

La dimension pré-normative du néolibéralisme : son origine, sa réalité et ses limites

Fabien Bottini¹

RÉSUMÉ

Forme contemporaine du projet de paix par le commerce, le néolibéralisme est revêtu depuis le colloque Lippmann de 1938 d'une dimension « pré-normative », puisqu'il vise à proposer des réformes juridiques « clé en main » aux décideurs publics (I). C'est pourquoi ses préceptes économiques ont inspiré d'importantes réformes juridiques sous-tendues par l'objectif du bon fonctionnement du marché en droit français et européen (principes de subsidiarité et de sécurité juridique, règle d'or étatique, panoptique juridique...) qui ont rétroagi sur les règles existantes, en en changeant le sens (II). La réception du projet néolibéral n'a toutefois jamais été « pure et parfaite » en droit, dans la mesure où elle s'est trouvée altérée par le volontarisme des autorités politiques, par idéologie, sous la pression de leurs opinions publiques... ou, simplement au nom de la défense des intérêts nationaux. Non content de mettre les différentes écoles néolibérales en concurrence, le néolibéralisme vécu a, ce faisant, parfois donné l'impression de céder au lobby du monde économique pour faire ses courses dans leurs préconisations, de façon à rendre le marché domestique toujours plus attrayant pour les entreprises, au risque de mettre davantage l'État à la merci des marchands (III).

MOTS-CLÉS : Paix par le commerce ; néolibéralisation du droit; Libre concurrence (principe de -) ; Droit public économique; Droits fondamentaux (théorie des -)

ABSTRACT

A contemporary form of the “peace through trade” project, neo-liberalism has had a “pre-normative” dimension since the Lippmann colloquium of 1938, as it aims to propose “turnkey” legal reforms to public decision-makers (I). For this reason, its economic precepts have inspired major legal reforms underpinned by the objective of a well-functioning market in French and European law (principles of subsidiarity and legal certainty, the golden rule of the state, legal panopticism...), which have retroactively altered the meaning of existing rules (II). However, the neoliberal project has never been “pure and perfect” in law, insofar as it has been altered by the voluntarism of political authorities, through ideology, under the pressure of public opinion... or simply in the name of defending national interests. Not content with pitting the various neo-liberal schools against each other, neo-liberalism has sometimes given the impression of yielding to the lobby of the business world to shop around in their recommendations, so as to make the domestic market ever more attractive to

2 La dimension pré-normative du néolibéralisme

business, at the risk of placing the State even more at the mercy of merchants (III).

KEYWORDS: Peace through trade; Neoliberalization of law; Free competition (principle of -); Public economic law; Fundamental rights (theory of -)

¹ Docteur en droit public – HDR. Professeur des Universités, Chaire NC2040 de Le Mans Université, Chaire innovation de l’Institut universitaire de France, Membre du Thémis-UM, Membre associé du LexFEIM

« Je suis d'avis que nous ne ferons rien
si (...) notre but est de réaffirmer
et de ressusciter les formules
du libéralisme du XIX^e siècle. »

Walter Lippmann
(Compte-rendu du colloque Lippmann
éd. de Médicis 1939, p. 20)

Introduction

L'écrivain – et homme politique – français Victor Hugo se réjouissait, en 1849, qu'« un jour viendra où il n'y aura plus d'autres champs de bataille que les marchés s'ouvrant au commerce¹ ». Ce faisant, il se réclamait d'un projet vieux de cinq siècles : celui de la paix par le commerce tendant à faire de l'interdépendance économique des nations l'instrument de pacification des relations interétatiques via un usage économique de la règle de droit.

Depuis son apparition au Moyen-Âge, ce projet se fonde sur un certain souvenir de la *Pax Romana*, qui s'est étendue de -27 à 180 (la mort de Marc Aurèle), sinon 235 (la fin de la dynastie des Sévères) après Jésus-Christ².

C'est ce souvenir qui a alimenté l'action d'un certain nombre d'intellectuels en faveur de la paix par le commerce dès lors, comme le résumait les historiens Hubert Richardot et Bernard Schnapper, que l'idée s'est – à tort ou à raison³ – imposée que cette paix romaine venait de ce que la Rome antique « a » non seulement « constitué (...) un grand État (...) rassemblé sous une autorité unique ; elle a réalisé un immense "marché commun", soumis aux mêmes règles juridiques, usant des mêmes espèces monétaires, doté partout d'excellentes voies de communication sur lesquelles circulaient librement négociants et marchandises⁴ ».

De l'invitation d'Émeric Crucé – ou de la Croix – à établir la « liberté du commerce par tout le monde⁵ » en passant par la croyance de Montesquieu envers les bienfaits de « l'effet naturel du commerce », qui « est de porter à la paix⁶ », le plaidoyer d'Adam Smith en faveur de la « main invisible⁷ » du marché conduisant chacun à faire le bien commun, en poursuivant ses intérêts propres, ou l'appel de Friedrich Hayek à la création d'un « super État (...) ultralibéral où règne(r) le laisser-faire⁸ »... , les exemples d'auteurs ayant pris position en faveur

¹ Cité in Garnier J.-C., *Congrès des amis de la paix universelle réunis à Paris en 1849*, Guillaumin et Cie, 1850, p. 4.

² V. *Œuvres de Tite-Live*, t. 1 et 2, Paris, Firmin Didot frères et cie, 1839. Cf. Sénèque, *Œuvres complètes*, Paris, Firmin Didot Frères 1869, p. 133 (Dialogues 1.4.14).

³ V. Sánchez P., « "Pax Romana", une paix en trompe-l'œil », *Campus* 2015-120, p. 35.

⁴ Schnapper B. et Richardot H., *Histoire des faits économiques*, Paris, Dalloz 1971, p. 1.

⁵ Crucé E., *Le nouveau Cynée*, Paris, Jacques Vallery 1623.

⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. 2, Paris, rééd. Vve Dabo, 1824, p. 234.

⁷ Smith A., *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, t. 3, Paris, Buisson 1791, p. 62.

