouvelles sociales³³. Bourdieu se disait sociologue « Pascalien » mais il était du même combat que les keynésiens et tous les économistes hétérodoxes. Les économistes hétérodoxes sont très mal perçus en France³⁴ et pour cause car leur opinion est diamétralement opposée aux orthodoxes et sont pour beaucoup d'entre eux keynésiens. L'économiste français Thomas Piketty est proche de ces derniers et défend la veuve et l'orphelin face à l'ogre capitaliste qui souhaite toujours plus. Dans plusieurs articles et dans son livre « le capitalisme au vingt et unième siècle », il évoque l'absurdité de vouloir imposer le pacte de stabilité, en particulier le traité de 2012 établissant la règle d'or et de plus à des États se trouvant dans des situations économiques et sociales très différentes. Il croit encore en l'UE qu'il exhorte à réaliser rapidement au moins une harmonisation de la fiscalité des grandes entreprises. Sinon, il ne rejette pas l'option de la sortie de l'Union européenne³⁵. Ainsi, il souhaite que l'on prenne en considération les inégalités sociales engendrées par le néolibéralisme dans sa volonté d'imposer la loi du plus fort, on pense au grand économiste trop méconnu en France : Anthony Atkinson professeur à la « *London school of economics* » et disciple de Keynes qui étudie depuis quarante ans la question des inégalités sociales et qui souhaiterait mettre l'économie au service des plus faibles³⁶.

Toutes ces coupes budgétaires voulues par l'Union européenne – voulues par les États membres eux-mêmes puisqu'ils ont adopté le pacte de stabilité en 1997 l'ont renouvelé depuis en 2005 puis en 2012 –, voulues par les néolibéraux et par les économistes orthodoxes frappent les fondements mêmes de la France, ses valeurs d'égalité, de solidarité et de fraternité. La liberté des plus riches et des plus puissants ne doit pas s'imposer aux plus faibles d'entre nous. Les bases mêmes de la démocratie sont en danger. Que les droits fondamentaux des citoyens européens soient protégés par la charte européenne des droits fondamentaux est certes une bonne chose mais cette dernière ne doit faire oublier la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et tous les autres droits acquis en faveur des travailleurs et des citoyens. Au bout du compte, il ne faut pas une citoyenneté européenne au rabais.

Non seulement les législations favorables aux travailleurs et aux citoyens risquent de disparaître mais aussi tout ce qui fait que la France est un État. Les fonctions régaliennes, notre justice, notre police et même notre défense

³³ Bourdieu P., *La misère du monde*, Paris, Seuil 2007.

³⁴ Ils publient en France en particulier dans la revue « Alternatives économiques ».

³⁵ Piketty T. in notamment *web journal Le monde* du 28.1.2016.

³⁶ Atkinson A., *Inequality: What can we do?*, Harvard University Press 2015.

nationale risquent donc de disparaître³⁷. Au-delà du pacte de stabilité, c'est aussi le dumping social, administratif et fiscal des nouveaux États membres et de certains États membres anciens dont le Royaume-Uni, consolidé par le FEDER, le FSE et le fonds de cohésion mais aussi dans une certaine mesure par le FEAGA et le FEADER qui nous amènent à réduire la voilure étatique. Comme le souligne fort justement Jean-Bernard Auby : « La maîtrise de l'État sur le droit décline de manière générale. La globalisation juridique est un défi à la centralité juridique de l'État, à la territorialité du droit, voire à la différenciation des systèmes juridiques nationaux »³⁸. Même la formation des futurs citoyens français est touchée de plein fouet avec des restrictions budgétaires très importantes dans l'Éducation nationale et tout particulièrement dans l'enseignement supérieur. Comme l'indiquait Danton : « Après le pain, l'éducation est le premier besoin d'un peuple ». L'avenir de la France et de toute une génération sont ainsi très sérieusement hypothéqués. La France finance principalement tous les fonds européens avec l'Allemagne et l'Italie et tout particulièrement la politique dite de cohésion qu'elle subit. Elle donne ainsi aujourd'hui beaucoup au néolibéralisme pour qu'il puisse prospérer à ses dépens. Elle fait bénéficier les PECO de près de 10 milliards par an pour qu'ils puissent attirer de plus en plus d'entreprises et qu'ils puissent profiter « à fond » des accords de libre échange entre l'Union européenne et les États tiers. Et bien entendu les entreprises implantées dans l'ensemble des pays cléments vis-à-vis d'elles sont ainsi mieux armées pour échapper aux règles de concurrence européennes. 10 milliards c'est le montant approximatif du solde négatif de la France vis-à-vis de l'Europe.

Il est donc nécessaire de remettre à plat la politique de cohésion et d'harmoniser la fiscalité des entreprises ainsi que les droits sociaux des travailleurs et des citoyens. Il faut aussi parallèlement réformer le budget de l'UE. Dans le même temps, il semble opportun que la France continue à ne pas vouloir respecter le pacte de stabilité monétaire. Sa vocation était de garantir un euro fort mais il a suffi à la BCE de racheter de la dette aux États membres pour déprécier l'euro et remettre ainsi en question le pacte. Cela a aussi permis de rendre notre économie plus compétitive³⁹.

³⁷ Le Président de la République François Hollande au lendemain des attentats du 13 novembre 2015 à Paris qui ont fait plus de 130 victimes a remis en cause le pacte de stabilité en mettant en avant le pacte de sécurité. Il a ainsi décidé d'augmenter de façon importante le nombre de postes de policiers, de gendarmes, de douaniers et de militaires afin d'assurer une meilleure sécurité de la France et de ses citoyens, ce qui conduira automatiquement la France à ne pas respecter le pacte de stabilité et par conséquent ses engagements européens.

³⁸ Auby J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien 2003.

³⁹ La France utilisait souvent les dévaluations compétitives avant l'arrivée de l'euro.

Il est encore temps aujourd'hui pour notre Président de la République François Hollande d'une part d'enfiler le costume du général de Gaulle et de dire non à cette Europe-là comme ce dernier l'avait fait en juin 1965 pour sauver notre agriculture, et d'autre part de dire aussi à son tour comme Margareth Thatcher : « *I want my money back* ».

Il faudrait réussir à enfin faire régner la justice sociale par le haut comme les États membres s'y sont pourtant engagés à l'origine et appliquer ainsi tous ensemble ce qu'a écrit le poète humaniste britannique James Montgomery : « Où règne la justice, c'est à la liberté d'obéir »⁴⁰.

⁴⁰ James Montgomery poète écossais (1771 -1854) dont l'une des œuvres les plus connues parue en 1819 est *Greenland and other poems*.

DU SOCIALISME MUNICIPAL AU NÉO-LIBÉRALISME MUNICIPAL ?

Par
Antoine SIFFERT
Docteur en droit public
Membre du LexFEIM
de l'Université du Havre

Mots clés : Néolibéralisme – Socialisme municipal.

Depuis le début du XXe siècle, la notion d'intérêt public à l'intervention des personnes publiques dans l'économie s'est étendue, puisque celui-ci ne résulte plus exclusivement de la carence de l'initiative privée¹. L'action publique dans le domaine marchand – celle des communes en particulier – est donc potentiellement plus diversifiée et plus importante en 2016 qu'en 1930 ou en 1901, au point que l'on peut constater la « remunicipalisation » de certains services. Pourtant, cette évolution ne signifie pas que le socialisme municipal soit conforté. Ce paradoxe apparent se dénoue par le recours au droit.

Le socialisme municipal se caractérise par l'appropriation et la gestion collectives de certains services urbains au début du XXe siècle. Si à la suite des événements de la Commune de Paris, la répression sous les gouvernements d'Adolphe Thiers puis de la République bourgeoise a retardé l'unification du mouvement socialiste, la création de la SFIO en avril 1905 annonce les conquêtes à venir de plusieurs communes des banlieues parisiennes et lyonnaises en vue de la mise en œuvre du programme socialiste. De manière plus latente et profonde, le développement des services publics locaux répond à l'avènement de la question sociale². Œuvre du XIXe siècle, la combinaison de la Révolution industrielle et du suffrage universel a attisé les revendications des citoyens à l'égard de l'intervention des pouvoirs publics, et des municipalités en

¹ CE 31.5.2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, RFDA 2006. 1050.

² Donzelot J., *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Seuil 1994.

particulier. Ainsi, ponctué par la saignée de l'appareil productif français lors de la Grande guerre et par la remise en cause du principe du laissez-faire à partir de 1929, le premier tiers du XXe siècle constitue le terreau du socialisme municipal. Par la suite, bien que le Parti socialiste s'installe durablement dans le paysage politique et que l'interventionnisme des collectivités publiques ne soit pas en reste tout au long du siècle de l'État-providence, le mouvement du socialisme municipal s'estompe.

Notamment en raison de la réaction du Conseil d'État, le socialisme municipal ne survit pas à la période charnière des années 1930. Au travers d'une jurisprudence libérale, le juge administratif s'assure que les pouvoirs publics suppléent le fonctionnement du libre marché. Sous le contrôle du premier, les seconds ne méconnaissent jamais le jeu du marché. Cette primauté du marché invite à affirmer que, du point de vue du droit, le socialisme municipal n'a jamais existé. En outre, en ce début du XXIe siècle, la consécration du modèle de l'économie de marché³, auquel le Conseil d'État se réfère explicitement dans certaines décisions⁴, autorise les personnes publiques, et en particulier les communes, à intervenir directement dans l'économie à condition qu'elles respectent scrupuleusement l'intégrité de l'ordre concurrentiel. Conformément au projet néo-libéral, le marché n'est plus la limite de l'intervention publique. Il en devient la norme.

Si l'interventionnisme des communes ne révèle pas nécessairement l'emprise des doctrines socialistes, c'est que la nature des activités (fut-elle marchande) entreprises par les collectivités publiques importe moins que le régime juridique auquel elles sont soumises. Le « comment » est plus significatif que le « pourquoi » ou le « en vue de quoi » comme le souligne le Conseil d'État en introduction de son rapport annuel de 2015 sur *L'action économique des personnes publiques*⁵. Quand, dans un premier temps, le fonctionnement libre du marché est le principe et que l'intervention publique demeure secondaire, le socialisme municipal est contenu par une jurisprudence administrative libérale (I). Mais dès lors qu'au début du XXIe siècle, le marché devient l'unique référentiel du juge administratif, l'on vient à se demander si le socialisme municipal n'est pas revisité par le néo-libéralisme du Conseil d'État (II).

³ Clamour G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Paris 2006.

⁴ CE 13.7.2012, Cnté de cnes d'Erdre et Gesvres, req. n°347073, cs. 21 : valide le financement public projeté après avoir relevé « qu'aucun investisseur avisé en économie de marché ne pourrait assumer la construction de cet ouvrage en se finançant uniquement par son exploitation sur longue durée ».

⁵ CE, *L'action économique des personnes publiques*, Paris, DF 2015, p. 27.

I. LE SOCIALISME MUNICIPAL CONTENU PAR LA JURISPRUDENCE LIBERALE DU CONSEIL D'ETAT

Fidèle à la théorie classique des deux mondes et disposé à contrer le mouvement du socialisme municipal, le Conseil d'État conditionne la création de services publics locaux à l'inexistence du marché (A) et les soumet au droit commun des échanges (B).

A. LA CREATION DES SERVICES PUBLICS COMMUNAUX SUSPENDUE A L'EXISTENCE DU MARCHE

La distinction libérale entre les sphères privée et publique (1) confère un rôle subsidiaire aux collectivités publiques dans les activités économiques (2).

1. LA THEORIE LIBERALE DES DEUX MONDES

Héritage de la pensée physiocratique et de l'école des Lumières écossaises, « la théorie des deux mondes »⁶ domine le XIXe, siècle libéral par excellence. La Révolution de 1789 scelle la distinction entre la sphère privée, lieu de l'échange économique et des libertés individuelles, et la sphère publique, au sein de laquelle l'administration sert l'intérêt général. Le monde de la concurrence joute celui du service public. Parce que « la main invisible »⁷ du marché garantit la prospérité de la société, l'intervention des personnes publiques dans les activités économiques demeure exceptionnelle. Au nom du laissez-faire, le cantonnement de l'action publique au domaine non marchand révèle « la conception individualiste »⁸ du droit public classique dont la jurisprudence Casanova de 1901 est le paroxysme⁹.

⁶ En ce sens, v. Lebreton G., « Service public et concurrence », in *L'État interventionniste*, L'Harmattan 2012, p. 114 : « à l'origine existait ce qu'on propose d'appeler la "théorie des deux mondes". Jusqu'au début du XXe siècle, les rapports entre service public et concurrence étaient réduits au minimum. Le monde de l'administration était le monde du service public et non de la concurrence. Il était bien distinct du monde des personnes privées, qui apparaissait à l'inverse comme le monde de la concurrence et non du service public ».

⁷ Smith A., *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, livre IV, Paris, Economica 2002, p. 468.

⁸ Note Hauriou sous CE 29.3.1901, *Casanova*, S. 1901. 3. 75.

⁹ CE 29.3.1901, *Casanova*, préc.

2. LE ROLE SUBSIDIAIRE DES COMMUNES DANS LE DOMAINE ECONOMIQUE

La Grande guerre et la crise de 1929 atténuent l'aversion systématique du Conseil d'État envers l'intervention des personnes publiques dans l'économie. Alors que tout au long du XIXe siècle, l'interprétation du Décret d'Allarde par le Conseil traduit le libéralisme exacerbé de la juridiction administrative, l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers¹⁰ inaugure une nouvelle lecture de la liberté du commerce et de l'industrie. La légalité de l'intervention publique en matière économique n'est plus exceptionnelle. L'existence d'un intérêt public et des circonstances désormais particulières justifient la création de nouveaux services publics par les collectivités publiques. Cependant, dans la mesure où la vérification de ces deux conditions revient généralement au seul constat de la défaillance de l'initiative privée, l'interventionnisme public demeure subordonné au dysfonctionnement du marché. Au travers de cette jurisprudence, le champ des services publics communaux est donc nécessairement circonscrit par l'existence du marché. L'appropriation et la gestion collectives des services publics, caractéristiques du socialisme municipal, ne sauraient venir perturber le fonctionnement d'un marché au sein duquel les échanges entre l'offre et la demande s'ajustent naturellement selon la théorie libérale. Le « socialisme municipal » est ainsi toléré dans les limites acceptées par le libéralisme.

B. LE CONTENTIEUX DES SERVICES PUBLICS COMMUNAUX REGI PAR LE DROIT DU MARCHE

Au travers de la théorie des services publics industriels et commerciaux (SPIC) (1), le Conseil d'État et la doctrine publiciste ont soumis l'interventionnisme des communes à un régime juridique libéral (2).

1. LES SERVICES PUBLICS LOCAUX REGIS PAR LE DROIT COMMUN

Le libéralisme du Conseil d'État ne se traduit pas uniquement par la liberté du commerce et de l'industrie qui encadre la création des services publics locaux. Il est également perceptible au travers du régime juridique auquel les interventions des collectivités publiques dans le domaine économique sont soumises. Grâce à la théorie des SPIC, fondée sur la décision du Tribunal des

¹⁰ CE 30.5.1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, R. 583.

conflits de 1921 Bac d'Eloka¹¹, mais surtout développée par la doctrine au début des années 1930¹², les activités entreprises dans le domaine industriel et commercial sont régies par le droit privé sous le contrôle du juge naturel de la liberté, le juge judiciaire.

2. LE DROIT PRIVE, DROIT DU MARCHÉ

Teinté principalement par le droit commun, le régime des SPIC ne contrevient pas aux règles du marché promu par les libéraux. En effet, depuis l'œuvre de Friedrich Von Hayek¹³ et les travaux de Noberto Bobbio sur les grandes dichotomies du droit¹⁴, l'on peut affirmer que le droit privé est d'inspiration libérale contrairement au droit administratif. Selon Hayek, le droit privé est un droit spontané qui véhicule les règles de justes conduites dans la Société ouverte, alors que le droit administratif est un droit intentionnel qui existe en vue de poursuivre un objectif déterminé. Naturel ou spontanée, le droit privé (*nomos*) reflète les lois du marché, alors que le droit administratif (*thesis*) révèle le constructivisme des doctrines socialistes. Créés en cas de défaillance de l'initiative privée, les services publics communaux sont donc régis depuis les années 1930 par le droit du marché dès lors que ceux-ci interviennent dans le domaine industriel et commercial.

Grâce à la combinaison de la jurisprudence Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers et des suites de la jurisprudence Bac d'Éloka, le juge veille au respect du marché par les collectivités publiques. Si une commune est légitime à intervenir dans l'économie en cas de défaillance du marché, ses services sont soumis au régime dit de la liberté. Les services des communes et les autres acteurs de l'économie sont alors placés sur un pied d'égalité conformément au principe de concurrence prescrit par le libre marché. L'encadrement juridique des services publics communaux ne méconnaît jamais les présupposés libéraux et les règles du marché ne sont jamais entravées. Du point de vue du droit, le socialisme municipal n'a jamais existé.

II. LE SOCIALISME MUNICIPAL REVISITE PAR LA JURISPRUDENCE NEO-LIBERALE DU CONSEIL D'ETAT

¹¹ TC 22.1.1921, *Sct commerciale de l'Ouest africain*, S. 1924. 3. 34, concl. Matter.

¹² Mescheriakoff A-S., « L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP* 1988. 1072.

¹³ Hayek F. A., *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF-Quadrige 2007.

¹⁴ Bobbio N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz 2012.

Depuis le milieu des années 1930, le soutien des mécanismes de marché (A) et le perfectionnement du cadre institutionnel de l'économie de marché (B) incombent aux pouvoirs publics et aux communes en particulier.

A. LES SERVICES MUNICIPAUX AU SOUTIEN DU MARCHÉ

Au travers des services publics locaux, les communes participent à la régulation du marché (1) et au développement de l'activité économique (2) conformément au projet néo-libéral.

1. LA REGULATION DU MARCHÉ PAR LES SERVICES PUBLICS LOCAUX

L'idée de marché qui anime la pensée des auteurs libéraux et néo-libéraux interdit d'entraver le mécanisme des prix. Celui-ci consiste en l'ajustement spontané de l'offre et de la demande au gré des échanges entre les différents agents économiques. La fixation unilatérale du prix et le rationnement de la consommation d'un bien sont donc des mesures à proscrire, du point de vue libéral, car elles contreviennent à la libre détermination des prix. Cependant, dès l'entre-deux-guerres, les premiers auteurs néo-libéraux recommandent aux autorités publiques de jouer sur l'offre ou sur la demande dans une perspective régulatrice¹⁵. Ainsi lorsque, en dehors de toute carence de l'initiative privée, le Conseil d'État admet la création¹⁶ ou le maintien¹⁷ d'une boucherie municipale dans le but de préserver « un équilibre économique »¹⁸, il rompt avec le principe du laissez-faire sans pour autant méconnaître « l'observance intégrale et tyrannique du dogme libéral »¹⁹. L'action des services municipaux consiste alors à infléchir les prix sans altérer leur libre ajustement. Loin du socialisme municipal craint par certains, en instituant une puissance publique « régulatrice et modératrice des cours »²⁰, l'encadrement de l'interventionnisme communal par le Conseil d'État s'apparente davantage à un néo-libéralisme municipal.

2. LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE ASSURÉ PAR LES COMMUNES

¹⁵ Rueff J., *L'Ordre social*, Paris, Sirey 1945.

¹⁶ CE 24.11.1933, Zénard, R. 1100.

¹⁷ CE 23.6.1933, Lavabre, R. 667.

¹⁸ Concl. Rivet sur CE 23.6.1933, Lavabre, *préc.*, p. 88.

¹⁹ Note Alibert sous CE 23.6.1933, Lavabre, S. 1933. 3. 81.

²⁰ Note Alibert *préc.*, p. 86.

Au cours du XXe siècle, les municipalités sont également autorisées par la juridiction administrative à intervenir sur le marché au nom du service public du développement économique. Celui-ci permet, par exemples, à une commune de conclure un contrat administratif relatif à la décentralisation industrielle²¹, ou d'affecter un gîte rural au développement du tourisme²². Cette notion de développement économique justifie donc un certain interventionnisme local, mais elle révèle moins l'inclinaison du Conseil d'État au socialisme municipal que la subordination de la puissance publique à l'expansion du marché.

B. LE CADRE INSTITUTIONNEL DE L'ECONOMIE DE MARCHE RENFORCE PAR LES MUNICIPALITES

Les communes sont aujourd'hui susceptibles d'assumer de nouveaux services destinés à améliorer les conditions du développement de l'activité marchande (1). Cette évolution invite à clarifier la typologie de l'action économique des personnes publiques (2).

1. LE CADRE DE L'ECONOMIE DE MARCHE ENTRETENU PAR LES COMMUNES

Selon les théories ordo-libérales²³, le fonctionnement du marché suppose l'existence et l'entretien d'un cadre juridique et informationnel indispensable à la sécurité et à profusion des échanges économiques. Pour les néo-libéraux, si les personnes publiques ne prennent pas directement part au marché, elles sont garantes des règles du jeu et du fonctionnement du marché. Tout service susceptible « d'éclairer le public »²⁴ sur l'état du marché et d'assister les agents économiques dans leurs entreprises économiques peut ainsi être assumé par les collectivités publiques. En autorisant la création d'un service gratuit de consultation juridique, l'arrêt du Conseil d'Etat Commune de Montmagny de 1970²⁵ annonce le développement du nouvel interventionnisme public du XXIe

²¹ CE 26.6.1974, Sct La Maison des isolants de France, R. 365.

²² CE 25.1.2006, Cne de la Souche, req. n° 284878.

²³ Sur cette question, v. Valentin V., « L'idée libérale et ses interprètes », in *Les penseurs libéraux*, Paris, Les Belles Lettres 2012, p. 63 : « L'ordolibéralisme a pensé le libéralisme comme un programme d'action publique, dont la fin était les droits de l'individu et le fonctionnement d'une économie concurrentielle, mais dont le moyen était la mise en place d'un cadre juridique et d'un accompagnement actif de l'État ».

²⁴ Concl. Kahn sur CE 23.12.1970, Préfet du Val d'Oise et ministre de l'Intérieur c/ Cne de Montmagny, R. 788.

²⁵ CE 23.12.1970, *op. cit.*, p. 788.

siècle disposé à renforcer le cadre institutionnel de l'économie de marché. Au travers de services aussi différents que l'activité de conseil juridique à destination des collectivités publiques²⁶ ou l'agrégation d'information sur les prix à destination des consommateurs²⁷, les services de la puissance publique exaltent le marché.

2. VERS UNE NOUVELLE TYPOLOGIE DE L'ACTION ECONOMIQUE DES PERSONNES PUBLIQUES

Le nouvel interventionnisme public admis par la juridiction administrative invite à repenser les contours de l'action économique des personnes publique. Si la distinction entre activités marchandes et non marchandes, conforme à « la théorie classique des deux mondes »²⁸, vaut au cours des XIXe et XXe siècles, le succès des idées néo-libérales et l'emprise du droit de l'Union européenne²⁹ invite à remettre en cause cette dichotomie. Selon les nouvelles jurisprudences du Conseil d'État, il semble que l'intervention publique soit bienvenue, tant qu'elle renforce le cadre juridique et cognitif nécessaire au bon déroulement de l'échange économique. Contrairement à la lettre des arrêts du Conseil d'État qui s'efforce de qualifier ces activités d'« hors marché »³⁰ ces nouveaux services assumés par les pouvoirs publics font indiscutablement l'objet d'un marché, comme l'illustre le cas manifeste de l'activité de conseil juridique dispensée par une mission d'appui aux contrats de partenariat. Dès lors, il semble que si la juridiction administrative admet que les personnes publiques, et en particulier les communes, prennent en charge ces activités, c'est moins du fait de leur nature (non marchande) qu'à raison de leur fonction à l'égard de l'économie de marché.

* *

*

Ces nouveaux services publics ont vocation à améliorer les connaissances des agents économiques, tant en ce qui concerne le droit en vigueur que le prix des biens. Ainsi l'intervention des collectivités publiques renforce le cadre institutionnel du déroulement de l'échange économique. Plus les informations

²⁶ CE 31.5.2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, R. 272.

²⁷ CE 16.7.2014, Sct SARL Sigmalis, req. n° 368960.

²⁸ Lebreton G., « Service public et concurrence », *op.cit.*, p. 114.

²⁹ V. Monti M., « Discours d'ouverture » in *Les aides d'État. Les entretiens du Palais Royal* du 14 mars 2008 : « si un pays refuse intellectuellement cette économie de marché, il n'est pas improbable qu'il soit alors mal à l'aise dans la mise en œuvre concrète de ce principe de politique de concurrence ».

³⁰ V. CE 31.5.2006 et 16.7.2014, *op.cit.*

sur les prix sont nombreuses et les modalités de passation des contrats maîtrisées, plus l'activité économique est intense. Toute activité humaine est susceptible d'être régie par l'échange économique à condition que le cadre institutionnel le permette. Plus les pouvoirs publics affûtent ce cadre, plus le marché prospère. Selon les néo-libéraux, le marché ne jouxte donc pas le domaine non marchand, mais le cadre juridique, sur lequel peuvent agir les autorités, englobe et façonne le marché. La théorie des deux mondes est donc revisitée par les néo-libéraux puisqu'ils ne considèrent pas les sphères des activités publiques et celles des affaires privées comme deux mondes cotes à cotes. Le monde des services public sert, jalonne, stimule, entretient l'économie de marché. Au service de cette nouvelle (voire unique) déclinaison de l'intérêt public, l'action des collectivités publiques est portée par un souffle néo-libéral.

5. LE NEOLIBERALISME ET L'INDIVIDU

L'ÉTAT EST-IL INFALLIBLE ?

Par
Frédéric ADVIELLE
Président de la Chambre régionale des comptes
de Normandie

Mots clés : Néolibéralisme – Rôle de l'État dans l'économie – Défense de l'intérêt général.

Un grand merci aux organisateurs pour ce colloque fort intéressant qui m'inspire une question : l'État est-il capable de sauvegarder dans l'opinion publique un rôle de neutralité ou d'utilité publique ? Cette interrogation me semble en effet être au cœur du sujet.

Car l'État se trouve tiraillé dans la pensée politique entre deux logiques antagonistes : une logique proprement économique fondée sur la concurrence pure et parfaite de Léon Walras, qui serait porteuse d'efficacité ; et une logique qu'on pourrait qualifier de plus sociale, et qui elle serait soumise à des règles d'équité. Depuis 30 ans, la première semble avoir pris le pas sur la seconde, dès lors que le néolibéralisme a redynamisé le rôle du marché. Ce dernier est devenu fondamental. Il a envahi des espaces où la formation d'un prix par le simple jeu de l'offre et de la demande a longtemps été absente, comme en matière de santé avec la recherche sur l'embryon. Pourtant, un certain nombre de contributions ont montré l'existence d'un décalage entre la théorie et la pratique, la première ne produisant pas les résultats escomptés dans les faits. La mise en œuvre des idées néolibérales est en effet à l'origine d'une « marchandisation du monde » dont les effets pervers posent la question de la pertinence des choix opérés, lorsqu'ils éclatent au grand jour : l'État est-il infallible ? Les pouvoirs publics peuvent-ils se tromper ? Finalement, on se rend compte au travers des exposés que c'est possible. Or c'est possible parce que les acteurs de l'action publique subissent sans cesse l'assaut des lobbys, sans être en capacité de leur résister.

Non contents d'être beaucoup mieux organisés que ne l'est l'État lui-même, ces derniers sont en effet très actifs, dès lors qu'ils sont souvent le relai d'acteurs économiques qui disposent de moyens extrêmement importants. Il y a

beaucoup d'argent à leur disposition et beaucoup d'argent en jeu. Or cela soulève plusieurs questions. D'abord, celle de savoir ce qui justifie une intervention de l'État. On sait tous qu'il existe en France un empilement de dispositifs fort coûteux. Le premier président de la Cour des comptes a souvent l'occasion de rappeler que leur accumulation coûte 10 points de PIB de dépenses publiques supplémentaires par rapport à l'Allemagne. Mais ce n'est peut-être que la partie visible de l'iceberg. Car on sait en outre désormais que la mondialisation conduit à une mise en concurrence des législations nationales qui, par un effet de mimétisme ou un désir d'attractivité, conduit parfois les États à niveler par le bas la défense de l'intérêt général. Si on revient à l'objet du colloque sur le rôle qui peut être celui de l'État, on voit qu'il est très difficile de compter sur lui pour être le gardien de toutes les dérives qui peuvent être celles des marchés, comme celles qui sont mises en lumière par le phénomène de privatisation de la science, tant qu'il reste soumis à cet intense lobbying. Ce constat pose ensuite la question de savoir comment l'État peut leur résister. Ces interrogations sont fondamentales. La première l'est lorsque l'on sait que le droit produit des inégalités et la seconde que le néolibéralisme, dans sa pureté théorique, confie à l'État un rôle d'arbitre. C'est à lui d'assurer la régulation des marchés, en veillant notamment à la transparence de leur fonctionnement. Mais peut-il véritablement s'acquitter de cette mission en toute objectivité, tout en étant soumis à la pression des lobbys ?

Il ne s'agit pas de se faire l'avocat du diable de l'État ou du néolibéralisme. Mais il est sain que ce colloque puisse permettre de soulever ces questions. À propos de la bioéthique, l'un des contributeurs a fait part de sa croyance en la capacité de la science à mettre un terme à toutes les dérives constatées en la matière. Comme la théorie néolibérale – contrairement à son approche dogmatique – se présente comme une théorie scientifique, peut-être parviendra-t-elle à corriger ses défauts ? C'est en tout cas un des mérites de cette manifestation de nous permettre d'y réfléchir. Et je remercie à nouveau ses organisateurs de m'y avoir convié.

SANTÉ ET NÉOLIBÉRALISME

Par

Catherine PUIGELIER

Professeur à l'Université Paris Lumières (Paris VIII)

Membre du Laboratoire de droit social

de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Mots clés : Néolibéralisme – Droit à la santé.

La santé constitue un « bien commun de l'humanité »¹. Celle-ci peut-elle cependant faire l'objet d'un marché ou d'une concurrence ? Plus simplement, la santé peut-elle être compatible avec le néolibéralisme ?

Le néolibéralisme est défini par le *Dictionnaire Larousse* comme une doctrine ayant vocation à « rénover le libéralisme en rétablissant ou en maintenant le libre jeu des forces économiques et l'initiative des individus tout en acceptant l'intervention de l'État ».

Or il va être constaté – même si la précédente définition correspond à une notion éminemment souple – que la santé est – à l'instar du corps humain en tant que nouveau commerce aux fins de transplantation – en proie à des mécanismes libéraux, voire ultralibéraux ou néolibéraux.

De nombreux auteurs se sont intéressés au néolibéralisme. Il est possible de citer Auguste Detoeuf (1883-1947), Louis Marlio (1878-1952), John Maynard Keynes (1883-1946), Milton Friedman (1912-2006) ou Friedrich Hayek (1899-1992).

Ce sont toutefois les analyses de Michel Foucault (1926-1984) et d'Antoine Garapon² qui retiennent notre attention.

Michel Foucault rappelait que là où certains dénonçaient une victoire de l'idéologie libérale il existait un nouveau mode de gouvernement³. Il n'était alors pas question d'utiliser le mot libéral mais plutôt celui de néolibéral⁴.

¹ V. Harouel-Bureloup V., *Histoire du droit international de la santé*, Bordeaux, Les Études Hospitalières 2014, p. 127.

² Directeur de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) et membre du comité de rédaction de la revue *Esprit*.

Antoine Garapon écrit quant à lui que l'*Homo oeconomicus* n'est plus un partenaire à l'échange mais « un entrepreneur de lui-même »⁵ (c'est moins « l'échange qui compte que la concurrence »)⁶.

« Alors que le marché pour les libéraux produit malgré tout un lien, pour les néolibéraux, le moteur de toute action humaine est la concurrence. Le *socius* se représente pour eux non plus sur le modèle du lien mais de la juxtaposition, comme une rivalité de monades plus que comme une complémentarité comme le suggère l'ajustement de l'offre et de la demande »⁷.

L'auteur ajoute que l'énergie ne provient plus de l'institution « (dont on aura de cesse de dénoncer l'inefficacité économique) mais de l'entreprise, c'est-à-dire de la capacité fournie à chacun de faire valoir ses intérêts »⁸.

Il estime que la raison néolibérale n'est pas immédiatement visible pour un juriste (ou n'est pas visible « à l'œil nu du juriste ») puisqu'elle « bouscule les représentations traditionnelles du droit mais sans modifier nécessairement le droit positif »⁹.

Il s'ensuit un droit qui « mime le marché » (Richard Posner)¹⁰ de sorte que la loi doit être soumise à une forme de flexibilité¹¹. « L'anthropologie néolibérale conçoit la liberté comme adaptation »¹².

Antoine Garapon rappelle que le droit produira des inégalités dans la mesure où la concurrence n'a aucun sens « dans un monde idéal où tout le monde serait égal et souhaiterait le demeurer. Il y a incompatibilité entre l'uniformité de la loi au sens classique et le projet juridique néolibéral »¹³.

La raison néolibérale s'oppose à la vocation « d'universalisation de l'État, en partie à cause de son inefficacité économique. Elle lui substitue une tout autre philosophie politique et juridique pour laquelle il n'y a d'universel que l'accès, pour laquelle seule compte l'égalité des chances. À une totalisation par la figure du souverain, le néolibéralisme substitue une autre approche de la totalité »¹⁴.

³ Garapon A., *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, O. Jacob 2010, p. 15.

⁴ *Id.*, p. 15.

⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

¹¹ *Ibid.*, p. 32.

¹² *Ibid.*, p. 33.

¹³ *Ibid.*, p. 36.

¹⁴ *Ibid.*, p. 37.

Deux exemples semblent illustrer dans le domaine de la santé ce qui vient d'être dit. Il s'agit, d'une part, de l'exemple d'une grippe (I) et, d'autre part, de l'exemple d'un handicap (II).

I. L'EXEMPLE D'UNE GRIPPE

A. PRINCIPE

1. UN POSSIBLE VIRUS

Justo Corti-Varela¹⁵ s'est dans un article sur les responsabilités des organisations scientifiques internationales intéressé à l'histoire de la grippe porcine (A-H1N1) et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)¹⁶.

L'OMS avait – dans la mesure où une pandémie grippale revient tous les vingt-cinq ans – encouragé l'élaboration de plans nationaux de réponse¹⁷.

Son encouragement (ou sa stratégie) reposait sur la vaccination¹⁸.

Le vaccin disponible sur le marché ne répondait cependant pas (nécessairement) au virus à l'origine de la pandémie pressentie. C'est pourquoi il fut envisagé des « contrats de « préachats » » ainsi qu'une procédure d'autorisation exceptionnelle de commercialisation dudit vaccin par l'Agence européenne du médicament (EMA)¹⁹.

Les premiers rapports confirmèrent la faible gravité du virus mais l'OMS déclara le 11 juin 2009 la pandémie « sur la seule base de sa propagation géographique »²⁰.

2. UNE POSSIBLE CONCURRENCE

Justo Corti-Varela cherche à comprendre les raisons pour lesquelles les opinions scientifiques minoritaires « moins alarmistes » ne furent pas écoutées²¹.

Il répond à cette interrogation :

¹⁵ Chercheur à l'Institut d'Études Européennes (Université CEU-Sa Pablo (Madrid)).

¹⁶ Corti-Varela J., « Quelles responsabilités pour les décisions des organisations scientifiques internationales ? Le cas de la grippe porcine (A-N1N1) de l'OMS », *in Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, Paris, LexisNexis 2011, p. 33 s.

¹⁷ *Id.*, p. 34.

¹⁸ *Ibid.*, p. 35.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, p. 36.

²¹ *Ibid.*

- d'une part, parce que le monde de la recherche scientifique attendait avec impatience que la pandémie se déclare²² ;

- d'autre part, parce que le monde de l'industrie pharmaceutique avait investi beaucoup d'argent dans la préparation d'une lutte contre le fléau²³.

Ce dernier (c'est-à-dire le monde de l'industrie pharmaceutique) avait ainsi alimenté « le débat dans des forums scientifiques et décisionnels en rappelant, par exemple, les conséquences de la grippe espagnole de 1918 et l'opportunité que signifie aujourd'hui de pouvoir avoir des vaccins pour lutter contre cette menace. Finalement, la haute direction de l'OMS était particulièrement sensibilisée par la menace grippale. Le directeur général de l'OMS, Mme Margaret Chan, originaire de Hong Kong, a elle-même été impliquée dans la lutte contre la grippe aviaire de 1997-2003 »²⁴.

Les experts de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) furent en toute hypothèse dans une situation constante de conflits d'intérêts²⁵ (l'anonymat des membres du comité d'urgence fut d'ailleurs fortement critiqué)²⁶.

Le financement non étatique atteignit 80% des dépenses de l'OMS²⁷. « La vaccination massive » n'était pas selon Justo Corti-Varela « une stratégie nécessaire »²⁸.

Cette dernière eut un fort impact sur les finances publiques des pays concernés²⁹ et elle révéla un transfert à l'État de la responsabilité des produits³⁰. La déclaration de pandémie fut (plus simplement) à l'origine de coûts qui surpasseront largement ceux des mesures médicales habituelles³¹.

Justo Corti-Varela affirme alors sans ambages :

« La progressive privatisation de la science, en cherchant une efficacité qui puisse réduire les coûts d'un État providence en recul, a conduit à la perte progressive du pouvoir de décision de l'autorité publique (...) et surtout à une supercherie économique : l'État pensait avoir transféré l'aléa au secteur privé, mais en fait il a donné des outils à l'industrie pour transformer l'aléa en certitude »³².

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, p. 37.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, p. 38.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, p. 42.

²⁸ *Ibid.*, p. 43.

²⁹ *Ibid.*, p. 45.

³⁰ *Ibid.*, p. 46.

³¹ *Ibid.*, p. 48.

³² *Ibid.*, p. 50.

L'OMS fut « un simple outil dans ce procès »³³.

B. OBSERVATIONS

1. AUTOUR DE L'HISTOIRE

L'Histoire révèle – dans un contexte d'incertitude – des points communs constants entre les épidémies et le marché, l'échange ou l'argent, et plus exactement une forme de néolibéralisme.

Patrice Debré³⁴ et Jean-Paul Gonzalez³⁵ écrivent dans leur ouvrage sur la vie et la mort des épidémies que quand la peste atteignit l'Europe en 1347 « la réponse des citoyens les plus fortunés fut de fuir les villes infestées pour gagner les campagnes. Le comportement de quelques-uns dissémina l'épidémie chez beaucoup »³⁶.

« À l'heure où les voyages se démocratisent, où les commerces s'intensifient, où les migrations s'étendent, les microbes trouvent de nouvelles voies de transmission. Au regard de la coévolution du vivant et de la richesse de sa biodiversité, l'homme doit apprendre à vivre avec les émergences infectieuses et reconnaître qu'elles sont imprévisibles »³⁷.

Les auteurs ajoutent que les pestes suscitèrent de grands bouleversements au cours de l'Histoire³⁸. Elles transformèrent « l'avenir de populations entières »³⁹ et elles renversèrent « des trônes »⁴⁰.

L'Histoire révèle également des tentatives de lutte contre les épidémies où le marché prit une place importante. « L'industrie a pris aussi sa part,

³³ *Ibid.* Pour une autre intéressante étude sur le même thème et dans le même ouvrage, Chenevière C. et Thoreau F., « Pandémie A (H1N1) et question des risques : la responsabilité grippée ? », in *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, *op. cit.*, p. 115 s.

³⁴ Professeur d'immunologie à l'Université Pierre et Marie Curie (Paris VI) et notamment ancien directeur d'un Institut de recherche à l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière.

³⁵ Médecin virologue et notamment directeur de recherche à l'Institut de recherche pour le développement (IRD, Marseille).

³⁶ Debré P. et Gonzalez J.-P., *Vie et mort des épidémies*, Paris, O. Jacob 2013, p. 10 ; V. encore, Gros F. et Puigelier C., *Biologie et Droit. Les étapes du vivant*, Bruxelles, Bruylant 2016.

³⁷ Debré P. et Gonzalez J.-P., *Vie et mort des épidémies*, *op. cit.*, p. 10.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

notamment, par le développement et (...) de nouveaux produits pharmaceutiques, médicaments et vaccins »⁴¹.

2. AUTOUR DU DIABLE

Christian Morel⁴² s'est dans un ouvrage sur les décisions absurdes intéressé à la pensée des groupes⁴³.

Il rappelle les effets pervers de la communication silencieuse, de l'illusion de l'unanimité, des biais de confirmation⁴⁴, de la pression de l'autorité, des effets de nombre et des règles bureaucratiques⁴⁵.

Il note également une phrase de Didier Tabuteau (ancien directeur de l'Agence du médicament) à propos de l'affaire du Mediator (dans un article publié en 2010 dans le journal *Le Monde*) selon laquelle : « Le principe de contradiction est une des bases de la sécurité sanitaire ; les meilleurs systèmes d'expertise peuvent faire preuve de cécité »⁴⁶.

Quand, poursuit Christian Morel, on voit émerger des décisions majeures « dont on a du mal à comprendre la justification, on peut se demander si l'absence de processus d'avocat du diable et plus généralement de débat contradictoire n'en serait pas la cause »⁴⁷.

« Par exemple, les décisions françaises de ne pas intégrer les médecins libéraux dans la vaccination contre la grippe H1N1 ou d'effectuer une commande de vaccins couvrant cent pour cent de la population ont-elles fait l'objet d'un véritable débat avec présentation complète de la solution opposée ? »⁴⁸.

II. L'EXEMPLE D'UN HANDICAP

B. PRINCIPE

1. LE HANDICAP, OBJET D'UN MECANISME SOCIAL

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Sociologue.

⁴³ Morel C., *Les décisions absurdes, II. Comment les éviter*, Paris, Gallimard 2012, p. 135.

⁴⁴ Puigelier C., *De l'apport de la psychologie cognitive dans la motivation d'une décision de justice (en matière civile)*, thèse de psychologie Université Sorbonne-Paris Cité (Paris XIII) 2001.

⁴⁵ Morel C., *Les décisions absurdes, II. Comment les éviter*, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁶ *Id.*, p. 136.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

Arnaud Lacheret (qui a exercé différentes activités au sein de cabinets politiques (parlementaires ou élus locaux)) a rédigé une thèse de science politique intitulée *L'aide sociale par le chèque. Genèse et mise en œuvre des politiques sociales et culturelles « ciblées » des collectivités territoriales*⁴⁹.

Il s'interroge sur l'utilisation massive de chèques « connotés idéologiquement »⁵⁰ que Lester Salamon⁵¹ envisage comme des outils de politiques publiques révélant une « révolution » que personne ne semble avoir remarquée⁵².

C'est le Conseil régional Rhône-Alpes qui au cours des années 1990 mit en place cette catégorie de chèques au titre d'aides individuelles à visée culturelle (pour par exemple l'achat de livres, l'entrée dans des musées...).

Mais l'expérience fut suivie d'autres types de chèques au fil des alternances politiques. De nombreuses régions s'y intéressèrent jusqu'à (notamment) l'utilisation du Chèque d'accompagnement personnalisé (CAP) (on parle donc là du handicap) ou du Chèque Habitat Durable (Saône-et-Loire).

⁴⁹ La thèse a été rédigée sous la direction de Guy Saez, directeur de recherche au CNRS, UMR pacte, IEP de Grenoble et a été soutenue le 15 janvier 2014 à l'Université de Grenoble.

Le jury de soutenance était composé de Didier Chabanet, chargé de recherche à l'Ifsttar, membre du laboratoire Triangle de ENS de Lyon (rapporteur), de Frédéric Colin, maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille (rapporteur), de Michel Lussault, professeur des Universités, directeur de l'IFE, ENS de Lyon, de Fabrice Roth, professeur à l'Université Lyon 3 et de Vincent Spenlehauer, directeur du Pôle de formation à l'action publique, École Nationale des Ponts et Chaussées de Paris.

Il s'agit d'une thèse originale et passionnante de 468 pages dactylographiées auxquelles s'ajoutent 354 pages d'annexes.

⁵⁰ *Rapport de soutenance de la thèse*, p. 2.

⁵¹ Professeur à l'Université Johns Hopkins.

⁵² Lacheret A., *L'aide sociale par le chèque. Genèse et mise en œuvre des politiques sociales et culturelles « ciblées » des collectivités territoriales*, op. cit., p. 13 s. (Introduction).

Pour ce faire, Arnaud Lacheret a scindé son travail en quatre parties.

La notion de Chèque politique ainsi que l'évolution individuelle de la politique sociale sont étudiées dans les première et deuxième parties de la thèse (p. 59 s.).

La mise en place des dispositifs par chèque et l'argumentation des acteurs ainsi que la discussion, la médiation, la spécificité française des chèques sont abordées dans les troisième et quatrième parties de la thèse (p. 233 s.).

L'ouvrage est accompagné d'un arsenal bibliographique relativement important eu égard à la difficulté et à l'originalité du sujet. Il est – on l'a souligné – également accompagné de documents ou sources internes aux collectivités et entreprises (p. 9 s.), d'une enquête qualitative et d'entretiens (p. 151 s.)... autrement dit, de recherches sur le terrain extrêmement nombreuses et approfondies (annexes).

2. LE HANDICAP, OBJET D'UN MECANISME LIBERAL

Le travail d'Arnaud Lacheret révèle le sens politique « marqué » de ce type de chèques ainsi que le caractère libéral de celui-ci.

C'est toute la richesse de l'étude que de faire comprendre (outre que les analyses françaises et les analyses anglo-saxonnes sont dans ce domaine d'une façon générale identiques) de quelle façon un outil d'apparence banale est parvenu à brouiller les perceptions habituelles de l'aide et du politique, de l'offre et de la demande, du public et du privé ou tout simplement comme le signale le directeur de thèse « comment des idées de droite peuvent devenir des idées de gauche »⁵³.

Les acteurs sont ici nombreux.

Les agents des collectivités françaises jouent certes un rôle important mais ceux-ci sont accompagnés – via notamment des médiations – par des associations ou des entreprises (notamment des entreprises privées qui se sont spécialisées dans l'ingénierie du chèque au service des collectivités), le tout donnant lieu à un marché (avec notamment un « ciblage des aides ») de politique publique « au niveau infra-étatique, entre collectivités locales ».

En procédant de la sorte, l'auteur considère que les acteurs territoriaux français (qu'ils soient des élus ou des fonctionnaires) ont – à l'instar (rappelons-le) des politistes libéraux américains – attribué à cet instrument « des vertus libérales » sans toutefois les revendiquer (d'une façon directe) afin d'éviter la tenue d'un « procès en libéralisme »⁵⁴.

Il s'agit selon lui d'un cas unique de diffusion d'un outil de politique publique libéral par les collectivités territoriales françaises.

On appréciera tout particulièrement la conclusion de l'étude doctorale selon laquelle :

« Le chèque dans les collectivités françaises est donc d'abord considéré par les acteurs interrogés comme un outil de communication, et cela même s'il est utilisé pour répondre à des besoins sociaux comme le versement de l'APA, de la Prestation de Compensation du Handicap ou du complément au Revenu de Solidarités Actives.

Cet aspect n'apparaît quasiment pas dans les études anglo-saxonnes et le fait que l'aide soit matérialisée est, chez les chercheurs ayant étudié le « *voucher* » outre-Atlantique, surtout un attribut permettant de mieux en contrôler l'usage. La différence essentielle entre le chèque français et le « *voucher* » anglo-saxon tient donc dans sa représentation par les acteurs. C'est une des découvertes fondamentales de cette étude et un des facteurs qui expliquent le mieux la diffusion de cet outil.

⁵³ *Rapport de soutenance de la thèse*, p. 6.

⁵⁴ Présentation de la thèse par le candidat pour le prix de thèse du Sénat 2015, p. 2.

Les causes de cette apparition du thème de la communication sont multiples et la première d'entre elles tient au fait que les prestataires privés commercialisant ces dispositifs ont mis en avant cet aspect dans leurs argumentaires de vente » (p. 418)⁵⁵.

La thèse est riche de pistes à approfondir ou à étudier.

Elle rappelle dans tous les cas les transferts délicats de prérogatives d'intérêt général ou de puissance publique au secteur privé transformant un phénomène sociétal public en un phénomène sociétal privé sans que l'on s'en rende vraiment compte (on pense notamment à l'ensemble des crises sanitaires que l'Europe ou plus simplement le monde viennent de vivre et plus précisément à celle relative à l'annonce d'une pandémie comme la grippe A-H1N1 et le rôle grandissant des industries pharmaceutiques)⁵⁶ (v. *supra*).

C. OBSERVATIONS

1. AUTOUR DE L'HISTOIRE

L'Histoire révèle à nouveau – dans un contexte d'incertitude – des points communs constants entre l'aide sociale et le marché, l'échange et l'argent, et plus exactement une forme de néolibéralisme.

La thèse d'Arnaud Lacheret permet de penser qu'au-delà des analyses des textes de Milton Friedman ou celles des textes d'Alan Peacock s'ouvrent celles

⁵⁵ On appréciera également les deux questions posées par Arnaud Lacheret consistant à savoir : d'une part, si l'État est susceptible d'être un promoteur des chèques ? (p. 428), d'autre part, si l'État est susceptible de s'inspirer des territoires ? (p. 430)

Pour lui, l'action des collectivités locales, « qui ont su importer, sans forcément s'en rendre compte ni le revendiquer ouvertement, des innovations et des idées de politiques publiques venues d'ailleurs est donc une preuve que l'innovation locale est possible malgré le fait que les marges de manœuvre soient de plus en plus réduites, notamment en termes financiers, mais également en termes fonctionnels, depuis les nombreux transferts de l'État vers les régions et départements » (p. 430). Mais, dit-il encore, la diffusion de politiques publiques novatrices a sans doute beaucoup à voir « avec le fait que les fonctionnaires territoriaux ne restent pas durant toute leur carrière au sein d'une même collectivité et que ceux étant considérés comme les plus performants peuvent également être disputés par les différents exécutifs territoriaux, sur un modèle assez similaire à ce qui a cours dans le secteur privé au travers des cabinets de recrutement spécialisés notamment » (p. 431).

⁵⁶ Notamment, Corti-Varela J., « Quelles responsabilités pour les décisions scientifiques internationales ? Le cas de la grippe porcine (A-N1N1) de l'OMS », in *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, *op. cit.*, p. 33 s.

des textes d'Adam Smith (1723-1799) ou celles des textes de Friedrich Hayek... mais encore celles des textes de Florin Aftalion⁵⁷.

Ce dernier a dans un ouvrage intitulé *L'économie de la Révolution française* rappelé que les assignats furent destinés à faciliter la réalisation des biens du clergé et qu'ils devinrent « l'unique ressource du Trésor »⁵⁸.

Il ajoute que la prolifération des assignats provoqua « une terrible crise des subsistances »⁵⁹. Il s'ensuivit une crise fiscale et monétaire dont ceux qui en furent victimes ne comprirent pas la cause et l'attribuèrent « aux agissements des aristocrates »⁶⁰.

Mais pour Florin Aftalion ce fut la prolifération des assignats qui en fut l'un des principaux éléments déclencheurs.

Il souligne une phrase de John Maynard Keynes – qui rejoint bien le travail doctoral d'Arnaud Lacheret – : « Il n'existe pas de moyen plus subtil et plus sûr de renverser les bases de la société que de pervertir sa monnaie. Le processus mobilise toutes les forces cachées des lois économiques du côté des destructions et le fait d'une manière que pas un homme sur un million n'est capable de comprendre ».

Enfin, les réflexions d'Arnaud Lacheret offrent la possibilité de tourner son regard vers l'histoire de l'anthropologie.

Comme le relève Robert Delière⁶¹, une société ne peut être selon Georges Balandier⁶² complètement réglée par la réciprocité⁶³.

« Elle comprend aussi des inégalités, et le pouvoir se renforce avec le développement de ces dernières »⁶⁴.

Robert Delière ajoute que « s'il n'y a pas de société sans pouvoir politique, il n'y a pas davantage de pouvoir sans hiérarchie et sans rapports inégaux entre groupes et individus »⁶⁵.

⁵⁷ Professeur émérite de l'École Supérieure des Sciences Économiques et Commerciales et dont l'enseignement s'est notamment déroulé à l'Université de New York.

⁵⁸ Aftalion F., *L'économie de la Révolution française*, Paris, Les Belles Lettres 2007 (la quatrième de couverture).

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Docteur en ethnologie de l'Université d'Oxford et professeur à l'Université de Louvain-la-Neuve ainsi que professeur associé à l'Université de Lille 3-Charles de Gaulle.

⁶² Ethnologue et sociologue, notamment professeur émérite de l'Université Paris-Descartes.

⁶³ Delière R., *Une histoire de l'anthropologie*, Paris, éd. du Seuil 2006, p. 285.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Ibid.*

C'est semble-t-il l'une des idées qui gouverne(nt) le travail du post-docteur : il n'y a pas d'échange social sans pouvoir politique et il n'y a pas de pouvoir sans rapports inégaux ou concurrence.

2. AUTOUR DU DIABLE

Christian Morel s'est également intéressé dans son ouvrage sur les décisions absurdes aux aveuglements de la raison⁶⁶.

Le problème n'est pas, dit-il, de se tromper mais de se tromper d'une façon telle que l'on se mette dans un esprit « qui retarde ou empêche la conscience de l'erreur »⁶⁷.

Les erreurs cognitives par le biais de la « chose saillante » sont les plus dangereuses⁶⁸.

« L'*erreur de représentation* est une situation mentale par laquelle, à partir d'un mécanisme déclencheur initial, on perd de vue que tout est anormal. La réalité est réinterprétée selon l'idée que tout se passe correctement. Certains managers utilisent des expressions imagées pour désigner ce type d'erreurs. Le directeur de la division Véhicules utilitaires de Renault, dont j'étais le directeur des ressources humaines, appelait cela les « éléphants blancs », objets énormes mais que l'on ne voit pas parce que leur couleur les confond avec l'horizon »⁶⁹.

« Les *a priori* sont des croyances peu explicitées, diffuses comme un bruit de fond, qui polluent le raisonnement global. Ce sont des postulats d'autant plus nuisibles qu'ils sont peu visibles. Pour reprendre une croyance déjà citée, l'existence du risque zéro est une idée très répandue, implicite, peu débattue et qui guide bien des décisions »⁷⁰.

Christian Morel affirme encore que « le biais de la « chose saillante » est d'une désarmante simplicité »⁷¹.

En quoi consiste-t-il ?

Il consiste – on l'a compris – à favoriser « ce que l'on voit en premier »⁷².

« La cause perçue d'emblée est considérée comme la principale. Tout le monde succombe à ce biais, y compris les personnes les plus éduquées et dotées d'un coefficient intellectuel élevé. Ce biais a pour conséquence importante la façon dont les erreurs sont expliquées dans les organisations. Comme il est plus facile de voir des individus que des dysfonctionnements, on a tendance à les attribuer à des personnes considérées comme fautives, et non à

⁶⁶ Morel C., *Les décisions absurdes, II. Comment les éviter, op. cit.*, p. 229.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, p. 230.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

des mécanismes organisationnels complexes. Ce biais contribue puissamment au principe du “tout-sanction”, qui empêche le développement des politiques de non-punition des erreurs »⁷³.

* *

*

Une conclusion en 5 points s'impose pour finir :

Premier point.

Didier Tabuteau⁷⁴ écrit dans un ouvrage relatif à la démocratie sanitaire (les nouveaux défis de la politique de santé) que la médecine « ne doit pas être pratiquée comme un commerce »⁷⁵.

« La sentence du Code de déontologie médicale est lapidaire. Elle n'est pas sans ambiguïté. Elle interdit le recours à la publicité ou l'octroi de ristournes ou de commissions et proscriit l'exercice de la médecine dans des locaux commerciaux. Elle doit être conciliée avec l'exercice libéral de la profession. Les praticiens libéraux doivent pratiquer leur art, créer ou développer une patientèle dans un contexte concurrentiel, puisque chacun exerce indépendamment des autres professionnels, mais sans assurer la promotion de leurs compétences ou de leurs résultats... »⁷⁶.

Il s'agit pour l'auteur d'une situation étonnante posant un dilemme du système de santé⁷⁷.

« Comment concilier déontologie et concurrence, qualité des soins et logique économique, droits des malades et intérêts des praticiens ? Cette tension inhérente aux activités médicales et pharmaceutiques est d'autant plus sensible en France que l'organisation de la santé repose largement, pour des raisons historiques, sur des acteurs privés »⁷⁸.

Didier Tabuteau relève que la logique de concurrence pourrait sembler être un atout⁷⁹.

Mais les enseignements de l'économie de la santé contredisent cette conclusion, ajoute-t-il⁸⁰.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Ancien élève de l'École Polytechnique et de l'ENA, docteur en droit et notamment co-directeur de l'Institut de droit et de santé de l'Université Paris Descartes (Paris V).

⁷⁵ Tabuteau D., *Démocratie sanitaire. Les nouveaux défis de la politique de santé*, Paris, O. Jacob 2013, p. 129.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 130.

Il estime que le système de santé repose plus sur « une économie de la confiance » que sur « une économie de la connaissance »⁸¹.

Le « marché » est ainsi « dans l'incapacité d'établir des prix « rationnels » au regard de la qualité des soins et de la pertinence médicale des prestations »⁸².

Deuxième point.

Antoine Garapon rappelle dans son ouvrage relatif à la raison du moindre État que la gouvernementalité néolibérale croit davantage à la science qu'au droit « ou, plus exactement, elle estime qu'ils vont de pair jusqu'à se confondre et que le principe actif de ce précipité est le marché »⁸³.

Elle regarde d'un œil favorable l'imagerie médicale par IRM⁸⁴. Le neurodroit⁸⁵ serait ainsi susceptible de répondre à ses attentes dans le domaine de la preuve⁸⁶.

Il n'en demeure pas moins, note l'auteur, que, « outre les problèmes techniques et notamment la fiabilité des méthodes utilisées qui en sont pour la plupart au stade expérimental, le neurodroit pose de nombreuses questions »⁸⁷.

« Qui paiera ces preuves de plus en plus chères ? Ne risquent-elles pas d'accroître l'inégalité des parties ? N'est-il pas un peu naïf de croire qu'elles vont assécher le débat judiciaire ? Si elles peuvent apporter des indications précieuses, elles ne permettront jamais de faire l'économie du débat judiciaire : elles en changeront l'objet tout au plus, en le reportant sur la fiabilité de ces nouvelles sciences. Le rêve est de trouver dans une raison purement instrumentale des palliatifs aux dilemmes de la raison délibérative. Mais revenons à la tragédie grecque : Oreste n'a jamais contesté avoir tué sa mère, mais cela n'a pas empêché le débat judiciaire ; au contraire, c'est dans *Les Euménides* qu'Eschyle l'a le mieux illustré »⁸⁸.

Troisième point.

Philippe Steiner⁸⁹ relève dans un ouvrage relatif à la transplantation d'organes en tant que commerce nouveau entre les êtres humains que les

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, p. 131.

⁸³ Garapon A., *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, op. cit., p. 120.

⁸⁴ *Id.*, p. 121.

⁸⁵ Oullier O. (coord.), *Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit*, Centre d'analyse stratégique, 2012.

⁸⁶ Garapon A., *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, op. cit., p. 121.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Ibid.*, p. 122. V. encore, Tijus C. et Puigelier C., *Sciences cognitives et Droit*, Paris, éd. Mare et Martin 2016 ; Puigelier C., *Justice et Psychologie*, Paris, éd. Mare et Martin 2016.

⁸⁹ Professeur de sociologie à l'Université Paris-Sorbonne (Paris IV).

organes sont devenus d'importantes ressources médicales (pour ne pas dire d'importants biens médicaux) « non seulement pour les malades » mais également « pour les systèmes de soins qui peinent à assumer le coût considérable que représente la dialyse pour les personnes dont les reins sont défaillants »⁹⁰.

Il s'ensuit, poursuit-il, qu'avec la transplantation le corps humain est devenu une ressource sociale « quand bien même celle-ci ne serait pas une richesse marchande. Face à une situation aussi récente à l'échelle de l'humanité, on peut penser que des mécanismes vont nécessairement se mettre en place. La coordination économique, avec sa forte composante d'économie de l'incitation, va se diffuser de plus en plus largement. Très efficace, cette forme organisationnelle est adaptable à d'autres contextes nationaux que celui de l'Espagne, ainsi que cela a été démontré en Toscane et dans quelques pays d'Amérique latine. Outre l'acceptation de cette productivisation accrue de la mort, l'extension du modèle espagnol suppose que soit acceptée une intervention plus déterminée de l'organisation vis-à-vis de la famille, afin que celle-ci admette l'existence de la ressource corporelle humaine et la transmette aux professionnels »⁹¹.

Il importe de se rendre compte que les organes sains d'un nombre réduit de défunts « (ce qui les rend encore plus précieux) sont de la plus haute valeur sociale dans la mesure où ils permettent de sauver la vie de nombreux malades. Un tel changement dans la perception de soi-même et de ses proches, un tel changement dans les représentations sociales ne peut s'effectuer d'un seul coup. Sans doute les jeunes générations ne percevront-elles pas ces questions de la même manière parce que, depuis leur adolescence, cette représentation inouïe ou tardive pour la génération précédente leur sera sinon familière du moins connue »⁹².

Quatrième point.

L'université⁹³ apparaît – semble-t-il – un sujet préoccupant à l'examen du droit de la santé (ou du droit tout court) et du néolibéralisme⁹⁴.

Il s'est abattu sur cette vieille et grande dame⁹⁵ des obligations de rentabilité⁹⁶ et de réussite⁹⁷.

⁹⁰ Steiner P., *La transplantation d'organes. Un commerce nouveau entre les êtres humains*, Paris, Seuil 2010, p. 103.

⁹¹ *Id.*, p. 310.

⁹² *Ibid.*, p. 318. V. encore, Mazeaud P. et Puigelier C., *L'homme s'affranchit du mystère (une histoire de la tolérance et de la transplantation)*, t. 1, Paris, éd. Mare et Martin 2016 ; *La connaissance est un trésor (une histoire de la tolérance et de la transplantation)*, t. II, Paris, éd. Mare et Martin (à paraître).

⁹³ Caillosse J. et Renaudie O. (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, Paris, Dalloz 2015.

⁹⁴ Fortier C. (dir.), *Université, Universités*, Paris, Dalloz 2010.

Nombre minimum d'étudiants, procédure lourde d'inscription en thèse (ou d'inscription en doctorat), nombre minimum de soutenances de thèses (voire nombre maximum d'inscriptions en thèse ou en doctorat), obligations de publications, colloques, symposiums, etc. (sans compter le rôle de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES) devenue le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES) depuis la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 (décret n° 2014-1365 du 14 novembre 2014)) transforment un lieu de savoir⁹⁸ en une entreprise où le calme de la réflexion ne trouve plus de respiration ou de souffle⁹⁹.

Comme l'a souligné Didier Tabuteau à propos de la démocratie sanitaire¹⁰⁰, il n'est pas certain que l'ensemble de ces exigences économiques améliorent le savoir de notre pays¹⁰¹. Il semblerait tout au contraire le limiter par (notamment) les conflits internes qu'il suscite entre des personnes qui ne sont pourtant pas les auteurs (ou les responsables) de ces exigences néolibérales¹⁰².

Un désordre profond de la pensée pourrait en résulter même si – on le sait – au même titre que l'épanouissement de la santé l'épanouissement de la pensée (ou le maintien de celle-ci) reviendrait d'une façon ou d'une autre¹⁰³.

Cinquième point.

Une phrase de Stefan Zweig (1881-1942) permet de conclure cette étude.

Dans sa biographie consacrée à Érasme (1467-1536), l'écrivain écrit – à propos du grand humaniste – que « là où ses contemporains passent sans se douter de rien, il devine la présence d'un filon, d'un problème à résoudre. Il le sent, il le flaire, il l'indique le premier, mais le plus souvent sa curiosité, impatiente d'aller de l'avant, se lasse vite du plaisir que lui cause la découverte,

⁹⁵ Charle C. et Verger J., *Histoire des universités*, Paris, PUF 2012.

⁹⁶ Allard J. et a. (dir.), *L'Université en question. Marché des savoirs, nouvelle agora, tour d'ivoire ?*, Bruxelles, Labor 2001.

⁹⁷ Beaud O., *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Paris, Dalloz 2010.

⁹⁸ de Laubier G. et Bossier J., *Bibliothèques du monde*, Paris, éd. de La Martinière, 2014 ; de Laubier G. et Serroy J., *Les plus belles Universités du monde*, Paris, éd. de La Martinière 2015.

⁹⁹ Blaizot-Hazard C., *Droit de la recherche scientifique*, Paris, PUF 2003 ; Calamarte-Doguet M.-G., *Le droit de la recherche*, Paris, LGDJ 2005.

¹⁰⁰ Tabuteau D., *Démocratie sanitaire. Les nouveaux défis de la politique de santé*, *op. cit.* p. 129.

¹⁰¹ Fortier C., *L'organisation de la liberté de la recherche en France. Étude de droit public*, thèse de droit public, Université de Bourgogne 2004 ; Larrieu J. (dir.), *Qu'en est-il du droit de la recherche ?*, Paris, LGDJ 2009.

¹⁰² Fortier C., « Les universités dans la loi du 22 juillet 2013 », *AJDA* 2013-39. 2251 s.

¹⁰³ Siffert A., *Libéralisme et service public*, thèse de droit public, Université du Havre 2015.

et il laisse à ceux qui viendront après lui le soin de l'exposer, de la passer au crible du raisonnement et de la mettre en valeur. Érasme éclaire les problèmes »¹⁰⁴.

Stephan Zweig aurait pu parler de Fabien Bottini¹⁰⁵ qui en organisant ce symposium a pointé le doigt sur ce qui se passe sans que les autres ne se doutent de rien, a deviné la présence d'un filon et d'un problème à résoudre.

Sa curiosité impatiente d'aller de l'avant nous a laissé le soin d'exposer ce que nous pensions du néolibéralisme et du droit.

Fabien Bottini a ainsi éclairé un problème important de notre droit.

Il importe de l'en remercier très sincèrement

¹⁰⁴ Zweig S., *Érasme, Grandeur et décadence d'une idée*, Paris, Le Livre de Poche 2002, p. 60.

¹⁰⁵ Bottini F., *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, Paris, LGDJ 2008.

VERS LA MARCHANDISATION DE L'EMBRYON HUMAIN ?

**(À propos de quelques développements récents en matière
de recherche sur les cellules souches embryonnaires)**

Par
Jocelyn CLERCKX
Maître de conférences HDR en droit public
à l'Université du Havre

Mots clés : Néolibéralisme – Bioéthique – cellules souches embryonnaires – marchandisation de l'embryon.

Pour qui s'en tient aux grands principes figurant dans les premiers articles du Code civil ainsi que dans ceux du Code de la santé publique et du Code de la propriété intellectuelle, la cause peut paraître entendue.

En effet, les principes de dignité de la personne et de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie¹, de non-patrimonialité du corps humains² et de gratuité du don d'éléments ou de produits de ce corps³ se conjuguent avec les interdictions de création d'embryons à des fins de recherche ou encore de création, d'utilisation et de brevetabilité des utilisations

¹ C. civil, art. 16 : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

² C. civil, art. 16-1 : « - Le corps humain est inviolable. - Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial » ; C. civil, art.16-5 : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ».

³ C. civil, art. 16-6 : « Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ».

de tels embryons à des fins industrielles ou commerciales⁴. Il peut ainsi sembler que puisque l'embryon humain est manifestement « hors commerce », celui-ci est nécessairement aussi protégé de toute forme de marchandisation.

Toutefois, le phénomène de marchandisation renvoie à une réalité bien plus complexe. Il consiste en une tendance à tirer un profit mercantile d'une activité non marchande⁵ ou, pour le dire autrement, en une extension plus ou moins larvée des lois du marché à des secteurs d'activité qui échappaient jusqu'alors à leur emprise.

Cela fait maintenant plus de onze ans que la recherche sur des embryons humains conçus *in vitro*, dans le cadre d'une aide médicale à la procréation (AMP), et qui ne font plus l'objet d'un projet parental a été admise en France⁶. Bien que de telles recherches soient encadrées et ne puissent se faire qu'avec l'accord du couple ou du survivant de ce couple, celles-ci sont des plus contestables sur un plan éthique en ce qu'il s'agit d'expérimentations destructrices de l'embryon qui aboutissent à sa réification totale, celui-ci n'étant plus perçu comme un être humain non né doté d'une forme d'individualité, mais comme un matériau de laboratoire dont la valeur se limite à ses propriétés biologiques⁷.

Restent que ces recherches étaient menées en France par des laboratoires appartenant à des établissements publics (INSERM, CNRS...). On pouvait donc espérer, à tout le moins, que les embryons faisant l'objet de telles recherches seraient à l'abri des lois du marché et que les notions de recherche fondamentale et de mission de service public prévaudraient sur les préoccupations liées à la concurrence et à la rentabilité.

C'était sans compter la marchandisation progressive de la recherche publique en France. Celle-ci, il est vrai, ne date pas d'hier. Déjà en 2001 un

⁴ C. santé publique, art. L. 2151-2 : « La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite » ; art. L. 2151-3 : « Un embryon humain ne peut être ni conçu, ni constitué par clonage, ni utilisé, à des fins commerciales ou industrielles » ; C. propriété intellectuelle, art. L. 611-18 : « Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables (...) Ne sont notamment pas brevetables : (...) c) Les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ».

⁵ Définition du dictionnaire *Larousse*.

⁶ Cf. la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique qui a introduit un nouvel article L. 2151-5 dans le Code de la santé publique autorisant de telles recherches à titre dérogatoire et temporaire. La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, relative à la bioéthique a ensuite pérennisé le régime de la recherche sur l'embryon tout en modifiant certaines règles encadrant celle-ci.

⁷ V. notre article, « L'embryon humain. Le législateur, le début de vie et la loi relative à la bioéthique », *RDP* 2006-3. 758 s.

scientifique écrivait : « la dépendance des activités de recherche scientifique et technologique envers le marché se renforce et prend de nouvelles formes organisationnelles et coopératives. Les relations entre laboratoires académiques et firmes industrielles sont de plus en plus intenses, complexes et stratégiques »⁸. Ce même chercheur s'inquiétait de ce que « la recherche adopte les mêmes critères dominant de la société libérale, la compétition, l'efficacité, la mobilité, le court terme, l'obligation de résultats rapides, la rentabilité immédiate »⁹. Il dénonçait également « la production et la finalisation marchandes des savoirs scientifiques »¹⁰.

Au vu de la crise économique actuelle et des restrictions budgétaires qui en découlent pour la recherche publique, cette mise en garde est plus que jamais d'actualité.

Ainsi est-ce maintenant la recherche sur l'embryon humain et, par voie de conséquence, l'embryon lui-même, qui sont menacés par cette marchandisation.

En effet, au motif que « la France occupe seulement la huitième place en Europe et la quinzième dans le monde en matière de publications » et qu'il s'agissait là du « résultat de sept années de retard par rapport à la concurrence : sept années sans formation de chercheurs et sans financement de travaux, alors que la Grande-Bretagne en est à son quatrième plan de développement »¹¹, le Gouvernement a, en 2012-2013, activement soutenu une initiative parlementaire¹² tendant à renverser les principes régissant la recherche sur l'embryon humain qui avaient été mis en place par la loi bioéthique du 7 juillet 2011. Il est vrai qu'il s'agissait là d'une promesse de campagne faite par François Hollande à l'occasion des élections présidentielles de 2012.

Ainsi, alors que la loi de 2011 prévoyait une interdiction de principe d'une telle recherche assortie d'un (large) régime dérogatoire, le législateur a, au nom de la « concurrence » et du besoin de « financement », adopté « au pas de charge », le 16 juillet 2013, une nouvelle loi bioéthique n° 2013-715 qui a supprimé l'interdiction de principe de la recherche sur l'embryon et, au contraire, créé un régime d'autorisation assoupli.

⁸ L. DIANOUX, « La marchandisation de la science », *ECOREV* 2001-5 (version électronique : <http://ecorev.org/spip.php?article301>).

⁹ *Id.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Mme G. Fioraso, Ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche, *JO S.* séance du 15.10.2012.

¹² Proposition de loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, *Doc. S.* n° 576 du 1^{er}.6.2012.

Cette nouvelle loi, qui a été promulguée le 7 août 2013, après que le Conseil constitutionnel ait constaté sa conformité à la constitution¹³, fait naître un risque certain d'instrumentalisation de l'embryon humain à des fins plus ou moins directement marchandes, dès lors que la libéralisation de la recherche sur l'embryon répond aux attentes de l'industrie pharmaceutique (I) et que celle-ci s'est accompagnée d'une fragilisation au niveau européen du principe de non-brevetabilité de l'embryon humain (II).

I. UNE LIBERALISATION DE LA RECHERCHE SUR L'EMBRYON REpondANT AUX ATTENTES DE L'INDUSTRIE PHARMACEUTIQUE

La libéralisation de la recherche sur l'embryon humain a visiblement été accueillie avec enthousiasme par l'industrie pharmaceutique. La présidente de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, Mme C. Lemorton, a en effet souligné que « les industriels du médicament (...) sont heureux de savoir qu'on va enfin autoriser les recherches sur les cellules embryonnaires, comme dans les autres pays »¹⁴. Il est vrai que le régime permissif de la loi du 7 août 2013 (A) leur est, en tous points, favorable. On peut donc craindre une réorientation insidieuse de cette recherche en fonction d'objectifs industriels et commerciaux (B).

A. LE REGIME PERMISSIF ISSU DE LA LOI DU 7 AOUT 2013

La loi bioéthique de 2013 ne concerne que la recherche sur l'embryon humain. Il s'agit d'un texte bref qui néanmoins bouleverse le régime prévu par la loi du 7 juillet 2011.

Certes, le principe demeure que la recherche sur l'embryon n'est possible que s'il s'agit d'un embryon conçu *in vitro* dans le cadre d'une AMP ne faisant

¹³ CC 674 DC du 1^{er}.8.2013, *JCP G* 2013, act. 904, AR Mathieu ; *Constitutions* 2013. 443, chron. Bioy : le Conseil constate notamment la suffisante précision et intelligibilité des dispositions contestées, l'absence de méconnaissance par le législateur de sa compétence et la conformité du nouveau mécanisme d'autorisation des recherches sur l'embryon au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

¹⁴ *JOAN* du 20.3.2013. Cf. également, Lemorton C. *in JOAN* du 28.3.2013 : « La seule fois où les entreprises du médicament m'ont applaudie, c'était en octobre dernier, quand je leur ai annoncé que nous allions avancer, avec le nouveau gouvernement, sur le sujet ».

plus l'objet d'un projet parental. De plus, le consentement écrit et éclairé du couple dont l'embryon est issu ou du survivant de ce couple est toujours nécessaire¹⁵. Il doit, sauf exception, être réitéré dans un délai de trois mois et, en tout état de cause, aucune recherche n'est possible sans l'accord de l'Agence de la Biomédecine¹⁶.

Toutefois, le principe de l'interdiction de la recherche sur l'embryon assorti d'un régime dérogatoire, tel que prévu par la loi bioéthique de 2011, a été remplacé à l'article L. 2151-5 du Code de la santé publique par un régime d'autorisation : « aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches¹⁷ embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation ». Ce changement s'accompagne de la suppression à l'article L. 2151-1 de l'obligation de motivation de la décision de l'Agence de la Biomédecine et de l'avis de son comité d'orientation.

Ces modifications ont des conséquences tangibles. En effet, sous le régime de l'interdiction avec dérogation de la loi de 2011, les conditions dérogatoires étaient d'interprétation stricte et l'obligation de motivation pesant sur l'Agence de Biomédecine et son comité d'orientation les obligeaient à justifier précisément, non pas simplement les refus, mais aussi les autorisations accordées¹⁸.

Dorénavant, puisque l'Agence de la biomédecine et son comité d'orientation ne sont plus soumis à une obligation de motivation générale, les autorisations n'ont plus à être motivées. Seules devront l'être les décisions de refus de l'agence, en application de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 qui prévoit que « doivent être motivées les décisions (...) qui refusent une autorisation ».

D'autres assouplissements sont notables dans la perspective d'une possible marchandisation de l'embryon.

Si la preuve de la pertinence scientifique du projet de recherche est toujours exigée de la part du demandeur, la loi de 2013 prévoit dorénavant que cette recherche peut être « *fondamentale ou appliquée* ». Or, contrairement à la recherche fondamentale, qui consiste à acquérir de nouvelles connaissances, sans envisager une utilisation ou une application particulière, la recherche appliquée est dirigée vers un objectif pratique déterminé et correspond

¹⁵ C. santé publique, art. L. 2151-5.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Il s'agit de cellules qui ont la particularité de pouvoir se multiplier indéfiniment et de donner naissance à tous les organes et tissus de l'organisme.

¹⁸ Sur l'obligation de motivation des décisions de l'Agence de Biomédecine autorisant à titre *dérogatoire* un projet de recherche sur des embryons humains, v. CE 23.12.2014, Fondation Jérôme Lejeune, req. n°360958 ; *AJDA* 2015.377, *JCP G* 2015, doct. 1113, Byk ; *Dict. perm. santé, bioéthique, biotechnologies*, 2015-256. 1, obs. Vigneau.

notamment au type de recherche réalisé le plus souvent par les laboratoires privés de l'industrie pharmaceutique.

De même, alors que la loi de 2011 exigeait que le projet de recherche soit susceptible de permettre des « progrès médicaux *majeurs* », la loi de 2013 prévoit que l'autorisation peut être accordée si « la recherche (...) s'inscrit dans une finalité médicale ». Cette notion floue permet d'englober en réalité tout type de recherche ayant une « coloration » médicale¹⁹, y compris dans le domaine de la cosmétologie, à l'exception des recherches purement esthétiques ou à des fins de reproduction. La voie est donc ouverte, non plus seulement aux recherches en vue de développer des thérapies cellulaires²⁰, mais à des projets aux finalités plus commerciales, on y reviendra.

Enfin, la loi de 2013 assouplit considérablement le critère de subsidiarité de la recherche sur l'embryon humain. La loi de 2011 prévoyait en effet qu'une telle recherche ne pouvait être autorisée que s'il était « impossible de parvenir au résultat escompté par le biais d'une recherche ne recourant pas à des embryons humains, des cellules souches embryonnaires ou des lignées de cellules souches ». Or, le nouvel article L. 2151-5 dispose dorénavant qu'un projet de recherche peut être autorisé si « en l'état des connaissances scientifiques, cette recherche ne peut être menée sans recourir à ces embryons ou ces cellules souches embryonnaires ». Par conséquent, le chercheur n'a plus à démontrer l'impossibilité d'obtenir les résultats escomptés par d'autres moyens de recherche. Il lui suffit d'établir que *la* recherche spécifique qu'il envisage implique le recours à l'embryon humain, *en l'état des connaissances scientifiques* (souligné par nous).

On l'aura compris, la libéralisation de la recherche sur l'embryon est pain béni pour l'industrie pharmaceutique. Dans une étude de 2010 réalisée pour le compte du LEEM (Les industries du médicament), organisme regroupant les entreprises pharmaceutiques en France, l'accent était clairement mis sur la nécessité d'un « assouplissement des démarches nécessaires au développement des lignées et du champs possible d'investigation en matière de cellules souches embryonnaires »²¹. Par ailleurs, comme l'a rappelé en séance le député de l'opposition, M. J. Leonetti, l'audition par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale de certains spécialistes de la recherche en matière de cellules souches embryonnaires démontrait l'intérêt manifeste de l'industrie pharmaceutique pour un assouplissement des règles existantes. C'est ainsi que lors de leur audition par les parlementaires les professeurs

¹⁹ En ce sens, v. Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique », *JCP G* 2013, act. 905, AR.

²⁰ La thérapie cellulaire vise à soigner un organe ou un organisme par l'apport de cellules obtenues la plupart du temps à partir de cellules souches.

²¹ Bionest Partners, *Des cellules pour la santé*, février 2010, p. 87 (disponible sur le site du LEEM : www.leem.org).

Menasché et Peschanski (INSERM) expliquaient : « (...) ce dispositif [celui de la loi bioéthique de 2011] rend notre pays moins attractif auprès des industriels. Nous avons apporté aux firmes la preuve que ces cellules pouvaient être fabriquées de manière industrielle et utilisées à grande échelle. C'est pour cette raison qu'elles s'y sont intéressées. Les applications industrielles vont être opérationnelles pour travailler à l'échelle industrielle sur les cellules souches embryonnaires »²².

Le Gouvernement et la majorité parlementaire de gauche n'ont pas nié ce point. Pourtant, lorsqu'un député de l'opposition, M. M. Le Fur, a déposé un sous-amendement tendant à réserver la recherche sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires à la recherche *fondamentale et publique* ou encore à la recherche dont les maîtres d'ouvrage auraient été des laboratoires publics, ce sous-amendement a été rejeté par l'Assemblée nationale, après que le Gouvernement ait fait part de son avis défavorable²³, alors même qu'il aurait permis de protéger l'embryon des appétits de l'industrie pharmaceutique. Ainsi, est-ce bien sciemment que rien n'a été fait pour empêcher l'intrusion de cette industrie...Il est vrai que l'objectif de la loi était aussi – et peut-être même surtout – de ne plus avoir « à déplorer que notre industrie pharmaceutique soit à la traîne », selon les termes de la rapporteure de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, Mme D. Orliac²⁴, préoccupation qui témoigne de l'emprise de la doxa libérale sur la question de l'embryon humain.

B. LE RISQUE D'UNE REORIENTATION INSIDIEUSE DE LA RECHERCHE EN FONCTION D'OBJECTIFS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX

Il est donc entendu que l'industrie pharmaceutique s'intéresse à la recherche sur l'embryon humain et ses cellules souches avec la bénédiction de l'État. Reste à savoir pour quelle application. À cet égard, force est de constater que la donne a changé depuis quelques années. En effet, si dans un premier temps les cellules souches embryonnaires semblaient constituer le sésame pour la thérapie cellulaire de demain, la découverte par le professeur Yamanaka – qui lui a valu le prix Nobel 2012 de physiologie et de médecine – des cellules souches pluripotentes induites IPS (*induced pluripotent cells*) présentant des qualités comparables à celles des cellules embryonnaires a singulièrement remis en cause l'intérêt de ces dernières, compte tenu notamment du problème

²² JOAN du 11.7.2013.

²³ JOAN du 11.7.2013.

²⁴ JOAN du 20.3.2013.

éthique évident que leur utilisation posait²⁵. Par ailleurs, aucun progrès significatif sur le plan thérapeutique n'a pour l'instant découlé des recherches sur ces cellules embryonnaires²⁶.

Dans un rapport de septembre 2013, l'Agence de la Biomédecine reconnaissait que le recours aux cellules souches à des fins de thérapie cellulaire était un « objectif encore lointain et incertain » et que « le potentiel thérapeutique qu'on (...) attribue [aux cellules souches], la possibilité de remplacement de cellules lésées ; cette application, la plus médiatisée, sera probablement la plus longue à être concrétisée, et peut-être la plus décevante en termes de santé publique »²⁷. C'est pourquoi l'industrie pharmaceutique adopte à l'égard de cette application incertaine une démarche de « veille scientifique active » en n'y consacrant que des investissements restreints²⁸.

Il en va différemment, en revanche, des autres applications envisageables « dans l'immédiat », selon le rapport de l'Agence de Biomédecine de 2013, que sont « le support de modélisation de maladies humaines, le criblage de molécules pharmaceutiques²⁹ et l'évaluation de la toxicité de molécules »³⁰.

Toutefois, s'agissant de la modélisation des maladies humaines, ce sont les cellules IPS qui « ouvrent des perspectives importantes »³¹ et non les cellules embryonnaires. Ces dernières présentent donc surtout un intérêt pour le criblage de molécules pharmaceutiques et l'évaluation de leur toxicité. Autrement dit, il s'agirait d'utiliser l'embryon humain et ses cellules souches afin de concevoir et de tester des médicaments destinés à être commercialisés.

²⁵ V. Mirkovic A., « Recherche sur l'embryon : vers la fin d'un grand gâchis éthique ? », *JCP G* 2009, doct. 448.

²⁶ En France, le professeur Menasché mène depuis octobre 2014 un essai clinique de phase 1 à l'hôpital européen Georges Pompidou (Paris) dans le but de traiter l'insuffisance cardiaque sévère. Toutefois, un essai clinique de phase 1 n'évalue que la toxicité du traitement, sans rechercher en premier lieu un effet thérapeutique. En outre, le Professeur Menasché a reconnu lui-même qu'« il reste difficile de dire si l'amélioration provient de la greffe de cellules ou du pontage » réalisé. Cf. « Essai clinique du Professeur Menasché, nouvel effet d'annonce en soutien à la campagne de l'AFM-Thélethon », *Généthique vous informe* 28.10.2015 (disponible sur www.genethique.org).

²⁷ Agence de la Biomédecine (ABM), *Rapport d'information au Parlement et au Gouvernement sur le développement des connaissances et des techniques*, septembre 2013, p. 43 et 50.

²⁸ « Des cellules pour la santé », *op. cit.*, p.28.

²⁹ Le « criblage » en pharmacologie désigne une méthode d'investigation permettant d'effectuer un tri (en anglais, *screening*) parmi des molécules dont on ignore les propriétés pharmacologiques éventuelles, dans la perspective de la recherche d'un médicament.

³⁰ ABM, *rapport préc.*, p. 43.

³¹ *Id.*, p. 53.

Lors de leur audition par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale en 2013, les professeurs Menasché et Peschanski ont bien précisé en effet que « les cellules souches embryonnaires sont un moyen d'accès à tous les tissus humains dont l'industrie pharmaceutique a besoin pour tester l'efficacité et la toxicité de ses médicaments »³².

De surcroît, l'industrie pharmaceutique pourrait bénéficier d'un effet d'aubaine, la France disposant d'un nombre élevé d'embryons « surnuméraires »³³ cryogénisés dont plusieurs milliers sont sans projet parental et proposés à la recherche³⁴.

Il faut cependant souligner que le recours aux cellules souches embryonnaires (comme aux cellules IPS) pour développer de nouveaux médicaments n'est pas indispensable, l'utilisation du modèle animal étant possible³⁵. L'argument est donc essentiellement économique, comme l'a souligné un économiste de la santé : « sachant que le développement d'une nouvelle molécule coûte en moyenne 650 millions de dollars et dure quinze ans, il serait alors possible de tester les nouvelles molécules sur les cellules souches embryonnaires et d'éviter l'étape coûteuse et longue du test sur le modèle animal qui précède l'essai sur l'homme. Ce gain de temps et d'argent

³² JOAN du 11.7.2013.

³³ Un embryon surnuméraire est un embryon conçu lors d'une fécondation *in vitro* dans le cadre d'une AMP mais qui n'a pas été implanté dans l'utérus de la mère et qui est conservé – congelé – dans l'attente d'une éventuelle utilisation ultérieure. L'existence de tels embryons surnuméraires s'explique par le fait que les techniques de fécondation *in vitro* consistent à concevoir *plusieurs* embryons en vue d'une implantation.

³⁴ ABM, *Rapport annuel 2014*, Tableau AMP 37 : à la date du 31 décembre 2013, on dénombrait 191 845 embryons surnuméraires conservés en France dont 32 249 étaient sans projet parental et 19 335 proposés à la recherche.

³⁵ Testart J., « La recherche sur les cellules souches embryonnaires », in *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz 2010, p. 13 s. (version électronique : <http://jacques.testart.free.fr/pdf/texte845.pdf>): « la recherche chez l'animal est susceptible, par le nombre et la qualité des sujets d'étude, de produire des résultats véritablement scientifiques. Mais, comme je l'avais montré il y a vingt ans, l'expérimentation animale est plus coûteuse et moins gratifiante que l'expérimentation humaine. En outre, elle impose des délais de réalisation avant démonstration chez l'homme qui semblent insupportables à ceux qui revendiquent une position forte dans la compétition internationale » ; v. aussi Testart J., « La recherche sur l'embryon : 25 ans de débats », *Formation École Nationale de la Magistrature*, p. 2-3 (version électronique : <http://jacques.testart.free.fr/pdf/texte945.pdf>).

permettrait à l'industrie pharmaceutique mondiale d'économiser environ 8 milliards de dollars »³⁶.

Ainsi, en élargissant les possibilités de recherche sur l'embryon humain aux projets « à finalité médicale » *lato sensu* et en assouplissant la condition de subsidiarité de ces recherches (nécessité qu'*en l'état des connaissances scientifiques*, la recherche *envisagée* ne puisse être menée sans recourir à des embryons), le législateur a complaisamment rendu possible des expérimentations³⁷ répondant avant tout aux considérations économiques de l'industrie pharmaceutique, sans être *indispensables* sur le plan médical³⁸.

Il y a donc bien un risque de marchandisation de l'embryon, en ce que celui-ci pourrait se trouver à brève échéance instrumentalisé en fonction d'objectifs mercantiles.

Pour l'heure, cependant, la non-brevetabilité de l'utilisation de l'embryon humain à des fins industrielles et commerciales semble constituer un obstacle à l'implication directe des entreprises pharmaceutiques. Mais ce principe est fragilisé.

II. UNE FRAGILISATION AU NIVEAU EUROPEEN DU PRINCIPE DE NON-BREVETABILITE DE L'EMBRYON HUMAIN

³⁶ Laventin L., « Manipulations de l'embryon humain : business ou santé publique ? », Ecosan consulting, mai 2011, extrait cité in Testart J., « La recherche sur l'embryon : 25 ans de débats », *op. cit.*, p.7 ; v. Laventin aussi L. et Henrion Caude A., « Recherche sur l'embryon humain : business ou santé publique ? », *Le Monde* 25.5.2011.

³⁷ Cf. G. Fioraso, *op. cit.* : « tel qu'il est formulé, cet alinéa est très restrictif pour les chercheurs, car il signifie qu'une recherche ne pourra être menée à partir d'embryons ou de cellules souches embryonnaires que s'il est « impossible (...) de mener une recherche similaire », quels que soient les résultats et l'efficacité attendus de cette méthode et ceux qui sont espérés de la recherche sur des embryons. Les recherches liées au *screening* à visée pharmaceutique ou à la modélisation des pathologies pourraient se heurter à cet alinéa. D'où la nouvelle rédaction que je suggère ».

³⁸ V. Binet J.-R., « Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique, *JCP G* 2013, AR 905 ; Mirkovic A., « Recherche sur l'embryon : vers la fin d'un grand gâchis éthique ? », *op. cit.*, doct. 448 ; v. également Leonetti J., *JOAN* du 16.7.2013 : « mais peut-être est-ce plutôt, comme l'ont dit les chercheurs, l'attractivité industrielle de la France qui est en question, plutôt les financements par les laboratoires privés, qui nous pressent et demandent que nous légiférions vite, parce qu'il est urgent de produire des batteries de cellules embryonnaires pour *tester les médicaments* ».

Si dans un premier temps la conception extensive du champ d'exclusion de la brevetabilité consacrée par l'arrêt *Brüstle* de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en date du 18 octobre 2011³⁹ (A) a certainement eu un effet dissuasif à l'égard des entreprises pharmaceutiques, ces dernières ne souhaitant pas, en règle générale, financer des recherches qu'elles ne peuvent protéger par des brevets⁴⁰, cette digue semble entamée par un reflux de la jurisprudence européenne réduisant la portée du principe de non-brevetabilité (B).

A. LA CONCEPTION EXTENSIVE DU CHAMP D'EXCLUSION DE LA BREVETABILITE CONSACREE PAR L'ARRET BRÜSTLE DE LA CJUE

L'article 6 paragraphe 2 de la directive européenne 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques dispose que « ne sont pas brevetables : (...) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles et commerciales ». L'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle qui transpose la directive 98/44/CE a donc repris cette interdiction. Or, la lecture qu'en fait la CJUE est essentielle car les États membres n'ont aucune marge d'interprétation par rapport à celle-ci pour ce qui est de la non-brevetabilité des procédés et utilisations énumérés à l'article 6 paragraphe 2 du texte européen⁴¹.

Dans son arrêt *Brüstle*⁴², la CJUE a manifestement opté pour une interprétation maximaliste de cette interdiction.

En premier lieu, elle souligne que « la notion d'« embryon humain » au sens de l'article 6, paragraphe 2 (...) de la directive doit être comprise largement », au motif que « le contexte et le but de la directive révèlent (...) que le législateur de l'Union a entendu exclure toute possibilité de brevetabilité, dès lors que le respect dû à la dignité humaine pourrait en être affecté »⁴³.

En conséquence, la Cour estime que pour l'application de l'article 6 paragraphe 2 de la directive, l'« ovule humain doit, dès le stade de sa

³⁹ CJUE GC 18.10.2011, *Brüstle*, Aff. C-34/10, *AJ* 2597, obs. Daleau ; *AJ fam.* 2011. 518, obs. Mirkovic ; *JDI* 2013-1. 5, comment. Byk.

⁴⁰ Gaumont-Prat H., « France : des scientifiques pour la brevetabilité des cellules souches embryonnaires humaines », *Propr. Ind.* 2011, Alerte 61 ; Coulomb D., « Cellules souches embryonnaires. L'Europe bloque les brevets, pour le pire et le meilleur », *Science & Santé* 2015-25. 44 s.

⁴¹ CJCE 16.6.2005, Comm. c./ Italie, Aff. C-456/03, *Europe* 2005, comm. 279, note Kauff-Gazin.

⁴² La Cour était saisie d'une demande préjudicielle du Bundesgerichtshof allemand.

⁴³ Pt. 34 de l'arrêt.

fécondation, être considéré comme un “embryon humain” (...) dès lors que cette fécondation est de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain » et qu'il en va de même pour « l'ovule humain non fécondé, dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté, et l'ovule humain non fécondé induit à se diviser et à se développer par voie de parthénogenèse », dès lors qu'ils sont « de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain comme l'embryon créé par fécondation d'un ovule »⁴⁴.

Ainsi, en précisant qu'un ovule constitue un embryon dès sa fécondation, la Cour anéantit la thèse selon laquelle l'embryon n'existerait pas, à proprement parler, dès la conception, mais à un stade ultérieur, de sorte qu'il faudrait distinguer les *pré-embryons*, dont l'utilisation à des fins industrielles et commerciales pourrait être brevetable, des embryons *stricto sensu*⁴⁵.

De même, en indiquant que constituent également des embryons non-brevetables à des fins industrielles et commerciales, les ovules non fécondés mais qui ont fait l'objet d'un transfert de noyau ou dont la parthénogénèse a été provoquée, pour peu qu'ils soient de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain, l'arrêt *Brüstle* exclut de la brevetabilité les embryons issus d'un clonage⁴⁶.

Cette définition inclusive de l'embryon humain s'accompagne d'une interprétation extensive de l'interdiction de l'utilisation à des fins industrielles et commerciales, laquelle est similaire à celle de la Grande chambre des recours de l'Office européen des brevets (OEB)⁴⁷.

Ainsi, alors qu'il aurait pu sembler que, comme en droit français, l'utilisation de l'embryon à des fins industrielles ou commerciales constitue une utilisation distincte de l'utilisation à des fins de recherche⁴⁸, de sorte que la

⁴⁴Pt. 35 et 36 de l'arrêt.

⁴⁵ En ce sens, v. Martial-Braz N. et Binet J.-R., *JCP G* 2011, note 146.

⁴⁶ Le clonage par « transfert de noyau » consiste à remplacer le noyau d'un ovule non fécondé par celui d'une cellule prélevée sur le corps d'un autre sujet, de sorte que l'embryon qui en résultera aura le même patrimoine génétique que ce dernier. La parthénogénèse est une autre forme de clonage – *lato sensu* – consistant à déclencher la division cellulaire d'un ovule qui, bien que n'ayant pas été fécondé, se développe alors en embryon (« parthénote ») ayant le même patrimoine génétique que la personne ayant donné l'ovule (Source : site internet de l'Université Paris-Sud 11 : www.clonage.u-psud.fr).

⁴⁷ V. OEB GC, WARF, déc. G 2/06, R. 25.11.2008 ; D. 2008. 1435, obs. Galloux et H. Gaumont-Prat ; 4.2.2014, Technion, req. n° T2221/10, RDSS 2014. 699, note Mahalatchimy. Créé par la Convention de Munich sur la délivrance des brevets européens du 5.10.1973, l'OEB possède un ordre juridique distinct du droit de l'Union européenne et des ordres juridiques nationaux.

⁴⁸ L'article L. 2151-3 du Code de la santé publique dispose ainsi qu'« un embryon humain ne peut être (...) utilisé (...) à des fins commerciales ou industrielles », alors

non-brevetabilité concernant la première utilisation ne s'étend pas à la seconde, la CJUE a fait le choix d'une lecture totalement différente.

Après avoir pris soin d'indiquer qu' « il y a lieu de préciser que la directive n'a pas pour objet de réglementer l'utilisation d'embryons humains dans le cadre de recherches scientifiques » et que « son objet se limite à la brevetabilité des inventions biotechnologiques »⁴⁹, la CJUE considère néanmoins que comme « l'octroi d'un brevet à une invention implique, en principe, son exploitation industrielle et commerciale », un tel brevet ayant pour objet de conférer un monopole d'exploitation à de telles fins, toute demande de brevet portant sur une découverte concernant l'embryon, fut-ce pour une utilisation à des fins de recherches scientifiques, *révèle* une intention d'utilisation industrielle ou commerciale de l'embryon qui doit être interdite : « l'utilisation d'embryons humains à des fins de recherche scientifique qui ferait l'objet d'une demande de brevet ne saurait être distinguée d'une exploitation industrielle et commerciale et, ainsi, échapper à l'exclusion de la brevetabilité »⁵⁰.

En somme, toute brevetabilité de l'embryon est exclue à l'exception, comme le précise le considérant 42 de la directive, des brevets portant sur une utilisation ayant « un objectif thérapeutique ou de diagnostic qui s'appliquent à l'*embryon humain* et lui sont utiles ».

Il est vrai que cette dernière exception est contestable sur le plan éthique en ce qu'on voit mal comment il est possible de respecter le principe de dignité humaine auquel le législateur européen est attaché, selon l'arrêt *Brüstle* (« le législateur de l'Union a entendu exclure toute possibilité de brevetabilité dès lors que le respect dû à la dignité humaine pourrait en être affecté »)⁵¹, tout en acceptant que puisse être brevetée une utilisation d'embryons humains impliquant leur destruction dans le cadre d'expérimentations les réduisant au rang de « matériau de laboratoire », au seul motif que cette utilisation bénéficiera à d'autres embryons.

Néanmoins, l'interprétation extensive de la CJUE de l'interdiction de brevetabilité de l'utilisation des embryons humains à des fins industrielles et commerciales, qui venait s'ajouter à celle de l'OEB, constituait indéniablement un « tir de barrage » à l'égard de l'industrie pharmaceutique, d'autant plus que l'arrêt *Brüstle* précise également, en s'harmonisant ici encore avec la jurisprudence de la grande chambre des recours de l'OEB⁵², que le fait que l'utilisation/destruction de l'embryon humain « intervienne, le cas échéant, à un *stade largement antérieur* à la mise en œuvre de l'invention, comme dans le

que l'article L. 2151-5 du même code autorise, sous certaines conditions, l'utilisation de ces embryons à des fins de recherche (cf. I.A de la présente étude).

⁴⁹ Pt. 40 de l'arrêt.

⁵⁰ Pt. 44 de l'arrêt.

⁵¹ Pt. 34 de l'arrêt.

⁵² Cf. note 47.

cas de la production de cellules souches embryonnaires à partir d'une lignée de cellules souches dont la constitution, seule, a impliqué la destruction d'embryons humains, est (...) indifférent»⁵³. En application de cette jurisprudence donc, même lorsque l'invention revendiquée ne concerne pas l'utilisation/destruction de l'embryon, il suffit qu'une telle destruction soit intervenue en amont de cette invention pour que cette dernière ne soit pas brevetable.

L'obstacle pour l'industrie pharmaceutique était de taille et on comprend aisément que celle-ci ait activement communiqué sur la nécessité d'assouplir les règles de non-brevetabilité de l'embryon⁵⁴.

Peut-être a-t-elle été entendue car quelques années après l'arrêt *Brüstle* qui avait été salué par les partisans d'une meilleure protection de l'embryon humain, la CJUE a bien, semble-t-il, entamé un mouvement de reflux jurisprudentiel.

B. UN REFLUX DE LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE REDUISANT LA PORTEE DU PRINCIPE DE NON-BREVETABILITE

Par un arrêt *International Stem Cell Corporation* en date du 18 décembre 2014⁵⁵, la CJUE a en effet été amenée à statuer à nouveau sur la définition de l'embryon humain, au sens de l'article 6 paragraphe 2 de la directive 98/44/CE⁵⁶. Saisie de la question de savoir si « un ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer jusqu'à un certain stade constitue un « embryon humain »⁵⁷, la Cour a répondu par la négative, revenant ainsi en partie sur sa jurisprudence *Brüstle*.

Dans l'arrêt *Brüstle*, en effet, la Cour avait expressément affirmé qu'un « parthénote » constituait bien un embryon humain, au sens de la directive européenne, dès lors que ce dernier était « de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain comme l'embryon créé par fécondation d'un ovule ».

⁵³ Pt. 49 de l'arrêt.

⁵⁴ Cf. notamment H. Gaumont-Prat, « France : des scientifiques pour la brevetabilité des cellules souches embryonnaires humaines », *op. cit.*

⁵⁵ CJUE GC 18.12.2014, *International Stem Cell Corporation*, Aff. C-364/13, *JCP G* 2015. 135, note Byk ; *JCP Entreprise et Affaires* 2015. 1209, comm. Mendoza-Caminade ; *Dict. perm. santé, bioéthique, biotechnologies*, 2015-255.1, obs. Vigneau ; *Prop. ind.* 2015, chron. 7, H. Gaumont-Prat ; *TD civ.* 2015.87, note Hauser ; *GP* 2015-64. 17, note Marino.

⁵⁶ La Cour été saisie d'une question préjudicielle de la *High Court of Justice* britannique.

⁵⁷ Pt. 21 de l'arrêt.

Toutefois, au motif que les connaissances scientifiques sur le « parthénote » ont évolué, la Cour indique, dans son arrêt *International Stem Cell Corporation*, que « cette expression doit être entendue en ce sens que, pour pouvoir être qualifié d'«embryon humain», un ovule humain non fécondé doit nécessairement disposer de la capacité intrinsèque de se développer en un être humain »⁵⁸.

Ainsi, la Cour a-t-elle changé de critère.

Un ovule non fécondé induit à se diviser et à se développer n'est plus considéré comme un embryon humain s'il est de nature à déclencher le processus de « développement d'un être humain », mais uniquement s'il est capable d'*aboutir* à un tel « être humain », c'est-à-dire à un corps humain complet⁵⁹. Or, comme le « parthénote », « à la lumière des connaissances actuelles de la science »⁶⁰, ne se développe pas au-delà du stade de « blastocyste »⁶¹ et ne dispose donc pas de la capacité intrinsèque de devenir un être humain, au sens de la jurisprudence européenne, la Cour lui refuse la qualification d'embryon humain, au sens de l'article 6 paragraphe 2 de la directive 98/44/CE. Ce n'est que si des interventions génétiques additionnelles, en l'espèce exclues, devait remédier au fait que le « parthénote » ne puisse pas se développer en un être humain que celui-ci retrouverait alors la qualification d'embryon humain⁶².

Le résultat est donc que la brevetabilité de l'utilisation d'un « parthénote » à des fins industrielles ou commerciales n'est pas prohibée au titre de l'article 6 paragraphe 2 du texte européen, selon la Cour, tant qu'« il ne dispose pas (...)

⁵⁸ Pt. 28 de l'arrêt.

⁵⁹ La notion d'être humain, au sens de la jurisprudence de la CJUE, doit ainsi être dissociée de celle du droit français. En évoquant la capacité pour un embryon de se développer en un être humain, le juge européen montre qu'à ses yeux l'embryon *n'est pas* un être humain, mais le *devient*. Il semble donc que l'« être humain » est appréhendé par la CJUE comme étant le corps humain complet résultant du développement de l'embryon. À l'inverse, en droit français, l'embryon humain est d'*emblée* un « être humain » dont l'article 16 du Code civil assure le respect (« La loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »), sauf s'il s'agit d'un embryon conçu *in vitro*, dans lequel cas, il ne fait plus l'objet que de « garanties » (CC 343/344 DC 27.7.1994, Bioéthique I, *GDCC* n° 47 : « le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* de nombreuses *garanties* (...) qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable »).

⁶⁰ Pt. 38 de l'arrêt.

⁶¹ Ce stade correspond à celui d'un embryon de 5 ou 6 jours.

⁶² Pt. 34 de l'arrêt.

de la capacité intrinsèque de se développer en un être humain, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier »⁶³.

Une telle analyse est inquiétante.

Tout d'abord, le refus de la Cour de reconnaître la qualité d'embryon au « parthénote » semble défier la réalité biologique. Il est en effet acquis que le « parthénote » est passé par les mêmes étapes de développement qu'un ovule fécondé, à savoir une division et une différenciation cellulaire, et qu'il a atteint le stade de « blastocyste », c'est-à-dire qu'il se présente comme un embryon d'environ cinq jours⁶⁴. Par ailleurs, il est également admis que les cellules souches qu'on peut obtenir à partir de ce blastocyste sont des cellules souches *embryonnaires*⁶⁵. On voit dès lors difficilement comment un « parthénote » pourrait ne pas être un embryon, puisqu'il en a les propriétés biologiques.

L'absence d'interdiction, au titre de l'article 6 paragraphe 2 de la directive 98/44/CE, de la brevetabilité de l'utilisation à des fins industrielles ou commerciales d'un « parthénote » est d'autant plus contestable sur un plan éthique qu'elle revient à admettre la brevetabilité de l'utilisation d'un embryon créé à des fins d'exploitation par clonage. En effet, la parthénogénèse constitue bien un type particulier de clonage à partir d'un ovule, dès lors que « l'ovocyte [qui en résulte] contient seulement de l'ADN maternel »⁶⁶.

Certes, la définition donnée par la Cour ne concerne que la question de la brevetabilité et n'a donc aucune incidence sur les législations nationales en ce qu'elles sont chargées de « réglementer l'utilisation d'embryons humains dans le cadre de recherches scientifiques »⁶⁷. Or, les articles L. 2151-2 et L. 2151-3 du Code de la santé publique disposent bien que la constitution d'un embryon humain, notamment par clonage, à des fins de recherche ou à des fins industrielles ou commerciales est interdite.

Cependant, la République française est intervenue dans l'affaire *International Stem Cell Corporation* pour soutenir que les « parthénotes » ne constituaient pas des embryons humains⁶⁸.

Le législateur français avait pourtant tenu un autre raisonnement lors des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi bioéthique du 6 août

⁶³ Pt. 38 de l'arrêt.

⁶⁴ Pt. 17 de l'arrêt.

⁶⁵ C'est ainsi que la demande de brevet l GB0621068.6 de l'entreprise *International Stem Cell Corporation* était intitulée « Activation par voie de parthénogénèse d'ovocytes pour la production de cellules souches *embryonnaires* humaines » (pt. 10 de l'arrêt).

⁶⁶ Concl. de l'avocat général de la CJUE P. Cruz Villalon sur l'Aff. C-364-13, *International Stem Cell Corporation*, pt. 29. Sur la parthénogénèse comme forme de clonage, v. note 46.

⁶⁷ Pt. 22 de l'arrêt.

⁶⁸ Concl. Préc. de P. Cruz Villalon, pt. 56.

2004. En effet, le rapport de la commission spéciale sur le projet de loi relatif à la bioéthique de l'Assemblée nationale du 10 janvier 2002, rédigé par le député A. Claeys, voyait dans la parthénogénèse une forme de clonage embryonnaire, indépendamment de la question de savoir si le blastocyste pouvait effectivement ou non « se développer en un être humain »⁶⁹.

Mais, on comprend aisément l'intérêt de la nouvelle position. Si le « parthénote » n'est pas un embryon, il échappe alors à l'interdiction du clonage et son utilisation à des fins industrielles et commerciales peut être brevetée sans problème. La voie est donc libre à la marchandisation de cette forme particulière d'embryon, dont on ne veut pas dire le nom !

L'arrêt *International Stem Cell Corporation* suscite une autre crainte.

En effet, s'il reprend, à titre liminaire, la formulation retenue dans l'arrêt *Brüstle* selon laquelle « la directive 98/44 n'a pas pour objet de réglementer l'utilisation d'embryons humains dans le cadre de recherches scientifiques et que son objet se limite à la brevetabilité des inventions biotechnologiques »⁷⁰, il s'abstient, en revanche, de faire mention de l'autre apport jurisprudentiel de cet arrêt, à savoir que « l'exclusion de la brevetabilité portant sur l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales énoncée à l'article 6, paragraphe 2 (...) porte également sur l'utilisation à des fins de recherche scientifique »⁷¹.

Il est vrai que ce rappel n'était pas indispensable dans l'affaire *International Stem Cell Corporation*, compte tenu de la question préjudicielle soumise à la CJUE. Néanmoins, ce silence interpelle et une partie de la doctrine en a déduit que « la Cour lève (...) l'interdiction de brevetabilité pour une finalité scientifique (...) ce qui ouvre de nouvelles perspectives pour la recherche en biotechnologies »⁷² !

⁶⁹ « Rapport de A. CLAEYS, sur le projet de loi relatif à la bioéthique », *Doc. AN* n° 3528 du 10.1.2002, p. 150 s. : traitant du problème du clonage reproductif, le rapport évoque la « méthode du clonage » et notamment « la technique de la parthénogénèse qui consiste à faire évoluer un ovule jusqu'au stade *embryonnaire* en le soumettant à un choc chimique sans aucune forme de fécondation, que ce soit par un spermatozoïde ou par un matériel génétique extérieur. Il souligne notamment qu' « un laboratoire américain privé a, en effet, annoncé, à la fin du mois de novembre 2001, avoir obtenu par cette technique, que d'aucuns pensaient jusqu'à ce jour inapplicable à l'espèce humaine, un blastocyste *humain* de plusieurs jours mais dont le patrimoine génétique serait incomplet ». La doctrine juridique a également admis que la parthénogénèse constituait une forme de clonage, v. en particulier Martial-Braz N. et Binet J.-R. , *op. cit.*, note 146 et de Malherbe B. et Galloux J.-C., *op. cit.*

⁷⁰ Pt. 22 de l'arrêt reprenant le pt. 40 de l'arrêt *Brüstle*.

⁷¹ Pt. 46 de l'arrêt *Brüstle*.

⁷² V. Mendoza-Caminade A., *op. cit.*, p. 1209. V. également Byk C., note sous CJUE GC 18.12.2014, *op. cit.*, p. 135.

Si la CJUE devait confirmer cette interprétation, ce serait alors l'« approche anglo-saxonne » qui l'aurait finalement emporté, laquelle consiste à soutenir que la non-brevetabilité des utilisations « industrielles et commerciales » de l'embryon ne concerne en réalité que les utilisations impliquant l'emploi direct et répétitif d'embryons humains comme matériel dans un processus mécanique, chimique ou technique et qui nécessitent un commerce des embryons⁷³. En somme, la brevetabilité des embryons humains à des fins de recherche ne serait plus interdite au titre de l'article 6 paragraphe 2 de la directive 98/44/CE, ni donc au titre de l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle qui transpose le texte européen.

Or, si la digue de la non-brevetabilité devait céder sur ce point, et dans la mesure où le législateur national a déjà libéralisé la recherche sur l'embryon humain, plus rien n'empêcherait en France l'industrie pharmaceutique de se saisir de cet embryon pour breveter des procédés utilisant ses cellules afin de développer et tester des médicaments en vue de leur commercialisation.

* *

*

Il y a donc bien un risque avéré de marchandisation de l'embryon. Un libéralisme corrosif est en effet à l'œuvre qui conduit à un alignement progressif sur le moins-disant éthique au plan international, au nom de considérations économiques.

Pendant, le salut de l'embryon humain pourrait bien, en définitive, venir de la science elle-même. Les expérimentations sur les cellules souches embryonnaires sont manifestement en train de s'étioler au profit de la recherche sur les cellules IPS visiblement plus prometteuses⁷⁴. Pour l'heure, les cellules

⁷³ V. de Malherbe B. et Galloux J.-C., *op. cit.*

⁷⁴ V. Privat A., « L'embryon humain n'est pas un objet », *Le Figaro* 18.7.2013. L'auteur souligne que « le nombre déjà réduit des travaux conduits sur l'embryon humain est en régression constante ». V. également ABM, « Les dix ans de la recherche sur l'embryon », 2015, p. 8 : l'agence note depuis 2010 une « émergence de protocoles dans lesquels les CSE [cellules souches embryonnaires] sont utilisées comme standard de pluripotence pour des projets portant, à terme, sur les iPS », ce qui semble bien témoigner d'une réorientation de la recherche fondamentale vers les IPS. V. enfin LEEM, « La médecine régénératrice est-elle en marche ? », *Espace presse* 22.10.2015 (version électronique : www.leem.org/medecine-regeneratrice-est-elle-en-marche-0) : évoquant les perspectives en matière de thérapie cellulaire, le LEEM souligne que « les cellules souches induites à la pluripotence, médiatisées sous l'acronyme d'IPS, ont provoqué un bouleversement considérable des perspectives ouvertes par l'utilisation des lignées de cellules souches pluripotentes en médecine régénératrice. Elles apportent le complément essentiel à une maîtrise

souches embryonnaires humaines offrent encore des perspectives de rentabilité pour l'élaboration des médicaments. Mais demain ? Les cellules IPS n'auront-elles pas définitivement supplanté cette technologie qui réifie l'embryon ?

On peut, du moins, l'espérer...

Le 12 novembre 2015.

de certaines caractéristiques génétiques, permettant de formuler les applications en fonction des déficiences génétiques constatées ». Aucune mention n'est faite, en revanche, de l'éventuelle utilité des cellules souches embryonnaires humaines.

NÉOLIBÉRALISME ET MEDIAS

Par
Diane DE BELLESCIZE
Professeure Émérite en droit public
de l'Université du Havre

Mots clés : Média – Délits de presse – Néolibéralisme.