⁸ Hayek F., *La route de la servitude*, Paris, rééd. Quadrige, 1993, p. 165.

de ce projet sont nombreux. C'est celui-ci qui amenait Victor Hugo à se réjouir, en 1849, des bienfaits de la libéralisation des frontières nationales.

Avec le temps, l'idée que « le Commerce est plus propre à conserver, et même à agrandir un État, que les armes » s'est ainsi trouvée érigée en « Vérité très importante » (Jacques Savary des Bruslons) au point que la conviction que, entre nations, le concept de marché substitue « la logique d'un jeu à somme positive (le commerce) » à la logique d'un jeu à « somme nulle (la puissance)⁹ » est devenue un axiome de gouvernement.

« L'histoire n'avance » toutefois « pas en lignes droites » comme le relevait Isaïa Berlin, et le projet a régulièrement déraillé, en raison des écueils rencontrés dans sa mise en œuvre. À la suite d'Adam Smith en 1776 dans *The Wealth of Nations*, Walter Lippmann en faisait le constat en 1937 dans *The Good Society*. Tous deux ne se sont toutefois pas contentés d'identifier les causes de cet échec ; ils ont cherché à le refonder pour l'adapter à la nouvelle réalité sociale de leur temps. C'est ainsi que l'ouvrage de Walter Lippmann a inspiré le colloque à son nom, organisé en 1938, à l'initiative du philosophe français Louis Rougier (1889-1982), à Paris¹⁰ ; et qu'en voulant donner un contenu scientifique à ce que l'économiste français Gaëtan Pirou avait, en 1934, qualifié de néolibéralisme¹¹, les participants de la manifestation ont donné sa forme contemporaine au projet de paix par le commerce, tel qu'il s'est présenté de la fin de la Seconde Guerre mondiale jusqu'à la crise sanitaire de 2020 au moins.

La guerre de 1939-1945 a en effet catalysé la mise en œuvre de ces idées, dès lors que Franklin Roosevelt et Winston Churchill ont implicitement fait la feuille de route à suivre pour prévenir un troisième conflit planétaire dans la Charte de l'Atlantique de 1941¹². Or, dès la fin de la guerre, la règle de droit s'est trouvée mobilisée pour construire et entretenir des marchés nationaux et supranationaux voués à être interconnectés au niveau international pour donner naissance à la deuxième mondialisation économique telle que nous la connaissons avant la guerre en Ukraine de 2022. Des accords du GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) de 1947 aux traités fondateurs de la construction européenne de 1951 et 1957, en passant par les dispositions du préambule de la Constitution française de 1946 habilitant les autorités à consentir « aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix » « sous réserve de réciprocité » ou l'Accord de libre-échange nord-américain de 1994..., les mesures jalonnant cette instrumentalisation de la règle de droit ne manquent pas.

Il n'est, à vrai dire, pas étonnant que le droit américain ait joué un rôle moteur dans cette évolution. Car ce qui caractérise les États-Unis depuis leur fondation, c'est cette synthèse de l'éthique calviniste et de l'« esprit du

⁹ V. Torre-Schaub M., *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, Paris, LGDJ, 2002.

¹⁰ CIRL, *Compte rendu des séances du Colloque Walter Lippmann, 26-30 août 1938*, Paris, éd. de Médicis, 1939.

¹¹ « L'économie dirigée », *Revue d'économie politique* 1934. 1404.

¹² V. Brinkley et al. (dir.), *The Atlantic Charter*, Basingstoke, Macmillan, 1994; Drakidis P., *The Atlantic and United Nations Charters: Common Law Prevailing for World Peace and Security*, Besançon, CRIPES, 1995.

capitalisme » mise en lumière par Max Weber¹³ et dont découle ce mélange du droit et de l'économie ; cette façon de faire de la normativité juridique l'instrument du marché libre. « *The major political tradition has shared a belief in the rights of property, the philosophy of economic individualism, the value of competition ; they have accepted the economics virtues of capitalism as necessary qualities a man* », relevait ainsi l'américain Louis Hartz en 1955. Le trait caractéristique des États-Unis, confirment certains de ses compatriotes, tient à la combinaison de « *values (...) widely held*¹⁴ » et « *shared*¹⁵ » s'incarnant dans les « *basics ideas of individualism, capitalism, constitutionalism and*¹⁶ » « *a formal commitment to political and legal, if not economic equality*¹⁷ » des citoyens. Pour cette raison, en droit américain, « *the law is constructed on the basis of private interests* » : « *its fundamental role is to preserve economic liberty, the freedom to produce, acquire, use or consume whatever the individual wants*¹⁸ ». Or, ces « valeurs » ont tendu à se diffuser dans les autres États du monde, du fait de la libéralisation des économies nationales, à laquelle a progressivement poussé le pays, cette nouvelle conception de la relation État-marché devenant l'un des marqueurs forts de la *Pax Americana*, mise en place après 1945.

Pour en comprendre les ressorts profonds, la présente contribution propose de passer la relation que le néolibéralisme entretient avec le droit au crible d'une analyse critique¹⁹ des droits français et européen et de la façon dont ils ont évolué pour servir « l'idéal²⁰ » néolibéral d'une allocation optimale des ressources par le libre jeu du marché. L'intérêt d'une telle approche est de resituer cette évolution dans sa trame historique, de façon notamment à mettre les écrits des pères fondateurs du néolibéralisme en miroir avec les prises de position publiques de personnalités politiques de premier plan. L'écosystème juridique étant en quête perpétuelle d'équilibre pour assurer la mise en cohérence systémique de ses règles, l'hypothèse avancée ici est que l'influence de ces idées est venue rompre l'harmonie du droit hérité du paradigme antérieur, jusqu'à ce qu'il se stabilise et retrouve un nouvel équilibre davantage compatible avec le projet que ces idées portent. Le néolibéralisme peut en effet être vu comme la cause d'une « déconstruction-reconstruction²¹ » des ordres juridiques français et européen sous-tendue par un phénomène d'« utilitarisation » du droit public, dès lors que ce dernier s'est progressivement trouvé instrumentalisé au service de l'objectif de bon fonctionnement du marché au sortir de la Seconde Guerre mondiale.