Le monde des médias se modifie sans cesse. Pour tenter de situer sa relation avec le néolibéralisme, il convient de toute évidence de comprendre en quoi il consiste aujourd'hui. Viennent d'abord à l'esprit les médias traditionnels : la presse écrite, la Radio et la Télévision, auxquels il faut désormais ajouter Internet tant l'information est partout à l'heure du journalisme numérique, des Smartphones et des réseaux sociaux : si 90% des journalistes travaillaient pour la presse écrite en 1964, ils ne sont plus que 66% à le faire de nos jours, du fait de l'essor d'Internet. À côté des entreprises de presse et des sociétés éditrices de services de communication audiovisuelle de nouveaux acteurs ont donc émergé du fait de la numérisation des modes de distribution des services de télévision et, demain, de radio : il s'agit des responsables de sites Internet, des fournisseurs d'accès à l'Internet et des opérateurs de télécommunications. De sorte qu'en 2015, la majorité des lois en vigueur concerne la presse, l'audiovisuel et Internet.

Quelques chiffres permettent de préciser les dimensions de ce secteur : en France près de 36 317 cartes de presse ont été accordées en 2014. Mais un petit nombre de journalistes travaille dans les médias sans carte de presse. L'on compte « plus de 4 000 titres de presse, près de 100 radios, plusieurs centaines chaînes de télévision, des dizaines de milliers de blogs, de comptes twitter et autres agrégateurs d'information »¹.

Enfin une remarque qui relève de la banalité : les médias – en particulier la presse – traversent une double crise, financière et morale : une crise financière d'abord, car les plans sociaux dans la presse écrite se succèdent : en 2012, deux quotidiens ont disparu, *France-Soir* – malgré tout l'argent déversé par l'État –,

¹ Chiffres indiqués par Cagé J., *Sauver les Médias*, Paris, Seuil 2015.

et *La Tribune* ; en 2014-2015, ont été ouvertes les clauses de cession² du *Nouvel Observateur*, de *Libération*, du *Parisien*, de *l'Express* et de *20 minutes* notamment. Cette crise financière s'accompagne ensuite d'une crise morale, car la méfiance vis-à-vis des patrons de presse – des magnats de la presse de plus en plus nombreux, on le verra – et des journalistes est croissante.

Dans ce contexte de crise, comment parler de néolibéralisme des médias en France ? Il eut sans doute été plus simple d'évoquer le cas des États-Unis où la presse a conquis sa liberté un siècle avant. D'autant que, depuis 1781, ni les Présidents ni le Congrès n'ont osé s'en prendre à elle voire aux médias par respect du sacro-saint 1^{er} amendement de la Constitution de 1791.

J'ai après réflexion, envisagé cette question sous trois aspects différents qui m'ont semblé les plus symptomatiques. La question du néolibéralisme s'y pose, mais pas toujours dans le sens d'un néolibéralisme triomphant. Les limites du néolibéralisme apparaissent en effet depuis les années 1970 dans un certain nombre de textes législatifs qui aboutissent au contrôle des opinions, du fait de l'intervention croissante de l'État dans un domaine où il s'immisçait peu depuis la loi du 29 juillet 1881 (I). Ce même État injecte parallèlement depuis des années des aides de plus en plus nombreuses, sinon bien ciblées, destinées à favoriser le développement et le pluralisme de la presse sans que l'influence des idées néolibérales soit ici certaine (II). Ce même État signe par contre son adhésion, volontaire ou non, au néolibéralisme par son « laissez-faire » face au phénomène de la concentration des médias (III).

I. LE DROIT DE LA PRESSE COMME REVELATEUR DES LIMITES DE L'INFLUENCE DU NEOLIBERALISME : DU LIBERALISME DE LA LOI DE 1881 AU CONTROLE DES OPINIONS

Le vote de la loi de 1881 a fait suite aux 250 années de lutte menées à partir de 1631 pour conquérir la liberté de la presse. Elle constitue pour cette raison un véritable « monument historique », qui reste aujourd'hui la Charte fondamentale de la liberté d'expression, non seulement à l'égard des supports écrits, mais également de la communication audiovisuelle et d'Internet, dès lors que ce texte s'applique aujourd'hui à tous les médias (presse écrite, audiovisuel et Internet).

² Lorsqu'il y a changement de propriétaire ou d'actionnaire majoritaire, qu'il s'agisse de la cession de toute l'entreprise ou seulement du titre auquel il collabore, le journaliste peut partir, de sa propre initiative, en invoquant la clause de cession et en bénéficiant des indemnités légales de licenciement et des allocations chômage ensuite, s'il ne retravaille pas.

Or la loi s'ouvre sur un crédo libéral : « l'imprimerie et la librairie sont libres », affirme en effet son article 1^{er} qui, malgré son style un peu vieillot, est maintenu en tête de la loi comme symbole de la liberté. La loi s'inspire ainsi des principes du « Laissez-faire » et du « Laisser dire » pour remplacer l'ancien régime préventif fondé sur l'autorisation préalable par un seul régime répressif tout en abolissant nombre de délits d'opinion existants, pouvant donner lieu à des procès de tendance. Des débats très violents ont en effet abouti à la suppression des sanctions aux faits d'excitation à la haine du gouvernement, d'outrage à la morale publique ou religieuse, d'atteinte à la République, d'attaques contre la Constitution, le respect dû aux lois ou la liberté des cultes, etc. Seuls ont été maintenus l'incrimination des cris et chants séditieux et l'offense au Président de la République (qui se substituait au crime de lèse-majesté).

De ce point de vue, la propension contemporaine à multiplier dans la loi de 1881 ou dans le Code pénal les délits d'opinion – c'est-à-dire des délits qui pénalisent l'expression d'une opinion pour des raisons idéologiques de toutes sortes – traduit une pensée anti-libérale, bien éloignée du libéralisme originel de la loi et l'on ne peut que s'en inquiéter : car si certains de ces délits semblent conformes aux attentes d'une grande partie du corps électoral et peuvent s'analyser comme des résistances démocratiques au néolibéralisme (A), la plupart répond me semble-t-il à des revendications communautaires (B).

A. LES EXEMPLES EMBLEMATIQUES DE LA RESISTANCE DEMOCRATIQUE

Ces exemples tiennent à la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (1), et aux règles relatives à l'outrage au drapeau français et à l'hymne national (2).

1. LA LOI N° 2014-1353 DU 13 NOVEMBRE 2014, RENFORÇANT LES DISPOSITIONS RELATIVES A LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

La loi du 13 novembre 2014 a sorti les délits de « provocation aux actes de terrorisme » et « d'apologie du terrorisme » du champ de la loi de 1881 sur la presse pour les inclure dans le Code pénal. Son nouvel article L. 421-2-5 punit ainsi « le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes ». La loi établit en outre que « l'apologie du terrorisme » est assimilable à du terrorisme. La peine encourue est de cinq ans de prison et 75 000 euros d'amende (contre 5 ans et 45 000 euros dans la loi de 1881). Les peines sont aggravées lorsque les faits ont été commis en

utilisant un service de communication en ligne. La diffusion de propos apologétiques par Internet devient ainsi une circonstance aggravante, et élève la peine à sept ans de prison et 100 000 euros d'amende. Dans le contexte actuel de menaces terroristes, il est probable que cette loi reflète les attentes d'une grande partie de la population. Néanmoins, les délits « d'apologie du terrorisme » et de « provocation à la commission d'actes terroristes » étaient déjà encadrés par la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Leur incorporation dans le Code pénal est donc uniquement motivé par la volonté de rendre applicables aux auteurs présumés de ces délits certaines règles de procédure pénale. On pense au délai de prescription de l'action publique de trois ans prévu pour les délits qui n'était que de trois mois dans la loi de 1881 ; à la comparution immédiate qui restreint considérablement les droits de la défense, en permettant de juger le prévenu sur-le-champ et au parquet d'ordonner l'incarcération immédiate ; à la convocation sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) qui permet au procureur de la République de proposer au prévenu d'exécuter une peine directement sans procès et sous certaines conditions. De même, deviennent possibles les écoutes téléphoniques, l'infiltration, la surveillance, la sonorisation et la captation d'images ; les mesures conservatoires sur les biens saisis et la captation de données informatiques ainsi que les actes de l'instruction tels que le contrôle judiciaire, la détention provisoire.

La réforme va donc à rebours du régime protecteur de la loi de 1881. Alors que ce dernier visait précisément à éviter la pénalisation du délit d'opinion, la loi de 2014 assimile au contraire le contenu « glorifiant le terrorisme » à du terrorisme. Ce qui porte atteinte à la liberté d'expression, dès lors que la frontière entre opinion et apologie, information et propagande, est très floue. L'emploi du terme « apologie » implique une condamnation des opinions et non des actes.

2. L'OUTRAGE AU DRAPEAU FRANÇAIS ET A L'HYMNE NATIONAL

Dans la même optique, peuvent également être cités d'autres délits d'opinion qui avaient été supprimés par la loi de 1881 et y ont été récemment réintégrés.

Parmi eux figurent le délit d'outrage au drapeau ou à l'hymne national institué à la suite de l'épisode malheureux de la Marseillaise sifflée au Stade de France lors du match de football France-Algérie en février 2002. Un amendement à la loi pour la sécurité intérieure, présenté par le ministre de l'intérieur Nicolas Sarkozy en mars 2003, puni en effet de 7 500 euros d'amende « le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le

drapeau tricolore », la sanction étant portée à mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende lorsque les faits sont commis en réunion. Or, s'il a précisé que ces sanctions ne pouvaient s'appliquer aux « œuvres de l'esprit », le Conseil constitutionnel les a validés s'agissant des « manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel », motif pris de ce qu'il incombe en la matière au législateur de concilier « les exigences de l'ordre public et la garantie des libertés constitutionnellement protégées ».

Bis repetita : à la suite de la publication dans un concours de photographies, de l'image d'un homme s'essuyant le postérieur avec le drapeau français, le gouvernement a adopté le décret n° 2010-835 du 21 juillet 2010, relatif à l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore. Ce texte punit en effet « de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le fait, lorsqu'il est commis dans des conditions de nature à troubler l'ordre public et dans l'intention d'outrager le drapeau tricolore : 1° De détruire celui-ci, le détériorer ou l'utiliser de manière dégradante, dans un lieu public ou ouvert au public ; 2° Pour l'auteur de tels faits, même commis dans un lieu privé, de diffuser ou faire diffuser l'enregistrement d'images relatives à leur commission ». Ironie de l'histoire, il n'a pas été appliqué dans l'affaire qui lui a donné naissance, après que le procureur de Nice ait considéré la photo comme une « œuvre de l'esprit » et décidée de classer le dossier sans suite.

B. LES CONTRADICTIONS DE LA SUBJECTIVISATION DES DROITS : LES DELITS DE PRESSE REPOUNDANT AUX REVENDICATIONS COMMUNAUTAIRES

Il s'agit des délits prévus par les lois dites « mémorielles » (1) ou tendant à réprimer le sexisme ou l'homophobie (2).

1. LES LOIS MEMORIELLES

La recrudescence contemporaine des délits d'opinion de caractère ethno-racial remonte aux années 70, mais s'est accélérée à partir des années 2000 avec les lois dites mémorielles avant de déboucher récemment sur de nouveaux procédés de censure préventive.

Le tournant intervient avec la loi du 1^{er} juillet 1970, dite loi Pleven. Ce texte réprime « la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Cette formulation est reprise mot pour mot dans l'article 1^{er} de la loi Gayssot n° 90-615 du 13 juillet 1990, tendant à réprimer tout acte raciste, et intégrée à l'article 24 de la loi de 1881, qui prévoit

des sanctions plus graves, notamment des peines d'emprisonnement (alors que la loi Guigou n° 2000-516 du 15 juillet 2000 supprimait les peines d'emprisonnement en matière de presse). La provocation à la haine est un concept qui peut s'avérer subjectif. Des personnes atteintes de complexes victimaires et surtout des associations de défense qui poursuivent parfois par pur militantisme considéreront qu'un jugement négatif sur un comportement quelconque s'apparente à une provocation à la haine. La loi Pleven a néanmoins été votée à l'unanimité et n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel qui pouvait seulement à l'époque être saisi par les plus hautes autorités de l'État. Et en 2013, la Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC sur la loi, estimant que « la question de la conformité de cette loi à la liberté d'expression ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux » (n° 2319 QPC du 16.4.2013).

La loi Pleven a fait boule de neige, entraînant le vote d'une série de lois connues sous le titre de « lois mémorielles », qui ont provoqué de nombreuses pétitions d'historiens et de juristes. La première, qui a ouvert la boîte de Pandore, est la « loi Gayssot » précitée, adoptée à la suite de la profanation d'un cimetière juif à Carpentras et dans un contexte de publicité des thèses du négationniste Robert Faurisson remettant en cause le génocide des Juifs, notamment lors de sa déclaration au micro d'Europe 1 le 17 novembre 1980 : « les prétendues chambres à gaz hitlériennes et le prétendu génocide juif forment un seul et même mensonge historique qui a permis une gigantesque escroquerie politico-financière dont les principaux bénéficiaires sont l'État d'Israël et le sionisme international ».

La loi Gayssot sanctionne la négation du génocide des Juifs, mais aussi leur mise en doute³ ; elle a fait l'objet d'un certain nombre de critiques, tant parce qu'elle risquait de porter atteinte à la liberté d'expression, que parce que son champ d'application était limité à la négation du génocide des juifs pendant la seconde guerre mondiale, ce qui pose la question de la sanction de la négation d'autres génocides ou crimes contre l'humanité, notamment les génocides cambodgien ou rwandais. Rarement loi aura soulevé autant de débats et de critiques.

Lors des débats parlementaires antérieurs au vote, le Sénat avait refusé par trois fois de voter le texte qui « conduirait à instituer une vérité historique officielle et instaurerait ainsi un délit d'opinion ». Quant à la question de la

³ Aux termes de l'article 24 bis de la loi sur la presse, sont passibles de sanctions « ceux qui contestent l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils ont été définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ».

compatibilité de l'article 24 bis de la loi de 1881 avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au principe de la liberté d'expression, les juridictions internes ont conclu à l'absence de la violation ; de même que la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Garaudy contre France du 24 juin 2003.

Le législateur a ainsi mis le doigt dans l'engrenage des lois mémorielles comme l'illustre le vote de trois autres lois visant à sanctionner la négation de faits historiques avérés : celle du 29 janvier 2001 qui, dans un article unique, dispose que « la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 » ; celle du 21 mai 2001, dite « loi Taubira », « tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité ». Ce dernier texte précise dans son article 2 que « les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent », sans imposer toutefois un jugement positif ou négatif sur la question. La dernière loi est celle du 23 février 2005, dite « loi Mekachera » « portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés » d'Afrique du Nord et d'Indochine (l'appellation de lois mémorielles étant apparue au cours des débats de ladite loi). Son article 4 – supprimé depuis à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel déclarant que cette disposition ne relevait pas du domaine de la loi –, obligeait les programmes scolaires à reconnaître une lecture historique « positive » de la colonisation française. Ce faisant elle a provoqué une pétition signée par plus de mille enseignants et chercheurs, publiée dans *Le Monde* du 25 mars 2005 sous le titre « Colonisation : non à l'enseignement d'une histoire officielle ».

En principe, ces lois sont seulement prescriptives ou déclaratives (loi du 29 janvier 2001), mais elles peuvent indirectement servir de base à une poursuite exercée dans le cadre de la loi de 1881. Cela a été le cas de la loi Taubira, à l'origine de la plainte d'un Collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais pour négation de crime contre l'humanité, contre l'historien et professeur d'Université Pétré-Grenouilleau, auteur de l'ouvrage *Les Traites négrières. Essai d'histoire globale*, qui a obtenu plusieurs prix. Il déclarait que les traites négrières ne peuvent être qualifiées de génocide car elles n'ont pas pour but l'extermination d'un peuple, et regrettait également le caractère réducteur de la loi Taubira, qui ne reconnaissait que la traite occidentale, sans mentionner les traites pratiquées par les Arabes et les Africains eux-mêmes. À aucun moment, il ne remettait en cause leur caractère de crime contre l'humanité. C'est dans ce contexte que *Libération* a publié, le 13 décembre 2005, la pétition « Liberté pour l'histoire » signée par dix-neuf historiens de grand renom, constitués en association sous la présidence de René Rémond. Au nom de ces principes, les signataires de la pétition réclamaient l'abrogation de toutes les lois mémorielles, qu'ils jugeaient « indignes d'un régime démocratique ». Le

collectif antillais, sans doute embarrassé par ces réactions, décidait de retirer sa plainte en février 2006.

La même année, les associations arméniennes sur le métier remettaient leur ouvrage, en exigeant que l'on incrimine aussi la négation du génocide arménien par les Turcs en 1915-1916, à la suite notamment des inscriptions niant ce génocide découvertes sur les stèles d'un mémorial qui devait être inauguré à Lyon.

Une proposition de loi socialiste adoptée à l'Assemblée Nationale, sanctionnant ceux qui « ont contesté ou minimisé de façon outrancière l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du Code pénal », déclenchait à nouveau une pétition d'historiens et de juristes. Le Sénat ayant réussi à enterrer le texte, les députés adoptèrent une nouvelle loi dans le même esprit que la précédente. En même temps qu'historiens et juristes manifestaient leur opposition au texte, le Conseil constitutionnel, saisi d'un recours des parlementaires, censurait la loi.

Cela n'empêchait toutefois pas les associations d'Outre-mer de demander à leur tour la pénalisation du négationnisme de la traite de l'esclavage – que d'ailleurs personne ne niait ! – malgré le rapport d'une mission d'information rendu en novembre 2008, énumérant les risques engendrés par ces lois mémorielles, notamment « un risque d'atteinte à la liberté d'opinion et d'expression ». Elle estimait qu'il ne fallait plus en voter à l'avenir, ce qui n'a pas empêché le dépôt de plusieurs nouvelles propositions de lois mémorielles, dont l'une concernant le génocide vendéen et une autre le génocide tzigane pendant la Seconde Guerre mondiale, examinée par le Sénat le 19 mai 2008.

La question de la constitutionnalité de ces textes se pose toutefois, dès lors que la plupart n'ont pas été soumis, avant leur promulgation, au contrôle du Conseil constitutionnel⁴.

2. LA REPRESSION DU SEXISME ET DE L'HOMOPHOBIE

À l'occasion du vote de la loi du 30 décembre 2004, portant création de la HALDE (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité), un volet pénal a été consacré à « la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste et homophobe ». Son Titre III modifie en effet les dispositions de l'article 24 (V) de la loi du 29 juillet 1881 qui sanctionne la discrimination ou la provocation « à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ». La diffamation et l'injure envers les mêmes personnes (art. 32-3 et 33-4) est punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende en

⁴ À l'exception de la loi Gayssot dont la constitutionnalité a depuis été affirmée par le Conseil constitutionnel (512 QPC du 8.1.2016).

cas de diffamation, et de 6 mois d'emprisonnement et de 22 500 euros d'amende en cas d'injure. La rédaction de cet article est pour le moins curieuse dans la mesure où le rapprochement des mots « orientation sexuelle et handicap » pourrait laisser croire à une confusion entre les deux ! Nul ne conteste que le sexisme et l'homophobie soient condamnables. Mais l'accumulation des délits d'opinion finit par aller à l'encontre de la liberté d'opinion pourtant proclamée par la Déclaration des droits de l'homme et par produire effets contreproductifs. Le « politiquement correct » engendre l'autocensure et celle-ci à son tour provoque des réactions de rejet. Le caractère flou de ces nouveaux délits sexistes va d'ailleurs à l'encontre de l'exigence de prévisibilité de la loi maintes fois rappelée par les juges de Strasbourg. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDDH) avait pour cette raison rendu un avis négatif sur le projet de loi, également critiqué par le Conseil d'État ainsi que par un certain nombre de parlementaires.

Le facteur déclencheur fut un fait divers tragique médiatisé : le « crime » commis contre un jeune homme brûlé vif en raison de ses tendances homosexuelles. En l'espèce, un tel « crime » est passible de la cour d'Assises ; ajouter un 9^e alinéa à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 semble superfétatoire. La victime a d'ailleurs avoué quelques années après le vote de cette loi qu'elle s'était elle-même immolée pour des raisons liées à son homosexualité

En réalité, cette loi a fait l'objet d'un nombre très restreint de procédures. Une des affaires très médiatisées, fondée sur l'injure, a concerné les propos d'un Député – Christian Vanneste – sur l'homosexualité, exprimés dans le sillage des débats et du vote de la loi du 30 décembre 2004, d'abord au cours de débats parlementaires, puis aux journalistes de deux quotidiens régionaux *La Voix du Nord* et *Nord Eclair* : « l'homosexualité est une menace pour la survie de l'humanité (...). Je n'ai pas dit que l'homosexualité était dangereuse. J'ai dit qu'elle était inférieure à l'hétérosexualité . Si on la poussait à l'universel, ce serait dangereux pour l'humanité ». Poursuivi par trois associations pour injures publiques, le député fut condamné en 1^{ère} instance, et par la Cour d'appel de Douai. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, après avoir admis la compatibilité de l'incrimination avec les articles 10 et 14 de la Convention EDH, a toutefois estimé que le contenu des propos, s'ils ont pu heurter la sensibilité de certaines personnes homosexuelles, « ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression », formule laconique qui semblait suggérer qu'elle jugerait avec retenue cette incrimination⁵.

Cet arsenal répressif n'est pas seulement antilibéral, il est aussi antirépublicain en ce qu'en accordant une protection pénale spécifique aux

⁵ Cass. crim. 12.11.2008, Vanneste, req. n° 07-83398, *Légipresse* 2009-258, com. Tillement.

minorités ethno-raciales, religieuses ou sexuelles, il porte atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi « sans distinction d'origine, de race et de religion » qui pose que « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Cette inégalité est encore aggravée par le fait que les associations militantes sont habilitées à se constituer partie civile et donc à déclencher l'action pénale, et qu'elles le font parfois systématiquement.

On assiste depuis les années 1990, à un mouvement inverse de celui qui a abouti au vote de la loi très libérale de 1881. Alors que la majorité des délits d'opinion a été supprimée dans cette loi, le législateur actuel accumule les délits touchant les manifestations d'opinion au gré des circonstances. La Cour européenne des droits de l'homme avait pourtant affirmé, dans le célèbre arrêt *Handyside* (7 décembre 1976), que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ».

Aussi est-il opportun de multiplier les « délits d'opinion » et d'ajouter, au gré des circonstances et des pressions des associations, de nouvelles incriminations à la liste déjà longue de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, voire de les en retirer pour les intégrer au Code pénal, plus sévère ? Dans la plupart des cas, ce texte permet déjà de sanctionner les comportements incriminés. Ce qui rend inquiétante cette propension contemporaine à multiplier les délits d'opinion qui pénalisent l'expression d'une opinion pour des raisons idéologiques.

Celle-ci semble être le résultat d'une double tendance liée à l'éclatement de la société, voire à la mondialisation : d'une part la protection des intérêts des minorités et des intérêts communautaires ; sur ce point, la comparaison entre les délits d'opinion supprimés en 1881 et les nouveaux délits d'opinion actuellement insérés dans cette même loi met en lumière une différence fondamentale : à la protection de la chose publique (atteinte à la République, à la morale publique etc.) succède celle des individus considérés dans leurs différences et leurs singularités ; d'autre part la normalisation des comportements par le législateur, qui engendre l'autocensure et risque à son tour de provoquer des réactions de rejet. Cette surenchère communautariste, provoquée par des groupes de pressions influents et un législateur soucieux de satisfaire diverses communautés est néfaste.

Ni le communautarisme, ni le conformisme de la pensée ne sont facteurs de l'épanouissement de la liberté d'expression. Quelles que soient les bonnes intentions du législateur, ce n'est pas en mettant les opinions sous le boisseau et en multipliant les lois d'exception que les délits d'opinion seront éradiqués.

La prolifération de lois ou de projets de lois d'exception dans le domaine de la liberté d'expression va sans aucun doute en sens inverse du libéralisme des années 1881 et du néolibéralisme actuel.

II. L'ENGAGEMENT DE L'ÉTAT AU SERVICE DES MEDIAS : L'AIDE AUX ENTREPRISES DE PRESSE EST-ELLE D'INSPIRATION NEOLIBERALE ?

La question qui se pose est la suivante : peut-on qualifier de néo-libérale l'intervention de l'État sous forme d'aides destinées à favoriser le pluralisme de la presse écrite ?

L'on constate ici que néolibéralisme et non intervention de l'État ne sont pas forcément synonymes. En effet, pour les tenants du néolibéralisme, la plupart des réglementations et des lois sont considérées comme des contraintes qui viennent handicaper l'initiative privée. Paradoxalement, ce n'est pas forcément le cas dans le domaine des médias où, notamment, le respect du pluralisme se traduit juridiquement en France et d'ailleurs en Europe, par une obligation pesant sur les pouvoirs publics de garantir à la fois le pluralisme « externe » et « interne » des médias. La Constitution française n'a pas reconnu expressément cette garantie avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ; mais celle-ci reconnaît ce principe : puisqu'aux termes de l'article 34 : « La loi fixe les règles concernant (...) la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ».

Ainsi en France, la garantie du pluralisme passe par l'intervention de l'État en faveur de la presse, matérialisée par l'octroi d'aides importantes ; elles sont justifiées par différents objectifs : la garantie de la diversité de la presse et du pluralisme des opinions, le droit des lecteurs à « disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents » – le Conseil constitutionnel a consacré le pluralisme comme un objectif de valeur constitutionnelle dans l'une de ses décisions les plus importantes en la matière concernant la loi « anti-Hersant », rendue les 10 et 11 octobre 1984⁶ –, et l'instauration d'une égalité au moins relative entre les organes de presse, à condition, toutefois, de ne pas favoriser telle ou telle tendance politique. C'est pourquoi leur bénéfice est réservé, dans la plupart des cas, aux publications qui ont obtenu de la Commission paritaire des publications et agences de presse un numéro d'inscription en fonction de divers critères qui s'appliquent de façon impartiale. À l'heure actuelle, un peu moins de 9 000 publications bénéficient d'un certificat d'inscription en cours de validité. En réalité, la multiplication de ces aides depuis la Libération et leur multiplicité fait plutôt penser à une intervention peu efficace et très coûteuse de l'État. L'aide à la presse écrite se monte à un peu moins de 1 milliard d'euros (M€), soit environ 10% du chiffre d'affaires de la presse, sans compter l'aide à l'audiovisuel public. Ce montant

⁶ CC n° 181 DC des 10-11.10.1984. V. également : n° 210 DC du 29.7.1986.

est toutefois contesté par la Cour des Comptes : dans son rapport de 2013 concernant le montant des aides de 2012, elle estime en effet que le montant véritable s'élèverait en réalité à deux fois le montant de 2012 (266 M€ d'aides indirectes et 656 M€ d'aides directes, soit 922 M€) , son calcul aboutissant à doubler le montant total des aides directes et indirectes pour 2012, soit environ 2 Md€ et 22% du chiffre d'affaires⁷.

Contrairement à une idée reçue, les aides à la presse ne sont pas propres à la France. Dans de nombreux pays occidentaux, l'État intervient plus ou moins directement dans le secteur de la presse écrite par le biais de facilités postales et de mesures fiscales. Les aides indirectes sont en effet plus répandues dans la presse écrite étrangère : ainsi les taux de TVA réduits varient de 7% en Allemagne à 6% en Suède et 4% en Espagne. En revanche, les aides directes sont moins fréquentes. Selon le rapport Cardoso (2010) « ces aides publiques sont souvent perçues à l'étranger comme une menace pour l'indépendance de la presse vis-à-vis de la puissance publique ». Il n'en existe ainsi pas en Allemagne, au Royaume-Uni, en Espagne et en Suisse. Et si d'autres pays comme l'Autriche, la Belgique, le Danemark, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suède ont des systèmes d'aides directes, ceux-ci sont plus ou moins sélectifs. La France a donc pour spécificité de cumuler aides directes et indirectes.

Les aides directes, votées chaque année par le Parlement dans le cadre de la loi de finances, voient leur nombre croître régulièrement – en 2011 on comptait treize catégories d'aides directes contre neuf à l'heure actuelle. Elles représentent une dépense beaucoup plus modeste que celle des aides indirectes : au total, en incluant les aides à l'AFP, elles s'élèvent à 256,17 M€ en 2015. L'année 1995 marque un tournant dans le système d'aides, s'efforçant de recentrer les aides sur les seuls quotidiens d'information générale et politique, action connue sous le qualificatif de « ciblage ». En réalité, le ciblage des aides à la presse, prises dans leur totalité, ne concerne que 416 publications alors que 10 000 ont un numéro CPPAP. En 2015, parmi les mesures de réformes annoncées, les aides directes découlant du ciblage seraient étendues « aux hebdomadaires, aux mensuels, voire aux trimestriels », de la presse d'information politique et générale (IPG). Des titres comme « Charlie Hebdo »

⁷ En 2013, les 20 titres les plus aidés sont: *Le Figaro* : 16 150 256 € ; *Le Monde* : 11 997 569 € ; *Aujourd'hui En France* : 10 443 192 € ; *Ouest France* : 10 435 028 € ; *La Croix* : 10 105 985 € ; *Télérama* : 9 832 531 € ; *Libération* : 8 284 007 € ; *Le Nouvel Observateur* : 6 947 010 € ; *Télé 7 Jours* : 6 898 645 € ; *L'Humanité* : 6 349 770 € ; *L'Express* : 5 001 215 € ; *Télé Star* : 4 965 561 € ; *Paris Match* : 4 658 889 € ; *Le Point* : 4 594 863 € ; *La Nouvelle République Du Centre Ouest* : 4 399 649 € ; *La Dépêche Du Midi* : 4 389 023 € ; *Télé Loisirs* : 4 075 490 € ; *Sud Ouest* : 4 039 648 € ; *Les Échos* : 3 971 527 €. Source : Ministère de la Culture.

ou « Le Monde Diplomatique » pourraient désormais en bénéficier. Une aide s'ajoute à une autre !

S'agissant des aides à l'AFP, les ressources de l'Agence ne proviennent pas d'une dotation budgétaire ou d'une subvention mais grandement des abonnements souscrits par divers services publics (ministères, préfectures, ambassades, etc.). Il ne s'agit pas officiellement d'une subvention, mais de services effectivement rendus aux administrations. L'État est en fait le premier client, et il s'agit donc d'une forme de soutien public indirect⁸. La part des abonnements dans l'ensemble des recettes diminue progressivement, mais elle reste fondamentale : 59 % en 1980, 54 % en 1986, 49,4 % en 1991, 40,4 % en 2006, 40 % en 2010 (soit 113 millions d'euros). Le statut de l'AFP a d'ailleurs été mis en cause en février 2012 à la suite d'une plainte pour « concurrence déloyale » déposée par l'agence de presse allemande DAPD – aujourd'hui disparue – auprès des autorités européennes. L'agence de presse allemande accusait l'AFP de bénéficier de subventions publiques déguisées, grâce aux très nombreux abonnements de l'État. L'instruction de la plainte par la Commission avait effectivement montré que les abonnements de l'État français représentaient 40 % du chiffre d'affaires de l'AFP et constituaient bien une aide d'État. La Commission européenne a toutefois accepté l'octroi d'aides publiques pour ses missions d'intérêt général, reconnaissant que l'AFP est une agence de presse à rayonnement mondial « servant de manière indépendante et permanente des clients français et étrangers ».

Quoiqu'il en soit, la compatibilité des aides à la presse avec le droit communautaire pose problème.

Au fil des années et des besoins, les aides directes se sont en effet ajoutées sans réelle cohérence ; la plupart, initialement conçues pour une période temporaire, sont devenues pérennes. Ainsi parmi les trois catégories d'aides concourant au maintien du pluralisme,⁹ le fonds d'aide aux quotidiens nationaux d'information politique et générale à faibles ressources publicitaires symbolise parfaitement la pérennisation des aides initialement conçues comme provisoires. Institué par le décret du 26 mars 1982, prorogé en 1984 et 1985, il est devenu définitif depuis 1986. Cette aide est également un bon exemple de la fin de l'intervention neutre de l'État dans la presse jusqu'à 1982. Elle visait à soutenir les titres particulièrement vulnérables sur le plan économique, en fonction de critères précis, notamment les journaux qui tiraient moins de 25% de leurs recettes de la publicité. À l'heure actuelle (chiffres 2014), cette aide est répartie entre *L'Humanité*, 3 075 673 €, *La Croix*, 2 928 932 € qui en ont bénéficié depuis l'origine, *Libération*, 2 903 366 € *Présent*, 226 888 € *Play bac*

⁸ Le projet de loi des finances pour 2016 prévoit une dotation de 127,5 millions d'euros pour l'Agence.

⁹ Ces aides augmentent de 4 M€ en 2016, leur montant s'élevant à 15 475 M€ contre 11.475 M€ en 2015.

presse 20 141€. L'aide sera désormais étendue en 2016 à tous les titres à faibles ressources publicitaires, sans distinction de périodicité ; cette aide « pérenne » devrait bénéficier à environ 70 titres hebdomadaires, bimensuels, mensuels, bimestriels et trimestriels.

Les aides indirectes constituent les aides les plus anciennes – l'aide au transport postal de la presse remonte à la période révolutionnaire – et les moins nombreuses ; mais elles représentent des enjeux financiers beaucoup plus importants (un peu moins d'1 M€) ; elles se traduisent par des moins-values de recettes fiscales pour le budget de l'État. Les dispositifs d'aides indirectes sont très comparables dans la plupart des pays d'Europe. Ils reposent principalement sur les tarifs postaux et la TVA.

Une analyse comparative menée à l'échelle européenne dans le cadre des États généraux de la presse écrite réunis fin 2008 à l'initiative du Président Sarkozy (septembre 2008 - janvier 2009) soulignait la singularité du système d'aides publiques français « par sa complexité, sa diversité et son ampleur »¹⁰. L'analyse en question devait notamment aboutir à la formulation de recommandations permettant « de garantir, à terme, une gestion irréprochable et équilibrée des aides publiques à la presse ». Ironie du sort, ces États généraux ont entraîné en 2009-2011 un doublement des dépenses budgétaires (soit 419,3 Millions d'euros en 2010 contre 277,7 Millions d'euros en 2009).

Cette inflation des aides a conduit à nouveau les ministres du Budget et de la Culture à confier au consultant Aldo Cardoso une mission destinée à mener une réflexion prospective, et à « repenser la gouvernance des aides publiques à la presse » en juin 2009. On ne peut s'empêcher de penser à Nicolas Boileau : « Hâtez-vous lentement, et, sans perdre courage, Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage ». Dans son rapport remis le 8 septembre 2010, Cardoso qualifie le système d'aides publiques à la presse de « système d'assistance respiratoire permanente ».

Le bilan des aides aboutit à un constat : l'empilement des mesures depuis 1945, sans grande rationalité, a conduit à créer un véritable maquis d'aides publiques à la presse qui relèvent de textes épars et aboutit à un système inefficace. L'adoption successive et au coup par coup de textes instituant des aides à la presse est coûteuse et ne satisfait vraiment aucun des protagonistes.

¹⁰ Les États généraux de la presse écrite, lancés par le président de la République le 2 octobre 2008, ont eu pour mission d'apporter des réponses aux difficultés économiques que rencontre la presse écrite, notamment face au développement de l'Internet et des journaux gratuits. Plus de 150 professionnels, dont 49 journalistes, y ont participé durant trois mois. À l'issue de 70 heures d'auditions et de débats, les chefs de pôles ont émis des propositions qui ont permis d'élaborer un Livre vert remis le 8 janvier 2009. Dans son discours de clôture du 7 janvier 2009, le chef de l'État a retenu sept chantiers prioritaires sur les 93 recommandations du Livre vert.

Les ministres se succèdent, chacun ajoutant à la multitude des aides dont l'efficacité n'est pas démontrée. Certes, les aides ont empêché temporairement certains journaux de disparaître (*Le Matin de Paris, Le Quotidien de Paris, France-Soir*), contribué à la modernisation de quelques entreprises de presse, mais elles n'ont pas enrayer l'érosion des ventes des quotidiens, ni permis la création de nouveaux titres hors les magazines. Le rapport faisant suite aux États généraux de la presse écrite, remis le 8 septembre 2010, souligne « un empilement de dispositifs hétérogènes », « une dépendance croissante à un régime d'aides peu incitatives au changement » et « un défaut de pilotage global ». En effet à ne citer qu'un seul exemple, qui concerne la distribution, l'État veut aujourd'hui privilégier le portage à travers le Fonds d'aide au portage, mais il soutient en même temps la vente au numéro, sans compter l'aide au transport postal !

La Cour des comptes, dans son rapport public sur les aides de l'État à la presse écrite du 18 septembre 2013, constate que la presse écrite est un secteur économique fortement soutenu par l'État. Ce soutien ancien aboutit à une politique complexe aux objectifs multiples qui mobilisent des aides directes et indirectes. La Cour constate que ces aides n'ont pas démontré leur efficacité, puisque la crise de la presse persiste et s'accroît.

De multiples facteurs contribuent à expliquer ces résultats décevants, notamment des contradictions dans la politique de l'État qui n'ont pas permis le développement attendu du transport de la presse quotidienne par portage à domicile ; une mauvaise évaluation des aides, dont certaines ont conduit à des effets d'aubaine ; un ciblage encore insuffisant des aides sur la presse d'information politique et générale. Ces nombreuses critiques aboutissent à souligner l'échec au moins partiel de l'État à aider les entreprises de presse, et donc à freiner le phénomène actuel de concentration des médias, aboutissant dans ce secteur à un néolibéralisme triomphant.

Peut-on dire, pour conclure, que les aides de l'État, malgré leurs défauts, reflètent néanmoins un aspect du néolibéralisme en ce qu'elles favorisent le pluralisme des médias et leur indépendance financière ? La réponse demeure ambivalente. Sans aides, un certain nombre de médias ne survivraient pas. Mais les aides n'empêchent pas leur rachat par des groupes industriels s'emparant de secteurs entiers de la presse, voire par des groupes multimédias se constituant au niveau international.

III. LA FAIBLESSE DE LA LEGISLATION ANTI- CONCENTRATION, SIGNE DU DESENGAGEMENT DE L'ÉTAT? LE TRIOMPHE DU LIBERALISME SYMBOLISE PAR LE

PHENOMENE DE CONCENTRATION DES MEDIAS

Le phénomène de concentration actuel sans précédent ne peut être compris qu'à la lumière de l'histoire de l'évolution du secteur de la presse et de la télévision.

Si l'on prend comme point de départ la période de la Libération, l'on peut observer en France deux situations très différentes dans le secteur de la presse et dans celui de l'audiovisuel. Au libéralisme de départ dans la presse s'oppose le monopole de l'État dans l'audiovisuel. Des dispositions anti-concentration seront progressivement mises en place dans les deux secteurs (A), pour aboutir aujourd'hui à une forte concentration des médias et au triomphe du néolibéralisme (B).

A. L'ÉVOLUTION DU SECTEUR DE LA PRESSE ET DE L'AUDIOVISUEL

Il convient ici de faire le point sur les règles applicables à la presse (1) et à l'audiovisuel (2).

1. LA PRESSE : DU PLURALISME A LA RENAISSANCE DES GROUPES DE PRESSE

La Libération impose une transformation radicale et durable du régime et des structures de la presse. Les ordonnances de 1944 font table rase de l'ancienne presse. En réalité la plupart d'entre elles se préoccupent avant tout de régler les questions immédiates, d'épurer la presse compromise et d'organiser les conditions de la repartition de la nouvelle presse. Les inquiétudes concernant la concentration proprement dite restent, pour leur part, au second plan.

L'ordonnance du 26 août 1944, inspirée du projet Léon Blum de 1936 et des projets résistants, jette les fondements d'une première réglementation qui fait de l'entreprise de presse une « maison de verre » (transparence des structures et des ressources, interdiction du prête-nom, institution d'un directeur de publication) et vise à empêcher la concentration. L'article 9 de l'ordonnance interdit à une même personne d'être directeur de plus d'un quotidien, y compris par prête-noms interposés ; mais elle ne concerne en réalité que la presse d'information générale et politique. Les textes d'application des ordonnances ne seront jamais pris, et leur application partielle se révélera décevante. Pendant 40 ans, jusqu'en 1984, l'ordonnance de 1944 demeure le seul texte en vigueur.

Du pluralisme, on passa à la renaissance des groupes de presse, du rejet de toute intervention gouvernementale dans les affaires des journaux, aux aides à la presse. En réalité, la concurrence entre les publications a commencé lorsque les restrictions de papier eurent disparu après 1947, et le mouvement de concentration dans la presse est né dès la fin de la IV^e République, dans la presse magazine ou spécialisée dont les autorités de la Libération ne s'étaient pas préoccupées, mettant avant tout l'accent sur les quotidiens.

À l'origine de la loi du 23 octobre 1984¹¹, l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981, les risques de concentration entraînés par la suppression du monopole d'État de la radiotélévision, et le processus de concentration croissant du groupe Hersant qui contrôlait 30 % du tirage des quotidiens de Paris et 20 % de celui des quotidiens régionaux. Le gouvernement socialiste de M. Pierre Mauroy présente un projet de loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence et le pluralisme des entreprises de presse, inspiré de l'esprit de l'ordonnance de 1944, mais adapté aux réalités de l'époque. Il prévoit qu'un même groupe ne puisse pas contrôler plus de 15% de parts de marché des différents quotidiens *et* institue une Commission pour l'indépendance et la transparence de la presse chargée de surveiller l'application de la loi. Cette loi obligea Hersant à scinder son groupe en deux pour se mettre en conformité avec la législation. S'ensuivra un véritable imbroglio juridique, deux autres lois étant publiées à la suite de censures successives du Conseil constitutionnel et de l'arrivée du gouvernement de droite de M. Jacques Chirac. Le statut actuel est déterminé par ces deux lois du 1^{er} août 1986 portant réforme juridique de la presse et du 27 novembre 1986, qui reposent sur trois piliers d'égale importance : la transparence, l'indépendance et le pluralisme. Elles se sont efforcées de régler la délicate question du statut des entreprises de presse, laissée en veilleuse depuis les ordonnances de 1944, et surtout celle des mesures anti-concentration dont il s'agit ici.

Les auteurs de la loi du 1^{er} août 1986¹², dans la logique de l'inspiration libérale qui a présidé à son élaboration, souhaitaient instaurer un régime anti-concentration souple et ne concernant que les quotidiens d'information générale et politique. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 29 juillet 1986, avait estimé que le dispositif mis en place était insuffisant pour limiter la concentration. Néanmoins la loi complémentaire du 27 novembre 1986¹³

¹¹ L. n° 84-937 du 23.10.1984, visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse (abrogée le 28 novembre 1986).

¹² L. n° 86-897 du 1^{er}.8.1986, portant réforme du régime juridique de la presse.

¹³ L. n° 86-1210 du 27.11.1986, complétant la loi du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse et la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

assouplit les règles relatives à la transparence et à la concentration de la loi anti-Hersant en unifiant le seuil anti-concentration à 30% de la diffusion sur le territoire national de toutes les publications quotidiennes d'information politique et générale imprimées. Le texte revu étend cette règle aux quotidiens, non plus seulement au niveau national, mais au niveau régional et local. Le non-respect des dispositions de la loi du 1^{er} août 1986 est sanctionné par une peine d'un an de prison et/ou une amende de 6 000 à 30 000 €. En réalité le dispositif anti-concentration ne prend en compte que les entreprises de quotidiens d'information politique et générale, laissant de côté nombre de publications, notamment les magazines.

2. L'AUDIOVISUEL : DU MONOPOLE D'ÉTAT AU PLURALISME ET A LA CONCENTRATION

En France, l'histoire de l'audiovisuel est liée au monopole d'État qui fut longtemps la règle en la matière. Ce n'est en effet que depuis 1981 que s'est progressivement ébauchée, puis affirmée, une libéralisation du secteur.

Lorsqu'en 1920 les premières stations de radiodiffusion firent leur apparition en France, c'est tout naturellement qu'on les fit entrer dans le domaine d'application du monopole. Toutefois, en dehors de tout cadre légal, la radio se développa aussi grâce à des initiatives privées. Des autorisations furent accordées en 1928 et 1929, à des services de radiodiffusion privée, concessionnaires de service public. Parallèlement l'État crée ses propres stations, et les premières radios « périphériques », « Radio Luxembourg » et « Radio Andorre », apparaissent. L'ordonnance du 23 mars 1945 révoqua l'ensemble des autorisations accordées aux radios privées, compte tenu de leur attitude de collaboration pendant la deuxième guerre mondiale. Ce n'est qu'à partir de 1959 qu'exista un statut de la radiodiffusion. La communication audiovisuelle fut alors régie par une ordonnance du 4 février 1959 qui créa la Radiodiffusion télévision française, la RTF, en étendant le monopole de l'État à la télévision.

La loi n° 64-621 du 27 juin 1964 substituant la RTF à l'ORTF confirmait le monopole et le fait que la radio et la télévision étaient des services publics destinés à satisfaire « aux besoins d'information et de culture, d'éducation et de distraction du public », mais affichait aussi une volonté de « libéraliser l'information et d'accroître l'autonomie du service », l'ORTF étant placé « sous la tutelle » du ministre en charge de l'information. Il demeurait cependant dans la dépendance étroite du gouvernement qui pouvait, à tout moment, mettre fin, de manière discrétionnaire, aux fonctions du directeur général et au mandat des membres représentant l'État au conseil d'administration. En France, pendant longtemps, le secteur de la communication audiovisuelle fut sous la tutelle du ministère de l'Information, qui contrôlait les journaux télévisés, ce

qui entraînait une suspicion permanente de l'influence que pouvait exercer le pouvoir politique. Il faut attendre l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981 pour que soit mis fin au monopole de l'État sur l'audiovisuel. En réalité il y avait un détournement du monopole sur les stations périphériques

Ce fut la grande réforme de la loi du 29 juillet 1982. Celle-ci, malgré des dispositions héritées du passé, comportait de nombreuses innovations dont la création de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle (HACA) et la consécration de la fin du monopole public.

La loi du 29 juillet 1982, votée symboliquement cent un ans, jour pour jour, après la loi sur la liberté de la presse, s'ouvre sur un postulat libéral : « La communication audiovisuelle est libre » (art. 1^{er}) L'affirmation de la valeur constitutionnelle de la liberté de communication audiovisuelle précède celle de la liberté de la presse ; le Conseil constitutionnel en consacre le principe pour la première fois dans sa décision du 27 juillet 1982 relative à la loi sur la communication audiovisuelle, puis à nouveau dans sa décision du 17 janvier 1989¹⁴. C'est donc sur la base de la loi du 29 juillet 1982 que sont apparues les chaînes hertziennes terrestres privées, Canal Plus, TV6, La Cinq, auxquelles était appliqué un régime de concession de service public. C'est la loi du 30 septembre 1986 qui achève la libéralisation du paysage télévisuel français en privatisant la première chaîne nationale de télévision. Les lois du 1^{er} août 2000, du 9 juillet 2004 ou encore celles du 5 mars 2007 et 5 mars 2009 ont adapté ce texte législatif aux évolutions technologiques induites par la numérisation de la diffusion télévisuelle.

B. DES DISPOSITIFS ANTI-CONCENTRATION A LA CONCENTRATION DES MEDIAS : LE TRIOMPHE DU LIBERALISME

S'ils existent, les dispositifs anti-concentration (1) n'empêchent pas un phénomène de concentration des médias (2).

1. LES DISPOSITIFS ANTI-CONCENTRATION

C'est la volonté d'assurer le pluralisme, objectif constitutionnel, dans l'ensemble de ses composantes, qui justifie la mise en place d'un dispositif anti-concentration. Le pluralisme est consacré par la décision célèbre du Conseil constitutionnel du 18 septembre 1986 en matière d'audiovisuel : « Le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; le respect de ce pluralisme est une des conditions

¹⁴ CC n° 141 DC du 27.7.1982, cs. 5 ; n° 248 DC du 17.1.1989.

de la démocratie ». Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel¹⁵ avait d'ailleurs considéré que la loi du 30 septembre 1986¹⁶ ne comportait pas de dispositions suffisantes pour garantir l'exigence constitutionnelle de pluralisme « ni dans le secteur de la communication audiovisuelle ni dans celui de la communication en général ». C'est la raison pour laquelle le dispositif mis en place par la loi du 27 novembre 1986¹⁷ dans le domaine audiovisuel en même temps que pour le secteur de la presse écrite, a instauré un arsenal de mesures « anti-concentration » non seulement mono-média, mais aussi multimédia, afin de garantir l'exigence constitutionnelle de pluralisme et de prévenir les phénomènes de concentration multimédias en limitant la possibilité d'être propriétaire de médias différents. Ce dispositif a été modifié à plusieurs reprises pour s'adapter à l'évolution du paysage audiovisuel.

L'ensemble du dispositif anti-concentration se présente comme un labyrinthe dont il est difficile de sortir tant ses aspects sont enchevêtrés. Seules les règles les plus connues et les plus contestées actuellement seront citées.

Concernant les participations étrangères (extra-européennes), le souci de préserver la presse des influences étrangères figurait déjà dans les dispositions sévères de l'ordonnance du 26 août 1944. La loi du 23 octobre 1984 qui assouplissait les règles relatives aux participations étrangères dans le capital des entreprises de presse est reprise dans ses grandes lignes par la loi du 1^{er} août 1986. Elle limite la possibilité, pour les personnes de nationalité étrangère, sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, de procéder à une acquisition ayant pour effet de porter, directement ou indirectement leur part à plus de 20% du capital social ou des droits de vote d'une entreprise éditant une publication de langue française. Est considérée comme étrangère toute société dont la majorité du capital social ou des droits de vote est détenue par des étrangers ainsi que toute association dont la majorité des dirigeants est étrangère (art. 7). A contrario, les étrangers peuvent donc détenir tout ou partie du capital d'une société éditant en France une publication en langue étrangère.

Le CSA s'assure du respect par le service de radio ou de télévision des dispositions similaires de l'article 40 de la loi du 30 septembre 1986. La même règle que pour la presse est donc applicable.

Concernant la détention du capital au sein d'une télévision nationale, c'est la règle des 49% qui s'applique.

L'article 39 de la loi du 30 septembre 1986¹⁸ interdisait à une même personne de détenir plus de 25% du capital d'une société privée titulaire d'une

¹⁵ CC n° 217 DC du 18.9.1986, cs. 11 (le même considérant figure dans la décision du 3.3.2009).

¹⁶ L. n° 86-1067 du 30.9.1986.

¹⁷ L. n° 86-1210 du 27.11.1986.

¹⁸ L. Léotard n° 86-1067 du 30.9.1986.

autorisation relative à un service de télévision par voie hertzienne desservant l'ensemble du territoire métropolitain de la France. C'est la loi du 1^{er} février 1994 qui a relevé le seuil de détention par un même actionnaire du capital des chaînes de télévision de 25 à 49% pour que les opérateurs puissent se développer face à la concurrence internationale. L'article 39 révisé interdit à une même personne physique ou morale agissant seule ou de concert de détenir, directement ou indirectement, plus de 49 % du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service national de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre dont l'audience moyenne annuelle par un réseau de communications électroniques au sens du 2^o de l'article L. 32 du Code des postes et des communications électroniques, tant en mode analogique qu'en mode numérique, dépasse 8 % de l'audience totale des services de télévision. Aucune disposition similaire n'a jamais été prévue pour la radio.

Concernant la propriété d'un même groupe sur plusieurs médias, la loi du 27 novembre 1986 a introduit dans la loi du 30 septembre 1986 (art. 41-1 et 2) relative à la liberté de communication audiovisuelle des dispositions permettant de prévenir les phénomènes de concentration multimédias en limitant la possibilité d'être propriétaire de médias différents. C'est la règle dite des « deux situations sur trois » qui empêche un groupe d'être à la fois présent dans la télévision, la radio et la presse, que ce soit au plan national ou au plan local¹⁹.

Pour les services de radio, il ne peut être délivré d'autorisation à une entreprise diffusant dans un bassin représentant plus de 150 millions d'habitants pour la diffusion hertzienne terrestre analogique. Ce seuil n'a jamais été modifié. La loi du 9 juillet 2004²⁰ a ajouté un nouveau critère : il ne peut être délivré d'autorisation à une entreprise représentant 20% des audiences potentielles cumulées de l'ensemble des radios (pour la diffusion hertzienne terrestre en mode numérique). Une compétence est accordée au Conseil de la concurrence dans le domaine de l'abus de position dominante, qui fait double emploi avec ces règles.

La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a été modifiée à 41 reprises. Si les aménagements ainsi apportés au dispositif originel ne concernent pas tous le dispositif anti-

¹⁹ Au plan national : - Être titulaire d'une ou plusieurs autorisations relatives à des services de télévision hertzienne desservant au moins 4 millions d'habitants. - Être titulaire d'une ou plusieurs autorisations relatives à des stations de radio desservant au moins 30 millions d'habitants. - Être titulaire d'une ou plusieurs autorisations relatives à des quotidiens d'information politique et générale représentant plus de 20% de la diffusion totale nationale. Des dispositions similaires sont adoptées au plan local.

²⁰ L. n° 2004-669 du 9.7.2004.

concentration, ce chiffre témoigne à lui seul de la subtilité des équilibres recherchés par le législateur dans ce secteur.

Par-delà toutes ces modifications, une constante demeure : la différence majeure entre les chaînes et radios publiques et les chaînes et radios privées. Les chaînes et radios publiques visées aux articles 44 et 45 de la loi – c'est-à-dire, pour la télévision, France 2, France 3, France 5 et Réseau France Outre-Mer et, pour la radio, Radio France et Radio France Internationale – et la société ARTE-France, restent hors du champ d'application du dispositif anti-concentration. De plus, elles bénéficient d'aides de l'État, et elles peuvent également bénéficier de la priorité d'accès aux ressources radioélectriques de diffusion et de transmission. Leur mission de service public, les conditions dans lesquelles est fixé leur cahier des charges et la procédure de nomination de leurs dirigeants sont, dans l'esprit du législateur, suffisantes pour que l'exigence de pluralisme soit, pour ce qui les concerne, regardée comme satisfaite.

2. LE PHENOMENE DE CONCENTRATION DES MEDIAS

À l'heure où les groupes multimédias se constituent au niveau international, voire des groupes industriels achetant des secteurs entiers de la presse, il semble que les règles anti-concentration actuelles aient une portée restreinte. On ne peut que constater que les mesures adoptées pour limiter la concentration en France n'ont jamais été très efficaces, ni dans les années d'après-guerre, ni par la suite. Les lois de la concurrence pèsent d'un poids autrement plus lourd. La concurrence s'est accrue avec l'émergence de nouveaux acteurs, notamment sur Internet, qui ont absorbé une grande partie des revenus publicitaires en ligne des médias existants. À l'heure d'Internet, de la vidéo à la demande et des pure-players de la presse en ligne, le dispositif anti-concentration datant de 1986 est devenu obsolète et pose problème face à la concurrence étrangère. Les acteurs de l'audiovisuel demandent un assouplissement des règles anti-concentration dans les médias ; ils voudraient être aussi concurrentiels que leurs homologues internationaux.

Deux règles sont particulièrement critiquées, sur lesquelles le gouvernement se penche actuellement : celles précitées des « deux sur trois » (qui empêche, sous certaines conditions de couverture, un groupe d'être présent à la fois dans la télévision, la radio et la presse quotidienne) et des 49 %, (qui limite à ce niveau le seuil maximal de détention d'une chaîne de télévision diffusée sur la TNT, la télévision numérique terrestre). De même le seuil de diffusion d'un bassin maximum de 150 millions d'habitants pour les radios n'a plus de sens quand on sait par exemple, que franceinter.fr couvre 7 milliards de personnes.

En revanche, la règle limitant à 20% le seuil de détention d'une chaîne de télévision hertzienne par des actionnaires extra européens ne serait pas remise en cause, compte tenu notamment des réticences du CSA et du gouvernement. Par le passé, plusieurs groupes américains ont regardé avec attention le paysage français mais n'ont pu l'investir. Cette règle a empêché Rupert Murdoch, propriétaire de *New Corp*, l'un des premiers groupes mondiaux de médias, qui a pu entrer sur le marché anglais où il contrôle 30 à 40% de la diffusion britannique (le *Sun*, *Sunday Times*, *BskyB*) d'entrer sur le marché français. Néanmoins, on ne peut nier la pénétration de groupes étrangers européens : ainsi de Prisma Media qui a succédé en février 2012 à Prisma Presse. Son propriétaire, l'allemand Bertelsmann, qui contrôle le groupe RTL et une de ses filiales, M6, est le plus grand groupe de presse européen. Ainsi du groupe italien Mondadori France qui se place au 3^e rang des groupes français de magazines.

La réalité actuelle n'a donc rien à voir les règles en vigueur, La concentration des médias s'affirme de jour en jour. Et la concentration au sein de chaque média (télévision et presse) n'est qu'un aspect de la concentration, car les groupes les plus puissants sont multimédias. Ils ont des positions fortes à la fois dans la télévision, la presse, l'édition etc.

Aujourd'hui, l'univers des quotidiens régionaux est entièrement couvert par les monopoles. Les neuf principaux groupes de presse français réalisent un chiffre d'affaires qui se situe entre 2,2 M€ et 280 millions d'euros. Par ordre décroissant de chiffre d'affaires, il s'agit de Lagardère Active (Lagardère), de la Socpresse (Dassault) (*Le Figaro*), du groupe Amaury (Bouygues-Bertelsman) (*Le Parisien*), de Prisma Presse, du groupe Le Monde, d'Emap Media, de Bayard Presse, d'Ouest France et de Sud Ouest.

La concentration est aussi amplifiée par les alliances entre les groupes de médias. Il existe par exemple des convergences d'intérêts à travers des entreprises dont le capital est détenu conjointement par les groupes alliés (ex. : alliance Vivendi-Lagardère). Aujourd'hui, il n'y a en France quasiment plus « d'indépendants », à part le groupe NRJ, ou des titres comme *Mediapart* et *Le Canard enchaîné*.