La réflexivité juridique permet toutefois d'affiner ce constat. Car si cette évolution a été pensée – en ce sens que le néolibéralisme se présente depuis le

¹³ *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1920.

¹⁴ Young, J., *Reconsidering American Liberalism*, New York, Routledge, 2018.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Ogus, A., *Regulation: legal form and economic theory*, Portland, Hart Publishing 2004, §2.6.

¹⁹ Sur ce mouvement, voir Miaille, M., *Introduction critique au droit*, Paris, F. Maspero 1976.

²⁰ Sur cet idéal, voir Souty, F., « Introduction », dans Bazex, M. *et al.*, *Les PME et le droit de la concurrence*, Paris, LexisNexis-Litec, 2009, p. 4 s.

²¹ Larralde, J.-M., « La déconstruction-reconstruction du droit administratif par le néolibéralisme », dans Bottini, F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Mare et Martin 2017, p. 339.

colloque Lippmann comme une « doctrine d'action²² » revêtue d'une dimension pré-normative (I) et que ses préceptes économiques ont effectivement inspiré d'importantes réformes juridiques²³ (II) –, sa réception en droit s'est dans le même temps trouvée altérée par le volontarisme des autorités politiques, dans la mesure où ces dernières ont éloigné les traductions juridiques du néolibéralisme « vécu²⁴ » des objectifs du néolibéralisme de théoricien par idéologie, sous la pression de leurs opinions publiques... ou, simplement, par pragmatisme, au nom de la défense des intérêts nationaux, dont elles conservaient dans le même temps la charge. Non content de mettre les différentes écoles néolibérales en concurrence, ce néolibéralisme vécu a en effet parfois donné l'impression de céder au lobby du monde économique pour faire ses courses dans leurs préconisations, d'une façon qui ne retienne que celles dont la combinaison devait rendre le marché domestique toujours plus attrayant pour les entreprises, au risque de mettre davantage l'État non pas au service de l'objectif du bon fonctionnement du marché, mais à la merci des marchands (III).

1. L'objectif néolibéral assumé de l'ordonnement et de l'entretien d'un grand marché mondial par le droit

Réfléchissant aux « véritables causes » du « déclin du libéralisme » classique²⁵, la majorité des participants du colloque Lippmann y a vu, en 1938, la conséquence des abus du libéralisme manchestérien de laissez-faire représenté par Richard Cobden, William Johnson Fox ou encore Herbert Spencer. À rebours du plaidoyer de ce dernier en faveur d'un « droit d'ignorer l'État²⁶ », ils ont par la suite cherché à refonder le libéralisme en faisant du droit étatique le pilier du bon fonctionnement du marché.

D'importantes différences séparent de ce fait le libéralisme économique classique et le néolibéralisme : alors que le premier voyait le marché comme un espace naturel de temps et de lieu – c'est historiquement l'endroit où se réunissent spontanément les marchands pour conclure leurs affaires avec leurs clients, aux heures d'ouverture de leur étal –, le second y a davantage vu une donnée artificielle ne pouvant être pleinement réalisée que par le prisme des autorités normatives, via le droit étatique²⁷. Dès lors que livrée à elle-même, la logique concurrentielle du marché s'est historiquement retournée contre lui dans l'entre-deux-guerres, lorsque le paradoxe de la concurrence a favorisé une concentration toujours plus forte des entreprises et l'apparition de

²² CIRL, *op. cit.*, p. 34.

²³ Sur cette question, voir Arnaud A.-J., *Critique de la raison juridique*, t. 2, *Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, 2003; Valentin V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, 2002; Clamour G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2006; Dormont S. et Perroud T., *Droit et marché*, LGDJ, 2015; Supiot A., *La justice sociale face au marché total* Paris, Seuil, 2010; Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, *op. cit.*

²⁴ Pour reprendre la distinction opérée par Burdeau G., dans *Le libéralisme*, Paris, Seuil, 1979, entre le libéralisme de théoricien et le « libéralisme vécu ».

²⁵ CIRL, *op. cit.*, p. 57.

²⁶ *Le droit d'ignorer l'État*, rééd. Paris, Les Belles Lettres, 1993.

²⁷ V. Laval C., Foucault, Bourdieu et la question néolibérale, Paris, La Découverte, 2018, p. 64.

monopoles dans différents domaines d'activités d'importance stratégiques²⁸. Cette dérive du projet initial a été telle que « la dictature des féodalités économiques²⁹ » a pu être rendue responsable du conflit au sortir de la Seconde Guerre mondiale.

Tandis qu'il s'agissait, pour le libéralisme classique, de ménager une sphère de liberté aux individus pour « laissez-faire, laissez-passer³⁰ » les hommes et les marchandises, il s'est ainsi davantage agi, pour le néolibéralisme de Louis Rougier, de Walter Lippmann et des fondateurs de l'ordolibéralisme allemand, d'ordonner et d'entretenir un grand marché mondial interconnectant les marchés nationaux et régionaux de la planète, via les droits étatique, interétatique et international³¹.

Alors que le premier comptait sur les droits du citoyen et les élus (éclairés) de la nation pour garantir les droits de l'Homme contre les empiétements abusifs de l'administration étatique³², le second s'en est remis à l'alliance de juges indépendants du pouvoir politique et des droits fondamentaux pour réaliser l'ordre du marché, y compris le cas échéant contre le législateur lui-même³³, après que les gouvernants aient en quelque sorte trahi le projet libéral classique : en cédant aux pressions du suffrage universel et des idées socialistes en faveur d'un interventionnisme accru de l'État dans l'économie.

Le rôle du juriste et des chercheurs en droit s'est lui-même trouvé métamorphosé sous l'influence de ces idées nouvelles. Car tandis qu'ils se trouvaient mobilisés du temps du libéralisme classique pour concourir au respect des libertés-autonomies nécessaires à l'épanouissement de l'initiative privée et aider les individus à développer leur esprit critique, ils se sont progressivement trouvés enrôlés pour contribuer au fonctionnement optimal de la loi de l'offre et de la demande, à mesure que les décideurs publics de la planète se convertissaient au néolibéralisme³⁴.

Le droit a ainsi été appelé à jouer un rôle central dans la mise en œuvre de ces idées, dont la dimension pré-normative est pour cette raison assumée dès l'origine, à partir du moment où la recherche économique orthodoxe qui en a découlé a eu vocation à inspirer des réformes juridiques clés en main. « Le régime libéral [...] est aussi le résultat d'un ordre légal qui suppose un interventionnisme juridique de l'État³⁵ », justifiait d'ailleurs Louis Rougier en

²⁸ Vosgien S., *Gouverner le commerce au XVIII^e siècle*, Paris, IGPDE, 2017, p. 285. Voir notre ouvrage *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, IFDJ-Legitech 2020, n° 30 s.

²⁹ Asselain J.-C., *Histoire économique de la France*, t. 2, *Depuis 1918*, Paris, Points, 2011, p. 109.

³⁰ Chêne C. et al., *Introduction historique au droit*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 143.

³¹ Voir Foucault M., *La Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Gallimard-Seuil, 2004.

³² Voir le Préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

³³ Conformément aux préconisations des grands théoriciens du néolibéralisme, voir Hayek F. A., *La route de la servitude*, op. cit., p. 164 : l'auteur en appelle à « un super État » pour garantir l'ordre spontané du marché.

³⁴ Bottini F., « Le Professeur de droit hérité de la République libérale face à l'Enseignant-chercheur en sciences juridiques de la mondialisation néolibérale », dans Puigelier C. (dir.), *La disparition des professeurs de droit ?*, Paris, Mare et Martin, 2024, p. 41 s.

³⁵ CIRL, op. cit., p. 15.

ouverture du colloque Lippmann à l'appui de cette solution, dans le sens où le marché doit être vu comme une « création contingente du législateur³⁶ ».

L'originalité du néolibéralisme de Louis Rougier, de Walter Lippmann, des fondateurs de l'ordolibéralisme allemand et de leurs partisans se résume pour cette raison à cet oxymore du professeur Wilhem Röpke, qui y voit un « interventionnisme libéral³⁷ » permettant de prévenir l'arbitraire de l'État sans favoriser celui du marché. Car, comme l'expliquait Michel Foucault, la spécificité de ces néolibéraux est d'avoir renversé « la formule libérale classique en établissant la liberté de marché comme principe organisateur et régulateur de l'État³⁸ ». À leurs yeux, le néolibéralisme, « ce n'est » ainsi pas « ce qui accepte la liberté » ; « c'est ce qui se propose de [...] fabriquer à chaque instant » celle du marché, « de la susciter et de la produire avec bien entendu [tout l'ensemble] de contraintes [...] que pose cette fabrication³⁹ », dès lors que « d'une main produire la liberté [...] implique que, de l'autre, on établisse des limitations, des contrôles, des coercitions, des obligations appuyées sur des menaces » pour que « les différents intérêts, individuels dans ce qu'ils ont de divergent les uns des autres » ne constituent pas « un danger » pour la réalisation du projet néolibéral ainsi compris dans « l'intérêt de tous⁴⁰ » – étant entendu qu'il convient dans le même temps de mettre les individus à l'abri des risques d'« empiètement venant de l'intérêt collectif⁴¹ ».

Si la recherche économique orthodoxe a de ce fait bien offert des réformes juridiques « prêtes à voter » ou même « à appliquer » aux décideurs publics de la planète, la promotion des idées néolibérales devait initialement être assurée par le « Centre international pour la rénovation du libéralisme⁴² », fondé par les participants du colloque Lippmann. La guerre ayant eu raison de lui, la société du Mont-Pèlerin, fondée par Hayek dans l'après-guerre, et le forum de Davos, créé par la fondation de Klaus Schwab en 1971, ont en quelque sorte récupéré le projet. C'est ainsi en partie via leur lobbying que le droit a fini par être progressivement pénétré d'une nouvelle rationalité économique au sortir de la Seconde Guerre mondiale jusqu'à la crise sanitaire de 2020 au moins, même s'il l'a été de façon impressionniste, petite touche par petite touche, avant que l'écosystème juridique ne se dote d'une cohérence systémique davantage compatible avec les préceptes néolibéraux, en apparence du moins.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Cité dans Rabaey O., « L'"interventionnisme libéral" paradoxe de la constitution économique européenne », dans Debarge O. et al. (dir.), *La Constitution économique de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 151.

³⁸ Foucault M., *op. cit.*, p. 120.

³⁹ *Idem*, p. 66.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² « La question du cadre légal le mieux approprié au fonctionnement le plus souple, le plus efficace et le plus loyal des marchés a été négligée par les économistes classiques », notait Louis Rougier en 1938, « et mériterait de faire l'objet d'un Centre International d'études pour la Rénovation du Libéralisme. » (CIRL, *op. cit.*, p. 15)

2. Des réformes impressionnistes de l'écosystème juridique à la cohérence économique systémique

La pénétration des idées néolibérales dans le champ juridique ne s'est pas faite dans un mouvement d'ensemble. Elle a progressivement été réalisée de l'entre-deux-guerres jusqu'au tournant des années 2000 grâce à l'activation, par vagues successives, de trois leviers complémentaires : puisque le changement du discours politique sur la relation État-marché destiné à préparer les esprits au changement s'est schématiquement accompagné de la réinterprétation des règles ou catégories juridiques existantes afin de les rendre compatibles avec le nouveau projet, l'adoption de nouvelles normes de référence venant en quelque sorte officialiser l'avènement du nouveau paradigme. Loin d'avoir joué de façon chronologique, ces évolutions se sont recoupées, chacune rétroagissant sur les autres pour amplifier la dynamique d'ensemble de l'adaptation de l'écosystème juridique au projet néolibéral.