En réalité il ne faut pas se cacher que la tentation monopolistique a toujours existé, comme le rappelle Patrick Eveno. À l'époque de la Révolution, Charles-Joseph Panckoucke, éditeur de l'Encyclopédie, possédait *La Gazette*, *Le Moniteur* et *Le Mercure de France*. Que dire de la pieuvre verte *Hachette* et de l'Empire Hersant ! Aujourd'hui, « ceux qui rachètent sont ceux qui ont les moyens de perdre de l'argent, comme Arnault ou Drahi. Pour ces milliardaires plutôt discrets, la presse est aussi un moyen d'influence, de notoriété et de réseautage, qui les aide aussi pour leurs affaires ».

Serions- nous revenus au temps de Citizen Kane ? Depuis les années 2000, les OPA sur les médias se succèdent à un rythme accéléré ; les médias sont trop

souvent devenus des danseuses pour milliardaires en mal d'influence. Qui plus est, pour la plupart des nouveaux magnats, l'intérêt premier n'est pas la presse, celle-ci est un levier d'influence. Aujourd'hui, le papivore Michel Lucas, l'un des plus grands tycoon français en nombre de titres détenus, n'a rien à envier à un Hersant ! Il est plus proche de Murdoch. Actuel Président du Crédit mutuel, il possède l'un des plus grands empires médiatiques de France, le groupe EBRA, depuis 2006, le premier groupe de presse quotidienne régionale français en nombre de lecteurs. On assiste en quelque sorte, à une compétition entre milliardaires pour la propriété des médias, que ce soit Patrick Drahi, Polytechnicien, virtuose des montages financiers, qui a bâti ex-nihilo, à coups de montages financiers et d'emprunts, un empire dans le câble et les télécoms en acquérant des sociétés de plus en plus grosses, dont Numericable, puis SFR pour 13,4 M€, grâce à des emprunts géants ; le trio Bergé-Niel-Pigasse qui a racheté *Le Monde* ; Bernard Arnault, première fortune de France, qui contrôle le groupe LVMH, propriétaire des *Échos*, du *Parisien* et d'*Aujourd'hui en France* ; Vincent Bolloré, président des conseils de surveillance de *Vivendi* et du *Groupe Canal +*, sans oublier Martin Bouygues, Serge Dassault, Arnaud Lagardère, François-Henri Pinault.

L'arrivée sur la scène de ces *tycoons* pose un vrai problème pour la démocratie. Certes, ces nouveaux financiers peuvent racheter – souvent à bas prix – des journaux que personne ne veut plus acheter, les aider à vivre et leur donner un dynamisme que l'on ne peut pas nier. Patrick Drahi a acquis *Libération* qui était au bord du dépôt de bilan. Il n'en demeure pas moins qu'un média qui se trouve en situation de monopole est un danger pour la démocratie. On peut également craindre que les intérêts personnels d'un seul homme, le propriétaire, influence le traitement de l'information. Danger pour la pluralité et donc pour la qualité de l'information, dépendance du pouvoir politique vis-à-vis du pouvoir télévisuel, liaisons dangereuses entre les politiques et la télévision, autant de menaces réelles.

* *

*

Un constat et une question pour conclure.

Le constat : malgré les multiples dispositions anti-concentration, la concentration des médias n'a jamais été aussi importante ; elle touche pratiquement toutes les catégories de médias. Le néolibéralisme bat son plein. Mais le pluralisme des courants de pensée ne risque-t-il pas d'étouffer sous le poids de ces groupes tentaculaires et de leurs millionnaires ?

Une question : concernant les médias, peut-on parler de néolibéralisme triomphant ou de néolibéralisme limité à certains aspects de leur développement actuel. Je pencherai plutôt pour cette seconde hypothèse. La

concentration actuelle des médias dans les mains de quelques *tycoons* ou grands industriels est une réalité de leur évolution que l'on peut déplorer, mais dont le caractère définitif n'est pas inéluctable.

LE NÉOLIBÉRALISME ET LA LAÏCITÉ

Par
Philippe GAST
Maître de conférences en droit privé
à l'Université du Havre

Mots clés : Néolibéralisme – Démocratie – Laïcité – Laïcité positive – Religion – Vie privée – Bioéthique.

« Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde » comme le relevait Camus. C'est pourquoi il convient d'entrée de jeu de bien définir les deux notions au cœur du sujet pour bien comprendre l'influence exercée par le renouveau des idées libérales sur l'évolution du concept de laïcité.

Le libéralisme tout d'abord se présente comme une doctrine qui se fonde sur la Liberté. Ceci implique selon la remarquable définition juridique de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 que « la liberté consiste à *pouvoir faire tout* ce qui ne nuit pas à autrui » (souligné par nous) et fait suite dans son acception économique au non interventionnisme de l'État (au « laissez-faire, laissez-passer » des physiocrates).

Le terme laïcité, ensuite, est issu du latin médiéval *laicus* et désigne ce qui n'est pas religieux. Il implique donc la séparation entre les Églises et l'État.

Ces deux notions pourraient tout à fait se compléter, la séparation impliquant que l'État n'intervient pas dans les affaires religieuses (renvoyées aux libertés de la sphère privée – individuelles ou collectives – qui sont dites, sans doute à tort, publiques) et, à l'inverse, les religions n'intervenant pas dans la sphère publique de l'État.

Malheureusement, les enjeux collectifs (importance politique et financière des institutions religieuses dans une société) et individuels (question existentielle autour de la peur de la mort et de l'identité du moi) sont tels que cette séparation est difficile à tenir dans les deux sens.

De tout temps, on constate la tendance forte, surtout pour les pouvoirs politiques autoritaires, à se chercher une légitimité dans un fondement religieux (pharaons d'Égypte « incarnations d'Horus », empereurs de Chine « fils du ciel » et Inca « fils du soleil », rois de France « lieutenant » de Dieu sur terre,

Mahabharatha et Ramayana de l'Inde « incarnations de Visnu », Krisna et Rama etc.), fondement d'autant plus ferme qu'invérifiable et au final basé sur la force. De la même façon, les institutions religieuses (contrairement aux mystiques) ont toujours cherché à imposer ou à négocier leurs vues aux personnels politiques afin de bénéficier de la puissance étatique (bien que cela ait pu au final se retourner contre elles).

C'est une différence importante avec la démocratie qui n'a pas besoin de fondement métaphysique pour être légitime. C'est pour cette raison un système de même essence que la science. Les deux disciplines fonctionnent d'ailleurs sur les mêmes principes : respect du consensus majoritaire et du respect de la libre critique minoritaire ; elles sont apparues également au même moment : sous la Grèce classique et au siècle des Lumières. La démocratie s'associe donc facilement à la laïcité qui renvoie les croyances non scientifiques à des choix personnels et collectifs mais privés. C'est particulièrement exact pour la démocratie directe (*démocratie cratos* : le peuple au pouvoir), celle dans laquelle le peuple fait la loi par la votation comme en Suisse (ou l'Italie dans une moindre mesure) par opposition aux démocraties représentatives qui ne sont en réalité que des oligarchies électives – en France, il suffit en effet de la majorité des 577 députés de l'Assemblée nationale pour faire une loi, soit 289 personnes : Car comme le soulignait Rousseau dans le *Contrat Social* à la suite de Périclès dans son *Ode funèbre* rapportée par Thucydide, l'intérêt général ne peut être connu que par la volonté générale majoritaire (du peuple).

Dès lors qu'elle suppose la liberté, la démocratie est donc d'essence libérale. Mais elle suppose aussi l'égalité. De sorte que liberté et égalité doivent s'équilibrer de façon dynamique pour adapter les règles à l'évolution des situations, économiques et sociales en particulier. En effet sans égalité, la liberté finirait par s'anéantir par la loi du plus fort ; et sans liberté, l'égalité ne pourrait qu'aboutir au totalitarisme, comme les systèmes communistes l'ont montré : trop de liberté tue la liberté, trop d'égalité tue l'égalité.

Il y a néanmoins une asymétrie car l'égalité a été conçue de façon juridique et non économique (contrairement à l'aile gauche de la Révolution Française qui souhaitait aussi l'égalité économique : « il ne doit exister ni riche ni pauvre » disait Saint Just avec Babeuf, – en oubliant la notion essentielle de mérite), alors que la liberté a été conçue de façon juridique et économique avec le Code civil.

À partir du Directoire et de l'instauration du suffrage censitaire qui exclut la majorité du peuple du processus (même indirectement) d'élaboration de la loi et ce jusqu'à la III^e République (et encore on devrait dire 1946 puisque les femmes n'ont pu voter qu'à cette date), on a vu s'exprimer l'ultra libéralisme où une minorité fortunée faisait la loi à son profit (considérant que le travail des enfants était normal par exemple), utilisant les deux outils juridiques du Code civil que sont le droit de propriété (art. 544) et la liberté contractuelle (art. 1109

et s.) sans qu'aucune restriction n'ait pu s'y opposer. Toute entrave étant considérée comme faussant la loi du marché censée tout régler (la fameuse « main invisible »), l'intervention du législateur pour protéger les plus faibles était considérée comme perturbatrice de cet équilibre « naturel ».

Contre cette « main visible », l'interventionnisme ne put vraiment réapparaître qu'avec le retour du suffrage universel. Et sous la pression des idéologies marxistes au XIX^e siècle (telles qu'appliquées au début du XX^e), puis Keynésiennes après les guerres mondiales dans les pays démocratiques, un certain rééquilibrage s'est opéré. Mais il fut vite critiqué par les néolibéraux comme Von Hayek dans les pays anglo-saxons, où les dirigeants (Reagan et Thatcher) s'en inspirèrent, à la suite de Raymond Barre en France qui avait, avant eux, opté pour cette direction. En élisant François Mitterrand, les français avaient toutefois choisi la voie interventionniste. Celle-ci a longtemps subsisté malgré les alternances (dans la ligne de de Gaulle d'ailleurs qui en réalité était plus travailliste que libéral, le nationalisme étant plus proche intrinsèquement de l'interventionnisme étatique).

Mais on peut dire qu'après l'effondrement des systèmes totalitaires communistes (et fascisants d'Amérique du sud) les démocraties, sur la base de la liberté et de l'égalité juridique, ont instauré une interaction des deux notions pour s'équilibrer sur le plan économique, même si c'est avec des variantes d'adaptabilité selon les sensibilités et les alternances.

La mondialisation qui a découlé des accords du GATT puis de l'OMC a été ratée, car réalisée avec des pays totalitaires qui ne respectent ni les libertés politiques, syndicales, ni la propriété intellectuelle¹, alors même qu'en Europe la démocratie était le critère pour rentrer dans le marché libre commun. C'est ce qui a permis à des pays économiquement faibles (Espagne, Grèce, Pays de l'Est etc.) en une génération, d'accéder à un niveau de vie moderne. En effet, cette mondialisation loin de rechercher le « bonheur de tous »² permet surtout à des multinationales (basées dans des paradis fiscaux) de soutenir des systèmes totalitaires corrompus, asservissant les populations toujours plus pauvres au profit d'une minorité toujours plus riche, comme l'avait pourtant dénoncé en 1989 le prix Nobel français Maurice Allais. En faisant échapper le marché mondial aux souverainetés nationales, la mondialisation empêche les démocraties et donc les peuples, de le maîtriser et d'y intervenir en le réglementant (en particulier sur le plan social et fiscal) : c'est la revanche du libéralisme sauvage, du néolibéralisme sur la démocratie.

¹ En Chine par exemple, 150 millions de personnes travaillent pour la contrefaçon quasi ouvertement.

² Selon l'objectif assigné par le préambule de la DDHC de 1789 aux droits de l'Homme et du citoyen.

La question qui nous occupe est donc maintenant de savoir si cette mondialisation fondée sur le néolibéralisme économique affecte la laïcité et de quelle façon.

On constatera d'abord que le libéralisme est le fondement de la laïcité (I) mais on observera que le néolibéralisme à bien des égards tend à la remettre en cause (II).

I. LE LIBERALISME, FONDEMENT DE LA LAÏCITE

Deux fondements historiques libéraux de la laïcité existent : celui de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) (A) et la loi Républicaine de 1905 (B).

A. LE LIBERALISME REVOLUTIONNAIRE DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN

La « liberté » et l'égalité proclamées par l'article 1^{er} de la DDHC sont à la base de la Révolution Française, la seconde venant équilibrer la première³. De ce fait, la Révolution est le premier évènement à vraiment fonder la laïcité (bien que Louis XVI ait déjà pris un Édit de tolérance).

D'un côté, en effet, en proclamant la liberté d'opinion « même religieuse » dans son article 10, la Révolution a posé un fondement manifestement libéral en matière religieuse par opposition à l'exclusivisme d'Ancien Régime. En particulier, la Constituante a brisé l'alliance du sabre et du goupillon en fondant, dans la première Constitution française, la souveraineté, non sur le Droit Divin représenté par l'Église catholique, mais sur la Nation et son peuple. Car se faisant elle a opéré la séparation entre l'Église et la légitimité du monarque. C'est pourquoi on peut y voir le premier fondement de la laïcité.

La Révolution montre il est vrai, dans le même temps, l'ambiguïté que laïcité et liberté entretiennent. Car la Constituante a parallèlement obligé le clergé à prêter serment. Elle s'est ainsi immiscée dans le fonctionnement de l'Église, au mépris de la séparation et de la liberté proclamée des institutions religieuses. Les Révolutionnaires ont en effet non seulement voulu se débarrasser de la toute-puissance de l'Église catholique, mais aussi aller plus loin et la maîtriser pour éviter son retour en puissance. Le Concordat

³ Car une liberté absolue reviendrait à la loi animale du plus fort, état de non droit qui anéantirait la liberté du plus grand nombre (même si Aristote l'estimait juste dans son ouvrage sur *La Politique* où il justifiait l'esclavage).

napoléonien⁴ a suivi le même chemin en cherchant à restaurer un lien entre les religions et l'État. Car au-delà du souci de garantir la liberté des religions en leur assurant un financement public, il s'agissait de donner à l'État une maîtrise *de facto* sur les institutions religieuses. Si les deux régimes ont ainsi violé l'approche libérale de la religion et de la laïcité, les Révolutionnaires n'en ont pas moins posé les bases de cette dernière.

C'est d'autant plus vrai que, dès cette époque, la liberté est, d'un autre côté, associée à une égalité de traitement de toutes les organisations religieuses. Les trois religions existant alors en France (catholicisme, protestantisme, et judaïsme) ont en effet toutes le même statut juridique, afin de garantir une certaine liberté et égalité entre tous les citoyens, quelle que soit leur religion. Là encore toutefois le système monarchique (qu'il soit impérial ou royal au gré des restaurations) a été particulièrement favorable au catholicisme : l'enseignement est resté une « chasse gardée » de l'Église alors que les vrais libéraux comme Bastiat invitaient à « repouss(er) une religion d'État ».

Rien d'étonnant dès lors à ce que l'esprit républicain, après 1870, et surtout après que les royalistes eurent perdu leur majorité (le 16 mai 1877), ait visé l'Église catholique. D'autant qu'elle souhaitait le retour à l'Ancien Régime et à ses privilèges. Ce n'est donc qu'après de nombreux conflits qu'une deuxième vague de laïcité est apparue en France, portée par les républicains installés durablement au pouvoir.

B. LE LIBERALISME DEMOCRATIQUE DE LA LOI DU 9 DECEMBRE 1905

Même si elle n'est pas davantage parvenue à assurer une véritable égalité entre les cultes, la III^e République a cherché à renforcer la séparation des Églises et de l'État sur des fondements clairement libéraux.

Ce renforcement est visible à trois égards. Il se déduit d'une part de la lutte des républicains contre les congrégations enseignantes. Ils se sont en effet montrés sensibles au scientisme naissant. Ce qui a nourri chez eux une certaine hostilité envers les religions (la religion catholique en particulier-le ministère Combes notamment), s'agissant notamment de leur rôle en matière d'Éducation. Car ils souhaitaient que celle-ci soit neutre et fondée sur les sciences vérifiables et non sur les dogmes religieux et les superstitions, pour faire un citoyen « éclairé ». C'est ce mouvement qui aboutit aux lois Ferry du 16 juin 1881 sur l'enseignement public gratuit, rendu obligatoire et laïc par la

⁴ L. du 18 germinal an X (8.4.1802) comprenant le traité avec le Vatican signé, à Paris, le 26 messidor an IX (15.7.1801) ainsi que les articles organiques du 18 germinal an X, concernant les cultes catholiques et protestants. Deux décrets du 17.3.1808 étendirent le régime au judaïsme.

loi du 28 mars 1882. Le renforcement de la séparation des Églises et de l'État se déduit d'autre part de l'instauration de la liberté d'association par la loi du 1^{er} juillet 1901. Celle-ci faisait gravement défaut à la DDHC de 1789, du fait de la crainte quasi pathologique des Révolutionnaires envers les « corps intermédiaires » perçus comme pouvant former des groupes de pression contestataires (ce qui explique que les régimes suivants aient adopté la même politique). S'il s'est agi d'une évolution importante, cette loi ne réglait pas le problème de la laïcité, car le Concordat était toujours en application. Il fallait donc une nouvelle loi : ce fut celle du 9 décembre 1905 qui a, enfin, joué un rôle crucial dans la consolidation de la séparation des Églises et de l'État, comme cela ressort de son nom même. Or son article 1^{er} témoigne de son fondement libéral en réaffirmant le principe du « libre exercice des cultes ».

Pas davantage que la Révolution toutefois, la III^e République n'est parvenue à assurer une véritable égalité entre les religions. Les États démocratiques qui reconnaissent la liberté de religion tout en conservant une religion d'État traitent mécaniquement cette religion mieux que les autres. Or la loi de 1905 n'échappe pas à la règle. C'est vrai dans la mesure d'abord où l'égalité entre les religions est malheureusement restreinte au seul culte, défini par le Conseil d'État comme un ensemble de rites collectifs ouverts au public⁵. Car cette approche restrictive laisse *de facto* la possibilité à l'État de subventionner des activités religieuses non cultuelles dès lors qu'il ne subventionne pas les cultes à proprement parler ! Or non seulement toute subvention (déguisée ou non) engendre une violation de l'égalité des religions et est donc forcément ressentie par les autres comme une discrimination, mais la loi de 1905 permet des dégrèvements fiscaux⁶ au profit des associations cultuelles (associations 1901 dont l'objet est exclusivement culturel). Ce qui aboutit, d'une part à un contrôle du fisc ou de la préfecture⁷ sur la qualité cultuelle de l'association et, de l'autre, à lui octroyer un privilège fiscal, c'est-à-dire une subvention déguisée en contradiction avec l'article 2⁸. Une autre inégalité tient ensuite au sort réservé aux édifices culturels : l'article 4 de la loi de 1905 permet aux associations cultuelles de récupérer les édifices du culte localement. Or si cela fut fait pour les cultes protestants et juifs, les édifices

⁵ Cf. Duguit L., *Traité de Droit constitutionnel*, Paris 1925, t. 6, p. 459 : « le culte est l'accomplissement de certains rites, de certaines pratiques qui, aux yeux des croyants, les mettent en communication avec une puissance surnaturelle ».

⁶ Art. 19 de la loi du 9.12.1905, modifié par D. n°66-388 du 13.6.1966, art. 8.

⁷ L. n° 2014-856 du 31.7.2014, art. 74 modifiant l'article 111 de la L. n° 2009-526 du 12.5.2009 qui avait organisé ce principe dans l'article 19 de la loi 1905.

⁸ On pourrait s'étonner d'ailleurs que l'État laïc privilégie des associations cultuelles plutôt que les autres (culturelles, philosophiques, sportives etc.) alors que la religion, par son fonctionnement dogmatique, est opposée à l'approche démocratique et scientifique.

catholiques devinrent propriété des communes, en vertu de l'article 9, après que les catholiques aient refusé cette loi et refusé de constituer de telles associations. Ce qui conduisit la loi du 14 avril 1908 à modifier l'article 13 de la loi de 1905 pour admettre la gratuité de l'usage par les associations culturelles, des édifices de cultes appartenant à l'État et l'obligation d'entretien de ceux-ci (confirmé par l'article 19). Cette obligation ne cesse que s'ils sont désaffectés (pas de culte continu depuis plus de six mois). Comme cette règle, qui est toujours en vigueur, concerne essentiellement les édifices catholiques, elle constitue une subvention déguisée contraire à la laïcité affirmée à l'article 2. Surtout, elle induit l'idée qu'une religion est privilégiée au détriment des autres, un peu comme s'il existait une religion d'État. Ce sentiment se trouve conforté par les accords internationaux conclus entre la France et le Vatican⁹. Du fait de leur valeur conventionnelle en effet, ces derniers occupent une place supérieure à la loi dans la hiérarchie des normes. Ils constituent ainsi un contournement de la loi de 1905, puisqu'ils garantissent aux associations diocésaines le bénéfice de ces édifices culturels publics gratuitement, instaurant ainsi de fait une discrimination avec les autres cultes qui, eux, doivent assurer l'entretien des lieux de culte dont ils sont propriétaires depuis 1905. Le respect de la laïcité supposerait que ces édifices culturels appartenant à l'État soient loués à ces associations culturelles ou non, pour couvrir les frais d'entretien.

Malgré ces insuffisances et à défaut d'une définition plus explicite en droit¹⁰, la loi de 1905 donne pourtant une magistrale définition de la laïcité au fondement libéral : c'est, aux termes de son article 2, le principe selon lequel « l'État ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». Si une évolution était attendue se serait, d'un point de vue matériel, pour préciser que « la République ne reconnaît ni ne subventionne aucune activité religieuse » et, d'un point de vue formel, constitutionnaliser cette définition pour éviter toute ambiguïté. C'est pourtant une toute autre évolution qu'induit le néolibéralisme au risque de mettre à mal la conception démocratique de la laïcité héritée de 1789 et de la III^e République.

II. LA LAÏCITE, MISE A MAL PAR LE NEOLIBERALISME

Le néolibéralisme à la française se présente comme la droite parlementaire. Mais il est une curiosité très française, qui tient au fait que la droite se présente dans le même temps comme gaulliste. Car de Gaulle n'était pas un vrai libéral,

⁹ Approuvé par le pape Pie XI, dans l'encyclique *Maximam Gravissimamque* du 18 janvier 1924 et le CE dans un avis du 13.12.1923.

¹⁰ Le terme laïcité est simplement utilisé dans l'article 1^{er} de la Constitution sans être défini.

ni économiquement, ni socialement, ni socialement. En effet, son interventionnisme de type nationaliste (création de grands projets nationaux et de grandes entreprises – EDF, ORTF, PTT, France télécom etc.) ainsi que les charges sociales qu’il a créées ou maintenues font de lui un travailliste, très catholique, plus qu’un libéral : en effet le libéralisme est fondé sur la restriction des interventions de l’État aux seules fonctions régaliennes. C’est encore moins un néolibéral, dès lors que les néolibéraux à l’origine de la mondialisation ont tout fait pour écarter les États et dégager les multinationales des réglementations démocratiques fiscales et sociales entravant leur action. Et pourtant : c’est le couple Chirac – Balladur formé par deux de ses héritiers qui a fait entrer la France dans la mondialisation en signant l’Uruguay round dans le cadre du GATT puis l’accord de Marrakech sur l’OMC d’avril 1994 (bien que Jacques Chirac en particulier, se soit revendiqué comme gaulliste)¹¹ !

La droite française se revendique ainsi de cet héritage gaulliste tout en s’en écartant de plus en plus (comme cela ressort encore de la privatisation des grandes entreprises publiques). S’agissant de la laïcité, ce néolibéralisme va être à l’origine d’un concept « nouveau » : celui de « laïcité positive » promu par le président Nicolas Sarkozy (A) qui n’exclura pas une immixtion religieuse dans la vie privée, à travers les lois bioéthiques en particulier (B).

A. L’AFFIRMATION DU CONCEPT DE « LAÏCITE POSITIVE »

La paternité de cette expression revient au Président Nicolas Sarkozy. Lors d’un voyage au Vatican, il prononça en effet le 10 décembre 2007 un discours remarqué au palais de Latran dans lequel il affirmait « l’avènement d’une laïcité positive » définie comme « une laïcité qui, tout en veillant à la liberté de penser, à celle de croire et de ne pas croire, ne considère pas que les religions sont un danger, mais plutôt un atout »¹². Son propos fit polémique. Beaucoup le jugèrent contraire à la conception révolutionnaire et démocratique de la laïcité. Mais cette analyse éclaire rétrospectivement sous un jour nouveau la création du Conseil Français du Culte Musulman (CFCM) à laquelle il avait procédé en tant que ministre de l’intérieur lors du conseil des ministres du 7 juin 2003¹³.

¹¹ Le même phénomène se constate à l’inverse d’ailleurs à gauche avec la décision du président Mitterrand de signer le traité de Maastricht alors que le texte est on ne peut plus libéral.

¹² Il poursuivait en expliquant que « c’est par le baptême de Clovis que la France est devenue Fille aînée de l’Église. Les faits sont là. (...) Les racines de la France sont essentiellement chrétiennes ». Sur cette question, v. notre article, « Bilan de la présidence Sarkozy 2007-2008 sur la laïcité », in *Sarkozysme et droits fondamentaux de la personne humaine*, Paris, L’Harmattan 2011.

¹³ V. JO du 7.6.2003.

A priori en effet, cette création se positionnait alors dans la logique de la tendance concordataire napoléonienne visant à maîtriser le phénomène religieux et, en tous cas, interférer dessus. Mais, a posteriori, elle traduit, sous l'influence de certains courants néolibéraux, l'apparition d'une nouvelle conception de la laïcité en rupture totale avec la conception héritée du libéralisme classique : l'interventionnisme de l'Etat en matière de religion. Cette rupture se déduit tant de la composition du CFCM que de ses modalités de fonctionnement.

Sur le premier point, il suffira de rappeler que nombre d'islamistes aux positions pourtant notoirement radicales ont été admis à siéger au sein du conseil, comme l'Union des organisations islamiques de France apparentée aux frères musulmans. Ils ont ainsi bénéficié d'une sorte de reconnaissance officielle de la part des plus hautes autorités de l'État, malgré leur rejet des autres religions (et autres vues incompatibles avec les principes démocratiques : en particulier la valeur juridique donnée à la Charia). De telles associations devraient pourtant être dissoutes en application de l'article 2 de la loi du 1^{er} juillet 1901 qui interdit les associations ayant un objet contraire à la forme républicaine du gouvernement et à l'ordre public (art. 6 du Code civil) : dès lors par exemple qu'elles commettent des délits de presse en incitant à la haine religieuse, contre les « infidèles » (Sourate 9). Leurs membres devraient en outre être exclus du territoire (surtout s'ils sont étrangers !), dès lors qu'ils refusent par principe d'appliquer les Droits de l'Homme et leurs dérivés, à la base de notre contrat social fondamental. La création du CFCM constitue donc une rupture avec la conception démocratique de la laïcité. Son mode de fonctionnement confirme d'ailleurs cette analyse.

Sur le second point en effet, aucune contrepartie n'a été demandée aux musulmans amenés à constituer le Conseil, en particulier concernant la reconnaissance de la primauté de la loi française sur nombre de prescriptions islamiques incompatibles avec elles. La Charia peut en effet être comprise de trois façons : on peut en avoir une lecture morale¹⁴, spirituelle ou alors juridique. Or si, dans les deux premiers cas, il n'y a aucun conflit avec l'ordre public républicain, puisqu'il s'agit d'appliquer librement des règles de comportement dans la vie privée et en particulier les cinq piliers de l'Islam – Profession de foi, cinq Prières par jour, jeûne du Ramadan, aumône, pèlerinage à la Mecque – qui ne sont pas en infraction avec la loi démocratique, il en va autrement dans le dernier cas : dès lors que nombre de dispositions du Coran contreviennent à la loi et à la forme républicaine du gouvernement. On songe

¹⁴ On rappellera que morale et mœurs viennent de *mores* en latin qui signifie « mode de vie » : on a donc la morale de notre mode de vie et les mœurs de notre morale. Comme l'on initié St Thomas d'Aquin dans sa *Somme théologique* puis Kant dans sa *Métaphysique des mœurs*, la morale est personnelle et facultative alors que le droit est collectif et obligatoire, c'est-à-dire sanctionné positivement.

ici aux versets niant la liberté de la femme de choisir son mari (surtout s'il est non musulman : Sourate 2, Verset 221 : « ne mariez pas vos filles à des polythéistes ») ; à ceux admettant l'esclavage (S. 16, V. 71 ; S. 4, V. 3 : sur l'esclavage des femmes captives de guerre) ou la pédophilie dans le contexte de la répudiation d'une pré-pubère (S. 65, V. 4¹⁵) ; ou encore à ceux prescrivant la discrimination fiscale envers les chrétiens et juifs (S. 9, V. 29), de frapper les femmes non voilées (S. 33, V. 159 : « O prophète dis à tes épouses, à tes filles et aux femmes des croyants de se couvrir de leurs voiles »), l'éradication des polythéistes (S. 9, V. 5 : « À expiration des mois sacrés, tuez les polythéistes où que vous les trouverez »), la mise à mort des apostats (S. 4, V. 115 et S. 16, V. 106 à 109) ou des femmes adultères (S. 4 : V. 15), de couper la main du voleur (S. 5, V. 38), de crucifier ou d'amputer ceux qui combattent l'Islam etc. La lecture juridique de l'Islam conduit ainsi à un conflit inévitable et autrement soluble que par le rapport de force avec la loi démocratique exprimant la souveraineté du peuple¹⁶. C'est pourquoi le silence des textes instituant le CFCM apparaît problématique au regard de la conception démocratique de la laïcité : car il revient à permettre au Conseil de fonctionner selon le principe de supériorité de la Charia¹⁷ sur toute autre règle, dès lors qu'on y lit que « le pouvoir n'appartient qu'à Dieu » (S. 6, V. 7)¹⁸.

Même si on juge souhaitable que les religions soient représentées par une organisation, encore faut-il comme impératif préalable qu'il y ait reconnaissance, par ces organisations, de la primauté du droit républicain sur les croyances personnelles et privées. Que l'État ait admis le contraire pour des raisons démagogiques est préoccupant et en tous cas contraire à la conception originelle de la laïcité. Car celle-ci conditionne à l'inverse la reconnaissance de toute association culturelle à son engagement à retenir des interprétations du dogme compatibles avec l'ordre public et commande de dissoudre les autres. Le statut du CSM aurait ainsi dû préciser que l'interprétation des textes religieux ne peut qu'être morale et spirituelle et en aucun cas juridique.

Si son silence sur ce point se trouve catalysé par une conception restrictive de la laïcité rattachable au néolibéralisme français en ce qu'elle conduit à

¹⁵ Ce texte intitulé « La Répudiation » dispose : « La période d'attente [pour un acte sexuel après répudiation] sera de trois mois même (...) pour celles qui ne sont pas pubères » (Masson D., *Le Coran*, Gallimard 1967, p 701). Il est à l'origine d'une polémique dès lors que cela constitue, du point de vue de notre Droit, un viol sur mineure, voire un acte de pédophilie au dessous de 15 ans.

¹⁶ Cf. art. 2 et 3 de la Constitution de 1958.

¹⁷ Étymologiquement voie, chemin de salut, chemin vers la source.

¹⁸ Cf. « Telles sont les lois de Dieu : celui qui obéit à Dieu et à son prophète sera introduit dans les jardins (...) ils y trouveront des épouses pures » (S. 4, V. 56) ; « celui qui désobéit à Dieu et à son prophète et qui transgresse ses lois sera introduit dans le Feu » (S. 4, V. 13 et 55). Sur ces questions, v. Masson D., *op. cit.*, p. 95.

privilegier l'intérêt religieux privé (et minoritaire) au détriment de la loi démocratique (c'est-à-dire de l'intérêt général, majoritaire), ce dernier porte également atteinte à la conception originelle de la laïcité par l'immixtion de l'État dans la vie privée notamment à travers un concept nouveau, lié à la V^e République : celui de Bioéthique. Car celle-ci est souvent une façon de réintroduire du religieux via une pseudo morale collective, qui en réalité porte atteinte à la vie privée des citoyens, à leur liberté voire à leur égalité.

B. LA PROMOTION D'UNE MORALE RELIGIEUSE JUSTIFIANT L'IMMIXION DE L'ÉTAT DANS LA VIE PRIVÉE

Depuis les années 1990, on constate en droit français une sorte de glissement de la morale vers le droit par le jeu des lois bioéthiques, incompatible avec la conception démocratique de la laïcité, dès lors qu'il conduit l'État à s'immiscer dans la vie privée en se faisant le défenseur de valeurs religieuses, parfois en se cachant derrière des « comités d'éthique » ou d'autres institutions non ou peu démocratiques. Si la montée en puissance des idées néolibérales constitue l'un des facteurs explicatifs de cette évolution en ce qu'elles font prévaloir les revendications des communautés religieuses (intérêts privés) sur la loi démocratique (intérêt général) par essence suspectée d'être liberticide, l'avènement de cette conception dénaturée de la laïcité apparaît paradoxale. Elle l'est en ce que les pays anglo-saxons libéraux, mais non laïcs, en matière de bioéthique acceptent de cantonner une telle morale (religieuse) au domaine de la liberté privée alors que la France, patrie laïque des droits de l'homme, et du respect de la vie privée (art. 9 du Code civil), tend au contraire à lui reconnaître une valeur juridique.

Si ces tendances moralistes et interventionnistes dans la vie privée attentatoires à la laïcité sont bien rattachables à certains courants néolibéraux, il faut distinguer en leur sein en France entre un courant plutôt moderniste (représenté par les présidents Giscard, Chirac, Sarkozy) et un courant réactionnaire catholique envers lequel la droite néolibérale moderniste (comme parfois le parti socialiste d'ailleurs) tend parfois à faire des concessions pour des raisons politiques. C'est par exemple ce qui explique que les gouvernements Raffarin et Fillon n'aient pas supprimé le PACS, mais l'aient élargi ; que le gouvernement Ayrault ait fait voter le « mariage pour tous » mais pas la GPA ou la PMA ; ou encore que le président Hollande n'ait pas opéré d'avancées sur la fin de vie : car derrière ce conservatisme se retrouve l'influence des religions bibliques. Celles-ci font en effet pression pour

empêcher tout ce qui viendrait modifier l'ordre « naturel »¹⁹ des choses par essence intangible dès lors qu'il a été créé par Dieu²⁰.

La conception démocratique de la laïcité ne devrait pas conduire l'État à s'immiscer dans la vie privée en suivant leurs préceptes mais au contraire à la garantir. Car plus la démocratie s'approfondit, plus la pression des religions est rejetée par la population et petit à petit par les élites politiques (l'évolution des soixante dernières années est patente : plus de 80% des Français étaient pratiquants catholiques jusque dans les années 50, 4,5% aujourd'hui²¹ !). La Révolution n'était d'ailleurs qu'une nouvelle étape du processus visant à faire sortir l'homme de l'état d'animalité naturelle par la Culture. Les sciences et la technologie faisant des progrès constants, ce sont de nouveaux outils que les citoyens ont à leur disposition pour accéder à un bonheur qu'eux seuls sont fondés à trouver par leur libre choix, grâce au respect des droits de l'homme, comme cela ressort de l'objectif affiché par le préambule de 1789 d'assurer le « Bonheur de tous » à travers eux.

Or on remarque que la bioéthique revient à restreindre les libertés nécessaires au respect de la vie privée, en ce qui concerne les règles relatives à la vie et à la mort.

S'agissant des premières tout d'abord, la conception démocratique de la laïcité est à l'origine de réformes aussi importantes que l'autorisation du divorce, le mariage pour tous (loi du 17 mai 2013 faisant suite aux dispositions

¹⁹ Par exemple, selon St Thomas d'Aquin les lois naturelles seraient les 10 lois de Moïse (*Somme Théologique*).

²⁰ Les religions Orientales (bouddhisme et hindouisme) ne se fondent pas sur l'idée d'un dieu créateur (et la critiquent d'ailleurs car pour elles un dieu créateur ne peut être un dieu absolu -car s'il crée c'est qu'il a besoin de sa création, il est donc en manque de quelque chose, il est en interdépendance- : ainsi dans l'hindouisme le dieu créateur Brahma n'est qu'un dieu parmi d'autres contrairement au Brahman qui est au-delà de toute création et a seul le statut d'absolu – mais n'est pas créateur – ; dans le Bouddhisme tous les dieux font partie du samsara, du monde illusoire, la conscience primordiale -yéshé en tibétain- est également au-delà de toute création). En revanche ces deux traditions ont en commun l'idée de karma, c'est à dire des fruits des actes, de la causalité. Ainsi nuire aux êtres : les tuer, les voler, les violer, user de drogues, médire, mentir, agresser verbalement, être avide, dans l'aversion, l'ignorance sont les 10 actes non vertueux de la morale bouddhique.

²¹ Seuls 7,7% d'entre eux allant une fois par mois à la messe (*La Croix* 22.9.2009). Le chiffre tombe à 4,5% de pratiquants catholiques selon l'IFOP (http://www.ifop.fr/?option=com_publication&type=publication&id=43). Il s'ensuit que si le catholicisme est la religion dominante, ses pratiquants représentent moins de 10% de la population. Le constat est le même pour les musulmans et les juifs. De sorte que les croyants qui veulent imposer leur choix moral à tous sont en réalité minoritaires – 15 à 20% de la population !

sur le PACS créé par la loi du 15 novembre 1999²²), la remise en cause de l'indisponibilité de l'état des personnes avec la reconnaissance du droit des transsexuels d'obtenir la modification de leur état civil (sous l'influence de la CEDH²³) ou encore la contraception (par la loi Neuwirth du 28 décembre 1967) et l'autorisation de l'avortement (par la loi Veil du 17 janvier 1975 sous Giscard). Dès lors que, en droit, une personne apparaît quand elle naît, avec son premier souffle (et le cri qui va avec, comme cela ressort de l'étymologie du mot personne : *personare* « sonner par »), la loi de 1975 peut autoriser l'avortement tout en garantissant « le respect de tout être humain dès le commencement de la vie » sans se contredire : car la question de savoir si l'avortement est un infanticide est une question morale et non juridique. Le droit lui respecte la vie privée de chacun en permettant simplement à la femme qui souhaite avorter de le faire sous certaines conditions et sans contraindre les autres. Mais la tentative ratée du néolibéral Rajoy de limiter l'avortement au seul cas de viol en Espagne en 2013 montre que certains courants néolibéraux induisent une conception contraire à la laïcité, complice des dogmes religieux.

Cette conception réactionnaire se retrouve en France avec la condamnation de l'adultère par l'article 212 du Code civil français selon lequel « les époux se doivent mutuellement fidélité » car il s'agit d'une immixtion de l'État dans la vie privée fondée sur des considérations morales. Or on assiste à sa montée en puissance depuis le vote de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 (sous l'ère Chirac- Raffarin) modifiant celles du 29 juillet 1994 (élaborée à l'initiative du Gouvernement Balladur) et introduisant le terme de « bioéthique » pour la première fois en droit positif français. Car on y voit l'influence religieuse par certains interdits qu'elle édicte. Derrière la crainte (parfois justifiée) de l'eugénisme (renvoyant aux vieux démons nazis), il serait vain à terme de croire que les citoyens ne pourraient pas choisir d'éradiquer des malformations de leurs enfants (actuellement avortables) en rendant possible le génie génétique (c'est-à-dire en reconstituant des tissus sains à partir d'autres cellules de l'individu ou de cellules d'ADN modifié) sur un embryon (ce qui d'ailleurs devrait plaire aux religions puisque cela éviterait un avortement !). Pourtant le génie génétique reste en principe interdit en France alors que la législation américaine est par exemple beaucoup plus libérale. La loi du 7 juillet 2011 confirme l'apparition de cette conception altérée de la laïcité relativement à l'encadrement de la procréation médicalement assistée (PMA) et de la gestation pour autrui (GPA) (exécutif Sarkozy-Fillon). Alors que nombre de pays anglo-

²² Modifiée par la loi du 23.6.2004 (sous l'ère Chirac - Raffarin) et du 21.8.2007 (sous l'ère Chirac - Villepin) en contradiction avec les attentes de la droite catholique.

²³ Depuis son fameux arrêt du 25.3.1992, B. c/ France. La Cour de cassation a dû intégrer ce fait dans le droit interne par un arrêt d'Assemblée plénière du 11.12.1992 (sous l'exécutif socialiste Mitterrand- Bérégovoy).

saxons comme les EU facilitent leur recours, l'utilisation de ces procédés est très encadrée en droit français, toujours sur le même fondement – non avoué – du pseudo respect de la « nature » (malgré les différents thèmes invoqués pour détourner l'attention comme l'adoption, la non commercialisation du corps, l'intangibilité de l'état des personnes, l'indisponibilité du corps etc.²⁴) qui revient à mettre la loi démocratique sous l'influence des dogmes religieux (surtout des religions bibliques).

De son côté en effet, la PMA est autorisée par la loi bioéthique d'une façon qui limite drastiquement son utilisation. Outre que le double don de gamètes (le don d'ovules ET de spermatozoïdes extérieur au couple) est interdit, il n'est possible d'y recourir en l'état actuel des textes²⁵ que pour faire face à une « infertilité médicalement prouvée » ou au « risque de transmettre à l'enfant une maladie héréditaire grave »²⁶. La loi crée même une discrimination, en excluant les couples homosexuels de la PMA puisque, d'après l'article L. 2141 al. 2 du Code de la santé publique, seuls les couples formés d'un homme et d'une femme sont admissibles à y recourir. On retrouve donc une influence religieuse inavouée sur le droit laïc qui se vérifie parallèlement s'agissant de la GPA.

Celle-ci reste en effet interdite en France alors que la question des mères porteuses semble commander le même traitement que l'IVG pour les mêmes raisons : il ne concerne que les femmes qui ont envie de porter un enfant pour autrui et ne devrait pas voir l'immixtion de l'État dans ce choix, que la mère soit d'ailleurs simplement « porteuse » ou « donneuse-porteuse » ou simplement « donneuse ». En décidant le contraire en se parant de beaux principes (au demeurant liberticides) comme l'intangibilité de l'état des personnes et l'indisponibilité du corps humain²⁷ ou le respect des personnes²⁸, l'intérêt des enfants, l'interdit posé dans le Code civil²⁹ sous le contrôle de la Cour de cassation³⁰ (qui déplace le problème de la liberté de la femme sur celui

²⁴ V. Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 110 du 1^{er}.4.2010.

²⁵ En 1994, la loi bioéthique réservait le droit de recourir à l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels de moins de 43 ans, mariés ou fournissant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans. Dès lors ni les célibataires ni les couples homosexuels ne pouvaient bénéficier de dons de gamètes (v. art. 311-20 du Code civil).

²⁶ L. n° 2004-800 *préc.*, art. 24.

²⁷ Art. 16 al. 1^{er} du Code civil.

²⁸ Mais le vrai respect des personnes n'est-il pas de respecter leur LIBRE choix ?

²⁹ Art. 16-7 (issu de la L. n° 94-653 du 29.7.1994).

³⁰ 1^{re} civ. 13.9.2013, *Bull.* 2013-I. n° 176, pourvoi n° 12-30.138 : l'arrêt refuse à un enfant né à l'étranger d'une mère porteuse d'un parent pourtant français l'inscription sur l'état civil, au motif que cela enlèverait toute utilité à l'article 16-7 du Code civil au détriment de l'enfant alors que l'objectif recherché dans son arrêt de 91 était justement cet intérêt.

de l'adoption³¹) revient à mettre l'État sous l'influence de la religion. Sans doute la CESDH s'érige-t-elle parfois en garant de la liberté et de la vie privée, comme lorsqu'elle a obligé les États à intégrer la filiation liée à une GPA dans l'état civil³² (sans doute fort de cette idée que la multiplicité de référents est une « chance » pour l'enfant³³). Mais l'influence de la conception réactionnaire de la laïcité n'en apparaît pas moins réelle, dès lors qu'elle explique dans le même temps un certain nombre de règles relatives à la mort, c'est-à-dire à l'euthanasie et au suicide assisté.

L'euthanasie (« bonne mort » en grec) renvoie à la mort donnée par un tiers. Or si la plupart des pays européens (Pays-Bas – qui sont les premiers à avoir légalisé l'euthanasie en 2001 –, Grande-Bretagne, Allemagne, Suisse, Norvège, Luxembourg...) admet désormais l'euthanasie au moins passive (arrêt des traitements à la demande des patients), la France tarde à entériner cette évolution pourtant conforme à la conception démocratique de la laïcité. L'acharnement thérapeutique a en effet longtemps été admis au nom du respect de la vie : tandis même qu'il y a une certaine contradiction dans les positions religieuses à s'opposer à l'arrêt des soins alors que « naturellement » la personne serait déjà décédée, l'euthanasie passive résultant de cet arrêt était assimilé à une « non-assistance à personne en danger »³⁴. Certes un certain assouplissement s'est aujourd'hui opéré en France depuis l'adoption en 2005 de la loi Leonetti (sous l'ère Chirac - Villepin) qui généralise le recours aux soins palliatifs³⁵. Mais le législateur français rechigne encore à autoriser un médecin à administrer un médicament mortel à un patient pour abrégé ses souffrances, en particulier quand il est inconscient. Certes tuer quelqu'un qui ne l'a pas demandé explicitement est un crime. Mais si la personne l'avait

³¹ AP 31.5.1991, pourvoi n° 90-20.105. Depuis, l'article 227-12 du Code pénal sanctionne la provocation à l'abandon d'enfant et l'entremise en vue de l'adoption ou en vue de la gestation pour le compte d'autrui

³² Dans les affaires *Mennesson c/ France* (req. n° 65192/11) et *Labassee c/ France* (req. n° 65941/11) qui a conclu à une violation de l'article 8 s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée.

³³ En ce sens, v. les travaux de la psychanalyste spécialiste de bioéthique Geneviève Delais de Parseval in *L'Enfant à tout prix. Essai sur la médicalisation du lien de filiation* (avec le D^r A. Janaud), Paris 1983 ; *L'Enfant de personne* (avec P. Verdier), Paris 1994.

³⁴ Art. 223-6 du Code pénal. V. aussi Code de la santé publique, notamment art. R. 4127-93.

³⁵ Cette loi instaure un droit au « laisser mourir » qui permet l'administration de médicaments limitant la douleur et dont les effets secondaires peuvent abrégé la vie. Cette législation sur la fin de vie autorise donc l'euthanasie passive (presque active) assortie de restrictions sévères : il faut deux médecins minimum pour en convenir, après concertation avec les proches du malade. V. art. L. 1111-10 al. 1^{er} du Code de la santé publique.

demandé quand elle était consciente, cela devrait-il toujours l'être ? De notre point de vue en tout cas, le droit à mourir devrait être une liberté fondamentale³⁶, voire un « service public », même si un miracle médical est toujours possible. Car aucune règle ne devrait s'immiscer dans le choix du patient en fin de vie d'être libéré de ses souffrances, dès lors que les conditions de clarté de décision et de « fin de vie » sont réunies. Décider le contraire, revient à promouvoir une conception réactionnaire de la laïcité au service de la loi naturelle promue par la religion et non de la loi démocratique sacralisée par les Droits de l'Homme. De même, c'est encore cette conception alternative de la laïcité qui semble expliquer les règles relatives au suicide assisté.

À l'étranger, nombre d'États ont légalisé son recours de façon implicite – comme la Suisse qui punit dans l'article 115 de son Code pénal l'incitation au suicide inspiré pour des motifs égoïstes et admet *a contrario* celle fondée sur un motif altruiste et donc les associations ayant cette vocation – ou explicite – comme les Pays-Bas (où une loi du 1^{er} avril 2002 dépénalise le suicide assisté pratiqué par des médecins qui aident une personne à terminer sa vie dans la dignité après avoir reçu tous les soins palliatifs disponibles), les États-Unis (où le suicide médicalement assisté par l'admission d'une substance létale est légal dans les États de Washington, du Montana, du Vermont, de Californie ou encore de l'Oregon depuis 1998) ou encore le Canada (où les règles sont à peu près similaires). Mais en France cette pratique reste interdite, conformément aux préceptes religieux qui y voient un péché (dès lors que seul Dieu peut décider de la vie et de la mort, ou du point de vue bouddhiste et hindouiste, que c'est un acte karmiquement négatif – mais dans ces religions il s'agit d'un choix moral personnel que chacun devra assumer par la suite, sans intervention divine).

La bioéthique traduit donc l'avènement d'une conception réactionnaire de la laïcité qui porte atteinte aux libertés nécessaires au respect de la vie privée en mettant l'État au service des religions. Or cette évolution se trouve facilitée par l'essor d'un néolibéralisme français qui revient à faire prévaloir le respect des attentes des communautés religieuses sur le processus démocratique (au contraire du néolibéralisme anglo-saxon paradoxalement !). De même pourtant que l'existence de principes moraux communs aux grandes religions monothéistes, l'existence d'une morale majoritaire ne saurait justifier l'immixtion de l'État démocratique dans la vie privée des citoyens dès lors que celle-ci contrevient à leurs aspirations : dans un système laïc, le religieux n'a pas plus à s'immiscer dans le droit que le droit dans le religieux (comme le

³⁶ Selon le généticien Axel Kahn, membre du Comité consultatif national d'éthique, « le désir individuel de vouloir mourir (...) n'appelle de la part de la société laïque aucune réprobation morale. Il ne s'ensuit pas, bien sûr, qu'il revienne à la société "d'offrir ce service" à qui le demande ». Cf. « L'euthanasie : un droit ? une liberté ? », in *La revue du projet*, 6.4.2011...et pourquoi pas ?.

prévoit très clairement la constitution mongole qui en devient un modèle de laïcité dont pourrait s'inspirer la France !)³⁷ .

* *

*

En conclusion, le néolibéralisme conjugue en France ses effets avec d'autres phénomènes pour favoriser l'apparition d'une conception réactionnaire et liberticide de la laïcité, qui rompt avec la conception révolutionnaire et démocratique héritée de 1789 et de la IIIe République, dès lors qu'elle revient à placer l'État sous l'influence des religions, sinon à le mettre à leur service : en faisant prévaloir le respect des revendications dogmatiques sur le processus démocratique. Alors que la conception moderne et scientifique se fonde sur l'interdépendance des phénomènes, l'impermanence de ses manifestations, leur changement perpétuel à travers l'Évolution et induit, dans la lignée des travaux de Lamarck et Darwin, l'utilisation des découvertes scientifiques et techniques par les sociétés humaines pour assurer leur survie et leur développement, cette conception réactionnaire repose sur la croyance erronée en un ordre naturel immuable des choses, alors même que la culture humaine qui en découle en est le fruit (la démocratie et la science en particulier en sont l'aboutissement)!

Une telle vision conduisant à une sclérose de la pensée empêchant l'homme de s'adapter aux évolutions qui l'entourent, il conviendrait de renouer avec la conception initiale de la laïcité en prenant deux mesures complémentaires. La première consisterait à réformer le régime des associations culturelles. Maintenant que la séparation entre églises et État a été faite en 1905, il conviendrait de supprimer le statut spécial des associations culturelles avec leur lots de privilèges et d'ambiguïté, en ne conservant que le statut de la loi du 1^{er} juillet 1901³⁸, droit commun à toutes les associations. En effet : pourquoi l'État laïc devrait-il faire des faveurs aux cultes alors que le dogmatisme et l'oligarchie théocratique qui les caractérisent sont contraires au fonctionnement de la démocratie et de la science ? Il conviendrait d'ailleurs de dissoudre les associations et d'exclure leurs membres chaque fois qu'ils refusent d'appliquer la loi majoritaire ou incitent à ne pas la respecter : car un tel comportement rompt le contrat social qui justifie leur présence même dans

³⁷ Art. 9 : « - The State shall respect religions and religions shall honor the State. - ***State institutions shall not engage in religious activities and the Religions institutions shall not pursue political activities*** » (souligné par nous).

³⁸ Peut-être faudrait-il toutefois aussi faciliter la liberté des associations 1901 en les excluant de la taxation des 60% sur les dons ou au moins réduire cette taxation confiscatoire ?

un État démocratique (il serait cohérent que l'État en tire les conséquences !). La seconde mesure consisterait à constitutionnaliser le principe de laïcité en affirmant dans le texte de 1958 que « la république ne reconnaît ni ne subventionne aucune activité religieuse ». Seules ces évolutions permettraient de mettre un terme aux ambiguïtés qui depuis 1789 ont brouillé la signification de la conception démocratique de la laïcité et rendu possible, sous l'influence du communautarisme religieux en vogue dans certains milieux néolibéraux, l'avènement d'une conception réactionnaire et dénaturée de la laïcité qui revient paradoxalement à faire de l'État, par le jeu de la laïcité, non plus un rempart contre l'immixtion des religions dans la vie privée, mais son instrument.

6. LE NEOLIBERALISME ET LE DROIT ADMINISTRATIF

LA DÉONSTRUCTION- RECONSTRUCTION DU DROIT ADMINISTRATIF PAR LE NÉOLIBÉRALISME

Par
Jean-Manuel LARRALDE
Professeur de droit public
à l'Université de Caen-Normandie
Centre de recherches sur les droits fondamentaux
et les évolutions du droit (EA 2132)

Mots clés : Droit administratif – néolibéralisme

Depuis plus d'un siècle, l'État a connu d'intenses transformations. Du « libéral étatisme » (pour reprendre l'expression de F. Burdeau), à l'« État-providence » au début du XX^e siècle, il deviendra « entrepreneur » après 1945, puis État « stratège », se voulant plus modeste et désormais recentré sur des missions de régulation. Cette nouvelle redéfinition n'est évidemment pas étrangère à la forte diffusion des idées néolibérales, issues d'une doctrine complexe et partiellement insaisissable, progressivement sortie du champ économique, pour imprégner de nombreux domaines des relations sociales. On sait ainsi que dès les années 1960, les États-Unis ont instauré le *Planning Programming Budgeting System*, qui vise à préciser des critères de choix, comparer les divers objectifs souhaitables et les moyens de les atteindre, en prenant en compte les diverses missions de l'État dans une perspective à long terme. Cette vision a évidemment fini par traverser l'Atlantique, comme le démontrent la mise en place de la *Comprehensive Spending Reviews* en Grande-Bretagne à partir de 1998, et de la Révision générale des politiques publiques (RGPP) en France en 2007, qui prend modèle sur l'entreprise (le *Rapport Picq* ne parlait-il pas en 1994 de « donner de vrais patrons aux

administrations centrales »¹). Cette forme inédite d'action publique amène à réévaluer le fonctionnement de l'État et tout particulièrement le coût et la qualité de ses services rendus. On ne peut pas sous-estimer l'impact de cette politique, qui au-delà de ses aspects strictement financiers, comptables, de recherche d'économies et de désendettement de l'État, affecte fortement l'ensemble du système politique et administratif. Comme l'indique M. Bouvier, la RGPP « a pour conséquence une reconstruction du système administratif tout autant en ce qui concerne ses structures que les rapports que ces dernières entretiennent entre elles ou avec des institutions extérieures publiques ou privées »².

En reconstruisant (ou déconstruisant ?) le système administratif, le néolibéralisme affecte directement le droit administratif, cette branche du Droit intimement liée à « la mythologie étatique » (selon l'expression de J. Chevallier³). Droit de la puissance publique, du service public, de la gestion publique, de l'ordre public, du domaine public, le droit administratif a toujours été soutenu et traversé par des idéologies variées. La Révolution française de 1789 a durablement marqué ses fondements et sa structure, en imposant des principes libéraux tels que la nécessaire primauté de la loi, la séparation des autorités administratives et judiciaires (avec son application concrète dans la loi des 16 et 24 août 1790), la protection des administrés face aux excès de l'administration, ou encore l'égalité des citoyens devant la loi et devant les services publics. Au cœur des missions administratives figure toujours aujourd'hui la notion plastique et évolutive de l'intérêt général, qui légitime les différents privilèges dont dispose l'administration, mais qui a connu de nombreuses évolutions et transformations. Avec cette volonté contemporaine de remise à plat de l'ensemble des missions de l'État « pour adapter les administrations aux besoins des citoyens »⁴, qui affecte directement la définition de l'intérêt général, c'est l'ensemble des volets et domaines d'intervention du droit administratif qui se voit aujourd'hui concerné.

La réforme administrative, d'une manière générale, se voit touchée puisque l'action publique, qui serait aujourd'hui frappée par son obsolescence, est désormais soumise à la grille d'analyse de son impact économique et de sa performance. L'administration et son droit changent de manière spectaculaire, même si les innovations et transformations ne sont pas toujours très linéaires ni lisibles. Il s'agit indéniablement d'une nouvelle manière de penser, de créer et

¹ Mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, *L'État en France, servir une nation ouverte sur le monde* (« Rapport Picq »), Paris, DF 1995, p. 107.

² Bouvier M., « La révision générale des politiques publiques et la métamorphose de l'État », *AJDA* 2008. 327.

³ « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF 1979, vol. 2, p. 3.

⁴ Présentation générale de la RGPP, 10.7.2007.

d'appliquer le droit administratif, car comme le dit J. Caillosse, « la règle juridique n'est plus un outil privilégié d'exercice du pouvoir administratif ; elle est supplantée par la norme de performance ».

S'il existe une nouvelle manière de penser le droit administratif dans une optique néolibérale, il existe aussi une nouvelle manière de l'appliquer au contentieux. Au cœur de la construction historique du droit administratif et de ses concepts fondateurs, le juge a indéniablement été l'un des propagateurs du libéralisme, intégrant progressivement les exigences de la performance et les perspectives du droit de la concurrence. Cela n'en fait pas pour autant aujourd'hui l'un des plus ardents supports du néo-libéralisme contemporain. Pour le Doyen G. Quintane, le juge administratif français est en effet moins en phase avec ce courant idéologique qu'avec le libéralisme « historique ». L'influence néolibérale est toutefois indéniable, puisqu'elle peut être considérée comme de nature à faire émerger des transformations de fond, qui affecteraient non seulement le régime de l'acte administratif, mais seraient de nature à transformer les fondements mêmes de l'État .

Le droit des services publics a également subi l'influence libérale, par l'intermédiaire de ce même juge administratif, créateur dès 1921 des services publics « industriels et commerciaux » largement soumis au droit du marché, et qui a autorisé l'intervention locale moins de dix années plus tard en inventant la théorie du « socialisme municipal ». Permettant de multiplier les possibilités d'incursion des personnes publiques dans le monde économique, la jurisprudence administrative va même désormais au-delà, puisque, portée par cette vague néolibérale, elle « entretient l'économie de marché » pour reprendre les mots employés par A. Siffert.

Enfin, N. Ochoa démontre qu'en promouvant l'idée de l'État modeste, le néo-libéralisme a fortement influencé le fonctionnement de la police administrative, ce champ de l'action administrative visant à prévenir les troubles à l'ordre public. Marqueurs de cette évolution, les transformations de la technique éprouvée de la déclaration préalable font apparaître, de manière assez paradoxale, un État à la fois plus ouvert vers la société civile, mais renforçant les dispositifs de contrôle et de surveillance.

LE NÉOLIBÉRALISME, LA RÉFORME ADMINISTRATIVE ET SON DROIT

Par
Jacques CAILLOSSE
Professeur émérite
de l'Université Panthéon – Assas (Paris 2)
CERSA-CNRS

Mots clés : Néolibéralisme – Droit administratif – Droit de la Fonction publique – Réforme administrative.

Après tout, que les facultés de droit en France aient été longtemps, jusqu'à ces toutes dernières années, également des facultés d'économie politique, au grand malaise des économistes et des juristes, ce n'est que le prolongement, sans doute abusif en termes d'histoire, d'un fait originaire fondamental qui était qu'on ne pouvait pas penser l'économie politique, c'est-à-dire la liberté du marché, sans poser en même temps le problème du droit public, à savoir la limitation de la puissance publique.

Michel Foucault¹

J'entends par « ordre néolibéral » non seulement une économie, mais plus encore un ensemble de pratiques sociales et symboliques qui transforment chacun d'entre nous en microentreprise chargée de faire fructifier son capital.

Roland Gori²

Pour introduire pareil sujet il me faut commencer par préciser le sens que va prendre ici la référence au « néolibéralisme » (A). Il convient encore de

¹ *Naissance de la bio-politique (Leçon du 17 janvier 1979)*, Paris, Gallimard 2004, p. 39-40.

² « La crise des valeurs favorise les théofascismes », *Le Monde* « Cultures et idées » 3-4.1.2016.

donner par avance un contenu à l'expression si convenue de « réforme administrative » (B). De ce double préalable dépendent en effet la problématique et l'organisation des développements qui vont suivre (C).

A.- *En quoi le néolibéralisme consiste-t-il ?* Si la démonstration n'exige pas de dissenter sur ce qu'est le néolibéralisme, le traitement du sujet traité ne suppose pas moins d'en proposer une définition, même approximative. Des travaux aussi nombreux que variés montrent que cette entreprise n'a rien d'évident³. Revenir sur cette masse de travaux n'entre évidemment pas – c'est du moins ainsi que je l'ai comprise ! – dans la « commande ». Force est donc de procéder par voie de convention. Admettons donc que, regardé du point de vue du droit – celui qui se fait comme celui qui se pense –, le néolibéralisme s'entend d'un programme tout à la fois politique et doctrinal dans lequel le droit se voit soumis à la logique du marché⁴. Si l'on accepte d'aller jusqu'au terme de cette logique, on dira qu'avec le néolibéralisme, le droit n'est pleinement acceptable qu'à la condition d'être pleinement en accord, dans sa substance même, avec le modèle du marché⁵. Cette problématique est susceptible d'être déclinée de plusieurs manières. Sa mise en œuvre peut se faire plus ou moins nuancée. C'est ainsi, par exemple, que l'adaptation des institutions juridiques

³ Le terme de néolibéralisme, on ne saurait l'ignorer, sert à désigner des expériences diverses et dépourvues d'homogénéité. Sous cette notion sont regroupées des attitudes politiques et intellectuelles marquées par d'importantes différences (V. sur ce point, Valentin V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica 2002. V. encore Arnaud A.-J., *Critique de la raison juridique, 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ 2003). Il faut pour le moins distinguer entre un libéralisme de théoriciens qui prend ses appuis sur certaines œuvres marquantes, celles de F. Hayek ou de R. Nozick par exemple, et un néolibéralisme de gestionnaires qui irrigue en profondeur la littérature produite par les grandes institutions internationales (Banque mondiale, Fonds monétaire international, OCDE, etc...) et que l'on retrouve dans certaines politiques françaises de réforme administrative. On pense notamment à ce que fut la RGPP.

⁴ Pour une réflexion approfondie sur le néolibéralisme, v. Dardot P. et Laval C., *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néo-libérale*, Paris, La découverte 2009 ; Audier S., *Penser le néolibéralisme. Le moment néolibéral, Foucault et la crise du socialisme*, Paris, éd. Le bord de l'eau - Lormont 2015. V. aussi Supiot M., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard 2015. Dans ce livre, l'auteur parle du néolibéralisme comme d'un « ultra libéralisme ».

⁵ Comme l'observe A. Supiot (*op. cit.*, p.160) : « Prenant pour donné ce qui est construit (l'ultralibéralisme) étend le paradigme du marché à tous les secteurs de la vie humaine et considère le droit lui-même comme un produit en compétition sur un marché des normes ». Retenons encore cette définition du néolibéralisme proposée par P. Bourdieu (« L'essence du néolibéralisme », *Le Monde diplomatique* mars 1998) : « mouvement (...) visant à mettre en question toutes les structures collectives capables de faire obstacle à la logique du marché pur ».

aux injonctions du marché peut être graduelle, comme elle peut n'être que sectorielle, c'est-à-dire ne concerner que tel ou tel secteur de l'action publique. Mais, lorsqu'elle est prise au sérieux par les producteurs de droit (ou ses théoriciens s'ils sont en accord avec les premiers), l'ambition néolibérale requiert tout un travail de réflexion critique sur ce qu'il est maintenant convenu d'appeler l'*attractivité économique* du droit⁶.

Peut-être viendra-t-on m'objecter que l'économie est une chose et que le marché en est une autre, et que, de ce fait, passer de l'un à l'autre, ne peut que fausser l'analyse. À la vérité, cette objection ne pèse pas très lourd. La recherche de l'attractivité économique du droit ne se fait en l'occurrence que par référence à une économie concurrentielle de marché, dans laquelle ne sont réputés agir et interagir que des opérateurs rationnels guidés par des préoccupations économiques⁷.

B.- *De quoi la réforme administrative est-elle constituée ?* Il s'agit en l'occurrence d'observer comment les dispositifs juridiques dont le néolibéralisme réclame l'élaboration, portent et façonnent le processus de la réforme administrative⁸. Accordons-nous sur le sens à donner à cette dernière. Elle est sans aucun doute un ensemble de pratiques institutionnelles destinées à transformer le modèle français d'administration publique. Ces pratiques prennent appui sur des textes (on n'échappe guère en cette matière à la LOLF⁹ ou au corpus juridique mobilisé par les politiques de décentralisation, même si le néolibéralisme n'est certainement pas, loin s'en faut, leur seule source d'inspiration¹⁰) comme sur tout un travail de réflexion infra ou para juridique prenant la plupart du temps forme de circulaires¹¹ et de rapports¹². Il est de ce fait impossible de réduire la réforme administrative à de l'ingénierie institutionnelle. Elle est encore constituée par tout un travail de pensée qui emprunte fortement au registre juridique, tout un discours ou récit qui escorte le réagencement de l'action publique et des institutions qui s'y trouvent

⁶ V. Rouvillois F. (dir.), *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, Paris, Dalloz 2005.

⁷ Sur ces questions, v. Zevounou L., *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, LGDJ/Lextenso éd. 2012.

⁸ V. par exemple, Caillosse J. et Hardy J., *Droit et modernisation administrative*, Paris, DF 2000.

⁹ V. Boudet J-F., « La "grammaire loftienne" », *RFDA* 2015.1215-1224.

¹⁰ V. Les réflexions de Bottini F., « L'impact du New public management sur la réforme territoriale », *RFDA* 2015. 717-725.

¹¹ Certaines d'entre elles ont fini par prendre valeur emblématique. Ce fut incontestablement le cas pour la « circulaire Rocard » du 23.2.1989, relative au renouveau du service public, *JO* 24.2.1989.

¹² V. en particulier la littérature produite dans le cadre de la RGPP, par ses acteurs mêmes

impliquées. C'est ainsi que la doctrine, dans sa double composante universitaire et administrative¹³, se trouve partie prenante du processus de changement institutionnel et participe pleinement de l'expérience même de la réforme.

Le sujet proposé sous l'intitulé *Le néolibéralisme, la réforme administrative et son droit* se prête incontestablement à deux types principaux d'interprétation. Un premier parti consiste à valoriser l'analyse technique du droit. On décrit alors les principales métamorphoses juridiques qu'entraînent en France les politiques de réforme administrative, en ce qu'elles sont redevables à des thèses néolibérales. Au cœur d'un tel programme il faudrait installer la question suivante : comment et jusqu'où la nouvelle action publique change-t-elle le contenu des principales catégories du droit administratif : le partage droit public/droit privé, l'intérêt général, le service public, etc... ? Répondre à ce questionnement nécessiterait de porter un regard attentif sur les nouveaux outils juridiques de l'action publique : contractualisation, juridicisation des pratiques évaluatives et du calcul de performance par exemple. Il est un autre choix : du droit, il retient la dimension système de pensée, représentation du monde. Or, en cherchant de fortes raisons d'être du côté du néolibéralisme, la réforme administrative « traverse » aussi ces régions là du droit qui s'en trouvent en partie modifiées. Le choix fait ici de cette deuxième option ne vaut évidemment pas rejet de la première dont la légitimité n'est guère douteuse. Rien n'empêcherait d'ailleurs la combinaison de ces deux démarches, si ce n'est l'espace nécessaire pour accomplir l'opération !

C.- *Argument et organisation du propos.* Il n'entre pas dans ce propos de préciser comment, c'est à dire par quels canaux, ou encore par quels médiateurs ou « passeurs », le néolibéralisme a fini par informer les politiques de réforme de l'administration ainsi que le droit qui en pose les bases et en détermine les limites. Pour essentielle qu'elle soit, cette recherche ne relève pas de l'examen juridique auquel s'en tiendra l'exposé qui suit. C'est là, typiquement, une affaire de sociologie où sont interrogées, au plus près du « terrain », les conditions de production de l'action publique. Au demeurant de telles investigations ont déjà été conduites – c'est notamment le cas dans les travaux de B. Jobert¹⁴ ou de P. Bezès¹⁵ par exemple – et elles sont à la

¹³ On désigne ainsi des juristes universitaires et des juristes d'État (appartenant pour beaucoup aux corps de contrôle) qui se retrouvent dans un même ensemble de préférences et de certitudes et parlent, au fond, un même langage en partageant les mêmes attentes de « modernisation » : dénonciation des effets contre-productifs du statut de la fonction publique, critique du régime juridique de la domanialité publique, reconsidération de la question du service public en fonction des exigences d'une économie concurrentielle de marché, évaluation des règles juridiques selon leur attractivité économique, etc...

¹⁴ V. Jobert B. (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe*, Paris, L'Harmattan 1994.

disposition du juriste, pour autant qu'il estime possible et pertinent de regarder le droit de l'extérieur.

L'enquête se fera ici plus resserrée. Elle cherchera à suivre le travail de la doxa néolibérale dans le mouvement de réforme de l'administration, tel que le droit de l'action publique nous le donne à voir depuis les années 80. Vu sous cet angle, le « tableau » apparaît quelque peu brouillé. Certes dans les mutations qu'ont connues les fonctions administratives depuis une quarantaine d'années, il n'est pas difficile de repérer la force matérielle de nouvelles certitudes partagées empruntant les codes du néolibéralisme. Mais cette seule constatation ne saurait suffire ; elle ne dispense pas de toute interrogation sur la portée réelle et la signification véritable de la transformation néolibérale du droit applicable à l'action publique¹⁶. Ce n'est pas parce que la dette de ce système juridique à l'égard du néolibéralisme est avérée (I), qu'il ne lui oppose pas de résistance (II). Celle-ci ne doit surtout pas passer inaperçue, même si le seul fait de parler de résistance dit à quel point la période est dominée par des idées et des pratiques qui se définissent elles-mêmes contre ce mode de représentation de la société française auquel le droit administratif a longtemps prêté ses formes et ses techniques.

I. CERTITUDES : LA MARQUE NEOLIBERALE DE LA REFORME ADMINISTRATIVE ET DE SON DROIT

La doctrine *Law and Economics* a acquis depuis une trentaine d'années la valeur d'un paradigme dans le monde juridique occidental et son emprise s'étend aussi bien sur le monde de la recherche que sur la jurisprudence et la législation.

Alain Supiot¹⁷

Si l'on accepte les prémisses qui viennent d'être exposées, et notamment cette idée que la réforme administrative concerne tout à la fois un ensemble

¹⁵ V. Bezès P., *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, Paris, PUF 2009. V. aussi, du même auteur, « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mél. Chevallier*, Paris, LGDG/Lextenso éd. 2013, p. 409-428.

¹⁶ Le juriste se trouve alors confronté – mais il n'est pas seul dans cette situation inconfortable – à la question délicate de savoir ce qu'il en est d'une *influence*. Sur les fausses évidences de cette notion, v. Jullien F., *De l'être au vivre. Lexique euro-chinois de la pensée*, Paris, Gallimard 2015, p. 85-93.

¹⁷ *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 184

organisé de pratiques qui affectent l'action publique dans sa forme et ses fonctions, et la doctrine même de l'administration en tant que fonction étatique¹⁸, alors, le « marquage » néolibéral de la réforme administrative et de son droit peut être observé sur ce double registre. Il est non seulement visible dans la structure du droit positif du fait d'un processus de recomposition de l'ordre juridique (A), mais encore dans les formes de la pensée juridique, en raison de la promotion des lectures économiques du droit (B).

A. RECOMPOSITION DE L'ORDRE JURIDIQUE

Le mouvement juridique dominant depuis le début des années 80 est double. Plus exactement, il emprunte deux voies de façon concomitante : en même temps qu'il travaille à la déconstruction du droit administratif, il est l'expression d'une dynamique plus générale de « dé-publicisation » de notre droit.

A.1.- Déconstruction du droit administratif. Exposons de la façon la plus simple les éléments constitutifs de notre problème. Il s'agit d'évaluer l'impact du néolibéralisme sur la réforme administrative et son droit. Ayant vocation à s'appliquer indifféremment au fonctionnement, à l'organisation et aux contrôles de l'administration, les politiques dites de modernisation – qui sont l'autre nom de la réforme – traversent fatalement le champ du droit administratif. Certes, elles ne concernent pas exclusivement ce secteur singulier du droit de l'action publique, mais c'est bien lui qui va se trouver plus spécialement impliqué. Ce sont ses modes spécifiques d'appréhension et de classement des choses administratives qui vont se trouver sur la sellette. À cela, il existe une raison aussi forte que fondamentale. Elle mérite d'être rappelée avec une insistance particulière. Il suffit pour s'en persuader de remonter l'histoire de la production du droit administratif moderne. Celui qui se construit, dans la jurisprudence, les textes et la doctrine, tout au long de la période 1850-1950. Au cours de cette séquence, aussi approximative qu'en soit la délimitation, on voit naître et s'imposer certaines des notions-clés dont les interactions font toute l'identité intellectuelle du droit administratif. Ainsi en est-il des notions de domaine public, de service public et de fonction publique auxquelles on ne manquera pas d'ajouter celles de contrat administratif et de responsabilité administrative. Autant de notions inséparables qui trouvent leur finalité dans le système des rapports qu'elles composent, ou mieux encore dans l'univers mental qu'elles constituent. Car, par ces mots et leurs mises en relations, c'est un monde à part que le droit fait advenir et consacrer.

¹⁸ V. là-dessus, Caillousse J., « Les fonctions sociopolitiques de l'État », in *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, Dalloz 2012, p. 323-356.

Comment caractériser cette réalité que décrit le récit juridique ? Quelle finalité commune donne-t-il aux usages sociaux du domaine public, du service public, de la fonction publique ou encore du contrat de droit public ? Une réponse pleinement argumentée à ces questions dépasse, sans aucun doute, les frontières de la présente contribution. Il reste malgré tout possible de risquer une hypothèse : derrière ce champ sémantique, ne s'agit-il pas de reconnaître l'existence d'une fonction sociale dont l'exercice est réputé devoir échapper à la logique ordinaire, celle du droit commun ? Pour le dire autrement, et à la condition d'accepter encore une part d'approximation, est-il vraiment pas absurde de raisonner de la manière suivante ? Dans cet espace juridique plus ou moins autonome que garantit la construction du droit administratif, il est entendu que les échanges sociaux sont soustraits en tout ou partie à la rationalité marchande. N'était-ce pas cela qui valait d'une manière ou d'une autre pour chacune des grandes catégories constitutives du droit administratif ? Il n'était nullement question de fabriquer ainsi on ne sait quel isolat ou utopie, mais d'admettre, jusque dans le droit, qu'une part des rapports collectifs qu'abrite la société française avait vocation à se déployer hors marché. Il n'est guère difficile de retrouver pareil schéma de pensée derrière le régime juridique d'une domanialité publique largement conçue pour résister aux pressions marchandes¹⁹. Pareil constat valait encore, il n'y a pas si longtemps, pour le droit du service public. Écoutons M. Combarrous qui s'exprimait alors au nom du Conseil d'État, définir cette notion, lors du colloque de Rouen des 21-23 mai 1980 sur *Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui*²⁰ : « Aujourd'hui est service public une activité qui est considérée par la puissance publique comme présentant un intérêt général suffisant pour que cette activité soit assumée, directement ou indirectement, par la collectivité publique et soustraite à l'initiative privée et aux lois du marché ». C'est une problématique du même type qui a sous-tendu, en tenant à distance le modèle économique du contrat civil, la formation du droit public des contrats. Le cas de la fonction publique répond à de pareilles exigences dès lors que sa logique statutaire vaut rejet de l'idée d'un travail-marchandise soumis à un traitement contractuel.

A.2.- Dé-publicisation tendancielle du droit. N'est-ce pas précisément sur cette histoire institutionnelle qu'il s'agit, aujourd'hui, de revenir, pour en initier une nouvelle ? Les acteurs de la réforme ne laissent planer aucune équivoque sur leurs buts. Tous envisagent – leur appartenance à des majorités politiques différentes est, en l'occurrence, sans la moindre importance – de repenser le

¹⁹ V. les Actes du colloque « Domaine public et activités économiques », *CJEG*-hors série 1991. V. encore Caillosse J., « Faut-il en finir avec la domanialité publique ? », *Études foncières* 2002-100. 7-9.

²⁰ Les Actes de ce colloque ont fait l'objet d'une publication spéciale dans un supplément aux *Dossiers et documents du Monde*, en octobre 1980.

modèle administratif français sur le modèle de l'entreprise agissant sur un marché concurrentiel, afin de « l'adapter aux exigences de notre temps », pour reprendre une argumentation standardisée. Or, le droit est l'une des composantes identitaires de ce modèle en cours de reconfiguration. C'est donc bien sur le droit public, sur l'autonomie de sa technologie comme sur le dualisme propre à son système de représentation²¹, que la réforme administrative sous influence néolibérale depuis les années 80 va devoir « travailler ».

Dans sa « Naissance de la bio-politique », s'interrogeant sur la manière dont l'ordo-libéralisme allemand concevait les rapports entre droit et économie, M. Foucault parle d'une « redéfinition de l'institution juridique et des règles de droit qui sont nécessaires dans une société régulée à partir et en fonction d'une économie concurrentielle de marché »²². En vérité, le néolibéralisme pense l'économique et le juridique comme deux réalités complémentaires à l'intérieur d'un même système. L'économie est très loin d'être considérée ici comme un ensemble d'activités naturelles. Elles désignent bien au contraire des activités fortement réglées qui se déploient à l'intérieur d'un espace pensé et organisé par le droit. Celui-ci n'est donc pas regardé comme un phénomène extérieur au monde de l'économie : il constitue cette dernière au même titre qu'elle le constitue²³. C'est pourquoi il est tout à fait possible de parler avec le même M. Foucault d'un « complexe économique-juridique »²⁴. Comprendons donc bien qu'au départ de tout questionnement relatif aux conséquences sur le droit d'une réforme néolibérale, il y a cette certitude : loin de chasser le droit, pareille réforme l'appelle. Mais le droit ainsi sollicité n'est pas le droit existant dont il faut justement réduire les effets, si ce n'est se débarrasser. On le sait : l'ordre normatif visé est fondamentalement structuré par ce que nous appelons le droit administratif.

B. JURISTES ET ECONOMISTES FACE AUX APPROCHES ECONOMIQUES DU DROIT

Le changement de registre auquel procèdent les développements à venir trouve son explication – rappelons-le – dans une thèse précédemment exposée. Selon cette thèse, la réforme administrative n'est pas réductible à ses

²¹ V. déjà sur ce thème, Caillosse J., « Droit public et droit privé : la distribution juridique des rôles sociaux à l'épreuve du marché », in *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris, PUF 2008, p. 231 s.

²² V. Foucault M., *op. cit.*, leçon datée du 21 février 1979, p. 166.

²³ M. Foucault a cette formule, p. 173 : « Les règles de droit ont des rapports de conditionnement réciproque avec l'économie ».

²⁴ *Id.*, p. 171.

manifestations matérielles. Elle ne peut s'accomplir et devenir réalité qu'au prix d'une révision des manières de penser la juridicité et de concevoir les fonctions de juriste.

Pendant la période 1980-2015 qui nous sert ici de référence, le territoire des sciences sociales est le théâtre de grandes manœuvres académiques dont le droit a été (et demeure) l'enjeu. On y a vu, entre autres divisions et reclassements disciplinaires, deux mouvements intellectuels symétriques dont les acteurs principaux ont fini par se retrouver : tandis que les uns, des économistes, s'employaient à introduire le droit dans le champ des analyses économiques, les autres, des juristes, s'efforçaient d'imposer une lecture économique du droit²⁵. Certes, ces deux démarches ne sont pas superposables. Elles ne se retrouvent pas moins autour d'interrogations partagées : en quoi le droit peut-il être économiquement utile ? En quoi peut-il être pour les agents économiques une ressource, ou au contraire une contrainte ? S'imposant dans un certain contexte – celui des difficultés de l'économie nationale à produire de la richesse susceptible d'entraîner la création d'emplois –, ces questions finissent par apparaître évidentes, sinon même nécessaires. Comment le droit – du moins ceux qui le font et le servent –, pourrait-il être raisonnablement pensé et fabriqué à côté de l'économie et dans l'indifférence à ce type d'activités ? Au fur et à mesure que progresse la doxa néolibérale, s'impose l'idée que la société civile n'est composée que de sujets économiques, et que les principes de leur gouvernement – pardon, de leur gouvernance – ne peuvent plus résider dans un droit qui resterait détaché de l'économie. Disons-le clairement : l'art de gouverner, les sciences de gouvernement doivent être ré-indexés sur l'économie. Quant aux juristes, ils tendent alors, comme l'écrit encore M. Foucault, à n'être plus que des « fonctionnaires de la science économique », ou, des géomètres de l'économie »²⁶.

C'est ainsi que la matière juridique va petit à petit changer de statut pour devenir à son tour un possible objet de calcul. Elle se trouve intégrée dans cet immense bazar où prennent place toutes ces choses qui se calculent, tout ce qui rapporte ou coûte : marchandisation du droit ! Et en particulier du droit public dont la production est désormais examinée dans le prisme de l'Entreprise, alors même qu'elle fut envisagée pour garantir à tout un ensemble d'échanges et de rapports sociaux une existence et un fonctionnement juridiquement autonomes. Ce droit-là n'avait certes pas été voulu contre l'entreprise, mais il valait admission de modes de régulation sociale étrangers à la logique du marché et du profit. C'est encore cela qui était affirmé en 1980 par un M. Combarrous qui retrouvait ainsi quelque chose de la problématique du service

²⁵ V. Deffains B. et Ferey S., « Théorie du droit et analyse économique », *Droits* 2007-45, p. 223-254.

²⁶ V. Foucault M., *op. cit.*, leçon datée du 4 avril 1979, p. 298-299.

public. Or il va précisément s'agir d'opposer à ce dernier, et au delà au droit administratif dont il fut l'*emblème*²⁷, la forme-entreprise, pour le passer au crible de cette forme. De ce fait, l'économie concurrentielle de marché tend à devenir pour le droit administratif un nouveau régime de vérité. En somme c'est là qu'il trouverait désormais sa vérité. Ne serait-ce pas, dans une bonne mesure, l'objet de la RGPP ou plus récemment de la MAP : on en vient à soumettre l'action publique tout entière – c'est à dire y compris son droit – à cette manière de tribunal permanent que constitue la lecture économique de l'action publique. On sait les prémisses de ses jugements : l'action publique étant traitée comme un coût qu'il s'agit de réduire, son droit est logiquement analysé comme tout objet offert à un calcul d'utilité économique.

Voilà pourquoi il est tentant d'affirmer qu'avec l'analyse économique du droit, la règle juridique n'est plus un outil privilégié d'exercice du pouvoir administratif ; elle est supplantée par la norme de performance. Il n'y a pas disparition mais déplacement du droit : il lui revient de servir la plus grande efficacité économique qu'il consacre comme forme juridique à part entière. Oui, mais, a-t-on pu faire valoir, pour justifier l'avènement de cette manière nouvelle de juger, la lecture économique du droit de l'action publique ne sert pas seulement les intérêts de l'entreprise ; elle peut fort bien, le cas échéant, servir la cause des usagers²⁸. Mais l'essentiel n'est sans doute pas là. La novation se construit ailleurs et autrement. Elle se joue dans le changement de regard du juge qui fait le choix d'un autre *point de vue* : celui de l'entreprise²⁹.

²⁷ Telle est bien l'idée qu'exprime R. Chapus dans les différentes versions de son manuel de *Droit administratif général*. L'auteur y reprend invariablement cette formule : « la notion de service public contribue on le sait à déterminer l'identité de notre droit ».

²⁸ C'est tout le sens de la démonstration conduite par J-H. Stahl dans des conclusions décisives, pour les affaires *Sct Yonne Funéraire*, *Sct Interarbres*, *Sct Million et Marais*, CE Sect. 3.11.1997, *RFDA* 1997. 1228-1240.

²⁹ J-H. Stahl s'exprime en effet très précisément en ce sens dans ses conclusions précitées : « Les mutations technologiques et économiques, l'ouverture des économies de marché, le droit communautaire de la concurrence conduisent de toute façon, croyons-nous, à repenser les relations du service public et de son environnement concurrentiel (...). Pour cela, encore faut-il que vous acceptiez d'ajouter à votre conception traditionnelle du service public, centrée sur l'utilisateur, une autre dimension, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence. Dans notre esprit, une telle évolution ne revient pas à perdre de vue que l'intérêt premier demeure celui du public, celui du service public (...). Mais elle augure un débat et un contrôle juridictionnel renouvelé sur les modalités d'organisation du service public, conciliant ou arbitrant entre l'intérêt des usagers et l'intérêt des opérateurs économiques, ces deux séries d'intérêts n'étant d'ailleurs pas nécessairement antagonistes ». V. également les conclusions du même J-H. Stahl,

Or, ce déplacement conduit à une autre approche de la juridicité. C'est l'adoption de cette perspective nouvelle qu'il faut mettre en débat, pour en prendre toute la mesure : qu'est-ce que cela signifie de substituer l'exigence d'une efficacité économiquement calculée à la règle de droit ?

D'aucuns s'étonneront peut-être de pareilles considérations, en les estimant désuètes. Après tout, n'y a-t-il pas belle lurette que notre droit administratif entretient avec l'économie des relations de proximité ? Ce n'est pas d'hier que date l'enseignement du droit public de l'économie ou du droit économique public³⁰ ! On s'en souvient peut-être, pendant tout le temps où cette discipline s'enseignait, elle se fixait parmi d'autres ambitions d'identifier ce qui se produit dans la substance même du droit administratif lorsqu'il agit, avec ses moyens originaux, dans le champ réputé si sensible de l'économie. Bref, revenait ici une interrogation récurrente : le droit administratif reste-t-il lui-même lorsqu'il s'applique aux échanges économiques et aux institutions propres au monde de l'économie ? Ou bien, au contraire, les phénomènes économiques entraînent-ils des changements sinon dans les principes juridiques, du moins dans leur mise en œuvre ? Cette discipline-là a continué de prospérer, grosso-modo – on nous pardonnera peut-être ces approximations –, jusque dans le milieu des années 90. C'est à dire jusqu'au moment où, arrivant tardivement en France des pays anglo-saxons, pour l'essentiel, l'analyse économique du droit s'est imposée. On notera qu'elle a commencé par le faire dans les Facultés de sciences économiques, avant de prospérer dans les Facultés de droit où le droit public de l'économie a cédé la place dans les maquettes pédagogiques au « droit public des affaires ». Une nouvelle rhétorique qui n'a rien d'anecdotique. C'est alors le mode d'interrogation de la matière juridique qui change. La préoccupation majeure ne consiste plus à observer ses « altérations » au contact des réalités économiques. Elle consiste désormais à « écouter » les demandes en provenance des opérateurs économiques pour y répondre juridiquement. Et, c'est tout cela qui s'affirme maintenant, derrière ce vaste programme que constitue *l'attractivité économique du droit* et qui appelle, dans le cadre du « *law shopping* », à créer les conditions de possibilité d'un authentique marché des produits normatifs³¹.

Il paraît établi au terme de cette première série de développements, qu'appliqué au cas français, un programme néolibéral de réformes devait se

sur CE Sect. 26.3.1999, Sté EDA et Sté Hertz France et a. (2 affaires), *AJDA* 1999. 427-434.

³⁰ V. sur cette querelle des dénominations, Truchet D., « Réflexions sur le droit économique public en droit français », *RDP* 1980. 1009-1042. V. aussi de Laubadère A., « Existe-t-il un droit administratif économique ? », *Revue de droit prospectif* 1976-1. 14 s. et Farjat G., *Pour un droit économique*, Paris, PUF 2004.

³¹ À ce sujet, on lira l'étude édifiante d'A. Supiot, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Droit social* 2005. 1087-1096.

heurter à une réalité administrative puissamment structurée par son droit. C'est dire que l'aboutissement d'un tel programme en suppose un autre : la *réduction* du droit administratif. De là cette question qu'il faut maintenant envisager : dans quelle mesure précisément la politique publique visant à réformer l'administration et le droit de l'action publique est-elle informée par le néolibéralisme ?

II. INTERROGATIONS : L'IDENTITE NEOLIBERALE DE L'ACTION PUBLIQUE DEMEURE BROUILLEE

L'État, en France, s'est construit comme le garant de l'intérêt général, qui est regardé, à bon droit, comme la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité. La conception d'inspiration utilitariste, qui ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers, n'a pas trouvé dans notre pays de terrain fertile et c'est une conception volontariste de l'intérêt général qui s'est développée. Supposant le dépassement des intérêts particuliers, l'intérêt général est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par delà leurs intérêts particuliers.

Jean-Marc Sauvé³²

Au cours des quarante dernières années l'action publique n'a pas manqué d'emprunter de nouvelles formes juridiques. Elle a fait un usage plus systématique et plus diversifié de l'outil contractuel³³, pris plus largement appui sur le droit commun, éprouvé en marge des juridictions administratives de nouveaux dispositifs de contrôle, etc... tout cela qui, aujourd'hui, se retrouve dans le lexique ordinaire de l'État : gouvernance, régulation, évaluation. De cet ensemble de choix guidés par la préférence néolibérale résultent, voilà qui n'est guère contestable, des « changements » tant dans les rapports internes du système administratif que dans les relations générales entre ce dernier et les destinataires de l'action publique.

Encore reste-t-il à *caractériser* vraiment ce changement ! C'est autour de cette question qu'est organisée la seconde partie du propos. Il ne suffit pas de s'en tenir au constat d'un changement global dont on retrouve les marques à l'identique dans l'ensemble du monde occidental. Les difficultés ne tardent pas à surgir lorsque l'on cherche à *spécifier* ledit changement, et à identifier une singularité française qui n'est pas étrangère à la longue histoire du droit

³² « Les ressources de la culture politique française », *Esprit* 2013-2. 64.

³³ V. Caillosse J., « Interrogations méthodologiques sur le “tournant” contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et science de l'administration », in *Mél. Guibal*, t. 2, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier 2006, p. 469-492.

administratif. La diffusion du néolibéralisme n'est pas partout la même. Sa mise en œuvre suppose un passage préalable par un certain nombre de « filtres » qui se sont construits tout au long de l'histoire administrative, comme autant d'héritages que les institutions ont conservés en dépôts. C'est tout cela que l'analyse des politiques publiques désigne d'une éloquente métaphore comme : « *path dependency* »³⁴. Il en résulte une sorte de compétition entre différentes manières de réformer dont notre droit garde les traces. C'est à la description de ces traces qu'il faut à présent s'employer. Elle est envisageable à l'aide de la problématique suivante : si le système juridique de l'administration française se transforme bel et bien sous l'influence de la pensée néolibérale, celle-ci n'est pas moins condamnée à composer avec l'expérience résiliente du droit administratif. Soutenir cette thèse exige qu'il soit donné réponse à deux questions : qu'appelle-t-on changement juridique ? (A), et, quelle(s) résistance(s) le droit administratif oppose-t-il à sa remise en cause ? (B).

A. QU'APPELLE-T-ON « CHANGEMENT » JURIDIQUE ?

A.1.- Remarques préliminaires sur le changement juridique en général. Le droit a changé, change, devrait changer, etc... autant d'expressions aussi courantes que convenues, dont la fausse évidence gagnerait sûrement à un sérieux travail de déconstruction. Traçons ici quelques pistes en ce sens. Il existe pour le moins deux façons de procéder – trois si l'on accepte une combinaison entre elles. Soit que l'idée du changement se découvre dans la transformation des figures du discours juridique et c'est alors une perception *interne* du changement qui s'impose, au sens où tout se passe à l'intérieur de la sphère juridique. Soit que l'on procède à la manière des sociologues qui mettent le changement du droit en rapport avec des modifications factuelles. En pareil cas la novation juridique est identifiée au terme d'une démarche *externe* sollicitant les éléments d'une réalité étrangère au monde du droit. A elle seule la mise en œuvre de ce découpage permet de dresser une typologie élémentaire du changement juridique.

Lorsqu'il est question des transformations de la matière juridique elle-même, celle-ci peuvent indifféremment se lire dans la *structure* du droit – c'est le cas par exemple lorsqu'on assiste à la réorganisation de son système de sources –, dans les *techniques* juridiques – elles apparaîtront plus ou moins impératives, ou plus ou moins conventionnelles, de même qu'on pourra les souhaiter plus ou moins aléatoires³⁵. Ces mutations sont encore susceptibles de

³⁴ V. par exemple, Muller P. et Surel Y., *L'analyse des politiques publiques*, Paris, Montchrestien 2000, et Hassenteufel P., *Sociologie politique : l'action publique*, Paris, A. Colin 2011.

³⁵ V. en ce sens CE, *Le droit souple*, Paris, DF 2013.

concerner les *valeurs* du droit qui se feront par exemple plus ou moins égalitaires, ou se verront indexées plutôt sur l'individu que sur des collectivités. Au bout du compte, c'est l'*économie interne* du droit qui change : il va ainsi, pourquoi pas ?, participer à sa propre des-étatisation ou dénationalisation.

Autre chose est de regarder le droit « bouger » à travers les rapports qu'il entretient avec la réalité. La notion de changement juridique s'entend alors de situations d'un tout autre type. Trois d'entre elles sont aisément identifiables. De la première, on peut dire qu'elle est paradoxale. Il peut y avoir en effet du changement juridique non parce que le droit change, mais parce qu'il reste lui-même. C'est le cas lorsqu'il survit aux chamboulements de la réalité pour laquelle il a jadis été voulu. Il produit alors, malgré lui, du changement, tant il est en décalage et en porte à faux avec les nouvelles données de fait. En demeurant ce qu'il n'a pas cessé d'être, il a changé de sens ! On ne saurait se le cacher, c'est bien l'un des traits marquants du droit administratif contemporain sur lesquels toute une critique doctrinale s'est construite. Une seconde figure du changement se dessine avec les pertes de sens du droit. L'hypothèse est vérifiée à chaque fois que la règle juridique ne reçoit aucune traduction sensible dans la réalité sur laquelle elle prétend agir. Alors c'est sur l'efficacité même du changement juridique que portent les interrogations. L'examen du droit de la décentralisation depuis le début des années 80 montre qu'il n'y a là rien de chimérique ! La question du changement peut enfin occuper une troisième forme, dans la mesure où les effets sociaux des productions juridiques ne sont pas toujours ceux recherchés par leurs producteurs. On ne saurait sérieusement s'en étonner, sauf à ignorer qu'entre la règle proclamée et la règle appliquée il y a les apports et ou les *écarts* largement imprévisibles de l'interprétation.

A.2.- *À propos des changements propres au droit administratif.* Revenons maintenant sur les mutations du droit administratif, non pas pour décrire une énième fois ses transformations techniques, l'outillage spécifique grâce auquel il agit, mais pour observer l'évolution de sa constitution théorique, de ses manières propres de représenter le monde et ses rapports sociaux. C'est donc comme *machine à penser* que le droit administratif est ici considéré. L'usage de cette métaphore un peu brutale mérite quelque explication. Le droit dont il est ici question est organisé autour d'une sorte de « noyau dur » qui communique sa logique à l'ensemble du système. Ce dispositif central qui le sous-tend, l'informe, l'inspire, constitue le *paradigme* du droit administratif, c'est à dire l'espace théorique même dans lequel une communauté de pensée se fixe parce qu'elle s'y reconnaît à un moment donné et pour une période déterminée. Comment cette machine a-t-elle fonctionné ? A quoi a-t-elle servi ? La fin des années 70, en cette matière comme en beaucoup d'autres, fait fonction de bascule. Jusqu'alors, un consensus global s'était construit autour d'une conception bien particulière de la relation entre les producteurs de

l'action publique et ses destinataires. Pour le dire très vite, le droit administratif avait permis l'avènement d'un *espace public* – entendez d'un espace du et pour le « public »³⁶ – volontairement soustrait, en tout ou en partie, aux lois du marché. Cet espace public-là, le droit n'entend pas le neutraliser pour autant. Il n'a rien d'aseptisé et entretient avec l'économie des rapports obligés. C'est le cas pour le domaine public dont l'exploitation est, malgré tout, juridiquement organisée³⁷, comme pour le service public surtout dans son expression industrielle et commerciale. Mais, dans les limites de cet espace, les rapports sociaux sont réputés obéir à un même référentiel auquel le nom de *solidarité* – en empruntant au lexique cher à Duguit – peut être donné. On sait qu'il prend essentiellement la forme ennoblissante de l'intérêt général et de ses déclinaisons multiples : intérêt public, national, utilité publique, etc...

Telle est peut-être l'une des formes les plus visibles du paradoxe français : ce schéma intellectuel va, grosso modo, perdurer jusqu'à la fin du XXe siècle. Une partie de la doctrine universitaire lui reste fidèle comme le révèlent les débats relatifs au fameux « service public à la française »³⁸ et le Conseil d'État lui-même continue de s'en prévaloir dans certains de ses travaux³⁹. Or c'est bien ce système de pensée qui est désormais en cours de déconstruction, sous l'effet de facteurs multiples et parfaitement connus : mondialisation des échanges, développements du droit communautaire et européanisation de l'action publique, évolution de répertoires doctrinaux largement conquis par thèses libérales, pour ne rien dire d'une haute fonction publique parlant le langage du « new public management ». Cette reconfiguration générale crée les conditions de possibilité d'un changement de paradigme. En quoi consiste-t-il ? En un mot, c'est un autre rapport d'ensemble du droit administratif au champ de l'économie qui s'installe. Ce droit a eu pour fonction première de concevoir la gestion publique des rapports sociaux comme autant de pratiques délivrées de l'obligation de mesure économique de leurs effets. Il les libérait du souci d'interroger leurs propres performances. La réforme administrative *institue* cette mesure en obligation. La norme de marché devient du même coup instrument de lecture de la validité même de l'action publique.

³⁶ Catégorie redoutable. L'ouvrage de J. Dewey, *Le public et ses problèmes*, Paris, Gallimard 2005, en dit toutes les subtilités.

³⁷ V. Denoyer J-F., *L'exploitation du domaine public*, Paris, LGDJ 1969. V. encore Caillousse J., *L'intérêt général, la Croissance et le droit administratif des biens*, thèse, Université de Rennes 1 1978.

³⁸ Notons aussi que dans son manuel déjà cité *Droit administratif général*, R. Chapus continuera d'appréhender la notion de service public à travers l'idée d'activité de « plus grand service de la collectivité ».

³⁹ Outre la thèse précédemment évoquée de M. Combarous, v. les emblématiques « Considérations générales » publiées dans le *Rapport public pour 1994*, sous le titre *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Paris, DF 1995.

On voit ce changement se mettre en place dans la jurisprudence du Conseil d'État⁴⁰, une fois admise par lui, en octobre 1989, à l'occasion de la modeste affaire Nicolo, la supériorité du droit communautaire, puis du droit de l'Union européenne sur le droit d'origine nationale même législative. Ce mouvement jurisprudentiel n'aboutit pas simplement à la restructuration du système des sources du droit administratif, il intéresse au plus haut point son univers mental. Même s'il ne raisonne pas spécialement sur le cas du droit administratif, ce que dit A. Supiot dans son livre précité *La gouvernance par les nombres* lui est aisément transposable. Selon l'auteur, avec la révolution ultralibérale, on assiste à « l'inversion de la hiérarchie public/privé »⁴¹, et le droit de l'Union européenne joue un rôle-clé dans ce processus d'inversion, qui tend à substituer l'opposition entre l'économique et le social à la distinction du public et du privé. En conséquence, le problème ne serait plus de « subordonner la poursuite des intérêts individuels à celle de l'intérêt général, mais bien au contraire de faire de la chose publique l'instrument de la libre maximisation des utilités individuelles. Au plan juridique, cette inversion du rapport public/privé entraîne un mouvement de privatisation du pouvoir normatif »⁴².

Ne peut-on voir en effet dans le développement spectaculaire de ce qui est désormais enseigné sous le nom de *droit public de la concurrence*, l'une des expressions prises par cette revalorisation juridique du privé face au public ? Certes il n'est pas encore franchement question de soumettre l'exercice de la puissance publique en tant que telle aux contraintes de la libre concurrence, mais cet exercice ne doit pas compromettre les droits que les opérateurs économiques retirent du fonctionnement concurrentiel des marchés. On peut ne pas adhérer à cette thèse d'un travail de réécriture en profondeur du droit administratif. Deux arguments sont a priori susceptibles de lui être opposés. Que l'État lui-même apprenne à se penser dans les termes de l'entreprise n'implique aucune remise en cause automatique du partage droit public/droit privé ou effacement de la frontière entre action publique et entreprise privée ! Et puis, de même que le management public n'est pas la simple application du management privé à des initiatives publiques, le droit public de la concurrence n'est pas, a-t-on pu écrire⁴³, l'application aux activités publiques du droit commun de la concurrence. Ajoutons que le droit public de la concurrence

⁴⁰ L'analyse en a été proposée ailleurs. V. Caillosse J., *L'État du droit administratif*, Paris, LGDJ 2015, p. 53 s. V. aussi, « Service public et concurrence. Le service public entre deux mythologies », *Droit ouvrier* avril 2008, p. 199-208.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 279.

⁴² Même ouvrage, même référence.

⁴³ V. par exemple en ce sens l'article de M. Bazex, « Le droit public de la concurrence », *RFDA* 1998. 781-800.

reste, pour une part importante, l'œuvre du juge administratif, et que ce fait ne saurait être sans incidence sur son économie interne⁴⁴.

Si ces deux arguments peuvent, en première approche, passer pour judicieux, ils n'emportent pas pour autant la conviction. À les entendre, rien finalement ne semble avoir changé. Tout se passe comme si le Conseil d'État demeurait au cœur d'un dispositif où le droit administratif de jadis continuait de prévaloir. Rien n'est moins sûr. Peut-on admettre que le droit de la concurrence dont nous parlons soit du droit public « classique », à partir du moment où il ce sont les entreprises et le marché qui lui servent de modèles ? Il a d'ailleurs été justement remarqué que lorsque le juge administratif se prononce sur les fondements de l'ordonnance de 1986, il change de « statut », en se transformant par la force des choses en expert économique. Il se fait alors économiste plus que juriste au sens traditionnel de ce mot⁴⁵. Le matériau sur lequel il intervient, raisonne et argumente, c'est de l'économie : il juge des opérateurs économiques impliqués dans des rapports marchands. Et ce sont autant d'opérations mentales qui requièrent relativisation, sinon effacement de la ligne de partage entre droit public et droit privé. Du coup, c'est la pertinence du second argument qui est en cause : certes, c'est bien le juge administratif qui continue d'être à la manœuvre, mais le droit dont il se sert est en pleine recomposition. Ce droit-là est chargé de valeurs nouvelles, tirées du « monde des affaires ».

Concluons : les échanges entre droit de l'action publique et droit de la concurrence ont déplacé la vieille frontière entre droit public et droit privé. Ces deux droits n'ont évidemment pas disparu. Mais les conditions de leur coexistence ont profondément changé, du fait de l'émergence d'une sorte de tiers secteur juridique où droit public et droit privé se mêlent dans des proportions variables. Là, entre deux espaces juridiques obéissant, l'un aux codes du public, l'autre à ceux du commun, une sorte de *droit hybride* s'est imposé.

B. QUELLE(S) RESISTANCES LE DROIT ADMINISTRATIF OPPOSE-T-IL A SA REMISE EN CAUSE ?

⁴⁴ On sait qu'une part de la doctrine s'est étonnée de voir le juge administratif à ce point investi en cette affaire. Le législateur – celui de l'ordonnance de 1986 – ayant alors fait le choix délibéré de soustraire le contentieux de la concurrence à la compétence des juridictions administratives pour le confier à la Cour d'appel de Paris et à la Cour de cassation. V. en ce sens Gaudemet Y., « Conflit de compétence et droit de la concurrence. Sur une équivoque », in *Mél. Perrot*, Paris, Dalloz 1996, p. 121-129.

⁴⁵ V. les observations de M. Bazex sous les décisions précitées du CE, Sté EDA et Sté Hertz France et a., *AJDA* 1999. 435-438.

B.1.- Enseignement général. Argumenter en faveur de la thèse d'un changement de paradigme du droit administratif repose donc sur de bonnes raisons. Au référentiel de solidarité s'est substitué le référentiel de marché. Cette métamorphose est toutefois susceptible de recevoir plusieurs interprétations. Aussi avéré soit-il, ce phénomène juridique manifeste-t-il l'existence d'un changement de nature de l'action publique ? Est-il le signe probant d'une mise en œuvre néolibérale de la réforme administrative ? Que l'accomplissement d'un tel programme soit voulu, le débat politique français en fournit des témoignages multiples. Ils nous renvoient à une sorte de récit qui diffuse en boucle un même message : il est grand temps d'en finir avec des politiques de réforme impuissantes à assumer la rupture nécessaire avec une économie et pour tout dire une société toujours sur-administrée ! Derrière cette rhétorique politique, il est un fait peu contestable : les acteurs et les forces les plus engagées⁴⁶ dans la transformation néolibérale de l'action publique rencontrent des résistances réelles avec lesquelles ils doivent composer. Si ce genre de conflictualité requiert des analyses qui ne sont certainement pas de son ressort, le juriste peut difficilement l'ignorer dans la mesure où le système de notre droit administratif en constitue l'un de ses enjeux. Il se trouve que, par delà ses mutations, ce système montre une étonnante aptitude à se survivre. Sans doute est-il loin de se reproduire à l'identique, mais il ne réussit pas moins à se « cicatriser » et à reconstituer ainsi une part de son tissu originel.

B.2.- Déclinaisons particulières. Parmi les facteurs capables de donner du sens aux propositions précédentes il en est un, de nature institutionnelle, auquel il convient de réserver une place à part : pour traiter en France du droit administratif, force est de se tourner du côté du Conseil d'État⁴⁷. Sans doute ne fait-il pas toujours entendre un discours parfaitement homogène, sans doute s'est-il montré lui aussi, sensible aux thèses du néolibéralisme⁴⁸, comme cela ressort des « Considérations générales » annexées aux Rapports publics annuels de 2002, et de 2003, sous les titres *Collectivités publiques et concurrence*, et *Perspectives pour la fonction publique*. Il ne reste pas moins vrai que l'Institution continue de veiller sur sa sphère d'influence. Elle entend bien n'en être pas dépossédée, en raison de choix qui auraient pour effets la réduction de son champ de compétence. C'est bien pourquoi le courant jurisprudentiel qui est issu des arrêts *Million et Marais* et autres et dont il a été question plus haut

⁴⁶ Ils composent une véritable coalition de causes et d'intérêts où se retrouvent notamment élites politiques et administratives, experts économiques et financiers, aussi bien que des universitaires et des chercheurs des disciplines juridiques et économiques en particulier.

⁴⁷ V. Caillosse J. et Renaudie O. (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, Paris, Dalloz 2015.

⁴⁸ V. Mbongo P. et Renaudie O. (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Paris, Cujas 2010.

n'a rien d'innocent et ne se prête pas à une lecture unique. En intégrant comme il le fait le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative, il pose ses propres marques sur un contentieux en plein développement que le législateur d'alors n'avait aucune intention de lui confier. Avec le droit public de la concurrence qui s'est construit depuis, notamment à la faveur de ce contentieux, le juge administratif redessine le tracé du partage public/privé, service public/marché en faveur du public⁴⁹.

À côté de ce constat qui nous met en présence de la portée stratégique de certaines constructions jurisprudentielles, il faut faire état de situations juridiques où se dévoile le pouvoir de résilience de certaines des catégories les plus traditionnelles du droit administratif. Revenons un bref instant aux années 90, en pleine phase de débat doctrinal sur la confrontation droit national-droit communautaire : on y entend beaucoup vanter les capacités de résistance du service public à la française ! Certains vont même beaucoup plus loin, qui l'estiment conforté par les évolutions tardives du système juridique européen⁵⁰. Certes, il faudrait y regarder d'un peu plus près, afin de faire le départ entre ce qui relève de l'analyse juridique et ce qui appartient au registre des propagandes, mais le fait est que le droit du service public a connu une sorte de réactivation au moment même où la configuration politique lui était spécialement défavorable. On suivra avec une curiosité intellectuelle semblable les transformations économiques du droit du domaine public. Là non plus le mouvement n'a pu aller jusqu'à son terme. Nul doute que la publication, fort attendue par les milieux libéraux, d'un Code général de la propriété des personnes publiques, puisse être regardée comme une initiative destinée à favoriser l'exploitation économique des biens publics. Pour autant cet événement juridique a été jugé plutôt décevant par tous ceux, acteurs et auteurs, que séduit, au nom du réalisme, la perspective de plus grande attractivité économique du droit. À l'origine de cette déception, la réaffirmation du principe d'inaliénabilité du domaine public, justement destiné à en contrarier la libre marchandisation⁵¹. Enfin – ce terme-là est on ne peut plus conventionnel – il y a cette question de la fonction publique et de son statut qui n'en finit pas d'être débattue – en parallèle avec les controverses non moins récurrentes sur le caractère contre-productif du Code du travail. Il est peu contestable que la logique statutaire, telle qu'elle s'est trouvée relancée au début des années 80 par les lois Le Pors, a été sérieusement fragilisée, que ce soit par le recours de

⁴⁹ V. Gaudemet Y., « Conflit de compétence et droit de la concurrence. Sur une équivoque », *op. cit.*

⁵⁰ V. Lombard M., « Service public et service universel ou la double inconstance », *in Mél. Jeanneau*, Paris, Dalloz 2002, p. 507-522.

⁵¹ V. Chamard-Heim C., « Les propriétés publiques », *in* Gonod P., Melleray F. et Yolka P. (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, Dalloz 2011, p. 284-339.

plus en plus large et de plus en plus systématique aux formules contractuelles⁵², ou encore par l'introduction des méthodes et des valeurs du « new public management » dans la gestion, des personnels⁵³. Mais le processus de la réforme, faute d'aboutir, semble condamné à revenir périodiquement sur lui-même. Comme s'il lui était impossible d'échapper à sa propre histoire. On ne peut mieux le vérifier qu'en confrontant l'état présent – toujours en attente d'une réforme à venir – du droit de la fonction publique, à celui qu'exposait fin 1979 le document connu sous le nom de « Rapport Longuet »⁵⁴. On peut affirmer qu'avec ce texte le programme du néolibéralisme avait trouvé son expression la plus aboutie. Il n'est pas inutile d'en citer quelques extraits. Ils permettent, 36 ans plus tard, d'identifier par a contrario ce qui dans le droit de la fonction publique a résisté à la dissolution : « Le statut général deviendrait l'équivalent du Code du travail pour les agents des différentes fonctions publiques, d'État ou de Service à l'utilisateur. Les statuts particuliers, législatif ou réglementaires pour les agents d'État, par voie de conventions pour les agents de service public, deviendraient l'équivalent des conventions collectives des salariés. Une rapide analyse montre que la Fonction publique d'État garderait à peine 400 000 agents, alors que les agences en regrouperaient 1 600 000. Aucune ne devrait en réunir plus de 5 000 ou 10 000 pour être effectivement gérable, à l'exception des postes et télécommunications nécessairement centralisées ».

* *

*

Quelques remarques pour terminer.

1.- Dans ce champ original (composé de personnels, de matériels, d'institutions, de fonctions, de discours, etc...) que constitue l'« administration », ont été privilégiés, depuis une quarantaine d'années⁵⁵, des

⁵² V. Autin J.-L., « La contractualisation de l'accès à la fonction publique », in *Mél. Guibal, op. cit.*, p. 129-143.

⁵³ V. « De la responsabilité à la responsabilisation des fonctionnaires, Actes du colloque du Lerap, 20 et 21 novembre 2014, Faculté de droit de Tours », *JCP-A* 9.3.2015.

⁵⁴ V. « Avis présenté par M. G. Longuet, au nom de la Commission des lois sur le projet de loi de finances pour 1980 », *Doc. AN* n° 1296 du 2.10.1979.

⁵⁵ Dans ses cours du Collège de France sur le néolibéralisme publiés sous le titre *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, M. Foucault fait remonter le néolibéralisme à la française à la période du gouvernement de R. Barre, sous la présidence de V. Giscard d'Estaing. V. notamment la leçon du 7 mars 1979, p. 191 s.

comportements et des modèles d'action plus ou moins influencés par le néolibéralisme selon les secteurs d'intervention publique. Cette influence se fait sentir tout à la fois dans les causes défendues et les intérêts poursuivis. Une véritable dogmatique a fini par s'imposer et se propager, que l'on retrouve dans les manières d'examiner et de critiquer l'administration comme dans les programmes et les stratégies de réforme de l'action publique. C'est en ce sens qu'ont été élaborés, à partir de ce qu'il est convenu d'appeler des « bonnes pratiques », de véritables guides d'intervention.

2.- Toutes les réformes accomplies dans l'administration depuis la fin des années 70 ne sont pas pour autant justiciables du néolibéralisme. Du moins ne le sont-elles pas de la même manière et dans les mêmes proportions. Les politiques de décentralisation sont un bon exemple de cette influence relative et différenciée⁵⁶. Si elles peuvent apparaître aujourd'hui comme une composante d'un projet néolibéral, elles n'ont certainement pas été ainsi pensées à l'origine. Au contraire, au début des années 80, la notion de décentralisation se trouvait pleinement associée à ces marqueurs du socialisme qu'étaient alors les nationalisations et la planification ! Il s'agissait de préparer ainsi une rupture avec le capitalisme, quand la décentralisation d'aujourd'hui vise à lui rendre les territoires plus disponibles. Au-delà de cet exemple, et de manière plus générale, on se trouve avec la réforme administrative face à un processus qui emprunte à des sources diverses et n'avance pas toujours, loin s'en faut, de façon linéaire. Le nouveau, en l'occurrence : le néolibéralisme, n'a pas bousculé l'ancien, d'un seul coup et globalement. Quelque chose résiste, depuis une culture administrative classiquement indexée sur l'idée d'un État des services publics garant de la solidarité.