Une difficulté dans l'évolution du discours politique a certes tenu au fait que l'origine néolibérale des réformes est rarement assumée clairement par les gouvernants⁴³. Alimentée par le droit international et supranational, la dynamique à l'œuvre n'en a pas moins été telle qu'elle a favorisé, dans les régimes démocratiques, des « alternances sans alternatives » : dès lors que le consensus de Washington, mis en lumière en 1989 par l'économiste John Williamson, a fini par faire 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 (l'Organisation mondiale du commerce, le Fonds monétaire international et la Banque Mondiale...)⁴⁴. Les tentatives de politiques alternatives ont d'ailleurs généralement conduit à une fuite des investisseurs et à une crise économique, comme cela ressort de la politique de relance vainement mise en œuvre, en France, par le président Mitterrand, de son élection en 1981 jusqu'à 1983 : puisqu'à cette date, l'un des cadres du parti (et futur premier ministre), Lionel Jospin, prévenait que « [n]ous ouvrons une parenthèse libérale » à l'heure où le gouvernement Mauroy prenait le « tournant de la rigueur » pour aligner la politique nationale sur celle des pays anglo-saxons⁴⁵. L'échec du socialisme soviétique, marqué par l'effondrement de l'URSS entre 1989 et 1991, a par la suite semblé acter la « fin de l'histoire⁴⁶ » en catalysant la victoire idéologique du néolibéralisme, dès lors qu'aucune alternative ne semblait plus pouvoir lui être opposée nulle part dans le globe.

⁴³ Puigelier C., « Santé et néolibéralisme », dans Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, op. cit., p. 257.

⁴⁴ Williamson J., « What Should the Bank Think about the Washington Consensus? », *Peterson Institute for International Economics* 1^{er} juillet 1999.

⁴⁵ Lemoine V., *De la relance à la rigueur, de l'alternance à la cohabitation : bilan critique d'un rendez-vous manqué entre François Mitterrand et le peuple de gauche (1981-1986)*, thèse d'histoire moderne, Université de Bordeaux 3 (France), 2023.

⁴⁶ *Commentaire* 1989-47.

C'est dans ce contexte que les règles ou catégories juridiques issues des paradigmes antérieurs ont progressivement été réinterprétées, à mesure que la culture de la légalité héritée des grandes révolutions du XVIII^e siècle se trouvait enrichie d'une culture de l'objectif, sous-entendu de bon fonctionnement du grand marché mondial : non seulement les droits de l'homme (arrachés d'en bas, par les peuples) sont devenus des droits fondamentaux (octroyés d'en haut, par le marché)⁴⁷ pendant que les droits sociaux étaient requalifiés de droits-créance dans les années 1990 et que les libertés politiques se trouvaient instrumentalisées pour faire valider, via le suffrage universel, les politiques économiques élaborées au niveau inter- ou supranational, mais les droits environnementaux ont paru se réduire à des droits plus formels que réels, malgré les mises en garde contre la catastrophe écologique et climatique à venir⁴⁸, dès lors que leur respect ne s'imposait qu'autant qu'il n'engendrait pas une perte de « compétitivité » pour les entreprises nationales sur le grand marché mondial. Le néolibéralisme vécu a ainsi favorisé l'apparition d'une « hiérarchie substantielle de la fundamentalité⁴⁹ », un certain type de droits – les droits économiques comme le droit de propriété, la liberté contractuelle ou encore la liberté d'entreprendre⁵⁰ – se trouvant revêtu d'une importance particulière au détriment d'autres droits – les droits politiques, sociaux, mais aussi environnementaux – davantage secondarisés. Loin d'être isolé, le glissement sémantique de ces catégories juridiques s'est toutefois accompagné d'autres également destinés à favoriser la mise en œuvre du projet néolibéral, dans une perspective systémique. C'est ainsi qu'en Europe, le service public a dans le même temps évolué en un service universel s'agissant de certaines activités en réseaux d'intérêts stratégiques pour le bon fonctionnement du marché – énergie, télécommunication, activités postales⁵¹ – pendant que l'utilisateur se transformait en consommateur, l'administré en client et que le gouvernement devait composer avec la gouvernance pour coconstruire, dans un nombre croissant de cas, la règle de droit avec ses destinataires – parmi lesquels figuraient des acteurs du marché –; ou encore que l'administration napoléonienne hiérarchisée se trouvait régulée par des autorités administratives indépendantes, là encore pour partie composées de représentants du secteur économique concerné...

Ce processus de néolibéralisation a en quelque sorte été officialisé en droit de l'Union européenne par l'avènement d'un principe de libre concurrence⁵² permettant de soumettre au droit de la concurrence non pas le seul secteur privé, mais bien tous les secteurs de l'économie, y compris le secteur public lui-même. Ce processus a également été jalonné par l'indépendance de la Banque centrale européenne, puisque cette dernière était destinée à soustraire

⁴⁷ Sur ce point, voir Bouveresse J., « Des droits, quels droits ? », dans Lebreton G. (dir.), *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et en 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 237 s.

⁴⁸ Voir Meadows D. et al., *The Limits to growth*, New York, Universe Books, 1972.

⁴⁹ Picard E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », Paris, *Actualité juridique Droit administratif* 1998. 6.

⁵⁰ Voir notre ouvrage : *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, op. cit., n° 112.

⁵¹ Sur cette question, voir nos ouvrages *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, op. cit., n° 201 s.; *L'action éco(lo)nomique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, Bertrange, Legitech 2024, n° 266 s.

⁵² CJCE 6 avril 1995, RTE et ITP c. Comm., Aff. C-241/91 P, R. I-743, pt 26 s.

la politique monétaire au risque d'instabilité lié aux alternances politiques, tout en garantissant aux investisseurs une inflation maîtrisée autour de 2 %, soit à un taux suffisamment attractif pour encourager leurs investissements. À ces évolutions est venue s'ajouter l'affirmation de principes nouveaux, parmi lesquels les principes de sécurité juridique et de subsidiarité retiennent l'attention, ce dernier étant pensé comme la clé de répartition des compétences entre l'initiative privée et les pouvoirs publics et au sein des différentes échelles de l'État pendant que le premier permettait de « contribue(r) à la réduction des coûts de transactions⁵³ », dès lors que les acteurs du marché devenaient, grâce à lui, familiers des règles applicables. Dans le même temps, l'adoption d'une règle d'or au niveau étatique encourageait l'externalisation d'un nombre toujours plus important d'activités au secteur privé pour lui permettre de se tailler de nouvelles parts de marché et parvenir à un « mieux d'État à moitié prix⁵⁴ » dont « la privatisation » serait « la clé⁵⁵ ».