3.- Là où la réforme administrative répond le plus manifestement aux sommations du néolibéralisme – dans le cadre de la RGPP en particulier – elle n'est pas pour cela partout et en même temps le déroulement matériel et abouti de son programme⁵⁷. La réalité administrative est à la fois plus complexe et

⁵⁶ L'une des principales difficultés du sujet vient précisément de la mesure des « influences ». Il s'agit d'évaluer les effets matériels (en ce qu'ils affectent les hommes et les choses) autant qu'intellectuels (ils impriment modes de pensée, représentations, échelles de valeurs et jusqu'au langage lui-même) imputables à la mise en œuvre d'une doctrine dans le secteur de l'action publique. Pour le juriste, prendre ces mesures est d'autant plus compliqué, qu'il lui faut lire le changement, non dans les faits à la façon du sociologue, mais dans le droit ou dans les commentaires dont il est l'objet. Si les signes juridiques du changement ne manquent pas, ils ne fournissent aucune garantie *a priori* contre les risques de surinterprétation ! V. sur ce sujet, l'ouvrage précité de F. Jullien

⁵⁷ Bornons-nous à ce constat : le rapport État/économie que réfléchit l'ordre juridique n'est évidemment pas celui dont rêvait Hayek.

plus subtile. Il faut compter avec des phénomènes d'hybridation juridique⁵⁸, de résistance et de rejet. C'est dire que le trajet suivi par la réforme n'est pas toujours celui qu'avaient projeté ses promoteurs. Il lui faut faire avec des pertes de sens et des recodages. C'est ainsi, pour ne prendre que ce cas dont il a été beaucoup question dans les développements précédents, que l'entreprise générale de *dévitilisation* – j'utilise ce mot comme on le fait chez le dentiste ! – du droit administratif que réclame le néolibéralisme est loin d'être accomplie. Non seulement ce droit résiste à sa propre déconstruction, mais son discours parvient même à convaincre les agents du projet néolibéral de revoir parfois leurs prétentions à la baisse.

⁵⁸ L'usage de cette métaphore est même devenu banal dans l'analyse du droit de la fonction publique par exemple. V. notamment, Touzeil-Divinac M., « Travaillisation ou privatisation de la fonction publique ? », *AJFP* 2010. 228-233 et Marc E. et Struillou Y., « Droit du travail et droit de la fonction publique », *RFDA* 2010. 1169-1186. Plus largement, v. la deuxième partie de mon ouvrage, *La constitution imaginaire de l'administration*, *op. cit.*, p. 223 s.

LA TRANSPARENCE ADMINISTRATIVE, OU LE NÉOLIBÉRALISME TECHNOCRATIQUE FRANÇAIS

Par
Jean-François KERLÉO
Maître de conférences en droit public
de l'Université Lyon 3

Mots clés : Néolibéralisme – transparence.

L'influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit public nécessite quelques éclaircissements préalables. Si le qualificatif « anglo-saxon » restreint le générique « néolibéralisme », le singulier reste discutable tant ce qualificatif abrite de théories, d'idées et de pratiques différentes. Le néolibéralisme recouvre moins une doctrine monolithique sur laquelle se grefferaient quelques variantes respectueuses d'un certain nombre de paradigmes que l'idée d'une évolution des conceptions économiques des années 1930 à aujourd'hui. Le néolibéralisme appartient à plusieurs types de discours qui ne doivent pas être confondus.

Tout d'abord, le néolibéralisme existe dans le discours de ses ennemis, comme un épouvantail agité afin d'adosser à la critique formulée des contrepropositions et des théories alternatives. Dans ce contexte, il est construit, comme un repoussoir, en opposition à une autre idéologie plus légitime. Le raisonnement consiste à partir du postulat que les maux économiques et sociaux actuels sont les effets de l'application des axiomes du néolibéralisme, tout particulièrement des doctrines anglo-saxonnes tendant au laissez-faire des marchés qui détruit le tissu social et concentre les richesses. Se développent ensuite des conceptualisations du néolibéralisme de nature plus scientifique, qui revendiquent une doctrine opposée. La description comporte toujours une part de construction, ne serait-ce que dans la délimitation de l'objet, qui explique que les critiques du néolibéralisme sont

sujettes à caution¹. L'antidémocratie est dénoncée par des auteurs qui, comme Christian Laval, opposent le néolibéralisme au système électif, au principe majoritaire, à la promotion de l'égalité, etc.² Enfin, un troisième prisme résulte du discours des acteurs néolibéraux. Le néolibéralisme se traduit dans des théories et des doctrines, réunies en école de pensée autour d'un chef de file dont les écrits sont diffusés, puis actualisés, par ses disciples (par exemple, l'école de Chicago avec à sa tête Milton Friedman, et l'école autrichienne de Mises et Hayek).

Des différences à l'intérieur de chacun de ces langages persistent³, mais ce découpage situe le discours à partir duquel le droit doit être évalué : l'influence sur le droit positif ne s'appréciera qu'à travers les présupposés théoriques de la doctrine néolibérale. L'école de Chicago sera ici privilégiée, et les écrits de Friedman, Coase, Becker, Samuelson, Stigler, serviront de fondements à l'analyse. D'autres incursions seront effectuées, notamment dans les doctrines de l'École des choix publics (*Public Choice*) de Buchanan et Tullock, ainsi que dans l'analyse économique du droit chère à Richard Posner.

Les trois piliers du néolibéralisme sont la liberté, la propriété et la responsabilité⁴. Tandis qu'il n'y aurait pas de liberté individuelle sans propriété, laquelle est entendue comme un droit naturel de l'homme à l'état de nature, la responsabilité personnelle serait au fondement d'une organisation sociale reposant sur un libre-échange sans entraves ni frontières développant les intérêts individuels. Le néolibéralisme accorde donc un « primat axiologique à la liberté individuelle », et considère l'échange comme modèle indépassable de régulation sociale, pour des raisons morales autant qu'économiques⁵. Le néolibéralisme prône un État minimal, voire ultra-minimal chez les anarcho-capitalistes⁶, favorisant le marché comme mode de régulation de la société et soumettant la politique aux impératifs de la compétition économique. Pour les plus radicaux, l'État est nécessairement exploiteur et violent, et ne peut exister qu'en tant que bien privé⁷. Il faut donc supprimer les règles de droit qui lui permettent de s'approprier les ressources économiques sur le marché. Cette

¹ Harvey D., *Brève histoire du néolibéralisme*, Paris, Les Prairies Ordinaires 2014.

² Dardot P. et Laval C., *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La Découverte 2009.

³ Audier S., *Néo-Libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset 2012.

⁴ Salin P., *Libéralisme*, Paris, Odile Jacob 2000, p. 65-121.

⁵ Valentin V., « Libéralisme, anarchie et démocratie : perspectives contemporaines », in *Le libéralisme au miroir du droit. L'État, la personne, la propriété*, Paris, ENS Éditions 2008, spéc. p. 211.

⁶ R. Nozick parle d'un « État veilleur de nuit » in *Anarchie, État et utopie*, Paris, PUF 2003.

⁷ Rothbard M., *L'éthique de la liberté*, Paris, Les Belles Lettres 1994. V. aussi Friedman D., *Vers une société sans État*, Paris, Les Belles Lettres 1992.

tendance impose un arrachement du droit à la logique politique véhiculée par les démocraties contemporaines, pour le dissoudre dans une logique économique qui incarne un idéal de justice.

À l'exception des anarchistes, le néolibéralisme anglo-saxon n'exclut pas le recours à l'État comme mode d'organisation du marché : « L'organisation de l'activité économique grâce à l'échange volontaire suppose que nous ayons pourvu, par l'intermédiaire des pouvoirs publics, au maintien de la loi et de l'ordre pour prévenir la coercition exercée par un individu contre un autre, à l'exécution des contrats volontairement passés, à la définition de la signification des droits de propriété, à l'interprétation et à la mise en vigueur de ces droits, et à l'existence d'un cadre monétaire »⁸. Les règles juridiques sont justifiées par les fins qui lui sont assignées – respect de la liberté individuelle, protection des droits de propriété, suppression de toutes les entraves à l'entrée sur le marché, et réalisation effective de la libre concurrence. Le rôle de l'Union européenne est primordial pour assurer cette logique de marché. Le droit de la concurrence se présente comme *l'alpha et l'oméga* d'une démocratie économique absorbant une politique dépouillée de ses fins et présentée comme archaïque.

Le principe de transparence est un des instruments privilégiés de cette concurrence, et inonde aujourd'hui l'ordre juridique national. La transparence symbolise la main invisible, *i.e.* la suppression de toutes les entraves au libre jeu du marché ; le droit européen impose une économie désétatisée et contrôle la politique des États membres, assimilés à des acteurs économiques, qui menace de fausser la concurrence. La transparence administrative se rapporte aux relations entre l'administration et les administrés (accès aux documents administratifs, motivation des actes défavorables, mise en ligne des données publiques, etc.), la rendant au premier abord étrangère à l'économie, contrairement à ses usages dans la commande publique, ou en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. L'hypothèse ici proposée consiste à désigner la transparence comme une équation juridique de l'idée d'information économique. L'économie a connu, notamment depuis Hayek, un « tournant informationnel » constitutif selon Joseph Stiglitz d'un changement de paradigme de la science économique⁹. Difficile, par conséquent, de ne pas voir dans la question informationnelle une influence de premier plan d'une transparence qui apparaît au même moment dans l'ordre juridique.

L'information produite et diffusée sous l'impulsion de la transparence juridique est utilisée pour la satisfaction d'un intérêt individuel. Qu'il s'agisse

⁸ Friedman M., *Capitalisme et Liberté*, Paris, Leduc S. 2010, p. 74 ; « La méthodologie de l'économie positive », in *Essais d'économie positive*, Paris, Litec 1995.

⁹ Stiglitz J., « *Information and the Change in the Paradigm in Economics* », *American Economic Review*, 2002-3, vol. 92, p. 460.

de l'accès aux documents administratifs ou de la diffusion des données publiques, les consommateurs les utilisent dans une visée utilitariste, à l'instar de *l'homo oeconomicus* (rationnel et omniscient), en vue d'une commercialisation de l'information, d'un contentieux, ou de la mise en œuvre d'une stratégie commerciale, etc. La transparence est chargée d'une méfiance envers l'État de qui on exige qu'il rende des comptes en motivant ses décisions, en ouvrant au public les informations disponibles, en luttant contre le favoritisme, en limitant ses interférences sur le marché, etc. Si une traduction en termes démocratiques est possible, on retiendra l'hypothèse concurrente d'une fondation néolibérale de la transparence.

Il conviendra de déconstruire l'approche consistant à présenter la transparence comme la marque d'une démocratisation administrative, et d'en apprécier l'émergence à partir des doctrines néolibérales (I). Toutefois, cette notion a connu une acculturation qui a déformé une partie des présupposés néolibéraux sur lesquels elle reposait. Pétrie de contradictions, elle sert tout autant la concurrence qu'elle moralise le marché et légitime l'action de l'administration, ce qui ne manque pas de défier l'absolutisme économique de l'école de Chicago (II).

I. LA TRANSPARENCE ADMINISTRATIVE AU PRISME DU NEOLIBERALISME ANGLO-SAXON

La transparence répond au laissez-faire qui impose le prétendu jeu naturel de la concurrence à l'intérieur de tous les secteurs d'activité. D'un côté, elle participe à la création de nouveaux marchés et incite les acteurs à intervenir (A) puis, d'un autre côté, elle organise la concurrence entre les acteurs en permettant leur anticipation sur le marché (B).

A. L'OUVERTURE DU MARCHÉ A LA CONCURRENCE : LA TRANSPARENCE COMME INCITATION ECONOMIQUE

La transparence est utilisée pour éliminer les entraves à la libre concurrence, ce qui ouvre de nouveaux marchés en incitant les acteurs à innover (1), et limite l'intervention publique afin d'imposer le laissez-faire (2).

1. LA TRANSPARENCE ET LA LIBRE ENTREE SUR LE MARCHÉ

La transparence a pour effet d'ouvrir les secteurs où elle s'applique à la concurrence. Ainsi, à titre d'illustration, la dimension néolibérale du récent marché des données publiques, lequel retranscrit l'accès à l'information contenue dans l'idée de transparence, s'exprime à deux niveaux. D'une part, la

création de ce marché repose sur la conception de Milton Friedman consistant à ouvrir l'État à la concurrence¹⁰. D'autre part, cette ouverture contribue à faciliter l'intégration de nouveaux modes de gestion dans la fonction publique (*New Public Management*)¹¹.

Parmi les objectifs de la Commission européenne exposés dans ses différents rapports et études¹², est affirmée la nécessité de diffuser les données publiques en raison de leur potentiel significatif pour la réutilisation dans de nouveaux produits et services, la production de solutions économiques novatrices et, d'un point de vue managérial, la performance administrative par le partage de données entre administrations publiques¹³. L'ouverture des données stimulerait l'économie en permettant aux acteurs de profiter des informations disponibles pour créer ou développer de nouvelles activités. Cette transparence supprime les entraves à l'entrée sur le marché, et incite les acteurs à y intervenir autant qu'à réutiliser les informations disponibles pour créer de nouveaux services (annuaires téléphoniques, services généalogiques, jeux en ligne, etc.). Le marché des données est donc un support économique pour stimuler l'innovation. La dimension néolibérale de la transparence des données s'exprime ici de deux manières : il s'agit d'ouvrir l'État au marché et d'ouvrir par l'État de nouveaux marchés. Ces deux aspects sont juridiquement traduits par deux principes : la gratuité et la réutilisation.

Tout d'abord, le marché des données publiques a connu un élan avec l'ordonnance du 6 juin 2005, transposant la directive européenne du 17 novembre 2003, qui modifie la loi du 17 juillet 1978. Le premier texte européen de 2003 a été modifié par une nouvelle directive du 26 juin 2013¹⁴ dont certains de ses articles sont transposés par un projet de loi déposé en juillet 2015¹⁵. La loi de transposition, qui va au-delà des exigences européennes, renforce l'accès aux données pour les opérateurs économiques en posant un principe général de gratuité (art. 3 de la loi) qui revient sur la jurisprudence

¹⁰ Friedman M., « Lerner, à propos de l'économie de contrôle », in *Essais d'économie positive, op. cit.*, p. 239, spéc. p. 250-253.

¹¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final.

¹² Commission européenne, *Measuring European Public Sector Information Resources* (MEPSIR).

¹³ Commission européenne, *Review of recent studies on PSI re-use and related market developments*, sept. 2011.

¹⁴ Directive n° 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public (« Directive PSI »).

¹⁵ Projet de loi, relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, *Doc. AN n° 3037* du 31.6.2015.

Société Direct Mail Promotion du Conseil d'État¹⁶. Ce principe incite les acteurs à intervenir par la suppression de toute entrave à l'entrée sur le marché.

De son côté, le projet de loi pour une République numérique impose aux administrations qu'elles rendent disponibles toutes les informations demandées (chiffres de Pôle emploi, de données cartographiques de l'IGN ou encore des horaires de la SNCF) par le public sous un format réutilisable. Il s'agit d'inciter les opérateurs économiques à s'approprier les activités, notamment les secteurs en réseau, afin de démanteler progressivement l'action publique. Conformément à la doctrine anarchiste de David Friedman qui envisage de « vendre l'État par petits morceaux »¹⁷, le principe de gratuité démantèle la puissance publique par une mise à disposition de ses services aux opérateurs économiques et neutralise l'État en l'empêchant de se présenter comme un acteur économique tirant profit de ses services.

Ensuite, l'État facilite la réutilisation des données par un système de licence. Le droit répartit, comme chez Calabresi, Coase ou encore Posner, les droits de propriété entre acteurs. Une fois mises en ligne, les données publiques sont réutilisables sans autorisation, sous réserve de se conformer aux principes de la réutilisation : les informations ne doivent pas être altérées ni leur sens dénaturé, et doivent mentionner les sources et les dates de mise à jour. La loi du 17 juillet 1978 permet à l'administration de fixer des redevances qui tiennent compte des coûts de mise à disposition et du traitement des données (par exemple l'anonymisation). La tarification, qui reste à la discrétion des personnes publiques, est prévue par des licences. La réutilisation permet aux opérateurs d'acquérir suffisamment de puissance de marché pour se passer à terme de l'État, qui deviendrait inutile dès l'instant où ces opérateurs seraient en mesure de produire eux-mêmes l'information dont ils ont besoin pour exercer leur activité.

La transparence lève les obstacles à l'entrée sur le marché en diffusant, gratuitement, les ressources collectives disponibles aux acteurs économiques. Elle rejette, dans une optique résolument néolibérale, toute appropriation de l'économie par l'État, lequel chercherait toujours à monopoliser les ressources économiques¹⁸. Le site internet du Gouvernement dédié à l'ouverture des données publiques énonce que l'objectif est d'aboutir à « un gouvernement plate-forme », la puissance publique étant traversée par des intérêts catégoriels dont elle doit faciliter le développement. La transparence des données repose

¹⁶ CE Ass. 10.7.1996, *Sct Direct Mail Promotion*, req. n° 168702.

¹⁷ Friedman D., *Vers une société sans État*, op. cit., p. 49-84, spéc. p. 76.

¹⁸ Pour les plus radicaux, l'État est exploiteur et violent. Il faut donc supprimer toutes les règles de droit qui lui permettent de s'approprier les ressources économiques sur le marché. En ce sens, v. Rothbard M., *L'éthique de la liberté*, Paris, Les Belles Lettres 1994, p. 211-261 ; Friedman D., *Vers une société sans État*, op. cit., p. 164-165.

sur l'idéal d'un État minimal, littéralement transparent, qui agit au service des acteurs économiques pour développer la concurrence. Elle s'attaque donc à un État prédateur d'un point de vue économique et non à un État autoritaire d'un point de vue politique.

2. LA TRANSPARENCE ET LA LIBRE CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ

La transparence constitue un élément de la théorie néoclassique de la concurrence pure et parfaite de Léon Walras, laquelle va à l'encontre de l'idée de compétition sous-jacente à la concurrence, puisqu'elle propose un modèle statique retenant l'image fixe des rapports entre producteurs et consommateurs à un moment t . La concurrence pure et parfaite se définit par cinq traits essentiels : l'atomicité du marché, l'homogénéité des produits, la libre entrée dans l'industrie, la mobilité des facteurs de production et la transparence du marché. La transparence intègre l'hypothèse d'autorégulation du marché devant permettre d'atteindre l'équilibre général de la concurrence¹⁹. Définie comme la libre circulation des informations, cette transparence entre donc dans la théorie générale de l'équilibre économique²⁰, comme l'une des conditions de son optimalité et de sa stabilité. Dans ce contexte, elle favorise la libre concurrence sur le marché à partir de deux mécanismes principaux. D'une part, la circulation d'informations favorise la concurrence entre les acteurs et, d'autre part, elle instaure un contrôle qui empêche l'interférence des pouvoirs publics dans le marché.

Tout d'abord, la transparence concourt à l'intensification de la concurrence. Elle est liée à l'information économique du fait que les individus connaissent instantanément l'ensemble des possibilités qui s'offrent à eux et l'ensemble de la structure des prix, ce qui permet un ajustement immédiat de la production ou de la consommation en fonction de cette structure²¹. Sur un marché fortement concurrentiel, les échanges d'informations entre les concurrents sont plus rares et provoquent plus difficilement une coordination de l'offre. La transparence permet à de nouveaux arrivants d'être informés des prix pratiqués par les concurrents, ainsi que d'entrer sur le marché avec des offres plus compétitives. Toutefois, plus conforme à la doctrine néolibérale qu'à celle néoclassique de l'équilibre économique, la CJCE rappelle que la

¹⁹ Walras L., *Études d'économie politique appliquée*, Paris, Economica 1992, p. 426.

²⁰ Arrow K. J. et Debreu G., « *Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy* », *Econometrica*, 1954-3, vol. 22.

²¹ V. Walras L., « *Éléments d'économie politique pure* », in *Œuvres économiques complètes*, vol. VIII, Economica, Paris 1988.

concurrence européenne doit être « efficace » ou « praticable »²² : le nombre des opérateurs sur le marché est limité, les produits ne sont qu'imparfaitement substituables et l'information inégalement répartie entre opérateurs. En pratique, la transparence repose sur la théorie de l'information imparfaite renvoyant à l'idée que « les caractéristiques des biens et services ou l'ensemble des prix ne sont pas connus avec la même certitude par tous les agents »²³. L'asymétrie d'information justifie donc la transparence pour rapprocher la situation idéale d'équilibre économique.

Dans la théorie des asymétries d'informations, développées par Stiglitz et Akerlof, l'incertitude du marché engendre un problème d'anti-sélection : si une personne ne connaît pas la qualité du produit qu'elle achète, elle va proposer un prix rendant compte du fait que la probabilité de son achat intègre l'éventualité que le produit soit de mauvaise qualité²⁴. Le produit de bonne qualité coûtera donc le même prix que celui de mauvaise qualité. Des obligations d'information remédient à cette défaillance du marché et permettent à la concurrence de jouer son rôle d'établissement du juste prix. Ainsi entendue, la transparence est proche des anticipations légitimes développée par Hayek, voire des anticipations adaptatives de Friedman. Dans un monde incertain, les obligations contractuelles d'information constituent un moyen d'agir en toute sécurité : « Le droit des contrats est vu comme le support des actions d'agents dotés d'une rationalité limitée, qui cherchent à stabiliser et à sécuriser leurs relations, ou au cours du temps, dans un environnement changeant et non appréhendable *a priori* »²⁵.

Ensuite, la transparence permet un contrôle de l'action économique de l'État. Ainsi intervient-elle dans le contrôle des aides d'État pour éviter toute perturbation de la compétition économique²⁶. Ces aides interfèrent dans l'ordre naturel de la concurrence, en permettant à l'État de favoriser un acteur. Leur usage est donc limité par l'Union européenne qui en prévoit l'octroi sous le contrôle de la Commission européenne, seule compétente pour apprécier leur compatibilité avec les règles communautaires²⁷. La transparence intervient dans la notification préalable de l'aide avant toute exécution (*standstill obligation*), sa violation entraînant son illégalité. La transparence subsiste dorénavant pour

²² CJCE 25.10.1977, *Metro c/ Saba*, Aff. 26/76, R. I-1875, pt. 20.

²³ Arrow K., *Théorie de l'information et des organisations*, Paris, Dunod 2000, p. 30.

²⁴ V. Akerlof G., « *The Market for Lemons. Quality uncertainty and the market mechanism* », *Quarterly Journal of Economics* 1970, vol. 84, pp. 480-500.

²⁵ Kirat T., *Économie du droit*, Paris, La découverte 1999, p. 19.

²⁶ TPICE 25.3.1999, *Forges de Clabecq*, Aff. T-37/97, R. II-859 ; 30.1.1985, *Badische Stahlwerke c/ Comm.*, Aff. C-210/83.

²⁷ TPIUE 24.3.2011, *Freistaat Sachsen et Mitteldeutsche Flughafen AG (2 esp.)*, Aff. T-443/08 et T-455/08, *Contrats. Conc. Cons.* 2011. 21, note Bazex.

les nouvelles catégories d'aides non validées par la Commission. L'aide étant nécessaire pour atteindre l'équilibre sur un marché²⁸, la transparence sert à contrôler que son versement ne fausse pas la concurrence.

Dans la conception friedmanienne, le recours à la transparence cesse là où son usage réduit la compétition économique, l'asymétrie étant préférable à l'égalisation artificielle de la puissance de marché des sociétés²⁹. Chez certains néolibéraux, les obligations de transparence doivent en revanche garantir une anticipation sur le comportement des concurrents, gage d'efficacité économique³⁰.

B. L'ORGANISATION DE LA CONCURRENCE DU MARCHÉ : LA TRANSPARENCE COMME ANTICIPATION ECONOMIQUE

Plus les entités économiques sont soumises à un devoir d'information, plus elles sont perméables à la concurrence. Le marché économique se constitue ainsi dans la transparence des autorités qui le composent, et principalement publiques, d'où le développement de l'accès aux documents administratifs et de l'*open data* sur les fondements du néolibéralisme. La distribution d'informations sert à limiter les coûts de transaction sur le marché (1) ainsi que les risques encourus par les opérateurs économiques (2).

1. LA TRANSPARENCE ET LES COÛTS DE TRANSACTION

Le « théorème de Coase »³¹ cherche à démontrer l'inutilité de l'intervention de l'État à partir du critère des coûts de transaction. Ces derniers se définissent comme l'ensemble des coûts engendrés par la coordination des agents économiques sur un marché, comportant les coûts de communication et d'information, les coûts d'incitation et de surveillance, les coûts de garantie d'exécution. Selon Ronald Coase, l'intervention de l'État s'avère inutile pour les relations économiques où les coûts de transaction sont nuls et les droits de propriété bien définis et échangeables : cette intervention se justifie *a contrario*

²⁸ CJCE 16.5.2000, France c/ Ladbroke Racing, Aff. C-83/98, R. I-3271.

²⁹ Salin P., « Le mythe de la transparence imposée », *JCP E* 2003-45/46. 1800.

³⁰ Ferey S., « Anticipations rationnelles et analyse économique du droit », congres.afse.fr/docs/286893colloqueafse2008_ferey.doc.

³¹ L'expression « théorème de Coase » a été utilisée pour la première fois par l'économiste Georges Stigler à partir de l'article de Ronald Coase sur le problème du coût social paru dans *The Journal of Law and Economic*, 1960, vol. 3, p. 1 : Stigler G. J., *The Theory of Price*, New York, Macmillan and Co 1966, 3^e éd., p. 113 (trad. Camp A. et Cazenave P., *La théorie des prix*, Dunod 1980).

lorsque des coûts de transaction existent, ce qui est le cas pour tout marché³². Le droit intervient chaque fois que les frais engagés par les parties pour réaliser un échange constituent une contrainte trop excessive pour que celui-ci se produise³³. L'économiste de Chicago conçoit donc les institutions juridiques comme le moyen de réduire les coûts de transaction.

Les marchés apparaissent comme des institutions destinées à faciliter les échanges, qui génèrent des économies sur les coûts des transactions³⁴. La transparence intervient pour limiter ces coûts : Samuel Ferey l'envisage dans le droit des contrats publics en termes de coûts d'information³⁵. L'efficacité économique est réalisée lorsque les coûts de la transparence, *i.e.* la recherche du cocontractant par le biais de mesures de publicité, sont inférieurs aux coûts de coordination des agents économiques à partir des lois du marché. Ce système de coordination entre agents permet de diminuer les coûts de recherche des offres. L'acheteur public choisit la procédure adéquate pour garantir, au moindre coût, la rencontre la plus optimale entre l'offre et la demande. Chaque procédure de passation implique une variation notable du degré de transparence que le juge contrôle à l'aune d'une conception pragmatique, et non rationaliste, de l'*homo oeconomicus*³⁶. C'est la même logique de coût d'informations qui prédomine dans les usages de la transparence relatifs à la mise à disposition gratuite des données publiques, ou à l'accès aux documents administratifs. Il s'agit de coordonner les activités et d'organiser la concurrence à partir de la mise à disposition d'informations au moindre coût.

In fine, la transparence organise la concurrence, tout en garantissant l'équilibre économique par l'accès des acteurs à l'information. Elle délimite et justifie l'intervention de l'État en lui imposant de faire la preuve de l'efficacité économique de son intervention : « contrairement à une idée répandue, la nécessité de l'intervention de l'État face à un défaut de marché n'est pas établie par une loi économique de portée générale. L'intervention de l'État n'est justifiée que si ses coûts sont inférieurs à ceux des solutions alternatives pour corriger les défauts du marché, ainsi qu'aux bénéfices qui résulteront de cette

³² Stigler G. J., *La théorie du prix*, *op. cit.*, p. 113.

³³ Stigler G. J., « The Law and Economics of Public Policy : A Plea to the Scholars », *Journal of Legal Studies* 1972, vol. 1, p. 12 cité par Lanneau R., *Les fondements épistémologiques*, *op. cit.*

³⁴ Coase R. trad. Aliouat B., *L'entreprise, le marché et le droit*, Paris 2005, p. 25.

³⁵ Ferey S., *Une histoire de l'analyse économique du droit*, Bruxelles, Bruylant 2008.

³⁶ Le Conseil d'État contrôle la vigilance raisonnable des candidats à une délégation de service public pour apprécier la suffisance des mesures de publicité (CE 24.11.2010, Cne de Ramatuelle, req. n° 335703, R. 451 ; *JCP A* 2011-3, comm. Linditch).

mise en œuvre»³⁷. La transparence corrige donc les défaillances du marché et limite l'intervention de l'État à ce qui est strictement nécessaire à la concurrence.

2. LA TRANSPARENCE ET LA THEORIE DU RISQUE

De l'asymétrie d'information, il résulte un risque économique lors de l'exécution du contrat. Le cocontractant de l'administration peut ne pas avoir les moyens d'assumer ses obligations sans que l'administration soit en mesure de le savoir. C'est ce que l'on appelle le « risque moral » ou « l'aléa moral »³⁸. La personne publique n'est donc pas en mesure d'observer la non-optimalité de l'exécution du contrat, soit du fait de son incompetence, soit du fait du coût de la supervision. Ce problème recoupe la difficulté pour la personne publique d'évaluer les augmentations de prix, les paiements de travaux supplémentaires, les indemnités pour sujétions imprévues réclamées par son cocontractant. En effet, il peut s'agir d'une entreprise opportuniste qui a omis de mentionner *ex ante* certaines prestations pour obtenir le contrat, ou bien d'événements intervenus *ex post* et imprévisibles au moment de sa passation. La transparence *ex ante* et *ex post* mesure l'opportunité du choix du prestataire.

Dans la théorie des incitations³⁹, le risque est réglé en amont de l'exécution du contrat, au cours de la passation. Les obligations de transparence garantissent l'application des clauses du contrat par les parties. L'obligation d'information doit permettre une anticipation sur les comportements du cocontractant et sur les coûts de l'échange contractuel. Le Code des marchés publics encourage depuis 2001 la personne publique à une définition préalable de ses besoins. Pour compenser de telles asymétries, l'article 45 prévoit, en ce qui concerne les marchés passés sous procédures formalisées, que le pouvoir adjudicateur examine les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats au marché⁴⁰. Cette évaluation peut l'amener à écarter une candidature⁴¹, à condition que les faits reprochés soient imputables au candidat

³⁷ Lévêque F., *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte 1998, p. 116.

³⁸ Arrow K., *Théorie de l'information et des organisations*, *op. cit.*

³⁹ Sur cette théorie développée par A. Akerlof, v. Laffont J.-J. et Martimort D., *The Theory of Incentives. The Principal-Agent Model*, Princeton, Princeton University Press 2000 ; Groves T., « Incentives in Teams », *Econometrica* 1973, vol. 41, p. 617-631.

⁴⁰ CE 26.3.2008, Cte urbaine de Lyon, req. n° 303779, *R. T.* 808 ; *CMP* n° 125, note Piétri ; *RJEP* 2008-657. 14, note Moreau ; CE 29.4.2011, Garde des Sceaux, req. n° 344617, *R. T.* ; *JCP A* 9 mai 2011. 5, note Erstein.

⁴¹ CE 27.2.1987, Hôpital départemental d'Esquirol, req. n° 61402 (inédit).

exclu⁴². Cependant, le choix rationnel exige que soient prises en compte par le pouvoir adjudicateur les « garanties nouvelles offertes par cette société postérieurement » à l'application défectueuse du précédent marché⁴³.

La transparence intervient également *a posteriori* pour déceler des caractéristiques non observables *ex ante*. Ainsi l'entreprise opportuniste peut-elle être sanctionnée par l'acheteur public au cours du contrat, s'il s'avère que les informations transmises au moment de la passation étaient erronées. Le contrat doit comporter des clauses de contrôle permettant d'assurer à un coût nul l'information de la personne publique. Les cocontractants peuvent passer un contrat à marge fixe dit « *cost plus* »⁴⁴ : moyennant un coût fixe, l'administration peut observer la réalisation d'une variable aléatoire permettant de vérifier *a posteriori* les coûts annoncés. Ce mécanisme d'acquisition de l'information permet de constater que le coût réel ne correspond pas au coût annoncé, des pénalités étant dans ce cas infligées au cocontractant opportuniste⁴⁵. Le juge impose de procéder à une nouvelle procédure de passation pour toute modification substantielle intervenue au cours de l'exécution du contrat ; cette obligation garantit en aval la sincérité de l'offre⁴⁶.

Au final, la transparence néolibérale intervient de deux manières dans l'ordre juridique. D'une part, elle favorise l'accès à l'information afin de développer les échanges économiques, créer de nouveaux marchés et accroître la concurrence. D'autre part, la transparence limite les interférences de l'État, en vérifiant que son action est proportionnée aux besoins du jeu naturel du marché. Cette transparence néolibérale connaît un encodage bureaucratique qui en déforme les fondements économiques. Après avoir été un moyen de contrôle, elle fait à son tour l'objet d'un strict contrôle par la puissance publique.

II. LE NEOLIBERALISME DE LA TRANSPARENCE ADMINISTRATIVE A L'EPREUVE DE LA BUREAUCRATIE FRANÇAISE

⁴² CAA Marseille 13.6.2005, SARL Mariani Frères, req. n° 04MA00070 (inédit au *Recueil Lebon*).

⁴³ CE référé 10.11.2010, Min. de la Défense, req. n° 341132, *R. T.* 858.

⁴⁴ Vidal L., « L'économie de la répartition des risques dans les contrats : les liens entre droit et économie », in *Économie et droit du contrat administratif*, Paris, DF 2005.

⁴⁵ *Id.*, p. 69.

⁴⁶ CJCE 19.6.2008, Pressetext, *R.* I-4401 ; 13.4.2010, Wall AG c/ Francfort-sur-le-Main, Aff. C-91/08, *R.* I-02815 ; *DA* 2010-7, comm. 109, p. 25, note Noguellou.

L'acculturation du droit français à l'idéologie néolibérale s'opère non sans une certaine déformation. L'État adoptant par et pour lui-même des règles censées participer à son démantèlement, il n'est pas surprenant que la transparence soit mise au service d'une moralisation du marché. La concurrence est protégée par l'intervention de l'État, démontrant combien le marché est une construction artificielle qui nécessite une régulation publique (A). Loin d'atteindre les effets escomptés par la doctrine néolibérale, la transparence légitime la puissance publique, et s'avère indispensable à la protection de l'équilibre concurrentiel et de l'intérêt des consommateurs (B).

A. LA CONCURRENCE PAR L'ÉTAT : LA TRANSPARENCE COMME INTERVENTIONNISME ECONOMIQUE

Les usages de la transparence reposent sur une conception artificialiste de la concurrence, laquelle est construite par l'intervention publique, seule à même de garantir le bien-être des individus et l'efficacité économique. L'État, à travers la transparence, se charge de garantir les externalités négatives du marché (1). Cette conception se prolonge aujourd'hui au sein de la théorie de la régulation qui légitime l'ingérence de l'État dans les affaires économiques afin d'entraver la concentration du pouvoir par les grandes firmes (2).

1. LA TRANSPARENCE ET LA THEORIE DU BIEN-ETRE

La moralisation économique relève d'une culture interventionniste qui s'oppose directement à la pensée néolibérale fondée sur l'absolutisme de la liberté individuelle et de l'intérêt personnel. Or, l'usage de la transparence produit un contrôle des comportements sur le marché qui a pour objet d'imposer une certaine conception de la loyauté contractuelle et de la justice économique. Elle suppose un État impartial qui organise les règles de bonne concurrence. Par conséquent, la puissance publique est chargée de pallier les défaillances du marché, non pas seulement lorsque celui-ci ne tend pas vers l'efficacité économique mais, plus généralement, lorsqu'il n'est pas conforme à des valeurs collectives.

La transparence repose ici sur l'économie du bien-être, notamment développée par Arthur Pigou, et sur sa conception des externalités, lesquelles se caractérisent par le fait qu'un agent économique crée, par son activité, un effet externe en procurant à autrui, sans contrepartie monétaire, une utilité ou un avantage de façon gratuite, ou au contraire une désutilité, un dommage sans compensation⁴⁷. Selon l'économiste britannique, l'action gouvernementale apparaît comme un moyen de redresser les dysfonctionnements du système

⁴⁷ Pigou A., *The Economics of Welfare*, Londres, MacMillan 1932, 4^e éd.

économique⁴⁸, tout en admettant qu'elle est parfois sujette à l'ignorance, à la pression d'une classe ou à la corruption des individus. Cet interventionnisme lui a valu de nombreuses critiques des néolibéraux, comme Friedman ou Coase⁴⁹, qui démontrèrent que la négociation entre opérateurs économiques était plus efficace que le recours à l'État.

Nombreux sont les usages de la transparence qui relèvent de la conception pigouvienne. Les externalités sont internalisées par le biais d'une nouvelle réglementation. En matière de santé publique, la transparence réapparaît ainsi régulièrement pour contrôler le risque de conflit d'intérêts et les dangers inhérents à certains produits⁵⁰. La transparence contribue par exemple à contrôler les conflits d'intérêts au sein de la Haute autorité de santé créée par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie⁵¹. Cette autorité est chargée selon l'article L. 161-37 du Code de la sécurité sociale « d'élaborer des guides de bon usage des soins ou les recommandations de bonne pratique, procéder à leur diffusion et contribuer à l'information des professionnels de santé et du public dans ces domaines (...) ». Or, le Conseil d'État a réaffirmé la nécessité impérieuse de contrôler cette autorité et les règles de bonne pratique qu'elle élabore au regard du risque de conflit d'intérêts qu'elle peut provoquer sur le marché des soins⁵². En assainissant les comportements des acteurs par le droit, et non par le jeu naturel des prix, la transparence démontre l'incapacité du marché à s'autoréguler pour assurer à la fois la concurrence et la santé publique. La loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, adoptée consécutivement à l'affaire du Médiateur⁵³, renforce la transparence afin d'améliorer le contrôle des acteurs, d'éviter les conflits d'intérêts, et d'accroître l'évaluation des produits. La transparence se présente donc comme une forme juridico-éthique d'organisation du marché⁵⁴.

⁴⁸ *Id.*, p. 329-335.

⁴⁹ Coase R., « Le problème du coût social », in *L'entreprise, le marché et le droit*, Paris, Éd. d'Organisation 2005, p. 117 ; Friedman M., « Professor Pigou's Method for Measuring Elasticities of Demand From Budgetary Data », *The Quarterly Journal of Economics*, nov. 1935-1, vol. 50, p. 151-163.

⁵⁰ Pigou A., *Wealth and Welfare*, London, Macmillan 1912.

⁵¹ L. n° 2004-810 du 13.8.2004, relative à l'assurance maladie, *JO* 17.8.2004. 14598.

⁵² V. CE 27.4.2007, Formindep, *JCP A* 2011, act. 340 ; Villeneuve P., « Conflit d'intérêts et agence sanitaire », *JCP A* 2011, comm. 2044.

⁵³ L. n° 2011-2012 du 29.12.2011, relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, *JO* 30.12.2011. 22667.

⁵⁴ Cette logique domine également le droit des organismes génétiquement modifiés (OGM) dont la libre commercialisation sur le marché n'est pas sans externalités sur d'autres stratégies, principalement sur l'environnement et la santé des consommateurs. C'est pourquoi l'implantation des cultures d'OGM sur le territoire national a fait l'objet d'une loi tendant à renforcer la surveillance du responsable de la dissémination volontaire, du distributeur et de l'utilisateur de ces organismes

En moralisant les comportements, la transparence constitue une interférence dans le libre jeu du marché, et garantit au-delà de la concurrence la sécurité et la santé des consommateurs. Cette approche légitime l'intervention, conçue comme un moindre mal, de l'État, lequel serait suffisamment efficace et désintéressé pour internaliser les externalités produites par le marché économique.

2. LA TRANSPARENCE ET LA THEORIE DE LA REGULATION

La régulation désigne « l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimum qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre »⁵⁵. Elle se définit comme la mise en balance entre le principe de concurrence et un autre principe, a-concurrentiel, voire anticoncurrentiel⁵⁶. Elle se rattache à une théorie libérale par la présence du principe de concurrence, sans exclure l'intervention de l'État car elle suppose que la compétition économique ne suffit pas à l'organisation complète et suffisante du marché⁵⁷.

La transparence fait l'objet d'une régulation par les pouvoirs publics, notamment l'Autorité de la concurrence, afin d'éviter la capture du marché par un ou plusieurs opérateurs. Ainsi, par exemple, « une fois que le marché est conclu, la transparence des offres peut sembler souhaitable pour éviter les pratiques de favoritisme de la part de l'acheteur public (...) (ou) pour informer les entreprises de leurs défauts afin qu'elles puissent en tenir compte dans l'avenir »⁵⁸. À l'inverse, la transparence des offres avant la conclusion du contrat facilite les ententes entre les candidats. Si la notion permet de détecter les pratiques anticoncurrentielles, elle peut donc aussi les favoriser. Or, les entreprises ont l'obligation de déterminer de façon indépendante leur politique commerciale. Si elles peuvent tenir compte de l'évolution de leurs concurrents, et s'y adapter, cela ne saurait être le cas de façon coordonnée, via des contacts avec ceux-ci, réduisant l'incertitude concurrentielle⁵⁹. Cette pratique est

(L. n° 2008-595 du 25.6.2008, relative aux organismes génétiquement modifiés, *JO* 26.6.2008. 10218).

⁵⁵ du Marais B., *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz 2004, p. 3.

⁵⁶ Boyer R., *La théorie de la régulation*, Paris, La Découverte 2004.

⁵⁷ Frison-Roche M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004-2. 126. V. également, Frison-Roche M.-A. (dir.), *Les régulations économiques : Légitimité et efficacité, t. 1*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz 2004.

⁵⁸ Guézou O., « Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 135. V. Cons. conc. déc n° 01-D-60 du 10.10.2001, Marché de chauffage à Breuvage, *BOCC* du 30.10.2001, p. 198.

⁵⁹ CJCE 14.7.1972, Imperial Chemical Industries Ltd c/ Comm., *R.* I-619.

constituée par un échange d'informations entre plusieurs agents économiques créant une transparence artificielle du marché⁶⁰. Cet échange constitue l'accessoire de l'entente anticoncurrentielle⁶¹, la jurisprudence retenant cinq paramètres pour apprécier sa licéité : la nature de l'information, la fréquence et la régularité de l'échange, le caractère public ou non de l'information et sa destination, l'identification des participants et les caractéristiques du marché en termes de concentration⁶². La concurrence loyale s'oppose donc à toute prise de contact entre opérateurs économiques « ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché »⁶³.

L'intervention de l'État régulateur pour maintenir une saine concurrence s'oppose au laissez-faire néolibéral qui suppose qu'un membre de l'entente trahira nécessairement les autres pour acquérir de nouvelles parts de marché. Milton Friedman ne nie pas les dysfonctionnements du marché, mais il considère que ceux-ci ne peuvent trouver meilleur remède que dans la concurrence. Ainsi écrit-il à propos des cartels aux États-Unis que « en provoquant une hausse des prix, la création d'un cartel rend plus profitable aux outsiders leur entrée dans l'industrie. En outre, comme le nouveau prix ne peut être fixé que si les participants abaissent leur production au-dessous du niveau où ils aimeraient en fait produire au prix fixé, chacun d'eux a séparément intérêt à vendre moins cher afin d'augmenter sa production. Chacun espère évidemment que les autres s'en tiendront à l'accord. Il suffit d'un filou ou, au plus, de quelques-uns – et ce sont en réalité des bienfaiteurs publics –, pour briser le cartel »⁶⁴. Tandis que l'intérêt personnel suffit pour les néolibéraux à garantir le bon fonctionnement du marché, la théorie de la régulation postule l'intervention de l'État comme tiers impartial afin de protéger la concurrence. La transparence n'est plus un mode de contrôle de l'intervention de l'État sur le marché mais une technique de contrôle de l'État sur l'intervention des

⁶⁰ CJCE 16.12.1975, *Suiker Unie et a. c/ Comm.*, R. I-1663, pt 174 ; *TPICE* 16.12.2003, *Nederlandse federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie BV c/ Comm.*, R. II-5761. Par ailleurs, la jurisprudence exige, « outre la concertation entre les entreprises, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments » (CJCE 8.7.1999, *Comm. c/ ANIC Partecipiazoni*, R. 1999. I-4125).

⁶¹ CJCE 7.1.2004, *Aalborg Portland*, Aff. jointes C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P et C-219/00P, § 281.

⁶² CJCE 28.5.1998, *John Deere Ltd c/ Comm.*, R. 1998. I-3111 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 101, note Poillot-Peruzzetto.

⁶³ *TPICE* 27.10.1984, *John Deere c/ Comm.*, Aff. T-35/92, R. II-957 confirmé par CJCE 28.5.1998, *John Deere c/ Comm.*, Aff. C-7/95, R. I-3111.

⁶⁴ Friedman M., *Capitalisme et Liberté*, Paris, Leduc S. 2010, p. 214.

opérateurs économiques. Cette conception politico-économique débouche sur un rapprochement de la démocratie et de l'économie.

B. LA CONCURRENCE DE L'ÉTAT : LA TRANSPARENCE COMME DEMOCRATIE ECONOMIQUE

Le prisme de la transparence est éclairant pour saisir les apories du système néolibéral. L'intervention de l'État, tout en se soumettant à la libre concurrence, continue de fonctionner selon une logique administrative créant un véritable marché économique de la démocratie (1). La transparence connaît donc plusieurs lectures simultanées permettant à la fois une lecture concurrentielle et démocratique (2).

1. LA TRANSPARENCE ET LE MARCHE DE LA DEMOCRATIE

L'originalité de la transparence est qu'elle repose sur l'action publique elle-même, l'incitant à intégrer dans son propre fonctionnement l'idéal du laissez-faire. C'est à l'État de s'organiser, sous l'influence de l'Union européenne et des institutions internationales, pour répondre à la concurrence pure et parfaite. La concurrence se déploie dans et par l'État.

La démocratie administrative se présente comme un marché économique, où les règles de transparence constituent autant de concessions accordées par les agents publics pour justifier leur emprise bureaucratique et légitimer les politiques économiques. La compréhension des phénomènes politiques à travers une approche économique est l'apanage de l'école du *Public Choice* représentée par Buchanan et Tullock, dans la lignée d'Anthony Downs. Ces auteurs mettent en avant l'idée que les individus, s'exprimant au nom de l'État, agissent dans leur propre intérêt. Ce jugement justifie l'évaluation du droit et de l'État par des théories économiques, permettant de mesurer l'efficacité des procédures électives, des règles de décisions collectives, etc. La transparence s'apparenterait ici à une composante du contrat économique de Buchanan, lequel présente l'État comme une réponse du marché au besoin de biens publics. Pour Buchanan, l'État se matérialise dans un contrat constitutionnel qui se justifie à condition de produire des gains à l'échange profitant à tous les individus⁶⁵. L'État, qui remplit deux rôles distincts, occupe tout d'abord la fonction régaliennne de protection des droits exprimés par le contrat social⁶⁶, et joue surtout un rôle producteur. Les individus produisent ensuite des « contrats

⁶⁵ Buchanan J. M., *Les limites de la liberté, entre l'anarchie et le Léviathan*, Paris, Litec 1992, p. 21.

⁶⁶ *Id.*, p. 80-81.

postconstitutionnels », dans lesquels l'État devient « l'agence par l'intermédiaire de laquelle les individus s'offrent des biens publics »⁶⁷.

Concernant les données publiques, non seulement l'État intervient à son initiative pour ouvrir un nouveau marché, mais celui-ci repose sur une marchandise produite par l'État. Ces données constituent des biens publics mis à la disposition des acteurs pour développer la concurrence. On se trouve ici dans une situation originale de néolibéralisme technocratique, c'est-à-dire d'un marché économique ouvert par la technostructure de l'État ayant pour marchandise un objet directement produit par ses services. Le paradoxe de ce marché résulte, d'un côté, de la volonté de l'État de se soumettre aux règles du marché en même temps que, d'un autre côté, la pérennité dudit marché réside dans le maintien d'une administration forte susceptible de produire une information convaincante pour les opérateurs économiques. Sans administration, il n'y a plus de marché des données publiques, et les secteurs d'activités basés sur les données géographiques, généalogiques et autres ne peuvent se développer, ce qui contredit la conviction néolibérale selon laquelle la réglementation étatique cause toujours plus de préjudices que le laissez-faire⁶⁸. L'interférence publique apparaît donc nécessaire au développement économique.

Selon le site de la fondation pour la recherche sur les administrations publiques et les politiques publiques (FRAP), les données publiques représenteraient « un marché de 820 millions d'euros mais qui pourrait atteindre 1,3 milliards d'euros », ce qui « représente une source supplémentaire de revenus que les ministères désireraient ardemment capter dans un contexte de contrainte budgétaire particulièrement forte. Or, désormais, ils en ont l'opportunité »⁶⁹. Auparavant, les redevances de réutilisation incluaient une rémunération des investissements, dont une part au titre de la propriété intellectuelle. Certaines redevances envisageaient même un intéressement au chiffre d'affaires, l'arrêté du 4 août 2010 en prévoyait un à hauteur de 20% du chiffre d'affaires pour la réutilisation commerciale de la base de données comptables des collectivités du ministère des Finances. L'État fonctionnait donc comme un opérateur économique. Le coût de la redevance permettrait selon les services de l'État d'améliorer la qualité de l'information produite et les conditions de mise à disposition. Mais, dans le même temps, l'opérateur public récolte les informations au titre de ses missions de service public, financées par l'impôt, les redevances n'étant pas justifiées par un retour sur investissement. Par ailleurs, le paiement d'une redevance rompt avec le

⁶⁷ *Ibid.*, p. 80 ; v. également p. 112 s.

⁶⁸ Rand A., *Capitalism. The Unknown Ideal*, New York, New American Library 1967 (notamment le chap. « What is Capitalism ? »).

⁶⁹ « Données publiques, une nouvelle économie des services publics en débat », *La Gazette des Communes* 8.11.2011.

principe d'égalité puisqu'il exclut certains opérateurs qui n'ont pas les ressources pour acquérir les informations nécessaires au développement de leur activité. Le système de redevance renforce la concentration économique, et favorise les entreprises à fort pouvoir de marché. La démocratisation de l'administration constitue donc au départ un marché de et pour l'État. Cette conception est atténuée par le projet de loi relatif à la gratuité et aux modalités de réutilisation des informations du secteur public, qui limite fortement les exceptions au principe de gratuité.

Si la transparence ne se limite pas à un calcul coût-avantage⁷⁰, c'est parce qu'elle sert à atteindre d'autres objectifs non exclusifs de l'efficacité économique. Dans la mesure où elle constitue une intervention de la puissance publique et non un phénomène naturel du marché, son usage doit rester proportionné à l'intérêt du marché. Mais, dans une perspective néolibérale, l'État n'est pas maître de la détermination de l'ordre économique, lequel doit s'exprimer par la « main invisible » opposée chez Milton Friedman au « pied invisible » de la puissance publique⁷¹. La transparence néolibérale finit donc par légitimer l'action de l'État sur le marché. D'où la tension permanente qui existe dans les usages de la transparence. Celle-ci participe d'une démocratie économique, symbolisant tout le paradoxe de la doctrine néolibérale, puisque le droit constitue une interférence dans le marché en même temps qu'un mal nécessaire pour la concurrence et même la liberté individuelle, dès lors que la diffusion par l'État des données publiques favorise l'innovation des acteurs. Néolibéralisme et démocratie deviennent paradoxalement inextricables.

2. LA TRANSPARENCE SANS LA CONCURRENCE

La transparence comporte une profonde ambiguïté qui permet d'effectuer de tous ses usages une double lecture simultanée, démocratique et néolibérale. La plupart des lectures de la notion portent sur une approche critiquable de la démocratie administrative, sans que soient interrogées les racines de cette ouverture de l'administration. Or, si la transparence participe au développement de la connaissance et de l'entendement des citoyens, elle repose aussi sur la volonté de réduire la puissance publique.

L'ambiguïté de la transparence est donc omniprésente dans chacun de ces usages où se rejoignent toujours intérêts public et privé au point de ne pouvoir démêler ce qui relève de l'intention initiale et de l'influence finale. Ainsi, par exemple, la publicité dans les contrats publics lutte contre le délit de favoritisme, tout autant pour réduire la corruption, économiser les deniers

⁷⁰ Oppetit B., *Droit et modernité*, Paris, PUF 2000, p. 181 : « l'homme n'est pas réductible à la seule efficacité ».

⁷¹ Friedman M., *La liberté du choix*, Paris, Belfond 1980.

publics que pour s'assurer de l'efficacité économique de l'action publique. Les lois du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique⁷², qui définissent les conflits d'intérêts et exigent des élus la communication des déclarations de patrimoine et d'intérêts, garantissent que les acteurs politiques agiront moins pour satisfaire leurs intérêts personnels que l'intérêt général. Dans le même temps, la méfiance envers les élus sur laquelle reposent ces nouvelles pratiques constitue une résurgence du néolibéralisme qui perçoit l'État comme la réunion des intérêts d'une classe d'individus travaillant dans le but d'accroître ses profits.

La transparence semble toujours revenir à cette idée, chère à Milton Friedman, que le « libéral voit dans les hommes des êtres imparfaits »⁷³. La réglementation de l'État est nécessairement une réponse contestable aux défaillances du marché car elle sert les intérêts personnels des élus ou des fonctionnaires. Cette anthropologie profondément pessimiste justifie la préférence des néolibéraux pour une économie libre, visant à éviter de confier le pouvoir à des hommes plus imparfaits que les autres : « La perfection n'est pas de ce monde. Il y aura toujours de la camelote, des charlatans et des tire-laine. Mais, dans l'ensemble, la concurrence du marché, quand on la laisse fonctionner, protège le consommateur mieux que tous les mécanismes gouvernementaux venus successivement se superposer au marché »⁷⁴. Si la transparence partage cette anthropologie négative, elle y répond en favorisant l'intervention de l'État pour organiser la compétition économique, laquelle est considérée productrice d'injustices.

* *

*

In fine, la transparence correspond aux principes de l'économie néolibérale, tout en se déployant à partir d'une conception française de l'administration. Avant d'être démocratique, elle forme une équation économique juridiquement formalisée constitutive d'une rencontre originale entre néolibéralisme et bureaucratie. La transparence est donc pétrie de contradictions puisqu'elle encourage la concurrence, contribue à ouvrir de nouveaux marchés tout en renforçant et légitimant le rôle de la puissance publique, contredisant ainsi les visées néolibérales qui l'animent. Elle n'est donc pas au préalable une notion démocratique, mais une technique

⁷² LO n° 2013-906 du 11.10.2013, relative à la transparence de la vie publique ; L. n° 2013-907 du 11.10.2013, relative à la transparence de la vie publique.

⁷³ Friedman M., *Capitalisme et Liberté*, op. cit., p. 54.

⁷⁴ Friedman M. et R., *La liberté du choix*, op. cit., p. 213.

concurrentielle et un mode de gestion intégré par l'État pour redéfinir et justifier ses propres besoins. Il s'agit d'une traduction juridique d'un néolibéralisme technocratique qui reflète les orientations prises par l'État français qui, d'un côté, reste profondément attaché à sa structure bureaucratique à laquelle il intègre les méthodes du *New Public Management* pour mieux en justifier le maintien, et qui, d'un autre côté, transpose sous la pression du droit de l'Union et de la conjoncture internationale les principes néolibéraux du tout-marché. De manière paradoxale, par la transparence administrative, la doctrine néolibérale se trouve mise au service du renforcement de l'État. Il en ressort que le progrès en termes démocratiques n'est pas exclu, et l'on retrouve dans une certaine mesure l'idée néolibérale selon laquelle la concurrence maximale et l'intérêt égoïste des individus finissent par se répercuter sur le bien-être général de la société. Toutefois, la concurrence ne doit sa fortune qu'à l'existence d'un tiers régulateur chargé de remédier aux dysfonctionnements irrésistibles du marché. La transparence néolibérale dilue donc le projet radical du néolibéralisme.

NÉOLIBÉRALISME ET DILUTION DES PROCÉDÉS DE POLICE ADMINISTRATIVE SPÉCIALE. L'EXEMPLE DE LA DÉCLARATION PRÉALABLE

Par
Nicolas OCHOA
Docteur en droit public
de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Mots clés : Néolibéralisme – Police administrative.

L'influence du néolibéralisme sur le droit français se traduit, globalement, par un processus apparent de « dépublicisation »¹ dont les effets sont nettement perceptibles en matière de police administrative. Dans cette optique, cette doctrine soumet les procédés et normes de l'État à un processus de refonte et de redéploiement mû par la recherche de production de la plus grande liberté possible. Ce processus se caractérise notamment par un phénomène d'examen et de réforme méthodique, *a minima* depuis le début des années 1980, des régimes de police administrative spéciale, c'est à dire au fond des procédés par lequel le législateur entend concilier la liberté de se livrer à telle ou telle activité avec son utilité sociale. Cette évaluation publique de ces procédés de réalisation des politiques publiques obéit à deux préoccupations pragmatiques : Comment alléger les contraintes préalables pesant sur les auteurs d'activités réglementées ? Comment concilier cet allègement pour les personnes contrôlées avec a protection effective des intérêts, droits et libertés menacés par l'exercice de cette activité ?

Tout l'intérêt d'aborder le prisme de cette influence du néolibéralisme sur le droit public français par celui des procédés de police administrative spéciale

¹ Caillousse J., *infra*.

est de révéler le caractère somme toute limité de cet impact. En effet, les procédés de police administrative spéciale constituent des moyens classiques de l'action publique et, à ce titre, présentent l'intérêt de se trouver en première ligne des politiques publiques. S'ils semblent disparaître sous l'effet d'une recherche ostensible de production de davantage de liberté, il est plus exact de décrire ce phénomène comme une dilution car il conservent leur finalité classique, se contentant de l'exprimer désormais sous des formes inhabituelles en droit public.