Suivant la méthode fonctionnaliste, cette évolution s'est, il est vrai, historiquement faite par degrés, puisqu'elle a d'abord concerné le secteur privé avant de toucher le secteur public au tournant des années 1980. Et encore la transformation de ce dernier s'est-elle également faite de façon progressive, puisque paraissent avoir d'abord été touchés les services publics nationaux de la santé, de l'éducation, de l'enseignement, de la justice, de la police et de la recherche... avant que les réformes ne s'attaquent aux services publics locaux. Mais tous se sont finalement trouvés mis au service de l'objectif de bon fonctionnement du marché⁵⁶, via des modalités de réformes consistant avant tout à « nudger » leurs gestionnaires et leurs préposés pour vaincre leur résistance au changement, en les enfermant dans des faux choix binaires destinés à les aider à prendre la bonne décision⁵⁷. Schémas directeurs et contractualisation des objectifs et des moyens ont de ce fait accompagné les réformes législatives et réglementaires destinées à entériner le changement de paradigme⁵⁸.

Ces évolutions semblent avoir trouvé leur étape ultime avec la consécration, au tournant du XX^e siècle, d'un objectif d'« ordre public économique ». Car ce dernier n'a pas seulement fait son apparition au plus haut sommet de la hiérarchie des normes dans le droit interne de différents États ou d'organisations régionales⁵⁹, son avènement a constitué l'aboutissement de la sacralisation du marché amorcée au sortir de la Seconde Guerre mondiale, révélant rétrospectivement la cohérence des réformes en apparence éparses qui avaient été menées jusque-là pour faire de l'action publique le levier de la construction et de l'entretien du marché par le droit public. Car, d'un point de

⁵³ Portuese A., *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, New York, éd. Publibook Université 1970, p. 184.

⁵⁴ Bennet J. et Johnson M., *Better government at half a price*, Ottawa, Caroline House 1981.

⁵⁵ Savas E., *Privatization: the key to better government*, Chatham, Chatham House Publishers 1987.

⁵⁶ Sur cette évolution, voir notre ouvrage *Le service public du développement économique*, Paris, LGDJ, 2019.

⁵⁷ Voir Sunstein C. et Thaler R., *Nudge : la méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris, Vuibert, 2010.

⁵⁸ Voir le séminaire « Penser la dimension juridique des néolibéralismes », coorganisé à l'EHESS à Paris depuis 2021 par R. Ponsard et F. Bottini.

⁵⁹ Voir, en Europe, Conseil constitutionnel (France), n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence*, Rec. CC, n° 235, considérant 5; CJUE 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a. c/ Commission, Aff. C-204/00 P, Rec. CJUE, p. I-123, point 91.

vue fonctionnel, cet objectif permet tout autant de fonder que d'articuler droits fondamentaux, droit de la concurrence, règles d'or, sécurité juridique, principe de subsidiarité...

Une dernière condition était toutefois requise pour que le système puisse fonctionner : mobiliser le droit pour mettre en place un grand panoptique juridique dont la logique d'ensemble serait sous-tendue par cet objectif de bon fonctionnement du marché. Car ce panoptique vise autant à mettre l'État sous la surveillance des tiers privés – opérateurs économique pouvant par exemple signaler aux juridictions financières ou pénales les manquements des autorités à leurs obligations juridiques – mais aussi publics – autorités décentralisées pouvant agir en justice contre le pouvoir central en cas de manquement au droit supranational de la concurrence ou de régulation, indépendantes de l'administration classique et dotées d'importantes prérogatives⁶⁰ – que les simples particuliers sous la surveillance de l'État : puisque ce dernier doit autant s'assurer que ceux qui jouent le jeu du marché respectent sa logique concurrentielle que prévenir les perturbations liées à ceux qui s'excluent du marché (mafieux, terroristes, etc.)⁶¹.

Dans ce contexte, la réforme de la justice a occupé une place singulière, dès lors qu'elle a visé à mettre les opérateurs économiques à l'abri de l'arbitraire d'un État par ailleurs patron d'entreprises publiques ou actionnaires d'entités privées, surtout lorsqu'ils étaient de nationalité étrangère. C'est pourquoi les réformes ont dans le même temps tendu à privilégier les modes alternatifs de règlement des conflits sur la justice étatique⁶² et, dans tous les cas, à renforcer l'indépendance et l'office de cette dernière, en permettant à des juges à l'autonomie renforcée de frapper plus vite – grâce à de nouveaux pouvoirs de référé, par exemple en matière de contrats de la commande publique⁶³ – et plus fort – via des pouvoirs d'injonction sous astreinte ou l'abandon de la théorie de la loi écran, qui faisait prévaloir la loi contraire postérieure de droit interne sur les conventions internationales ratifiées⁶⁴ – en toute impartialité ; non seulement contre les décisions de l'Administration, mais contre celles du législateur lui-même, grâce au renforcement de la justice constitutionnelle⁶⁵, mais aussi à l'affirmation de la justice supranationale⁶⁶, voire internationale⁶⁷.

⁶⁰ Epron Q., « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », Paris, *RFDA* 2011. 1007.

⁶¹ Sur cette question, voir notre ouvrage *L'action éco(lo)nominique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, op. cit. Cf. notre article « Le grand panoptique juridique ? Essai sur le contenu d'un phénomène en plein essor », dans Lo G. et Clerckx J., *Les droits de la personne humaine à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme*, Paris, Mare et Martin, 2024, p. 23 s.