Les questions de police administrative constituant, hors des questions convenues, une zone d'ombre du droit administratif contemporain, une précision préalable sur la notion s'impose. Une police administrative spéciale « est instituée par un texte, le plus souvent d'origine législative, encadrant, *a priori* et plus subsidiairement *a posteriori*, une activité humaine. Ce fondement législatif se justifie à raison du postulat libéral qui fonde notre société, et qui implique que toute atteinte à la liberté – telle qu'impliquant la faculté de réaliser n'importe quelle activité – se doit d'être strictement nécessaire et proportionnée à une finalité d'intérêt général². Ce texte établit un équilibre entre la liberté de se livrer à une activité spécifique et considérée par le législateur comme prolégomènes – traiter des données personnelles, acheter une arme à feu, jouer le jeu de la concurrence etc. – et le respect effectif d'autres valeurs nécessaires à la vie en société – la protection de la liberté de la personne humaine, de son intégrité physique, l'existence d'une concurrence non faussée etc.

Infléchissant le résultat prévisiblement néfaste pour la collectivité du laissez-faire, une telle police se traduit nécessairement par des procédés disciplinaires de deux ordres. Premièrement, ces textes énoncent des limitations préalables à l'exercice de la liberté encadrée : obligations déclaratives, nécessité d'obtenir une autorisation, voire interdiction pure et simple de se livrer à tel pan de cette activité. Deuxièmement, ces restrictions textuelles s'accompagnent du rôle d'autorités de police administrative spéciale chargées de les faire respecter. (...). Elles disposent de pouvoirs exorbitants du droit commun, d'une part en étant destinataires des formalités préalables déjà évoquées, mais aussi et d'autre part pour prendre des mesures administratives afin de prévenir l'atteinte à l'équilibre posé par le législateur – bref faire cesser un trouble prévisible à l'ordre public spécial »³.

² DDHC, art. 5 : « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

³ Ochoa N., « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA* 2015-6. 1158-1159.

Il résulte donc de ce qui précède que l'étendue de la notion de police administrative spéciale en droit positif est inversement proportionnelle à la rareté de son étude en doctrine⁴ : un peu comme les possessions territoriales espagnoles du temps de Charles Quint, le soleil ne se couche jamais sur l'empire de ce type de police car elle concerne « toute réglementation d'une activité avec adjonction de procédés disciplinaires formels (les formalités préalables) et matériels (les moyens coercitifs). En font donc partie les polices de la concurrence, de la consommation, de la propriété intellectuelle dans une certaine mesure depuis la loi HADOPI, l'audiovisuel, de l'environnement, de l'urbanisme, de la bourse etc. – tout ce qui d'une façon ou d'une autre est saisi ou peut être intuitivement compris comme une « régulation »⁵.

Au sein de cette notion de police administrative spéciale, la déclaration préalable prend place comme l'une des mesures disciplinaires visant à rendre effectif l'équilibre prescrit par le législateur – l'ordre public spécial de la loi de police. Le régime de la déclaration préalable est considéré comme une « modalité particulière d'aménagement des libertés publiques : le législateur subordonne l'exercice d'une liberté à l'accomplissement d'une démarche près de l'autorité publique à laquelle le particulier fait connaître l'action projetée »⁶. Ce procédé est le moins contraignant qui soit dans ce type de régime car il se définit comme une obligation d'information à l'autorité de police, préalablement à l'exercice de l'activité considérée. À cet égard, au sein d'autres procédés plus restrictifs d'aménagement des libertés publiques comme l'interdiction ou l'autorisation, la déclaration préalable se distingue par deux caractéristiques essentielles : son innocuité sur l'exercice réel par son titulaire de la liberté réglementée, qui ne l'empêche pas *a priori* mais la met sous surveillance de l'autorité de police, soumettant ainsi une activité *a priori* privée à une visibilité minimale par la société (le caractère bénin de la restriction de liberté nous renseigne alors sur le caractère peu dangereux, au yeux du législateur, de cette portion de l'activité réglementée⁷) ; la finalité assez limitée d'un tel procédé, qui ne vise au fond qu'à informer l'autorité de police administrative spécial d'un éventuel trouble à l'ordre public spécial. Au final, la déclaration préalable constitue juste un mécanisme ouvrant à l'État des

⁴ Picard É., *La notion de police administrative*, 2 vol., Paris, LGDJ 1984 ; Maillard Desgrees du Lou D., *Police générale, polices spéciales (Recherche sur la spécificité des polices générale et spéciale)*, 2 vol., thèse, Rennes 1988.

⁵ Ochoa N., *op. cit.*, p. 1159.

⁶ Ligneau P., « Le procédé de la déclaration préalable », *RDP* 1976. 681.

⁷ V., par ex., l'obligation, dans la police de l'urbanisme, définie à l'article R. 421-17 du code éponyme, soumettant à une telle obligation de déclaration les travaux et changements de destination sur des constructions existantes. Pour illustrer l'innocuité *a priori* de ce genre d'activités, précisons que la construction d'un abri de jardin relève d'une telle obligation...

possibilités d'action. Ne constituant qu'une opération d'information préalable à toute action éventuelle, son rôle est nécessairement modeste, même dans la seule présentation classique de la police administrative.

Tout l'intérêt d'étudier ce mécanisme le plus ordinaire des procédés de police administrative spéciale tient à ce que ses évolutions récentes sont révélatrices de l'influence réelle du néolibéralisme sur le droit public français. En effet, il est possible d'observer en apparence un recul de ce procédé de police, une dilution des procédés de déclaration préalable, ce dont l'on pourrait déduire un désinvestissement de l'État de certaines de ses fonctions, et en apparence seulement. Une telle thèse est a priori séduisante, au regard du contexte général d'évolution de cette fonction de contrôle (I). Mais cette évolution ne signifie pas la disparition de la fonction de contrôle, simplement sa dilution et son redéploiement. Dans une logique d'efficacité, elle se trouve alors de plus en plus externalisée, de l'État vers la société civile (II).

I. LA DEREGLEMENTATION, PROCESSUS DE LIBERALISATION DES ACTIVITES DE POLICE ADMINISTRATIVE SPECIALE

L'influence du néolibéralisme sur les régimes de police administrative spéciale doit être au préalable précisée et relativisée (A). Cette doctrine apparaît alors en France comme ayant une portée limitée aux procédés et non aux finalités de ces régimes (B).

A. LA PORTEE NECESSAIREMENT LIMITEE DE L'INFLUENCE NEOLIBERALE EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Cette portée se trouve par définition limitée, d'une part, par l'impossible définition d'une doctrine unique du néolibéralisme, d'autre part, par l'aspect paradoxal qu'il tend à revêtir en droit public et, enfin, parce que son influence se trouve étroitement bornée par des intérêts contradictoires et pragmatiques s'imposant à l'État français.

Premièrement, il ne peut être apportée de définition claire à la notion de néolibéralisme à raison de la diversité extrême de ses acceptions. *A priori*, le néolibéralisme n'est pas le libéralisme. Si différence il doit y avoir entre les deux (ce dont nous ne sommes personnellement pas certain), cela doit tenir à ce que le néolibéralisme se présente comme une version renouvelée du libéralisme, comme un retour aux sources. Si le libéralisme peut être ordinairement compris comme une doctrine visant à produire de la liberté dans l'optique d'une gestion politique et économique harmonieuse de la société, la

plus-value du préfixe « néo » ne peut à notre sens se trouver que dans l'idée d'une certaine amélioration. Et selon nous, ce qui caractérise cette nouveauté, c'est le fait que le néolibéralisme cherche, comme son prédécesseur, à produire de la liberté, mais dans une approche davantage critique et raisonnée, en n'excluant pas des nuances pour éviter ce que les économistes appellent des « externalités négatives ».

Cette recherche de production de la liberté – aussi forte et diversement soutenue qu'elle puisse être – ne peut donc se traduire par un désinvestissement pur et simple de l'État de la sphère des activités qu'il administrait autrefois plus directement.

Deuxièmement, le droit se fait écho d'une telle influence néolibérale, dont certains commentateurs ont très tôt relevé le caractère paradoxal. Cette évolution contemporaine du droit, sous l'influence de ce courant de pensée, a été repérée dès 1982 par le professeur Paul Amselek, qui en isolait deux données générales : « la première, c'est le paradoxe sur lequel repose l'exercice du Pouvoir dans ces sociétés "libérales avancées" (...), – paradoxe puisque, d'un côté, on veut maintenir le ressort de la libre initiative des individus mais que, d'un autre côté, on assigne aux autorités publiques, par-delà leur mission traditionnelle de gendarmes, celle de promoteurs du bien-être des citoyens. La seconde donnée, c'est la crise générale de l'autorité qui secoue ces sociétés et qui affecte en particulier l'autorité des pouvoirs publics ». Ces deux éléments permettaient pour cet auteur de constater l'existence d'un processus d'« adaptation de la technique juridique, plus précisément au développement de nouvelles formes appropriées de la technique juridique »⁸. Plus spécifiquement, une des conséquences de cette évolution est, selon lui, le « développement de la direction juridique non autoritaire des conduites »⁹, ce qui implique un désintérêt apparent pour les procédés impératifs du droit public et une mise en valeur corrélatrice des procédés de droit privé, voire de « droit souple ». Cette recherche de liberté caractéristique du néolibéralisme implique donc de concilier des intérêts contradictoires, ce qui implique une mutation du droit public davantage au niveau de ses procédés que de ses fins.

Troisièmement, le développement des effets du néolibéralisme ne peut être imputable uniquement à un phénomène de contagion idéologique d'une doctrine bien constituée. La diversité des courants et écoles de pensée qui s'en réclament empêche en effet, de pouvoir y déceler une doctrine unique. Dans ces conditions, si le néolibéralisme tend à exercer un impact croissant sur le droit public français – en le soumettant à un processus de désinvestissement apparent de l'État de sa sphère d'activité –, c'est à mon sens moins pour des raisons idéologiques que pragmatiques. En effet, son influence n'est sensible

⁸ Amselek P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDJ*, 1982, p. 288. p. 285.

⁹ *Id.*, p. 287.

que pour autant qu'elle se coule dans le moule d'une évolution plus générale imposant à l'État français des contraintes contradictoires, descriptibles comme un effet ciseau : d'une part, l'objectif de maîtrise de la dépense publique, désormais doté d'une portée sensément contraignante depuis l'adoption du Traité européen sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance (TSCG) du 2 mars 2012, constitue une incitation très pragmatique à la recherche d'efficacité de l'action de l'État ; d'autre part, cette logique de discipline financière qui tend à imprégner le droit public financier français depuis la LOLF ne dédouane pas pour autant l'État de l'obligation de protéger certains droits, libertés ou intérêts jugés nécessaires à la vie en société. En effet, non seulement l'opportunité de les protéger lui échappe avec le double mouvement de constitutionnalisation et d'internationalisation des droits fondamentaux mais une telle protection se doit de plus en plus d'être effective (art. 16 de la DDHC, obligations positives en droit européen, etc.).

B. UNE PORTEE LIMITEE AUX PROCEDES ET NON AUX FINALITES DE L'ACTION PUBLIQUE

L'action de l'État est alors canalisée dans une voie étroite balisée, d'une part, par l'injonction de l'efficacité, d'autre part, par l'obligation de protection effective des droits et libertés fondamentales. Sa seule marge de manœuvre réside alors non plus tant dans le choix des finalités à assurer que dans le procédé de leur mise en œuvre. L'influence du néolibéralisme sur le droit public français doit donc être défini comme un processus imposant à l'État un désinvestissement de certaines de ses activités, désinvestissement qui doit être perçu comme limité non pas aux fins mais aux moyens de l'action publique.

Une telle influence se traduit par les diverses mesures, survenant régulièrement depuis plus de 15 ans, relatives à la simplification administrative. Dans leur ensemble, ces dispositions visent à alléger les régimes existants de police administrative spéciale, ce qui se traduit par la suppression de certaines interdictions, de certaines autorisations préalables, par exemple remplacés par des régimes déclaratifs, ou par la disparition pure et simple d'obligations déclaratives¹⁰. Hors du champ des instruments relatifs à des politiques générales de simplification administrative, il est possible d'observer de telles opérations de déréglementation dans des domaines plus techniques, comme par exemple le droit de la concurrence¹¹, le droit de la santé agroalimentaire¹² ou le droit des données personnelles¹³.

¹⁰ Pour un exemple très récent, v. ord. n° 2015-1682 du 17.12.2015, portant simplification de certains régimes d'autorisation préalable et de déclaration des entreprises et des professionnels.

¹¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en

Un exemple récent, l'article 10 de la loi n° 2004-1370 du 20 décembre 2004 (dite « Macron »), est révélateur de ce paradoxe de l'influence néolibérale sur le droit public, qui n'impacte les polices administratives spéciales qu'au niveau de leurs procédés, non de leurs finalités. En effet, il énonce que « dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution et aux fins d'alléger les contraintes pesant sur les entreprises, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi aux fins de *supprimer ou de simplifier les régimes d'autorisation préalable et de déclaration* auxquels sont soumis les entreprises et les professionnels dans le cadre de l'exercice de leur activité, de remplacer certains de ces régimes d'autorisation préalable par des régimes déclaratifs et de définir, dans ce cadre, des possibilités d'opposition de l'administration, des modalités de contrôle *a posteriori* et des sanctions éventuelles, *tout en préservant les exigences de garantie des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la santé publique, ainsi que de protection des personnes et des données à caractère personnel* »¹⁴ (souligné par nous).

L'objet d'une telle politique est alors double : produire plus de liberté mais sans pour autant faire baisser le niveau de sécurité apporté par ces réglementations à certains droits, intérêts et libertés nécessaires à la vie en société. C'est en ce sens que l'on peut parler de néolibéralisme plus que de libéralisme : tout n'est pas sacrifié à la production de liberté, les effets antisociaux de l'exercice de cette liberté sont pris en compte.

À ce stade, une question se pose : comment une telle politique générale se traduit-elle concrètement en droit positif ? En apparence seulement, par une suppression de certains procédés de police administrative spéciale, et notamment ceux de déclaration préalable. En réalité, en décomposant la fonction de ce procédé, il est davantage permis d'en voir une dilution, voir une gazéification : la fonction demeure la même, elle se contente de revêtir une forme inusitée.

œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

¹² V. le « paquet hygiène », regroupant un ensemble de six règlements du Parlement européen et du Conseil adoptés entre 2002 et 2005 : règlement CE n° 178/2002, établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire ; règlement CE n° 852/2004, relatif à l'hygiène des denrées alimentaires, règlement CE n° 853/2004, relatif aux denrées d'origine animale ; règlement CE n° 854/2004, relatif aux contrôles officiels ; règlement CE n° 183/2005, établissant des exigences en matière d'hygiène des aliments pour animaux.

¹³ Dir. 95/46/CE du 24.10.1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁴ L. n° 2014-1545 du 20.12.2014, relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

II. LA DILUTION DE LA DECLARATION PREALABLE, FORME PRIVILEGIEE PRISE PAR CE PROCESSUS DE LIBERALISATION

Rappelons au préalable que dans une acception assez classique des régimes de police administrative spéciale, « il y a régime de la déclaration préalable lorsque la législation dispose que la ou les personnes désireuses d'exercer une liberté publique doivent porter à la connaissance de la puissance publique certaines informations concernant l'exercice de cette liberté, bien qu'aucune autorisation ne soit juridiquement nécessaire »¹⁵. Or, il est aujourd'hui devenu impossible d'identifier le procédé de la déclaration préalable à cette forme classique, qui se trouve ordinairement présentée dans les manuels de droit administratif ou de libertés publiques. Dans ce contexte, il est ordinairement dépeint comme un obligation d'information formalisée par l'envoi d'un formulaire ou d'un dossier papier à une administration, en vue de porter à sa connaissance les caractéristiques de l'action envisagée dans le cadre de l'activité réglementée idoine, afin pour la personne publique de pouvoir prévenir un éventuel trouble à l'ordre public spécial.

En apparence, ce type de procédé tend à disparaître, alors qu'en réalité, il innerve un nombre croissant d'opérations juridiques de plus en plus banales. Pour aller au delà de l'apparence, il faut concevoir le procédé de déclaration préalable dans sa finalité, et non dans son procédé originel de la déclaration papier. Dans trois cas, il est possible de repérer un remplacement plus ou moins marqué des anciennes procédures de déclaration papier par des procédés plus souples et *a priori* plus efficaces, ayant une finalité identique au moyen de formes inusitées ou exotiques en droit public. Dans ces trois hypothèses, la fonction du procédé déclaratif mais ce dernier est rendu plus ou moins méconnaissable à raison d'une modification du lien entre l'auteur de la déclaration préalable et son récipiendaire. Alors qu'autrefois, ce lien était essentiellement direct, impliquant de l'auteur de l'activité qu'il effectue lui-même directement sa déclaration à une autorité publique, ce lien apparaît aujourd'hui de plus en plus distendu, soit par indétermination (A), privatisation (B) ou même déconnexion totale (C).

A. LA DILUTION PAR INDETERMINATION DES DESTINATAIRES DE LA DECLARATION PREALABLE

Ce premier cas de mutation de ce procédé de police administrative spéciale est déjà assez ancien, mais il tend à se généraliser du fait de l'influence du

¹⁵ Martin P.-M., *op. cit.*, p. 438.

néolibéralisme. C'est le cas de la publication des déclarations préalables. Dans cette hypothèse, la relation classique de communication individuelle effectuée par le titulaire de la liberté réglementée à l'autorité de police administrative spéciale se double d'un procédé permettant également l'information de tout tiers intéressé.

L'intérêt du recours à ce procédé est qu'il permet d'améliorer le contrôle de la licéité de l'activité réglementée en permettant une redondance dans les auteurs du contrôle, qui ne se limitent plus alors à la seule autorité de police administrative spéciale récipiendaire de la déclaration, mais s'étendent à tous les tiers prenant connaissance des caractéristiques de l'exercice de la liberté, par affichage public ou information contractuelles.

Une telle redondance se justifie à raison de l'innocuité prévisible des activités soumises par le législateur à simple déclaration préalable. Elle n'implique alors, prévisiblement, qu'une attention souple, si ce n'est relâchée, de la part des services de contrôles de l'État qui y sont associés, ne serait-ce que parfois à raison du nombre très élevé de ces activités réglementées. Le fait de rendre public ce contenu autrefois purement privé de la déclaration permet alors de redoubler ce contrôle public d'un contrôle effectué par les tiers, par la voie du recours juridictionnel le cas échéant.

L'information destinée à permettre aux tiers intéressés de se faire une idée sur la licéité de l'activité exercée peut se faire par deux procédés, l'un classique en droit public – l'affichage –, l'autre relevant du droit privé – la clause d'information contractuelle.

Dans un premier temps, relèvent à titre d'exemple de ce premier procédé les polices de l'association et de l'urbanisme. Ainsi, au terme de l'article 2 de la loi du 1^{er} juillet 1901, relative à la liberté d'association, « les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5 ». Or, ce dernier article implique que la déclaration préalable sur les caractéristiques essentielles de l'association soit réalisée en préfecture mais, également, par insertion au Journal Officiel. L'esprit est le même en droit de l'urbanisme, où existe la déclaration préalable de travaux, pour les modifications de faible ampleur des constructions existantes¹⁶. Si cette déclaration doit être adressée à l'autorité de police spéciale qu'est le Maire, ce dernier a l'obligation d'en afficher en mairie, pendant un délai de quinze jours, un extrait portant sur les caractéristiques essentielles de ces travaux de faible ampleur¹⁷. Une déclaration préalable en cette matière peut également devoir « être affichée sur le terrain, de manière visible de l'extérieur, par les soins de son bénéficiaire, dès la notification de l'arrêté ou dès la date à

¹⁶ Code de l'urbanisme, art. R. 421-17.

¹⁷ Code de l'urbanisme, art. R. 423-6.

laquelle le permis tacite ou la décision de non-opposition à la déclaration préalable est acquis et pendant toute la durée du chantier »¹⁸.

Dans un second temps, l'évasement de la déclaration préalable tient dans l'extension de cette obligation auprès des personnes susceptibles d'être affectées par l'exercice de cette liberté. Ainsi pèse sur l'auteur d'un traitement de données personnelles une obligation d'information préalable non seulement de la CNIL¹⁹ mais, également et de manière plus novatrice, de la personne fichée²⁰. Une telle information préalable et à la demande de la personne remplit alors les mêmes fonctions qu'un procédé de déclaration préalable « classique », dans la mesure où il permet de porter à la connaissance de la personne intéressée des informations lui permettant ou pas d'intervenir pour protéger ses intérêts. Un tel prolongement sur le terrain contractuel de la déclaration préalable, par le jeu des clauses d'information obligatoires, est par ailleurs connu dans d'autres polices, comme celle des installations classées pour la protection de l'environnement²¹.

Or, de telles obligations d'information personnalisées sont connues de longue date en droit des contrats. Plus précisément, de telles obligations se sont considérablement développées en matière d'encadrement de la liberté contractuelle²². La soumission à de telles obligations peut avoir pour origine certaines exigences jurisprudentielles mais, lorsque ces prescriptions sont imposées par la loi, comment ne pas y voir, à l'instar du droit des données personnelles, un évasement de la procédure de déclaration préalable ?

B. LA DILUTION PAR PRIVATISATION DES DESTINATAIRES DE LA DECLARATION PREALABLE

¹⁸ Code de l'urbanisme, art. R. 424-15.

¹⁹ L. n° 78-17 du 6.1.1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 22 et 23.

²⁰ *Id.*, art. 32.

²¹ Code de l'environnement, art. L514-20 : « lorsqu'une installation soumise à autorisation ou à enregistrement a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation. Si le vendeur est l'exploitant de l'installation, il indique également par écrit à l'acheteur si son activité a entraîné la manipulation ou le stockage de substances chimiques ou radioactives. L'acte de vente atteste de l'accomplissement de cette formalité. À défaut, l'acheteur a le choix de poursuivre la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix ; il peut aussi demander la remise en état du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette remise en état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente ».

²² Sur cette question, v. de manière générale Fabre-Magnan M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse, LGDJ 1992.

Il s'agit là d'une logique d'efficience en cours de développement en droit des données personnelles. Elle se caractérise par un report de tout ou partie du travail du contrôleur sur la personne contrôlée. L'intérêt du développement de ce contrôle capillaire est bien évidemment financier pour l'État, qui escompte alors, par une telle stratégie, externaliser une partie croissante de sa fonction de contrôle de police sur les contrôlés eux même.

En effet, dans le cadre du droit existant, l'institution du Correspondant Informatique et Libertés (ci-après « CIL ») ne correspond ni plus ni moins qu'à un procédé de privatisation des obligations déclaratives²³. Il ne saurait constituer « un simple correspondant de la CNIL mais il exercerait par une délégation implicite certains des pouvoirs de contrôle qui lui incombent »²⁴. En droit français, ce procédé, importé du droit allemand, a fait son apparition avec la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, transposant la directive 95/46 du 24 octobre 1995. Cette dernière prévoit dans son article 18, 2 la possibilité pour les États membres, au titre de la simplification de la notification préalable²⁵, de décharger le responsable du traitement d'une partie de ses obligations déclaratives s'il désigne un « détaché à la protection des données à caractère personnelles ».

Dans le cadre juridique actuellement en vigueur, la nomination d'un CIL au sein d'une institution publique ou privée est optionnelle. Elle n'en demeure pas moins intéressante pour les auteurs de traitements de données dans la mesure où une telle nomination entraîne, au terme de l'article 22 de la loi dite « informatique et libertés », la dispense d'une partie significative des obligations de déclaration préalable²⁶.

Cette première forme de privatisation de la fonction déclarative de la CNIL – autorité de police administrative spéciale – a vocation à être notablement étendue et systématisée dans la proposition de règlement de janvier 2012. Dans une optique de recherche d'efficience systématique de l'action publique, le considérant 70 du projet proposé énonce clairement que : « la directive 95/46/CE prévoyait une obligation générale de notifier les traitements de données à caractère personnel aux autorités de contrôle. Or cette obligation génère une charge administrative et financière, sans pour autant avoir véritablement amélioré la protection des données. En conséquence, l'obligation générale de notification devrait être supprimée et remplacée par des procédures

²³ Collet M., « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « post-moderne » », in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, p. 145.

²⁴ Braibant G., *Données personnelles et société de l'information. Rapport au Premier ministre*, Paris, DF 1998, p. 104.

²⁵ L'expression, propre au droit de l'UE, ne doit pas tromper : elle ne désigne rien d'autre que ce qui est connu en droit public français comme la procédure de déclaration préalable.

²⁶ L. n° 78-17 du 6.1.1978, dans sa version actuellement en vigueur, art. 22.

et des mécanismes efficaces ciblant plutôt les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers pour les droits et libertés des personnes concernées, du fait de leur nature, de leur portée ou de leur finalité »²⁷.

C. LA DILUTION PAR DECONNEXION ENTRE L'AUTEUR DE LA DECLARATION ET L'AUTEUR DES ACTIVITES REGLEMENTEES

Classiquement, il revient à la personne qui exerce une activité réglementée d'informer directement l'autorité de police administrative spéciale des caractéristiques essentielles de cette activité. Mais pour un ensemble de raisons, qui peuvent tenir à l'étourderie tout comme à l'ignorance de l'existence même d'une telle obligation, l'obligation de déclaration préalable est facilement oubliable, et ce d'autant plus que les sanctions administratives ou pénales en la matière sont généralement d'un faible montant financier. Cela implique alors concrètement qu'il existe un grand nombre d'exercice de libertés publiques potentiellement contraires à l'ordre public spécial idoine énoncé par le législateur, sans que l'autorité de police administrative spéciale y afférente ne le sache. *A fortiori*, n'étant pas informé de tels comportements illicites, elle ne peut intervenir pour assurer le respect de l'équilibre énoncé par le législateur.

Pour faire face à ce types de difficultés, la solution adoptée est la même que dans le premier cas de figure évoqué *supra* : le législateur encourage une redondance du contrôle en privatisant la déclaration préalable. Mais à la différence du premier cas de figure, le législateur a cherché à ce que cette information prévisiblement potentiellement défailante de l'autorité de police administrative spéciale, normalement réalisée par la déclaration préalable, soit compensée autrement.

La solution imaginée a de quoi choquer en France, au regard du contexte historique de la deuxième guerre mondiale. Elle a été imaginée au regard des expériences réalisées dans un État ne connaissant pas ce traumatisme historique : les États-Unis. Elle consiste ni plus ni moins qu'à instaurer des procédés appelés outre-Atlantique d'« alerte éthique », ce que nous appellerions en bon français de la délation. Il ne s'agit alors ni plus ni moins que de déconnecter l'opération de déclaration préalable de la personne à l'origine de l'activité soumise à contrôle. Cette dernière n'en reste pas moins soumise à une telle obligation, mais la possibilité ouverte en droit à n'importe quelle autre personne d'informer l'autorité de police spéciale sur les

²⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 2012, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final, p. 32.

caractéristiques essentielles de l'activité effectivement exercée permet d'assurer la fonction même de la déclaration préalable.

Deux exemples en droit positif illustrent une telle évolution des procédés de déclaration préalable : la procédure de clémence en droit européen de la concurrence et la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013, sur les lanceurs d'alerte.

La politique de clémence consiste en une prime à la délation en matières d'atteintes au droit de la concurrence, organisée par la Commission européenne depuis 1996. Elle a pour but de pallier la carence de déclaration préalable aux autorités de police de la concurrence de certaines ententes. En effet, « par leur nature même, les ententes secrètes sont souvent difficiles à détecter et à instruire sans la coopération des entreprises ou des personnes qui y sont impliquées. Aussi la Commission considère-t-elle qu'il est de l'intérêt de l'Union de récompenser les entreprises participant à ce type d'ententes illégales qui souhaitent reconnaître leur participation et y mettre fin et coopérer à l'enquête de la Commission, indépendamment des autres entreprises impliquées dans l'entente »²⁸.

Plus récemment et, de manière générale, une telle solution a été généralisée par le législateur français, par la loi précitée du 16 avril 2013 encadrant les lanceurs d'alerte en matière de santé et d'environnement. Cette loi, dont l'objet est explicitement de constituer une source d'information supplémentaire pour les autorités publiques, constitue un exemple extrême, et aux conséquences sociales encore mal identifiées, de déconnexion entre l'auteur de la déclaration et l'auteur des activités réglementées²⁹.

* *

*

La « dépublicisation » que semble infliger le néolibéralisme au procédé de la déclaration préalable n'est qu'apparente. Au-delà de la mutation de ce procédé classique sous des formes parfois inattendues, sa fonction demeure la même ; elle n'en est que moins visible.

L'analyse de cet exemple précis de la déclaration préalable invite alors à élargir le propos, pour rappeler une idée déjà ancienne au terme de laquelle le

²⁸ Règlement (UE) 2015/1348 de la Commission du 3 août 2015 portant modification du règlement (CE) n° 773/2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, *JO L* 208/3 du 5.8.2015, préambule, §3.

²⁹ L. n° 2013-316 du 16.4.2013, relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte. Sur les enjeux et la genèse du procédé même du lanceur d'alerte en droit français, v. Dupisson M., *Le droit d'alerter*, thèse, Nantes 2013.

néolibéralisme ne consiste pas en un désinvestissement de l'État à l'égard de la société civile, mais en un investissement sous une forme plus efficiente. En effet, pour Michel Foucault, cette doctrine aboutit au passage progressif d'une fonction étatique de contrôle, d'exocontrôle, à une société de surveillance, d'endocontrôle³⁰. La déréglementation apportée en droit par le néolibéralisme n'est peut être au fond pas si anodine qu'elle en a l'air. À cet égard, le professeur Jacques Chevalier en a précisément décrit l'intérêt opérationnel : « la réglementation autoritaire, pesante et formaliste comporte en effet bien des inconvénients et son application est entravée par de nombreux obstacles : par son uniformité, elle s'adapte mal à la diversité des situations ; par sa stabilité, elle est rapidement frappée d'obsolescence ; par son aspect coercitif, elle suscite des réactions de passivité et de fuite (...). La déréglementation apparaît dans cette optique comme un vecteur de promotion de procédés plus subtils et peut être plus insidieux de contrôle des comportements »³¹.

³⁰ De manière générale, v. Foucault M., *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil 2004 ; *Sécurité, territoire, population*, Gallimard-Seuil 2004. Pour le lien entre la logique de cet auteur et la notion de police administrative spéciale, v. Ochoa N., « La Cour des comptes, autorité administrative indépendante. Pour une lecture administrativiste du droit de la comptabilité publique », *RFDA* 2015-4. 846-847.

³¹ Chevallier J., « Les enjeux de la déréglementation », *RDP* 1987. 290.

LE JUGE ADMINISTRATIF ET LE NÉOLIBÉRALISME

Par

Guy QUINTANE

Doyen honoraire de la Faculté de droit,
des sciences économiques et de gestion de Rouen

Mots clés : Néolibéralisme – Ultralibéralisme – État de droit – Justice administrative
– Individualisme – Communautarisme.

Tout homme baigné dans un monde sorti de la religion ne peut y déployer son activité sans inscrire celle-ci dans un cadre idéologique, autrement dit sans adhérer, de manière plus ou moins explicite, à un système de représentations constitué des éléments fondamentaux, et notamment des valeurs qui, en quelque sorte, donnent sens à ce monde. Les normes qui s’y forment et s’y déploient en sont naturellement des marqueurs affirmés. Tel est le cas des normes juridiques. Pour s’en tenir à celles qui constituent le droit administratif Jacques Chevallier note ainsi que « l’idéologie est partout présente dans le jeu du droit administratif : c’est d’elle que provient le scintillement de ses concepts, le miroitement de ses effets »¹, étant précisé, comme le relève l’auteur que, « par son essence même, le droit constitue en réalité un moyen incomparable d’inculcation idéologique »².

Si les propositions idéologiques sont le plus souvent plurielles, il semble difficile de nier le poids qu’occupe dans une société donnée une idéologie, qu’en quelque sorte on pourrait qualifier de dominante.

Dans les démocraties occidentales, tel est le cas depuis quelques siècles de celle constitutive du modèle libéral en tant que système de représentations dont l’influence sur les institutions, au nombre desquelles figure le juge, est indéniable.

¹ « Les fondements idéologiques du droit administratif », in « Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général », PUF 1979, p. 31.

² *Id.*, p. 53.

Encore faut-il que l'on puisse identifier précisément les traits constitutifs dont il est question. Il y a en effet plusieurs libéralismes, dont les identifiants peuvent être éloignés les uns des autres, même si parmi ceux-ci, un au moins est commun à tous, et concerne tout particulièrement le juge : celui qui se reconnaît au fait que toute société qui se réclame de l'idéologie libérale se dote d'un État soumis au droit, autrement dit d'un État dans lequel le pouvoir politique soumet l'essentiel de ses décisions à un contrôle juridictionnel. Évoquant la relation entre le libéralisme et la juridiction administrative sous un tel angle, Danièle Lochak note ainsi que « considérée sous cet aspect, la juridiction administrative apparaît bien comme une institution libérale »³. Mais le modèle libéral traditionnel se définit aussi à partir d'autres critères, qui en sont au moins autant les marqueurs que ne l'est celui de l'organisation d'un État de droit, dès lors qu'ils sont en quelque sorte, en amont par rapport à ce dispositif organisationnel. On veut parler ici de l'importance que ce mode d'agencement des relations sociales accorde à la liberté du sujet, au sens ici de « liberté des modernes », et dans le prolongement de celle-ci, à la proposition d'un modèle d'interactions sociales insistant sur la place que le marché y occupe. Le juge administratif a, sans doute depuis la création de la juridiction administrative moderne au début de la III^e République, été un promoteur de cette conception essentielle pour singulariser le libéralisme – que l'on songe par exemple au droit de la police ou à celui de la liberté du commerce et de l'industrie, au droit des mesures d'urgence et tout particulièrement à celui qui mobilise le référé-liberté. Finalement il semble qu'il n'est guère difficile de défendre la thèse selon laquelle le juge administratif a, si ce n'est au cours des périodes sombres de l'histoire de la République, toujours marqué son attachement à la cause du libéralisme, un libéralisme conforme à ce qu'en était la conception dominante depuis surtout le début du XX^e siècle, qualifié souvent de libéralisme « social », ou pour reprendre ici l'expression de Catherine Audard, de libéralisme « « républicain »⁴. C'est sur la base de cette conception, dont on sait ce qu'elle doit à la sociologie, voire au keynésianisme, furent édifiées les grandes constructions de la jurisprudence administrative, de sa naissance au tournant des années 1980.

A cette époque sont apparues sur le devant de la scène sociale de nouvelles propositions invoquant leur rattachement au libéralisme, qu'on finira, pour les distinguer de la forme précitée, par qualifier indistinctement de néolibéralisme ou d'ultralibéralisme. Catherine Audard résume leurs traits en disant qu'elles font « de la liberté une fin en soi (et) de la prospérité et des mécanismes de marché un dogme »⁵.

³ *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ 1972.

⁴ *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Gallimard 2009, p. 274.

⁵ *Id.*, p. 396.

Cette dogmatique modifie si profondément la version longtemps dominante du libéralisme, qu'elle put être considérée comme une « véritable anomalie » et même « un membre illégitime de la famille libérale »⁶.

Elle ne pouvait pas dès lors ne pas interpeller le Conseil d'État. S'il serait sans doute excessif de voir dans celui-ci un propagandiste de ces thèses, il est difficile de nier qu'il va les entendre, et parfois même précéder le détenteur du pouvoir politique pour diffuser certaines de leurs conceptions du monde, en donnant au droit administratif des orientations qui semblent parfaitement en phase avec celles-ci. Il va le faire à partir de la question de la liberté du sujet et, plus généralement, d'une nouvelle conception de l'ordre social (I). Dans le même temps, adhérant aux propositions d'une nouvelle approche de la normativité et du principe de légalité qui doit beaucoup aux thèses néolibérales, il va modifier l'ordonnement et les marqueurs du droit (II).

I. UNE NOUVELLE CONCEPTION DE L'ORDRE SOCIAL

Le juge administratif semble aujourd'hui adhérer au système de croyances et de valeurs constitutives de l'idéologie du modèle néolibéral. En témoigne sa défense d'une forme de subjectivation de l'administré modifiant profondément la conception longtemps dominante de l'ordre social, et ce à partir de la question de la liberté du sujet (A) et de celle des interactions sociales (B).

A. LA SUBJECTIVATION DE L'ADMINISTRÉ ET LA NOUVELLE CONCEPTION DE L'ORDRE SOCIAL

Si l'on a pu écrire du droit administratif qu'il tenait du miracle, c'est sans doute pour insister sur le fait que celui-ci permet, tout en préservant les exigences de l'action publique, d'assurer la protection de l'individu face à l'État, et la préservation, à l'avantage du premier, d'espaces dans lesquels il peut être mis à l'abri de la société. Cette protection n'a toutefois pas été construite sans que soit recherché le maintien d'un équilibre, souvent subtil, entre ce qu'elle suppose de marges d'autonomie reconnues à l'administré-sujet, et les exigences de l'action publique. On peut aujourd'hui se poser la question de savoir si ledit équilibre n'a pas été rompu. Il est vrai qu'insérée aujourd'hui dans un espace juridictionnel concurrentiel⁷, une telle évolution était peut-être rendue inéluctable du fait des prises de position d'autres juridictions, et notamment ici de celles de la Cour de Strasbourg.

⁶ *Ibid.*, p. 398.

⁷ Chevallier J., « L'évolution du droit administratif », *RDP* 1998. 1801.

Le Conseil d'État a ainsi élaboré une jurisprudence dont certaines des données vont mettre en lumière l'affirmation de la primauté de la volonté d'un individu souverain à laquelle la mobilisation du concept de dignité ne pourra opposer que de faibles digues, mais aussi – et c'est cet aspect des choses qui nous semble le plus en lien avec la question du rapport individu-société – vont reconnaître audit individu le droit de sortir de son encastrement dans « la grande société », et d'adhérer à de « petites sociétés » que l'on qualifie de minorités ou de communautés.

Le libéralisme et le communautarisme sont quelquefois présentés comme contradictoires. Si en effet le libéralisme idéalise le statut d'un homme libre de toute appartenance, le communautarisme défend, quant à lui, l'idée selon laquelle il ne pourrait se réaliser qu'au sein de communautés, et lui reconnaît dès lors le droit de s'agréger à une structure partageant les valeurs qui les fédèrent, même si celles-ci ne sont pas nécessairement en phase avec celles de la « grande société », de la Cité. Selon la première conception les systèmes de valeurs des divers niveaux de l'ordre social défendent les mêmes conceptions du Bien. Si dans le modèle français qui en fut une sorte d'idéal-type, « toute la sphère publique est (...) empreinte d'une certaine idée de la vie bonne et de la morale⁸, aujourd'hui, la compatibilité entre une nouvelle version du libéralisme et le communautarisme⁹, a profondément affecté ledit modèle.

Dès lors que le relativisme a pris force, que l'absence de consensus sur la conception du Bien est considérée comme n'empêchant pas la vie commune, la légitimité d'une organisation reposant sur le regroupement de communautés va s'accroître, et le juge administratif va jouer un rôle important aux fins d'en consolider l'assise en changeant la position du curseur sur l'axe qui relie l'universalisme au différentialisme.

C'est ici la question du traitement des étrangers, en lien avec le contenu à donner au droit à mener une vie familiale normale, mais aussi celle des marqueurs du religieux, qui paraissent mettre le mieux en lumière cette évolution. Les juridictions, qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'homme ou du Conseil d'État ont largement contribué à la construction d'un véritable statut des étrangers. Parmi les questions que la situation de ceux-ci pose, il y a celle du rapport entre leur culture d'origine et celle qui singularise l'identité de leur pays d'accueil. Le droit à une vie familiale normale semble avoir été le fil conducteur d'une jurisprudence toujours plus compréhensive des particularismes précités. L'arrêt

⁸ Bui-Xuan O., *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, Economica 2004, p. 420.

⁹ V. notamment, Taylor C., *Multiculturalisme – Différence et démocratie*, Aubier 1994. V. aussi Audard C., *op. cit.*, p. 586-607.

GISTI de 1978¹⁰ en fut sans doute le moment inaugural. Dans le prolongement de cette décision, le Conseil a élaboré une jurisprudence particulièrement libérale sur le regroupement familial qui a été jusqu'à le conduire à admettre la légalité de pratiques sociales peu compatibles avec celles traditionnellement admises sur le territoire français. Cette tolérance est allée jusqu'à considérer que, au nom de la primauté de la loi personnelle des intéressés, les pratiques polygames¹¹ de ceux-ci, considérées comme n'étant que la conséquence de la conception qu'ils se font d'une vie familiale normale, devaient être « acceptées » sur le territoire de la République.

Les revendications communautaristes se sont aussi exprimées depuis une vingtaine d'années à propos de questions portant les pratiques religieuses dans l'espace public. Le débat est apparu avec l'affaire du foulard dit islamique. Le Conseil d'État a admis, dans un avis du 27 octobre 1989, puis dans diverses décisions rendues dans le prolongement de son arrêt du 2 novembre 1992, *Khérouaa*, la conformité à la règle de droit du port de celui-ci dans l'enceinte d'établissements scolaires publics, sous réserve naturellement que celui-ci ne revête pas le caractère d'un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande et ne perturbe pas l'ordre ou le déroulement des activités d'enseignement¹². Une vingtaine d'années après, il émettait un avis très réservé sur l'interdiction générale et absolue du port du voile intégral – autrement dit de la burqa – dans l'espace public¹³. Dans un domaine posant le même type de questions, celui de la tenue des accompagnatrices des sorties scolaires le Conseil, dans un avis au Défenseur des droits du 19 décembre 2013 considérait qu'on ne pouvait leur interdire, de manière générale et absolue, le port du voile à l'occasion de ces sorties¹⁴.

L'acceptation d'une forme de communautarisme pourrait aussi expliquer la prise de position du Conseil dans l'arrêt *Pelletier*¹⁵, qui le conduisit à ne pas censurer le décret qui avait instauré un dispositif d'indemnisation des orphelins

¹⁰ CE Ass. 8.12.1978, *GISTI*, *AJDA* 1979. 38, chron. Dutheillet de Lamothe et Robineau ; *D.* 1979. 661, note Hamon ; *D.* 1979. IR. 94, obs. Dévolvé.

¹¹ CE Ass. 11.7.1980, Min. de l'Intérieur c/ Montcho, *DA* 1980. 607, note Bienvenu et Rials ; *AJDA* 1980. 523 chron. Feffer et Robineau ; *JCP* 1981. II. 19629, concl. Rougevin-Baville.

¹² Sur l'avis, v. *AJDA* 1990. 39, note J.P.C ; *RFDA* 1990. 1, note Rivero. Sur l'arrêt, v. *RFDA* 1993. 112, concl. Kessler ; *AJDA* 1992. 790 chron. Maugüé et Schwartz ; *RDP* 1993. 220, note Sabourin ; *D.* 1993. 108, note Koubi ; *LPA* 24 mai 1993, note Lebreton..

¹³ V. Pastor J.- M., « Voile intégral : selon le Conseil d'État, une interdiction générale serait juridiquement fragile », *AJDA* 2010. 644.

¹⁴ V. Bui-Xuan O., « Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'État relative à la neutralité religieuse dans les services publics », *AJDA* 2014. 249.

¹⁵ CE Ass. 6.4.2001, *Pelletier et a.*, *RFDA* 2001. 712-724 concl. Austray ; *AJDA* 2001. 444, chron. Guyomar et Collin.

des victimes de déportations intervenues pendant l'occupation, limité à ceux appartenant à une communauté singularisée essentiellement sur le plan religieux.

On notera que l'autorité politique ou le Conseil constitutionnel ont souvent mis un coup d'arrêt à de telles prises de position. C'est ainsi que loi du 13 août 1993, qui a notamment interdit le regroupement familial de familles polygames, a conduit le Conseil constitutionnel à juger que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, lesquelles excluent la polygamie »¹⁶. De même, la loi du 15 mars 2004¹⁷, a interdit le port des signes ou tenues par lesquelles les élèves manifestent ostensiblement leur appartenance religieuse. Le décret n° 2004-751 du 28 juillet 2004 est revenu quant à lui, même si c'est de manière indirecte, sur les dispositions restrictives de l'arrêt *Pelletier*. Quant à l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public elle a été votée par le législateur et a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel¹⁸. Ce dernier a en effet entériné la position du législateur qui avait considéré que le port du voile intégral méconnaissait les exigences minimales de la vie en société.

L'exacerbation de la liberté de l'individu, la montée en puissance des marges octroyées aux communautés va poser la question de savoir comment faire en sorte que le lien social n'en soit pas trop affecté. La proposition passera ici, et c'était sans doute inéluctable, par la promotion d'une société aux interactions faibles – la « société de marché » – dont la mise en place est réputée non seulement satisfaisante, du fait de la réception des thèses utilitaristes, l'efficacité économique, mais aussi pouvoir favoriser une avancée de la démocratie, dès lors que le marché serait « lié à une dynamique proprement sociologique d'égalisation des conditions »¹⁹. L'emprise de l'économie sur l'ordre social ne pouvait pas ne pas influencer le droit, et ce à un tel point que l'on a pu évoquer le fait qu'elle le « surdéterminerait »²⁰. Le droit administratif, et naturellement son juge naturel, ne sont pas restés à l'écart d'une telle évolution, il est vrai souvent encouragée par la doctrine²¹.

B. LE JUGE ADMINISTRATIF ET LA SOCIÉTÉ DE MARCHÉ

Le juge administratif est devenu aujourd'hui l'un des garants les plus vigilants du respect des mécanismes sur lesquels s'appuie l'économie de

¹⁶ CC 389 DC du 22.4.1997, R. 45, cs. 37.

¹⁷ Qui n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel.

¹⁸ CC 613 DC du 7.10.2010, R. 276. V. Verpeaux M., « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *AJDA* 2010. 2373.

¹⁹ Caillé A., *Dé-penser l'économie*, La Découverte 2003.

²⁰ Caillousse J., *L'État du droit administratif*, LGDJ 2015, p. 57.

²¹ *Id.*, p. 87.

marché et une nouvelle gestion publique toujours plus sensible aux dispositifs réputés faciliter l'amélioration d'une performance dont les instruments et les méthodes utilisés dans le secteur privé faciliterait la promotion. Il est vrai que l'attention que le juge administratif accorde à la préservation des dispositifs permettant le respect d'une économie de marché essentiellement fondée sur la concurrence, doit beaucoup au droit communautaire. Le Conseil d'État a, quelquefois en nette rupture avec les positions qu'il avait pu défendre par le passé, largement relayé le modèle proposé. C'est sans doute le rôle qui est devenu aujourd'hui le sien pour veiller au respect d'une correcte application du droit de la concurrence qui a le mieux marqué cette évolution.

Celle-ci le conduit à analyser l'action publique elle-même à l'aune d'outils censés permettre d'apprécier la performance de ses acteurs et l'efficacité de leurs actions ainsi que le révèle la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*²². Faisant de l'exigence louable d'un bilan coûts-avantages positif un des marqueurs de la légalité d'un acte administratif, le juge n'hésite plus à s'inspirer de dispositifs d'analyses très proches de ceux utilisés dans l'univers de l'entreprise et ce, souvent en rupture avec la façon dont il a longtemps analysé l'action publique. C'est ainsi qu'il n'hésite plus à juger qu'une opération est trop onéreuse pour que sa légalité en soit admise. C'est ce qui a par exemple été jugé à propos d'un aéroport²³ ou même d'une autoroute²⁴. Finalement, on peut considérer que l'efficacité technico-économique est devenue pour le juge administratif le vecteur « d'une légitimité renouvelée »²⁵.

L'attention qu'il accorde aux aspects économiques de l'action publique a eu aussi comme conséquence, et c'était largement inévitable, le resserrement du périmètre des actions prises en charge par l'administration, à tout le moins lorsque celle-ci entend intervenir en qualité d'opérateur. L'équilibre public-privé dans les secteurs pouvant se prêter à échange marchand n'a longtemps fait intervenir, pour en apprécier le respect, que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Or si sa finalité essentielle est de faire en sorte que les activités marchandes soient réservées à l'initiative privée, le juge avait interprété les exceptions à cette règle dans un sens de plus en plus favorable à l'intervention publique. Le droit communautaire, malgré l'affichage d'une exigence de neutralité pour ce qui est de la désignation des opérateurs du secteur public marchand, a changé la donne, en conférant une portée nouvelle

²² CE Ass. 28.5.1971, *Ville Nouvelle Est*, R. 409, concl. Braibant ; *AJDA* 1971. 404, chr. Labetoulle et Cabanes ; *RDP* 1972. 454, note Waline.

²³ CE 26.10.1973, *Grassin*, *AJDA* 1973. 586 obs. Franc et Boyon ; *AJDA* 1974. 34 concl. Bernard, note Khan.

²⁴ CE Ass. 28.3.1997, *Assoc. contre le projet de l'Autoroute Transchablaisienne*, *RFDA* 1997. 740 concl. Lindon, note Rouvillois ; *RDP* 1997. 1443 note Waline ; *JCP* 1997 II. 22. 909 note Iacono.

²⁵ *Le juge administratif et la question de l'efficacité*, *RDP* 2013. 27.

aux concepts d'activité économique, d'une part, et d'entreprise, d'autre part²⁶. Il a été jusqu'à remettre en cause le principe même de la prise en charge d'activités concurrentielles par des personnes publiques du fait d'un statut qui les mettrait dans une situation structurelle de concurrent déloyal dès lors qu'il les placerait dans une position plus favorable que ne l'est celle de leurs concurrents pour négocier les conditions des emprunts qu'elles peuvent être conduites à contracter. Si le Conseil d'État considère que l'impossibilité de recourir aux voies d'exécution forcée contre les personnes publiques n'affecte en rien l'obligation de celles-ci d'honorer leurs dettes, la question de l'avantage comparatif dont elles bénéficieraient du fait de la possibilité présumée d'obtenir des conditions de financement plus avantageuses que celles offertes à leurs concurrents, les met, selon le droit communautaire, dans une situation structurelle de concurrent déloyal. Cette analyse que la commission a, s'agissant de la France, développée en 2003 à propos du statut d'EDF-GDF, été rappelée entre 2012 et 2014 avec une particulière netteté dans le contentieux qui a opposé l'Union à la France à propos du statut de la Poste. La juridiction européenne a en effet rappelé à cette occasion que le statut d'EPIC est, en tant que tel, constitutif d'une aide d'État dès lors qu'il permettrait à ladite structure de bénéficier d'une « position financière », plus favorable que celle réservée par les organismes prêteurs, à ses concurrents²⁷.

La pratique du droit de l'Union va aussi favoriser, sans l'afficher clairement, dès lors que le traité pose le principe de la liberté de choix entre la régie et l'externalisation, la prise en charge de la fourniture des services publics marchands par des personnes privées, comme en témoignent diverses communications de la commission. Cette évolution sera renforcée notamment par la reconnaissance de la légalité d'aides pouvant être accordées aux gestionnaires de services publics aux fins d'encourager les prestataires privés à les prendre en charge, dès lors qu'ils sauront que de telles aides, intégrant des bénéfices, calculés avec une certaine largesse, pourront leur être accordées²⁸.

Le Conseil d'État ne pouvait pas rester insensible à de telles prises de position. La réception qu'il en fait explique sans doute les affaires, *Fédération française des sociétés d'assurance*²⁹ pour ce qui est du critère de l'entreprise, ou *Société Million et Marais*³⁰ et *Société Hertz et Société EDA*³¹ pour ce qui est

²⁶ CJCE 23.4.1991, *Höfner et Elner c/ Macotron*, R. 1991. I-1979, pt 21 ; 16.6.1987, *Comm. c/ Italie*, R. 1987. 2599.

²⁷ V. Lombard M., Nicinski S. et Glaser E., « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA* 2012. 2313 ; 2014. 1242.

²⁸ La jurisprudence *Altmark* de la CJCE du 24 juillet 2003 est substantiellement reprise dans le règlement (UE), n° 360/2012 du 25 avril 2012.

²⁹ CE 28.11.1976, R. 441. V. aussi « Actualité de la régulation », *AJDA* 2011. 649.

³⁰ CE Sect. 3.11.1997, R. 406, concl. Stahl ; *AJDA* 1997. 945, chr. Girardot et Raynaud et 1998. 247, note Guézou ; *RDJ* 1998. 256, note Gaudemet.

de la reconnaissance du droit de la concurrence comme droit intégré dans l'ordonnement des normes s'imposant à l'administration. Comme l'écrivait dès 2002 le Conseil, « aujourd'hui, il est possible d'affirmer que l'ensemble des actes administratifs sont susceptibles d'examen au regard du droit de la concurrence »³². Ces évolutions vont jouer un rôle essentiel pour redessiner les contours du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui avait fini par être considéré comme étant interprété trop fréquemment dans un sens insuffisamment protecteur des intérêts privés, et il n'est pas sûr que l'arrêt du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*³³ soit réellement revenu, comme on l'avance quelquefois, sur les exigences posées pour justifier le principe même de l'intervention publique³⁴. Lorsque le respect du principe est admis, le Conseil rappelle que l'intervention devra en sus respecter les règles relatives à la concurrence. Le pourra-t-elle dès lors que l'entité la prenant en charge aura statut de personne publique et ne sera pas, de ce simple fait, soumise aux voies d'exécution de droit commun, comme nous l'évoquions plus haut ?

Cette banalisation de l'intervention de la puissance publique sur un marché s'accompagne de celle de la finalité de son action. On veut parler ici de la reconnaissance du droit de facturer les prestations qu'elle fournit à un coût intégrant ce que l'on pourrait qualifier de « marge bénéficiaire ». Si un tel droit est évidemment reconnu aux entreprises privées, les organismes publics ont longtemps été considérés comme ne pouvant s'en revendiquer. Le Conseil d'État avait jugé dans un arrêt d'Assemblée du 21 novembre 1958³⁵ que les redevances – autrement dit le prix du service – devaient trouver leur contrepartie directe dans le service rendu à l'utilisateur. Cette exigence avait ensuite été strictement explicitée avec l'arrêt de section du 16 novembre 1962, *Syndicat intercommunal d'électricité de la Nièvre et autre*³⁶. Elle semble abandonnée avec la décision d'Assemblée du 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*³⁷ et peut-être plus encore avec celle du 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*³⁸, dans laquelle le Conseil juge qu'une redevance peut-être fixée en prenant en

³¹ CE Sect. 26.3.1999, R. 96, concl. Stahl ; *AJDA* 1999. 427, note Bazex.

³² CE, *Collectivités publiques et concurrence*, DF 2002, p. 248.

³³ R. 272 ; *AJDA* 2006. 1584, chr. Landais et Lenica.

³⁴ V. CE 3.3.2010, Dpt de la Corrèze, R. 652 ; *AJDA* 2010. 957, concl. Boulouis ; CAA Paris 3.7.2012, Chambre syndicale des loueurs de voiture automobiles, Synd. professionnel des centraux radio taxi de Paris et de la région parisienne, *AJDA* 2012. 2444.

³⁵ CE 21.11.1958, Synd. nat. des transporteurs aériens, R. 572.

³⁶ R. 612.

³⁷ *AJDA* 1997. 189, note Maisl ; *RFDA* 1997. 115, concl. Denis-Linton.

³⁸ *AJDA* 2007. 1807.

compte « la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire », et dès lors à un prix supérieur au prix de revient³⁹.

Mais c'est peut-être avec la facilitation du recours à la délégation de service public que se manifesterait le plus nettement la position d'un Conseil, ici « en avance » sur celle de la Cour de Luxembourg. Les collectivités publiques sont en principe libres de choisir le mode de gestion de leurs services industriels et commerciaux. Si le principe n'a jamais été frontalement dénoncé, le droit national, ou plutôt ici l'interprétation qu'en fait le juge administratif, va en réalité faciliter grandement le recours à la gestion déléguée et ce par différents biais. C'est ainsi par exemple que le régime des biens utilisés dans le cadre de la délégation va être aménagé pour en favoriser le choix⁴⁰. L'apparition d'un nouveau critère d'identification de la délégation de service – l'exigence d'une rémunération du cocontractant de l'administration substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service, autrement dit par les redevances payées par les usagers, substituée à l'exigence d'un risque (cf. CE 15.4.1996, *Préfet des Bouches du Rhône c/ cne de Lambesc*⁴¹, et 30.6.1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais*⁴²) – va accélérer le mouvement. Comme le fait observer Laurent Vidal, « au risque de pertes dans l'exploitation, est substitué le risque d'une incapacité à dégager la marge de profit escomptée »⁴³. La solvabilité de la gestion déléguée étant dès lors garantie, sa formule n'a pu que susciter un intérêt toujours plus grand de la part des délégataires potentiels, et ce d'autant que le législateur n'a pas attendu longtemps pour donner statut législatif à une définition de la délégation de service public s'inspirant de cette jurisprudence.

II. UNE NOUVELLE CONCEPTION DU DROIT

Si le nouveau libéralisme défend une conception de l'ordre social imprégnant le droit d'une idéologie qui influence la façon dont on met en normes juridiques la question du sujet et de ses interactions sociales, il va aussi faire proposition d'une nouvelle conception de la normativité juridique. Sera

³⁹ Sur cette question, v. Bottini F., « L'évolution des modes de financement des SPA et des SPIC », in *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, L'Harmattan 2014, p. 56 s.

⁴⁰ CE 21.12.2012, *Cne de Douai*, chron. Domino et Bretonneau, « Biens de retour : gare aux boomerangs », *AJDA* 2013. 457. V. aussi CE 4.7.2012, *Cté d'agglomération de Chartres Métropole*, *AJDA* 2012. 1376.

⁴¹ R. 137, concl. Chantepy *AJDA* 1996. 806 ; *RFDA* 1996. 715 et 718, note Terneyre.

⁴² *AJDA* 1999. 714, concl. Bergeal, note Peyrical.

⁴³ Vidal L., « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *RFDA* 1999. 1147.

ainsi admise la possibilité, voire la nécessité de revenir sur l'identification des marqueurs traditionnels du droit au premier rang desquels figurent celui de l'impérativité de la norme et de son insertion dans un ordonnancement hiérarchisé. Parmi les théories qui seront ici mobilisées, on peut citer celles qui pensent le droit comme devant relever de la spontanéité, ou celles qualifiées de « réalistes ».

La thèse du droit spontané, défendue notamment par Hayek, repose sur l'idée qu'un dispositif normatif fait de règles fixes empêcherait l'ajustement en continu qui favorise la vie sociale dès lors que celle-ci est pensée comme étant toujours en mouvement.. Seul le juge est considéré comme pouvant contribuer à l'adaptation des dispositifs normatifs. Les propositions réalistes vont-elles aussi insister sur l'importance de la mission du juge. On en connaît les prémisses : dès lors que la norme est considérée comme n'ayant de sens qu'au moment de son interprétation par celui qui sera qualifié d'interprète authentique, elle relève largement de l'indéterminé. La réflexion sur le concept même de normativité va elle aussi conduire fréquemment certains théoriciens à faire proposition de thèses dont les conclusions – à savoir l'idée qu'une impérativité fixée *ex-ante* est la condition de ladite normativité – peut être finalement, sinon abandonnée, à tout le moins laissée de côté.

Tout ceci conduira à une forme de désacralisation de la normativité juridique par le biais d'une véritable mutation de l'acte juridique (A) mais aussi à la remise en question du principe de légalité (B).

A. LA MUTATION DE LA THEORIE DE L'ACTE JURIDIQUE

Le regard que porte le juge sur le critère qui est peut-être le marqueur le plus objectif de la règle de droit, en ce qu'il permet de la reconnaître en ce qu'elle exprime la juridicité, celui de l'impérativité, a profondément changé.

Le juge s'est toujours reconnu une marge de liberté pour connaître, avant même qu'il ait à examiner la conformité à la légalité de l'acte qui lui est soumis, la juridicité de celui-ci notamment par le biais de la vérification de son opposabilité. C'est ainsi qu'il vérifie si la norme évoquée lors d'un litige est bien opposable à celui auquel elle a été appliquée, avec un contrôle toujours plus strict de cette exigence. Son examen des actes relevant de l'ordre international est symptomatique de cette tendance, dès lors qu'aujourd'hui le juge affirme sa compétence, non seulement pour interpréter les engagements internationaux et apprécier la nature de l'effet de leurs stipulations, mais aussi pour vérifier le respect de la condition de réciprocité qu'ils comportent souvent⁴⁴. La liberté dont il fait preuve dans son approche de l'acte juridique

⁴⁴ V. CE Ass. 29.6.1990, GISTI, R. 171, concl. Abraham ; Ass. 11.4.2012, GISTI, R. 142 ; Ass. 9.7.2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, R. 251, concl. Dumortier.

s'exprime de même au moins autant par l'entremise du pouvoir qu'il se reconnaît pour faire éclore un acte juridique latent jusqu'à son intervention, comme c'est le cas avec les principes généraux du droit.

Mais ce sont surtout les nouvelles approches du concept d'acte juridique qui vont en modifier profondément l'identité. L'acte juridique est traditionnellement considéré comme porteur d'impérativité et le droit comme une technique de commandement. Charles-André Morand écrit à ce propos : « le droit se définit par la sanction. Celle-ci par la contrainte »⁴⁵. Ce faisant, l'auteur montre combien une telle exigence est au cœur de l'approche du droit proposée par des auteurs aussi différents que Saint-Thomas d'Aquin, Hobbes, Bentham, Hegel, Jhering, Weber ou Kelsen. Il note aussi que « cette identification du droit à la contrainte est reprise dans tous les manuels. Elle semble constituer un des rares points d'accord entre les auteurs au sujet de la définition du droit »⁴⁶.

Pourtant, aujourd'hui l'idée d'un droit qui ne se singulariserait pas par l'impérativité – un droit qualifié de souple, voire de « mou » – est fréquemment défendue. Si le droit « dur » n'est pas récusé, il est souvent présenté comme peu adapté aux exigences d'un monde mouvant. Le droit « souple » est ainsi de moins en moins perçu « comme une maladie, une dégénérescence que les juristes devraient s'employer à guérir »⁴⁷.

La souplesse est ainsi favorisée par des techniques ou des dispositifs tels que l'utilisation de standards flous⁴⁸ devant être retraités en continu, l'expérimentation de normes placées sous surveillance ou le recours à des mécanismes favorisant l'accélération du débit normatif⁴⁹. Dès lors que la recherche de la prévisibilité est présentée, sinon comme vaine, à tout le moins comme peu compatible avec les exigences de l'efficacité que le droit est considéré comme devant relayer, on va proposer la formalisation de nouveaux types d'actes juridiques répondant à l'exigence d'adaptabilité.

Le droit international, dont évidemment l'impérativité ne peut le plus souvent mobiliser les techniques de l'exécution forcée, est présenté comme un modèle de mise en œuvre du droit souple. Des propositions théoriques⁵⁰ vont

⁴⁵ Morand C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ 1999, p. 38.

⁴⁶ *Id.*, p. 39.

⁴⁷ Morand C.-A., *op. cit.* p. 39.

⁴⁸ V. Fortier V., « La fonction normative des notions floues », *Droit Prospectif* 1991-3.

⁴⁹ V. notamment, Amssek P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982-2 ; Gras E., « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RDP* 2003-3.

⁵⁰ V. notamment Amssek P., *op. cit.*, p. 276 ; Chevallier J., « Vers un droit post-moderne », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998 ; Morand C. A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ 1999 ; Thibierge C.,

par ailleurs défendre une nouvelle approche de la normativité juridique à partir de la thèse selon laquelle la norme n'est pas, en tant que telle, un commandement, mais plus simplement, un modèle, une référence, un instrument de mesure. François Brunet en propose une approche claire, notant que pour les tenants de la thèse, « la norme est toute entière définie comme *outil de jugement* ; la norme est constitutive d'une *mesure* dans tous les sens du terme : elle est mesure en ce qu'elle présente comme un *cadre de représentation* et comme un *instrument de mesure pour l'intellect* (...). Elle est un moteur de pensée, d'intellectualisation qui accompagne l'action comme un chemin "conduit" et "accompagne" le randonneur »⁵¹.

Ces thèses ont, au surplus, été renforcées par une certaine forme de banalisation de la normativité juridique par rapport à d'autres formes de normativité avec lesquelles elle est considérée comme pouvant entrer en concurrence. Celles ne relevant pas de l'ordre juridique, qu'elles soient morales, économique, etc., ont toujours été entendues comme admettant l'idée d'une impérativité relative. La normativité juridique n'étant que l'une des formes des dispositifs normatifs⁵², du fait de la place accordée à ceux qui insistent sur ce qui devrait revenir au téléologique, l'idée s'impose qu'elle peut ne pas être assujettie à une impérativité stricte.

C'est par conséquent la théorie classique de la normativité juridique⁵³, qui met au centre de l'idée même de droit non seulement l'existence d'un outil de comparaison, d'une référence, d'un repère qui « permet » non seulement « de juger la conformité d'une chose par rapport à une autre »⁵⁴, mais surtout qui

« Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil* 2003. 559 et (dir.) *La force normative. Naissance concept*, LGDJ 2009 ; Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz 2009 ; Brunet F., *La normativité en droit*, Mare et Martin 2011.

⁵¹ P. 218-219.

⁵² Une forme au demeurant de moins en moins prégnante du fait de la priorité de plus en plus fréquemment accordée au téléologique.

⁵³ Voir Kelsen H., *Théorie générale des normes*, PUF 1995 ; Chevallier J., « La normativité », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006- 21 ; Pomart C., « Les dispositions non-normatives, une invitation à penser la normativité en terme de continuum », *RRJ* 2004-3. 1679 ; Glénard G., « La conception matérielle de la loi ordinaire », *RFDA* 2005. 922 ; Camby J.-P., « La loi et la norme », *RDP* 2005. 849 ; Deumier P., « Qu'est-ce qu'une loi ? Ce n'est ni un programme politique, ni un règlement », *RTD Civ.* 2005. 564 ; Sabete W., « L'exigence de la portée normative de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la notion de loi de programme », *RRJ* 2005-4. 2237 ; Laurans Y., « Définition et conception matérielles de la loi dans la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC », *Politeia* 2006-10. 383.

⁵⁴ Pfersmann O., « Norme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF 2003.

donne la garantie du respect de l'obligation que pose la norme ou de l'autorisation qu'elle donne, qui va être récusée.

Le Conseil d'État va recevoir ces thèses, surtout lorsqu'il intervient dans le cadre de celles de ses fonctions qui en font un acteur de la doctrine.

Il va ainsi affirmer que le droit souple, « fait partie du droit »⁵⁵, un droit qui renvoie à un « ensemble d'instruments » qui « ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion. Selon lui, ces instruments qui bien que « ne cré[a]nt pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires », « présentent par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »⁵⁶. Dans le fond, le défaut d'application de la norme peut ainsi être admis, dès lors que « le but d'une règle de droit est que la prescription qu'elle fixe soit appliquée dans 100% des cas ». Évoquant l'une des catégories d'actes porteurs d'un droit souple, à savoir les lignes directrices⁵⁷ il écrit que leur but est que la prescription qu'elles fixent soit suivie dans la grande majorité des cas et écartées lorsque « l'autorité d'application » en « apprécie[] ce besoin »⁵⁸. Comme le montre l'exemple du droit de l'urbanisme, dans le domaine qu'il régit, le droit doit être pensé comme formé de normes dont celles de rang inférieur n'ont pas le plus souvent à être conformes à celles de rang supérieur, mais être seulement compatibles avec celles-ci. Le Conseil écrit à ce propos que « l'obligation de compatibilité est moins forte que celle de conformité dès lors qu'elle n'impose pas le respect de l'instrument supérieur dans tous ses éléments mais seulement dans sa globalité »⁵⁹. Il regroupe en quatre domaines principaux les actes pouvant selon lui être rattachés au droit souple : les contrats-types ; les normes techniques ; les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes ou d'organismes tels le Conseil national de l'ordre des médecins ; et les directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*.

Si dans son approche doctrinale le Conseil trouve à de tels actes, qu'il qualifie de droit « instrumental »⁶⁰, le mérite de permettre le recentrage du « droit dur » sur l'essentiel, il est plus réservé lorsqu'il intervient au contentieux. Peut-être parce qu'il a bien vu les risques induits par ce nouveau mode de régulation qu'il énumère d'ailleurs dans son rapport : l'incertitude dont il est porteur (pour ne pas dire l'insécurité qu'il génère) ; les difficultés pour résoudre les contradictions qui peuvent naître de la coexistence de normes

⁵⁵ CE, *Le droit souple*, DF 2013, p. 56.

⁵⁶ *Id.*, p. 61.

⁵⁷ L'un des instruments relevant de ce droit.

⁵⁸ *Id.*, p. 141

⁵⁹ *Ibid.*, p. 67.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 190.

qui échappent à toute idée de hiérarchie ; l'absence de publicité ; le coût de son élaboration et de son application. Donnant une dimension théorique à de telles approches, Charles-André Morand écrit que « l'action douce mais parfois insidieuse de l'État passant par l'édition de recommandations, la diffusion d'informations, l'adoption d'actes matériels à visée normative, est en train d'affecter très profondément la structure juridique. Elle crée une incertitude sur les frontières du droit. Elle opère un mixage entre le droit contraignant et la persuasion d'autant plus intense qu'elle affecte les couches profondes du droit. Elle place sous un jour nouveau les exigences de légalité dans la mesure où celles qui ont été posées pour orienter l'action autoritaire de l'État ne peuvent pas (...) lui être appliquées »⁶¹. Catherine Thibierge défend des thèses très proches de celles-ci⁶².

La jurisprudence *Crédit Foncier de France*⁶³ semble témoigner de la prudence du Conseil quant à la reconnaissance de la juridicité de ce « droit souple ». Les « lignes directrices » auquel elle reconnaît un tel statut, demeure un droit tout relatif, dès lors qu'il peut – voire même quelquefois doit – être écarté, non seulement pour des motifs d'intérêt général, mais encore lorsque l'appréciation particulière de la situation que la ligne directrice vise conduit le juge à en décider⁶⁴.

B. LE BROUILLAGE DU CONCEPT DE LEGALITE

L'impérativité de la norme juridique a pu d'autant plus être considérée comme essentielle que ladite norme s'inscrit dans un ordonnancement auquel elle est réputée rattachée. Cet ordonnancement est celui qui constitue le bloc de légalité. En effet, malgré les critiques dont elle fait l'objet, la thèse selon laquelle la légalité s'inscrit dans un dispositif d'ordonnancement hiérarchisé des normes est difficile à contrer frontalement. D'autant que cet ordonnancement demeure l'expression d'un ordonnancement des organes, lui-même en lien avec la forme de l'État moderne. Le principe de légalité occupe pour cette raison une place particulière en droit administratif⁶⁵ compte tenu,

⁶¹ *Op. cit.*, p. 181

⁶² Thibierge C., *op. cit.*

⁶³ CE Sect. 11.12.1970, *Crédit Foncier de France*, R. 750, concl. Bertrand ; *AJDA* 1971. 196, chr. H.T.C ; D. 1971, note Loschak ; *JCP* 1972. II. 17232, note Fromont ; *RDJ* 1971. 1224, note Waline.

⁶⁴ V. CE Sect. 4.2.2015, Min. de l'intérieur c. Cortes Ortiz, *AJDA* 2015. 443, chr. Lessi et Dutheillet de Lamothe ; *DA* 2015-38. 26, note Eveillard.

⁶⁵ V. Eisenmann C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE* 1957, p. 25 ; Loschak D., « Le principe de légalité, mythe et démystification », *AJDA* 1981. 381 ; Chevallier J., « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDJ*

d'une part, de l'encadrement de la compétence des personnes publiques et de et de ceux qui sont habilités à agir pour leur compte, lesquels ne disposent pas de la marge d'autonomie de la volonté reconnue aux agents privés dans leur commerce juridique ; et, d'autre part, de la marge de liberté dont dispose le juge pour en faire évoluer le contenu.

S'il n'est pas possible de dire que l'on assiste aujourd'hui à une contestation frontale du principe – encore que les questions que soulèvent le droit international et, plus particulièrement, celle de l'articulation de la Constitution, des traités et de la loi, pourraient être considérées comme réglées d'une manière dont certains ont pu dénoncer l'arbitraire, voire la violence⁶⁶ – c'est, outre la question de la créativité particulière de la jurisprudence administrative, celle des conséquences que tire le juge des illégalités qu'il peut relever à l'occasion de ses contrôles qui met particulièrement en évidence les atteintes au principe. Camille Mialot écrit ainsi que le juge n'hésite désormais plus à inscrire son action dans « le courant d'une relativisation de la légalité »⁶⁷, ou à tout le moins à prendre des décisions « desserrant l'étau de la légalité »⁶⁸. Bref, « depuis quelques années, le juge administratif a à cœur de polir les rugosités de la légalité administrative »⁶⁹.

C'est sans doute le contentieux de l'annulation des actes administratifs qui témoigne le mieux de cette évolution. Aujourd'hui, non seulement le juge se reconnaît le pouvoir de laisser subsister pour un temps dans l'ordonnement juridique des actes dont il reconnaît l'illégalité, mais il s'accorde également le droit de juger que l'illégalité dont il admet la réalité, peut être relativisée et, par conséquent, que des violations de la règle de droit peuvent ne pas conduire à l'annulation de l'acte qui en est porteur.

La possibilité de modulation des effets dans le temps d'une décision d'annulation que le juge se reconnaît a été généralisée par la jurisprudence *Association AC*⁷⁰. Il s'octroie sur le fondement de cette jurisprudence le droit de juger que, « tout ou partie des effets [de l'acte en cause] antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs » ou que « l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ». Il le fait certes à partir d'une mise en balance des « intérêts ». Mais il s'auto-attribue ce faisant le pouvoir de considérer que l'annulation de l'acte, dont l'illégalité est pourtant

1990. 1651 ; Velly S., « Les origines du principe de légalité en droit public français », *ANRT* 1988.

⁶⁶ V. Cayla O., « Le coup d'État de droit », *Le Débat* 1998-110. 108 s.

⁶⁷ Mialot C., « L'arrêt Danthony du point de vue du justiciable », *AJDA* 2012. 1484.

⁶⁸ *Id.*, p. 1488.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ R. 197, concl. Devys ; *AJDA*. 1049, comm. Bonichot et 1183, note Landais et Lenica. Sur cette question, v. aussi Bottini F., « La sécurité juridique et la modulation dans le temps des annulations contentieuses », *RDP* 2009-5. 1517 s.

avérée, « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives ». Même si une telle jurisprudence a pu être considérée comme permettant d'éviter l'adoption de lois de validation, à laquelle, au moins partiellement, elle « tient lieu de substitut »⁷¹, on peut se demander s'il appartenait au juge de se substituer ainsi, de fait, au législateur. En tout état de cause elle semble bien être une contribution à cette « relativisation de la légalité » que nous évoquons plus haut, voire même constituer une atteinte frontale au principe de légalité. Il peut par ailleurs paraître étonnant d'admettre que l'application du principe puisse faire l'objet d'un bilan coûts-avantages conduisant à ce que l'application de la règle de droit puisse, dans certains cas, être « désavantageuse ». Cela ne retire rien au fait, bien entendu, que l'application de celle-ci peut dans certaines hypothèses créer une situation dont il aurait été souhaitable de se prémunir. Il n'en demeure pas moins qu'afficher le fait que, désormais, le juge est chargé d'empêcher que ne survienne ce type de situation soulève des questions théoriques, mais aussi sociales, dont il n'est pas sûr que l'on ait mesuré tous les enjeux. La disparition, dans le considérant de principe fondant cette solution, de la référence au caractère « exceptionnel » de cette jurisprudence n'en est que plus regrettable.

Le juge s'accorde également aujourd'hui la liberté de donner à l'administration la possibilité de régulariser l'acte qui n'a pas respecté la légalité, et qui de ce fait deviendra ex-post légal. C'est le sens de la jurisprudence *Vassiliokiotis*⁷², étendue aujourd'hui, sous certaines conditions par le législateur, aux autorisations d'urbanisme. Elle vise les actes dont l'illégalité résulte d'un « manque » et dont l'annulation constituerait une « annulation en tant que ne pas ». Dans un tel cas, on va permettre à l'administration de « régulariser le manque ». Le législateur semble s'être inspiré de ces prises de position pour prévoir, dans le domaine du contentieux des permis de construire, que l'annulation ne sera prononcée que si l'administration n'a pas régularisé l'acte, dans la mesure évidemment où une telle régularisation est envisageable. La possibilité de régulariser un acte illégal a été étendue aux contrats par les jurisprudences *Tropic travaux signalisation*, *Commune de Béziers* et *Département du Tarn et Garonne* par lesquelles le juge se donne le droit de décider de la poursuite de l'exécution d'un contrat affecté d'irrégularités « sous réserve de mesures de régularisation »⁷³.

Si le juge prend par conséquent le parti de moduler les effets d'une annulation ou d'accorder à l'administration un délai pour lui permettre de gommer l'illégalité, il le fait sans pour autant accorder un brevet de légalité à l'acte irrégulier. Il franchit en revanche un nouveau palier dans la remise en

⁷¹ V. commentaire sous arrêt au *GAJA*.

⁷² CE Ass. 29.6.2001, *Vassiliokiotis*, R. 303, concl. Lamy.

⁷³ Sur toutes ces questions, v. Thiele R., « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA* 2015. 1357.

cause du principe de légalité, lorsqu'il affirme que certaines violations de la règle de droit ne doivent pas conduire à l'annulation de l'acte qu'elles affectent. La jurisprudence *Danthony*⁷⁴ est révélatrice de ce glissement. Aux termes de celle-ci, « seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise (...) peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ». Si celles-ci affectent le plus souvent la légalité externe de l'acte, tel n'est pas toujours le cas. Par le biais d'une telle jurisprudence, « le juge peut dorénavant exclure l'application de pans entiers de la légalité procédurale au motif de l'absence de leur utilité au sens large »⁷⁵. Cette jurisprudence permet par conséquent de ne pas tirer les conséquences normales du constat de l'illégalité d'un acte dès lors qu'il sera admis que la procédure viciée n'a pas privé celui auquel elle est opposée d'une garantie, souvent difficile à définir. Une telle jurisprudence, offre l'avantage dit-on quelquefois, de permettre au juge de mieux prendre en compte les « réalités », quitte à les faire prévaloir sur les principes. Au bout du compte, le juge aujourd'hui n'apprécie plus *in abstracto* la légalité et son respect : « dès le stade de l'annulation, il doit projeter les conséquences qui en résulteront (...). Ce processus l'amène petit à petit à conditionner l'annulation de décisions, dont il a pourtant reconnu l'illégalité, à l'appréciation de ses effets »⁷⁶. Force est de reconnaître qu'il s'agit d'une évolution très nette de l'office d'un juge dont les prérogatives seront très nettement renforcées⁷⁷.

Mais le juge peut aujourd'hui aller encore plus loin dans son analyse de l'illégalité d'un acte, et au moins autant des conséquences de celle-ci : en se donnant le pouvoir de mettre à l'écart, de manière tout à fait délibérée, un acte dont l'illégalité n'est pas mineure. On peut en voir la marque dans la jurisprudence *Perreux*. On sait que, avec celle-ci, une directive communautaire non transposée dans les délais sera considérée par le juge comme ayant un effet direct, malgré le silence des traités fondateurs sur ce point. Les arguments pour justifier la jurisprudence précitée ne sont guère convaincants⁷⁸, à tout le moins, si l'on ose dire, sur le plan juridique.

* *

⁷⁴ CE Ass. 23.12.2011, *Danthony*, R. 649 ; *RFDA* 2012. 284, concl. Dumortier, 296, note Cassia et 423, étude Hostiou ; *AJDA* 2012. 22, chr. Domino et Bretonneau ; Mialot C., *op. cit.* ; 1609, trib. Seiller.

⁷⁵ Mialot C., *op. cit.*

⁷⁶ Bailleul D., « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA* 2004. 1626.

⁷⁷ Pour une étude récente de ces questions, v. Otéro C., *Les rébellions du juge administratif. Recherche sur les décisions juridictionnelles subversives*, Institut Universitaire Varenne 2014.

⁷⁸ V. Liéber S.-J. et Botteghi D., « Chronique », *AJDA* 2009. 2385.

*

La réception des thèses néolibérales a profondément modifié la conception de l'espace social. Le juge administratif a reçu ces thèses avec un temps de retard et a fait l'objet, dans la deuxième partie des années 80, de critiques visant l'inertie qui a pu sembler être la sienne. Elles se sont souvent exprimées par l'appel à une jurisprudence « plus agressive, ou du moins créative dans la défense de la société civile contre la puissance publique »⁷⁹, ladite société civile étant de fait présumée avoir adopté ces thèses.

Aujourd'hui, ces critiques se sont largement tues, sans doute parce que le juge administratif a fini par s'y rallier. Dans le fond, il est rentré dans le rang.

La rupture qu'il a ainsi entériné est profonde : elle remet en cause la conception de l'État, et au-delà et plus encore, de la société. Le juge administratif a été associé à l'entrée en crise de ces institutions. À supposer même que celle-ci ne soit pas « la crise sans fin » que l'on nous annonce souvent, elle ne sera pas sans conséquences.

⁷⁹ Cohen-Tanuggi L., *Le droit sans l'État*, PUF 1985, p. 105.

7. CONCLUSION

SYNTHÈSE

Par
Jacques CHEVALLIER
Professeur émérite
de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
CERSA-CNRS

Mots clés : Néolibéralisme – Droit public – Crise du droit administratif.

Le thème abordé comportait certaines équivoques, qu'il convenait au préalable de dissiper.

1° « Néolibéralisme » peut d'abord n'être qu'une formule commode, une facilité de langage, évoquant les profondes transformations que les États libéraux ont connues au cours du XXe siècle : il est évident que ces transformations ont eu des implications juridiques, en modifiant les équilibres du droit public ; mais la perspective est dès lors d'une grande banalité. Le terme renvoie cependant plus précisément à certains courants de pensée qui ont entendu au cours de ce même siècle rénover les conceptions libérales traditionnelles : il s'agit alors d'évaluer l'influence plus spécifique que ces courants ont exercée sur le droit public ; et c'est ce sens qui a été ici retenu.

Un second élément de clarification devait être alors apporté : comme le rappelle Mathieu Caron, les doctrines néolibérales ont pris en effet des formes différentes, voire contradictoires, au cours du XXe siècle. Le vocable est apparu avec le colloque Lippman du 30 août 1938 pour qualifier une première tentative de redéfinition de la pensée libérale, consécutive à la crise des années trente : contre les adeptes d'un « paléo-libéralisme », incarné par Von Mises, ceux qui se réclament d'un « néolibéralisme » entendent rompre avec le mythe d'un ordre de marché « autorégulé » qui était au cœur du libéralisme ; ils admettent la nécessité d'une intervention de l'État pour réguler l'économie. L'essor du néolibéralisme – néolibéralisme « à la française » ou « ordo-libéralisme » à l'allemande – marque la « grande transformation » qui, suivant

la formule de Polanyi¹, se produit alors dans l'imaginaire libéral ; le keynésianisme s'inscrit dans le prolongement direct de cette vision.

Le courant de pensée qui se réclame du néolibéralisme à la fin du XXe siècle a entendu au contraire, dans la perspective ouverte par Hayek², réagir contre l'emprise excessive de l'État résultant de l'avènement de l'État providence, en prônant la restauration d'un ordre de marché jugé comme seul compatible avec l'efficacité économique et la liberté individuelle : il ne s'agit pourtant pas d'un simple retour aux postulats du libéralisme classique, mais bel et bien d'une redéfinition de la pensée libérale, notamment à travers la promotion d'un paradigme économique, d'application très générale, se présentant, selon Jacques Bouveresse, comme un « ultra » ou un « hyper » libéralisme. Même si les auteurs rangés dans ce courant sont divers et si leurs analyses sont, sur bien des points, divergentes, ils se retrouvent autour de quelques idées-force : un individualisme radical, la valorisation de la raison économique au détriment de la raison politique, la primauté de l'ordre de marché. Le néo-libéralisme se présente ainsi comme une « doctrine totale », reposant sur trois piliers : liberté, propriété, responsabilité (Jean-François Kerléo).

2° Fabien Bottini a rappelé l'influence que cette vision a exercée à partir des années 1970 sur « tous les États de la planète » : même s'il est possible d'y voir une sorte d' « écrasement de la pensée » (Gourmo Lô), voire une forme de « non-pensée » (Jacques Caillosse), le néolibéralisme a bel et bien été promu au rang d'« idéologie-monde », indissociable du processus de mondialisation et contribuant à le légitimer. Dans les pays libéraux, et au Liban aussi (Georges Saad), la vulgate néolibérale a été un puissant moteur de changement, remettant en cause les dispositifs construits aux heures de gloire de l'État providence.

Il convient sans doute de ne pas exagérer son influence. Les croyances sur lesquelles reposent cette « idéologie-monde » (croyance dans la supériorité des mécanismes de marché, croyance dans les bienfaits de la concurrence, croyance dans les effets positifs de l'ouverture des frontières et du développement des échanges) ont été fortement ébranlées, notamment depuis la crise de 2008 : l'État est appelé à conserver un ensemble de fonctions essentielles. De même l'influence de la vulgate du *New Public Management* sur les politiques de réforme administrative est-elle relative : les préceptes du *NPM* ont fait en réalité l'objet d'un processus d' « acclimatation », conduisant à des interprétations variées, et donné lieu à des applications différenciées : pour la France, Jean-Marie Pontier comme Jacques Caillosse montrent bien que si les politiques de réforme de l'État ont bien un « marquage » néolibéral, l'étendue et la profondeur de ce marquage méritent d'être interrogées. Quant à la

¹ *La grande transformation*, rééd. Gallimard 1983.

² *La route de la servitude*, rééd. Librairie de Médicis 1946.

problématique émergente des « biens communs internationaux »³, évoquée par Gourmo Lô, elle marque une claire rupture avec les conceptions néolibérales.

Il reste que l'impact du néolibéralisme ne saurait être contesté et que son rayonnement s'est exercé sur le terrain juridique aussi, comme en témoignent l'inflexion des représentations des juristes (Jacques Caillosse) : non seulement l'analyse économique du droit pousse à une conception plus souple de la normativité juridique⁴ qui tend progressivement à s'imposer, aux yeux mêmes du Conseil d'État (Guy Quintane)⁵, mais encore elle tend à saper les fondations traditionnelles du droit public français : l'existence d'un droit spécial et dérogoratoire au droit commun, exprimant l'autonomie et la suprématie étatiques par rapport à la société, est en effet aux antipodes des conceptions libérales du droit. Il ne s'agissait sans doute pas ici d'exposer cette vulgate néolibérale mais de tenter d'évaluer son influence. On avait déjà pu montrer, à l'occasion d'un colloque tenu à Tours en janvier 2009, que l'idée de performance avait progressivement gagné le droit administratif⁶ ; le projet était ici plus large et plus ambitieux puisqu'il s'agissait de prendre la mesure des implications de tous ordres consécutives à la pénétration des idées néolibérales dans le droit public français.

Cette pénétration s'est effectuée en passant par de multiples voies, dont plusieurs ont été ici évoquées : influence croissante des idées néolibérales dans le champ politique et dans la société ; diffusion de modèles administratifs et juridiques d'inspiration anglo-saxonne censés être plus performants ; contraintes juridiques nouvelles résultant de la construction d'une Union européenne⁷ reposant sur la libéralisation des échanges – même si l'existence de fonds structurels (FEOGA, FEDER) était, au moins au départ, aux antipodes du néo-libéralisme (Michel Bruno) – et la libre concurrence ; libéralisation des échanges internationaux⁸ : Benoît Jean-Antoine a montré l'influence exercée par les recommandations d'institutions internationales, telles le FMI, l'OCDE ou la Banque mondiale, dans l'adoption de la loi organique sur les lois de

³ V. Dandot P. et Laval C., *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, La Découverte 2014.

⁴ Valentin V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, Coll. Corpus essais 2002. Sur les incidences de la primauté de la logique marchande sur le droit : Dormont S. et Perroud T. (dir.), *Droit et marché*, LGDJ-Lextenso 2015.

⁵ V. le rapport du Conseil d'État, « Le droit souple », 2013. Dans le dernier rapport *Doing Business* de la Banque mondiale, la France remonte dans le classement 2016 à la 27ème place du classement.

⁶ Albert N., *Performance et droit administratif*, Litec, Coll. Colloques et débats 2010.

⁷ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit en revanche dans le droit fil de la tradition libérale classique (Danutė Jočienė).

⁸ Sous réserve du correctif apporté par les conventions relatives au respect des droits sociaux (Jean Dhommeaux).

finances de 2001. La conversion progressive à un *New Public Management* porteur de la rationalité néolibérale ne pouvait ainsi manquer d'influer sur le contenu du droit administratif, les préceptes managériaux étant traduits dans le langage et dans les formes du droit.

Si elles n'avaient pas de prétention à l'exhaustivité, les contributions montrent que l'influence du néolibéralisme sur le droit public s'est manifestée sur trois plans différents : un *mouvement de recentrage*, impliqué par la primauté reconnue au marché (I) ; un *processus de reconfiguration*, résultant de la promotion d'un impératif d'efficacité (II) ; *l'esquisse d'une refondation*, par l'inflexion des principes sous-jacents à l'ordre politique (III). Dans tous les cas cependant, il convient pour autant de ne pas exagérer la portée de cette influence, la vulgate néo-libérale ayant été, comme les soulignent tous les auteurs, traduite et réinterprétée en fonction des traditions juridiques nationales.

I. LE RECENTRAGE DU DROIT PUBLIC

Pour la doctrine néolibérale, le droit public ne se justifie en fin de compte que pour fixer les règles du jeu politique et réguler les rapports entre les pouvoirs publics ; en revanche, l'idée selon laquelle les relations entre l'État et la société devraient être régies par un ensemble de règles spécifiques et dérogoires du droit commun paraît incompatible avec le libéralisme ; si l'existence du droit constitutionnel n'est donc pas mise en cause, au prix d'une nécessaire refondation, l'existence d'un droit administratif, perçu comme un droit d'inégalité et de privilège, ne saurait manquer, comme le souligne Jacques Caillosse, de faire problème pour les néolibéraux.

Cette vision a cheminé dans le droit positif, entraînant un double mouvement d'effacement derrière l'ordre de marché (A) et de redéfinition du sens même de l'institution du droit administratif (B).

A. L'EFFACEMENT DERRIÈRE L'ORDRE DE MARCHÉ

* La primauté du marché implique d'abord que, dès l'instant où il se présente en tant qu'opérateur économique, en offrant des biens et services, l'État est tenu de se plier à la loi de la concurrence. Cette problématique est, on l'a rappelé, très largement le produit de la construction européenne : la doctrine forgée par les autorités européennes est fondée en effet sur le principe de soumission de l'ensemble des services économiques à la concurrence ; et ce principe a été retranscrit dans le droit français dès 1986. L'économie de marché ne saurait tolérer l'existence au profit des opérateurs publics de règles dérogoires, de nature à fausser le jeu de la concurrence.

Empreinte des théories économiques néolibérales, la notion de service universel, telle qu'elle est conçue au niveau européen, ne constitue nullement,

comme le montre Olivier Raymondie, une rupture avec l'ordre de marché : n'existant qu'à cause et grâce à l'ouverture de secteurs à la concurrence, le service universel apparaît comme « adossé au marché », mieux « consubstantiel au marché ». De même⁹, les collectivités territoriales sont-elles tenues au respect du marché, le socialisme municipal étant ainsi « revisité par le néolibéralisme » (Antoine Siffert).

* La primauté du marché implique aussi la réorientation des interventions de l'État dans l'économie. La promotion du thème de l'État régulateur est indissociable de la perspective néolibérale donnant pour mission à l'État de veiller au bon fonctionnement du marché. La régulation présuppose l'existence de marchés ouverts, dans lesquels des opérateurs, disposant d'une capacité d'action autonome, déploient des stratégies concurrentielles ; elle vise seulement à assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble par l'établissement de certaines règles et une supervision permanente. À la différence de la réglementation classique, le « droit de régulation » se présentera comme un droit souple, pragmatique, flexible, élaboré en relation étroite avec les destinataires et en permanence réajusté en fonction des résultats obtenus ; l'influence des idées néolibérales se traduira ainsi par la libéralisation des formes de contrôle sur les activités sociales (Nicolas Ochoa) ainsi que par l'assouplissement de l'encadrement étatique, comme par exemple en ce qui concerne les médias (Diane de Bellescize). La mise en place d'autorités indépendantes pour assurer cette fonction de régulation se situe dans le droit fil des analyses néo-libérales.

* La primauté du marché se traduit enfin par la pénétration de la logique marchande au cœur même de la sphère publique, par la mise en concurrence des services publics sur le modèle du *market testing* britannique, ainsi que par son extension à des activités qui étaient traditionnellement considérées comme placées hors marché : la marchandisation s'étend ainsi de plus en plus au secteur de la santé, ainsi que le montre Catherine Pugelier, à partir des exemples de la gestion du virus H1N1 et du handicap ; quant à l'autorisation des recherches sur l'embryon, elle répondrait aux attentes de l'industrie pharmaceutique, désireuse de tirer un profit d'une activité en principe hors commerce (Jocelyn Clerkx). Cette même logique se profile derrière certaines réformes : Jean-François Kerleo relève que la transparence administrative, généralement envisagée comme la marque d'un processus de démocratisation, est aussi un moyen d'ouvrir de nouveaux marchés à la concurrence (en l'espèce celui des données publiques) et un élément de la libre concurrence économique.

L'affirmation de la primauté du marché se double d'une redéfinition du droit administratif.

⁹ Rapport du Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, 2015.

B. LA REDEFINITION DU DROIT ADMINISTRATIF

* Le caractère dérogatoire du droit administratif par rapport au droit privé tend à s'atténuer : tout se passe comme si le droit privé était conçu comme le « droit de référence », sur lequel le droit administratif est invité à s'aligner, en perdant, dans une large mesure, ce qui constituait sa spécificité.

Quelques exemples de ce processus de « libéralisation du droit administratif » (Jean-Marie Pontier) sont ici donnés : les réformes successives du Code des marchés publics ont ainsi entendu assouplir les procédures et les critères de passation et soumettre la commande publique, sous la pression européenne, aux principes de transparence et de mise en concurrence (Christophe Lajoie) ; quant à la conception traditionnelle du service public, elle a fait place, notamment sous l'influence européenne (Olivier Raymondie), à une approche beaucoup plus souple d'un service public au périmètre contingent, pris en charge selon des modalités diverses et géré de façon pragmatique. D'autres exemples auraient pu être pris : le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques de 2006 a eu pour effet de réduire le champ d'application de la domanialité publique et d'assouplir les règles de gestion du domaine ; le droit de la responsabilité administrative se rapproche de plus en plus des solutions retenues par les tribunaux judiciaires ; et même si les fonctionnaires restent soumis à un statut de droit public, ce maintien est assorti d'un ensemble de réformes destinées à corriger les rigidités qu'il comporte.

Cette évolution du contenu du droit administratif s'accompagne d'une remise en cause des particularismes du système de juridiction administrative : sous les pressions conjuguées des juridictions européennes, la juridiction administrative a été contrainte de réévaluer ses principes d'organisation et ses modalités de fonctionnement, afin d'assurer une plus grande égalité des parties, en s'alignant dans une large mesure sur la justice ordinaire.

Plus généralement, le modèle traditionnel de relations, à base de distanciation et d'autorité, entretenu avec les administrés tend à être remis en cause. L'idée prévaut désormais que l'administré ne peut être traité seulement comme un assujetti, soumis au pouvoir administratif, ni même comme un simple usager, bénéficiant des prestations que l'administration lui offre, mais qu'il dispose, en tant que citoyen, d'un ensemble de droits qu'il peut opposer à l'administration. Le thème de la citoyenneté administrative a fait son entrée dans le droit avec la loi du 12 avril 2000 relative aux « droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », intitulé manifestant la volonté de refonder la relations administrative, en l'adossant à la citoyenneté ; et le nouveau Code des relations entre le public et l'administration (ordonnance et décret du 23 octobre 2015), qui a pour ambition logique de « renforcer le dialogue entre l'administration et les citoyens », en est la concrétisation.

Ce recentrage du droit public, plus précisément du droit administratif, se double d'un mouvement de reconfiguration sous l'empire d'une rationalité économique.

II. LA RECONFIGURATION DU DROIT PUBLIC

Le néolibéralisme érige l'efficacité en principe axiologique applicable tant à la gestion publique (le *New Public Management* est la traduction de cette exigence) qu'au droit (le courant *Law and Economics* ou l'Economie du droit est une des facettes du néolibéralisme). Pour les néolibéraux, les normes juridiques ne disposent pas d'un bien-fondé de principe : elles doivent être jugées à l'aune des résultats qu'elles permettent d'obtenir : le droit tend dès lors à être traité comme un produit, une marchandise, dont il s'agit d'améliorer en permanence la qualité. L'impératif d'efficacité va ainsi conduire à une managérialisation du droit, visant à le rendre plus « performant ».

La pénétration de cette rationalité managériale dans le champ du droit administratif (A) va conduire à un processus d'adaptation (B).

A. LA PENETRATION DU REFERENTIEL MANAGERIAL

La promotion du thème de l'efficacité a contribué, à partir des années 1960, à modifier en profondeur la manière d'envisager la gestion publique : le postulat selon lequel celle-ci, placée sous le double sceau de l'intérêt général et du service public, ne pouvait être mesurée en termes d'efficacité, a fait place à l'idée que l'administration est tenue, tout comme les entreprises privées, d'améliorer sans cesse la qualité de ses prestations et d'abaisser ses coûts de fonctionnement.

* Dans un premier temps, le poids du modèle administratif traditionnel se fera sentir à travers la construction d'un « management public », se présentant comme un compromis entre l'exigence d'efficacité et l'attachement au particularisme de la gestion publique : cette perspective est celle qu'adoptent les différents projets de modernisation administrative qui se succèdent à partir des années 1980.

* Elle sera dépassée au cours des années 2000 par le recentrage du référentiel de l'efficacité autour du thème de la « performance », directement inspiré par le *New Public Management* : la réforme budgétaire de 2001 a été ainsi sous-tendue par une « culture de la performance », reposant sur le principe de la « gestion par les résultats » (Benoît Jean-Antoine) ; prolongée par la « révision générale des politiques publiques » (RGPP), la démarche se retrouve dans la politique de « modernisation de l'action publique » (MAP) lancée depuis 2012, qui entend procéder à une évaluation systématique des politiques publiques.

La promotion de cette rationalité de type managériale a conduit, non seulement à repenser le droit budgétaire, mais encore à infléchir le contenu du droit administratif.

B. L'« ECONOMICISATION » DU DROIT ADMINISTRATIF

Toutes les catégories du droit administratif ont été, à des degrés divers, remodelées par l'exigence de performance.

* Celle-ci implique en premier lieu l'amélioration de la qualité du service rendu à l'usager : si la transposition aux services publics de la problématique de la qualité était apparue au départ comme relevant d'une simple démarche managériale, exclusive de toute implication juridique, on a assisté à un processus de juridicisation progressive, conduisant à en faire un des éléments constitutifs du régime de service public.

* L'exigence de performance exige ensuite l'optimisation des ressources mises à la disposition des administrations : la remise en cause des rigidités du statut de la fonction publique a conduit à la mise en œuvre d'une « gestion des ressources humaines », passant notamment par une meilleure évaluation et prise en compte des performances des intéressés ; les réformes successives du Code des marchés publics ont eu pour effet d'assouplir les procédures et les règles de passation (Christophe Lajoye) ; le Code général de la propriété des personnes publiques a entendu promouvoir une politique patrimoniale plus active.

* La même exigence de performance a conduit à une inflexion des modes d'action publics, par un recours croissant aux techniques conventionnelles, ainsi qu'à une transformation de l'architecture administrative, telle qu'elle est définie par le droit : l'objectif a été de distinguer plus clairement les fonctions dites « stratégiques », incombant à l'administration centrale, et les fonctions dites « opérationnelles », transférées à des structures territoriales ou fonctionnelles (agences) autonomes, voire externalisées via des formules de délégation ou de partenariat ; et les réformes territoriales récentes sont, comme l'a relevé Fabien Bottini¹⁰, inspirées par les principes d'« économie », « rendement » et « efficacité » inhérents au *New Public Management*. Jean-Marie Pontier est sur ce point plus nuancé : on peut sans doute déceler l'influence du néo-libéralisme dans certains des axes de ces réformes ; mais cette influence ne serait que « diffuse » et en fin de compte « limitée », compte tenu de la multiplicité des facteurs entrant en ligne de compte et de la capacité de résistance des collectivités territoriales.

¹⁰ Bottini F., « L'impact du *New Public Management* sur la réforme territoriale », *RFDA* 2015-4. 717-726.

* Le contrôle juridictionnel lui-même a intégré la logique d'efficacité, de trois manières différentes. D'abord, le juge administratif français a été progressivement amené à exercer son contrôle en prenant en compte des considérations d'efficacité. Ensuite, l'accent a été mis sur l'exigence de renforcement de l'efficacité du contrôle par la création d'une procédure d'astreinte (1980), l'introduction d'un pouvoir d'injonction (1995) et surtout la mise en place d'une véritable procédure d'urgence (2000). Enfin, s'est imposée l'idée que, tenue de « rendre compte de son action et de la manière dont elle est opérée », la juridiction administrative devait chercher à améliorer ses modalités de fonctionnement. Même s'il serait évidemment excessif de le considérer comme un « propagandiste zélé du néo-libéralisme », le juge administratif serait ainsi « en phase avec ses orientations » (Guy Quintane).

Plus généralement enfin le droit administratif fait désormais l'objet, comme l'ensemble du droit, de procédures d'évaluation, destinées à mesurer les effets des règles ainsi que leur impact social

Reste à savoir quelle est la portée de cette intégration dans le droit administratif de la logique de performance : alors que pour les uns l'économie d'ensemble du droit administratif n'en serait pas bouleversée, d'autres n'hésitent pas à la considérer comme le signe d'une adaptation en profondeur, voire d'une véritable mutation d'un droit administratif, désormais investi par une rationalité d'ordre économique (Jacques Caillosse).

L'influence du néolibéralisme se manifeste enfin à travers une redéfinition plus en profondeur de la logique sur laquelle le droit public a été construit.

III. LA REFONDATION DU DROIT PUBLIC

Le néolibéralisme est caractérisé par une double défiance : défiance vis-à-vis d'un État qui prétend exercer une autorité sans partage sur la société ; défiance vis-à-vis d'une logique démocratique aboutissant à l'omnipotence des élus. Il entend remettre l'État à sa juste place, en limitant son emprise sociale, et contrebalancer le pouvoir des élus, par l'édification de contre-pouvoirs : le droit est appelé, sur ces deux plans, à jouer un rôle essentiel, en contribuant à la redéfinition des contours de l'ordre politique.

La fin du protectorat exercé par l'État sur l'économie et la société et la promotion d'une « démocratie juridique », fondée sur l'État de droit et reposant sur les juges, s'inscrivent dans la droite ligne de cette problématique.

A. LA FIN DU PROTECTORAT ETATIQUE

* Plus encore que dans les autres pays libéraux, l'État avait établi en France un véritable protectorat sur la vie sociale, par le développement conjoint

de fonctions de régulation économique et de redistribution sociale : la société était « gouvernée par l'État » (Pierre Albertini).

Ce protectorat est désormais frappé d'obsolescence : tandis que l'interpénétration croissante des économies interdit à l'État de maîtriser les variables essentielles du développement, les dispositifs de protection et de redistribution construits dans le cadre du *Welfare State* se trouvent fragilisés. Ce mouvement de repli étatique, amorcé dès les années 1980 n'a fait par la suite que s'accroître : si l'État garde certaines fonctions essentielles, la France n'en est pas moins sortie, comme les autres pays libéraux, du cadre de l'État-providence pourfendu par les néolibéraux.

* Le protectorat étatique s'appuyait en France sur un système de représentations assurant sa légitimation : l'intérêt général est le concept central autour duquel est structuré ce système de représentations. Érigé à la hauteur d'un véritable axiome, il était censé imprégner l'ensemble des actes provenant de ses représentants.

Cette vision, traditionnelle en France, d'un État détenteur d'un monopole sur d'un intérêt général défini hors de toute pression des intérêts particuliers est incompatible avec la vulgate néolibérale (Pierre Albertini) : l'intérêt général ne peut être que la résultante d'une confrontation, aussi libre et aussi ouverte que possible, entre les divers intérêts sociaux, afin de parvenir au meilleur compromis possible ; intégrant liberté d'entreprendre et liberté de concurrence, il apparaît ainsi indissociable de l'ordre de marché. Et cette vision tend désormais à prévaloir, en France aussi : l'idée d'un État imposant sa rationalité au corps social a vécu ; l'intérêt général ne s'impose plus comme argument d'autorité mais dépend du processus d'élaboration et de la pertinence des résultats obtenus.

B. LA REEVALUATION DE LA LOGIQUE DÉMOCRATIQUE

Derrière le néolibéralisme se profile une autre conception de la démocratie, que plusieurs contributions mettent en évidence.

* D'abord, le paradigme économique sur lequel il repose fournirait aux « pouvoirs oligarchiques qui prolifèrent à travers le monde » un système de légitimation à prétention scientifique, impliquant la dévalorisation du principe démocratique (Jacques Bouveresse) : l'omniprésence de l'argument économique dans le discours politique, en France comme ailleurs, témoigne de l'empire de ce paradigme.

* Ensuite, l'accent mis sur le marché conduit à reconstruire la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs, en supprimant ou au contraire en consolidant ses implications, « selon qu'elles faussent ou au contraire servent le libre jeu de la concurrence » (Fabien Bottini). Les illustrations en sont nombreuses. L'institution des autorités de régulation indépendantes, prônée par

les néolibéraux, qui implique que certaines fonctions incombant à l'État soient mises à l'abri de l'ingérence des gouvernants, en est une illustration emblématique : ces autorités laissent en effet entrevoir l'image d'un État dépolitisé, dont les fonctions régulatrices sont assumées par des instances « neutres et objectives ».

* Enfin, au cœur de la pensée néolibérale, il y a, dans la ligne des analyses de Hayek, l'idée d'un « droit de la liberté », prenant sa source en dehors de l'État et constituant une limite pour le pouvoir politique. L'accent mis sur le respect du droit conduit ainsi à réévaluer la démocratie représentative, en relativisant la légitimité tirée de l'élection, et à insister sur le rôle essentiel du juge, conformément aux analyses de Hayek.

Cette problématique s'est imposée en France aussi. Alors que la mythification de la loi, expression de la « volonté générale », avait empêché que soient tirées les conséquences concrètes d'une prééminence constitutionnelle, pourtant admise au niveau des principes, ce privilège d'incontestabilité dont bénéficiait la loi a vécu. La montée en puissance du Conseil constitutionnel, renforcée par l'introduction en 2008 de la « question prioritaire de constitutionnalité », est la traduction concrète de cette réévaluation de la logique démocratique : la démocratie tend à se présenter en France aussi comme une « démocratie juridique », fondée, comme le souhaitent les néolibéraux sur le « règne du droit ». Georges Saad a de même montré que la revendication d'indépendance du juge libanais par rapport au pouvoir exécutif devait être rapportée à l'influence de la doctrine néo-libérale.

À la question posée, les diverses contributions montrent qu'il faut sans nul doute répondre par l'affirmative. Oui, le néolibéralisme, professé par certains courants de pensée à partir des années 1970 a bien exercé une influence sur le droit public français, en utilisant notamment les vecteurs de la mondialisation et de l'eupéanisation : la mondialisation implique en effet la diffusion de valeurs, de modèles d'organisation politique et administrative et aussi de conceptions du droit ; et l'eupéanisation pousse à la réduction des particularismes nationaux.

* *

*

Il reste que, si le droit public français a bien évolué, sous l'empire de la vulgate néolibérale, il s'agit davantage d'un processus d'adaptation que d'une véritable mutation : tous les auteurs relèvent la résistance qu'il oppose à une transformation plus profonde ainsi que la persistance de ses équilibres fondamentaux. La construction juridique sur laquelle a pris appui

historiquement le modèle français d'État et d'administration ne saurait être abandonnée sans que soit remis en cause le lien social et politique ; la banalisation du droit public rencontre ainsi certaines limites structurelles.

TABLE DES MATIÈRES

Préface

Par

..... IX

Avant-Propos

Par

..... X

Le néolibéralisme et l'« utilitarisation » du droit public. Propos introductifs

Par F. Bottini

..... XX

Ouverture

Par L. Logiou

..... XX

1. LE NÉOLIBÉRALISME, LA SOCIÉTÉ ET LE POUVOIR

LE NÉOLIBÉRALISME EXISTE-T-IL ?

Par

P.

Gélard

.....XX

LE NÉOLIBÉRALISME ET LES LUMIÈRES

Par

M.

Heers.....XX

**LA GENÈSE DU NEOLIBERALISME ET DE SON INFLUENCE SUR
LE DROIT
PUBLIC FRANÇAIS**

Par M. Caron

.....
.....XX

**LE NÉO-LIBERALISME INSTRUMENT DU POUVOIR
OLIGARCHIQUE
CONTRE LA DEMOCRATIE : LE CAS DE LA FRANCE**

Par J. Bouveresse

.....
.....XX

**L'INTÉRÊT GÉNÉRAL À L'ÉPREUVE DU LIBÉRALISME
ÉCONOMIQUE**

Par P. Albertini

.....
.....XX

**LA « CONCEPTION FRANÇAISE DE LA SEPARATION DES
POUVOIRS » À
L'ÉPREUVE DE LA RATIONALITÉ ÉCONOMIQUE**

Par F. Bottini

.....
..... XX

**2. LES INSTRUMENTS DU
NÉOLIBÉRALISME**

**NÉOLIBÉRALISME ET DROIT PUBLIC : UNE INFLUENCE EN
DEMI-TEINTE ?**

Par J.-P. Derosier

.....
..... XX

LA CRISE DU LÉGICENTRISME

Par A. Canayer

.....
..... XX

**L'INFLUENCE DU NÉOLIBÉRALISME SUR LES STRUCTURES
TERRITORIALES FRANÇAISES**

Par J.-M. Pontier

.....
..... xx

L'IMPACT DU NÉOLIBÉRALISME SUR LE DROIT BUDGÉTAIRE

Par B. Jean-Antoine

.....
..... xx

**L'IMPACT DU NÉOLIBÉRALISME SUR LE DROIT DES
CONTRATS DE LA
COMMANDE PUBLIQUE**

Par C. Lajoie

.....
..... xx

**3. LES SYSTÈMES JURIDIQUES
ÉTRANGERS ET LE NÉOLIBÉRALISME**

**LE NÉOLIBÉRALISME : UN DANGER POUR LA SOUVERAINETÉ
DES ÉTATS**

Par P. Lagrange

.....
..... xx

**QUI INFLUENCE QUI ? (À PROPOS DES AFFAIRES CONTRE
LA FRANCE DEVANT LA CEDH)**

Par D. Jočienė

.....
..... xx

**LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DE LA FRANCE
DANS LE DOMAINE SOCIAL ET LEURS CONTRÔLES**

Par J. Dhommeaux

.....
..... xx

**LA NOTION DE BIEN PUBLIC INTERNATIONAL : UNE
CONQUÊTE DES**

PEUPLES FACE À L'ULTRALIBÉRALISME ?

Par G. Lô

.....
..... xx

L'INFLUENCE DU NÉOLIBÉRALISME SUR LE DROIT PUBLIC LIBANAIS

Par G. Saad

.....
..... xx

4. L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

L'INFLUENCE DU NÉOLIBÉRALISME ANGLO-SAXON SUR LE DROIT PUBLIC FRANÇAIS : L'EXEMPLE DU SERVICE UNIVERSEL

Par O. Raymundie †

.....
..... xx

NÉOLIBÉRALISME ET FONDS EUROPÉENS

Par M. Bruno

.....
..... xx

DU SOCIALISME MUNICIPAL AU NÉOLIBÉRALISME MUNICIPAL ?

Par A. Siffert

.....
..... xx

5. LE NÉOLIBÉRALISME ET L'INDIVIDU

L'ÉTAT EST-IL INFALLIBLE ?

Par F. Advielle

.....
..... xx

SANTÉ ET NÉOLIBÉRALISME

Par C. Puigelier

.....
..... xx

VERS LA MARCHANDISATION DE L'EMBRYON HUMAIN ?

Par J. Clerckx

.....
..... xx

NÉOLIBÉRALISME ET MEDIAS

Par D. de Bellescize

.....
..... xx

LE NÉOLIBÉRALISME ET LA LAÏCITÉ

Par P. Gast

.....
..... xx

6. LE NÉOLIBÉRALISME ET LE DROIT ADMINISTRATIF

LA DÉONSTRUCTION-RECONSTRUCTION DU DROIT ADMINISTRATIF PAR LE NÉOLIBÉRALISME

Par J.-M. Larralde

..... xx

LE NÉOLIBÉRALISME, LA RÉFORME ADMINISTRATIVE ET SON DROIT

Par J. Caillosse
xx

LA TRANSPARENCE ADMINISTRATIVE, OU LE NÉOLIBÉRALISME TECHNOCRATIQUE FRANÇAIS

Par J.-F. Kerléo

.....
... xx

**NÉOLIBÉRALISME ET DILUTION DES PROCÉDÉS DE POLICE
ADMINISTRATIVE SPÉCIALE. L'EXEMPLE DE LA
DÉCLARATION PRÉALABLE**

Par N. Ochoa
xx

LE JUGE ADMINISTRATIF ET LE NÉOLIBÉRALISME

Par G. Quintane
xx

7. CONCLUSION

SYNTHÈSE

Par J. Chevallier

.....
..... xx

« Privatisation », « dépublicisation », « déconstruction-reconstruction »... , les analyses ne manquent pas pour qualifier les évolutions actuelles du droit public. Mais quelle est la réalité de ses transformations ? Quelle peut bien être leur origine profonde ? Les idées néolibérales peuvent-elle être considérées comme une de leurs causes ? Si oui l'avenir du droit public est-il conditionné à sa capacité à mettre l'Etat au service du bon fonctionnement du marché ou une conciliation des idées néolibérales et du projet démocratique est-elle possible ?

Les textes regroupés dans le présent ouvrage tentent d'apporter une réponse à ces questions à partir d'une analyse des évolutions de différentes disciplines du droit public dont les enjeux intéresseront tant le théoricien que le praticien, le spécialiste que le profane.

Fabien Bottini est Maître de conférences - HDR en droit public à l'Université du Havre.

Directeur-adjoint du LexFEIM, ses travaux portent sur la transformation de l'Etat-nation face au double mouvement de mondialisation et de régionalisation des continents.