⁶² En ce sens, voir, par exemple, OCDE, *Recommandation du Conseil sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation*, OCDE 2007.

⁶³ Voir par ex. les référés précontractuel et contractuel des articles L551-1 s. du Code de la justice administrative français.

⁶⁴ Cour de cassation (France), 2^e chambre civile, 24 mai 1975, Société Cafés Jacques Vabre, *Dalloz* 1975. 497, concl. Touffait; Conseil d'État, (France), 20 octobre 1989, Nicolo, *GAJA*.

⁶⁵ Voir l'article 61-1 de la Constitution française du 4 octobre 1958, issu de la révision 2008-724 du 23 juillet 2008 et créant un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité.

⁶⁶ On pense, en Europe, au rôle de la CJUE et de la CEDH.

⁶⁷ Avec le rôle de la CIJ et du TIDM notamment.

Autant de mesures qui trouvent leur cohérence téléologique à l'aune de l'objectif de bon fonctionnement du marché promu par les idées néolibérales. Ce qui ne veut toutefois pas dire que le néolibéralisme vécu s'incarne dans un droit qui a effectivement réalisé le projet du néolibéralisme de théoricien, dans la mesure où la réception de ce dernier dans le champ juridique s'est opérée via le volontarisme d'autorités politiques dont l'action a parfois perdu de vue les finalités pratiques assignées au néolibéralisme par ses fondateurs en 1938⁶⁸.

3. Une réception du néolibéralisme dans le champ juridique altérée par le volontarisme des autorités politiques

La transposition des idées néolibérales en droit positif n'a jamais été « pure et parfaite » du fait du double phénomène de résistance, mais aussi de récupération auquel leur mise en œuvre s'est heurtée, le deuxième alimentant à certains égards le premier.

La mise en œuvre des idées néolibérales n'a tout d'abord pas échappé à leur récupération au service de certains intérêts nationaux, voire catégoriels à l'intérieur même des États. Car la mise en concurrence des droits nationaux ou régionaux n'a pas simplement favorisé un certain « darwinisme normatif⁶⁹ » en mettant en compétition les législations étatiques afin d'attirer les investisseurs étrangers sur le territoire national ou d'y maintenir les opérateurs nationaux, en leur offrant le cadre juridique le plus avantageux pour leurs affaires ; ce phénomène a, ce faisant, encouragé chaque État à mener les réformes nécessaires pour « faire gagner son droit » et ses entrepreneurs dans la guerre économique qui se menait sur le grand marché mondial.

Sans doute en germe dans la Charte de l'Atlantique, ce détournement du projet de paix par le commerce dans sa variante néolibérale s'est trouvé accentué à la fin des années 1970 lorsque les pays anglo-saxons se sont éloignés du stato-libéralisme de Louis Rougier, de Walter Lippmann et des fondateurs de l'ordolibéralisme allemand pour se convertir aux idées paléolibérales de F. Hayek (Grande-Bretagne⁷⁰) et de M. Friedman (États-Unis⁷¹) à la suite des chocs pétroliers.

Un clivage existe en effet, depuis le colloque Lippmann de 1938, entre l'interventionnisme libéral des premiers et l'approche, plus radicale, des seconds, restant largement acquise aux bienfaits de la main invisible du marché – le néolibéralisme étant en ce dernier sens davantage un néo-libéralisme renouant

⁶⁸ Voir le séminaire « Penser la dimension juridique des néolibéralismes » préc.

⁶⁹ Supiot A., *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 64.

⁷⁰ Margaret Thatcher aurait confirmé son intérêt pour les travaux de Hayek en avouant être moins familière de l'œuvre de Friedman.

⁷¹ Milton Friedman a d'ailleurs été un des conseillers du président Reagan.

avec les préceptes libéraux classiques qu'une œuvre de refondation, à rebours des objectifs des organisateurs du colloque de 1938⁷², dans le sens où ces écoles de pensée rejettent les politiques de relance keynésienne (M. Friedman) ou promeuvent la « catallaxie⁷³ », c'est-à-dire l'ordre spontané du marché (F. Hayek). Alors que l'interventionnisme libéral avait donné lieu à un consensus jusque-là, la réception-adaptation des théories paléolibérales via le volontarisme des autorités politiques a ainsi donné naissance à un ultralibéralisme qui a semblé l'emporter au tournant des années 1980 et écraser les théories concurrentes, au point que certains commentateurs y ont vu l'avènement d'une « pensée unique⁷⁴ ».

Sans doute le point commun entre toutes les écoles néolibérales reste-t-il leur vocation à faire du marché le moteur de la création des richesses dont devait découler le progrès social, comme l'avaient vu Michel Foucault⁷⁵ et Pierre Bourdieu⁷⁶. Mais la réalisation de cet objectif pouvant se faire selon des modalités très différentes, la mise en œuvre de ces idées n'a favorisé qu'« une éviction » partielle « de la politique par le marché⁷⁷ ». Car le choix même de les traduire en droit a participé d'une décision politique⁷⁸. Or, sous couvert de respecter le projet néolibéral, les décideurs nationaux ou supranationaux se sont en réalité reconnus la faculté de l'aménager au mieux des intérêts de leur pays ou de leur marché domestique. Le « néolibéralisme de théoricien » a, ce faisant, en quelque sorte été dénaturé en un « néolibéralisme de gestionnaire⁷⁹ » dont l'essor a été facilité par « la littérature produite par les grandes institutions internationales (Banque mondiale, Fonds monétaire international, Organisation de coopération et de développement économiques, etc.) » et dont les réalisations concrètes ont perdu de vue l'objectif initial d'égalitarisation des conditions dans une perspective de justice sociale, pourtant présent dans la Charte de l'Atlantique de 1941.

C'est dans ce contexte que les chocs pétroliers des années 1970 ont marqué une sorte de radicalisation du projet néolibéral avec le passage des idées statolibérales de Rougier, de Lippmann et des ordolibéraux allemands... à un certain ultralibéralisme, à l'initiative de la Grande-Bretagne et des États-Unis⁸⁰. Sans doute ce mouvement a-t-il été motivé par l'entrée en stagflation des

⁷² Walter Lippmann expliquait d'ailleurs, lors de l'ouverture du colloque de 1938 : « Je suis d'avis que nous ne ferons rien si nous nous laissons aller à penser, et si nous donnons l'impression que notre but est de réaffirmer et de ressusciter les formules du libéralisme du XIX^e siècle. » Cf. Caron M., « La genèse du néolibéralisme et de son influence sur le droit public français », dans Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, op. cit., p. 45 s.

⁷³ Hayek F. A., *Droit, législation et liberté*, t. 1, *Règles et ordre*, PUF, 1973, p. 131.

⁷⁴ Sur cette question, voir Ramonet I., « La pensée unique », Paris, *Le Monde diplomatique*, janvier 1995.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 77 s.

⁷⁶ « L'essence du néolibéralisme », Paris, *Le Monde diplomatique*, mars 1998.

⁷⁷ Habermas J., *Après l'État-nation, une nouvelle constellation politique*, Paris, Hachette, 2013.

⁷⁸ Bouveresse J., « Le néo-libéralisme instrument du pouvoir oligarchique contre la démocratie : le cas de la France », dans Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, op. cit., p. 59.

⁷⁹ Caillosse J., « Le néolibéralisme, la réforme administrative et son droit », dans Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, op. cit., p. 340.

⁸⁰ La nomination, en tant que première ministre britannique, de Margaret Thatcher (1925-2013) comme celle, à la tête de la Fed (la Réserve fédérale américaine), de Paul Volcker en 1979 et l'élection de Ronald Reagan (1911-2004) à la tête des États-Unis l'année suivante ont marqué le ralliement des pays anglo-saxons à ce qui va devenir « l'ultralibéralisme ». La première martelait : « *There is no alternative* » tandis que le dernier affirmait, le 20 janvier 1981, à l'occasion de son discours d'investiture : « L'État n'est pas la solution »; l'État est le « problème », car « le gouvernement qui gouverne le mieux est celui qui gouverne le moins ».

grandes économies de la planète et l'échec des politiques de relance keynésienne face à la crise économique qui a suivi. Sans doute également ces politiques économiques ont-elles permis de mettre un terme à l'inflation, voire de contenir le chômage de masse⁸¹.

Mais si les États anglo-saxons se sont ralliés à cet ultralibéralisme, ce n'est pas tant par conviction en la capacité de cette variante du projet néolibéral à réaliser le projet de paix par le commerce que pour assurer la défense de leurs intérêts propres : la Grande-Bretagne et les États-Unis s'y sont respectivement ralliés pour retrouver (Grande-Bretagne) ou conserver (États-Unis) leur puissance, et non pour y mettre un terme, ce qui explique que la relance de l'économie mondiale dans les années 1980 doit aussi beaucoup au « succès ironique du keynésianisme militaire de Reagan⁸² » : car ce dernier illustre l'altération de la pureté conceptuelle des écoles de pensée néolibérales opérée par le volontarisme des autorités politiques lors de leur transposition dans le champ juridique ; le jeu devenant pour chaque État de profiter des interstices que leur laissait le droit international ou supranational pour trouver, dans le respect apparent de leur cadre global, des marges de manœuvre leur permettant de faire gagner les règles nationales sur le grand marché mondial. C'est en effet la magie du droit de pouvoir concilier des théories irréconciliables dans le champ économique...

Ces considérations expliquent que les États n'ont pas mené leurs réformes néolibérales selon les mêmes modalités pratiques, dès lors par exemple que les États-Unis ont refusé de se soumettre à une règle d'or au niveau fédéral pendant que les États membres de l'UE s'en dotaient⁸³ ; que, hormis le cas où les opérateurs économiques sont complices de tels faits, les infractions au droit de la concurrence commises par ceux-ci relèvent en France non pas de la loi pénale comme aux États-Unis, mais de la législation commerciale, moins infamante et moins sévère, dans la mesure où les sanctions pénales prévues par l'article L420-6 du Code de commerce français sont en pratique peu utilisées. Elles expliquent de même qu'alors que le droit américain autorise les administrations fédérales à exploiter les données personnelles à la disposition des administrations au nom de la sécurité nationale, le droit de l'UE pose au contraire pour principe la protection des données personnelles⁸⁴ ; et que tandis que le premier continue de faire relever de la *common law* un certain nombre de litiges commerciaux, le droit français s'efforce de rendre les règles plus accessibles et intelligibles par son œuvre de codification. Alors que le premier prône le respect de la volonté des signataires du contrat, le second soumet de même son contenu au contrôle du juge, afin de vérifier qu'il est bien conforme à l'intérêt

⁸¹ Sur cette question, voir notre ouvrage *L'action éco(lo)nominique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, op. cit., n° 38.

⁸² Anderson P., *Les origines de la postmodernité*, Paris, Amsterdam, 2010, p. 113.

⁸³ Voir le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) au sein de l'Union économique et monétaire, signé le 2 mars 2012. Cf. notre article « Le coq français se prendrait-il pour le pygargue américain ? Réflexions sur la construction d'un État stratège de l'économie », dans Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Paris, Mare et Martin, 2019, p. 407.

⁸⁴ Règlement européen n° 2016/679 du 27 avril 2016, sur la protection des données (RGPD). Cf. notre article « Le coq français se prendrait-il pour le pygargue... », loc. cit.

des deux parties, fidèle en cela à son héritage solidariste destiné à protéger la partie la plus faible⁸⁵.

Le néolibéralisme vécu a, pour cette raison, différé du néolibéralisme de théoricien, en ce qu'il a opéré une synthèse intéressée des préconisations faites par ces différentes écoles de pensée. Le droit de l'UE a par exemple emprunté à l'ordolibéralisme 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 médias⁸⁶ ; 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 des critiques à l'indépendance des banques centrales émises par son fondateur, Milton Friedman⁸⁷ ; à la Nouvelle École Classique (NEC), l'idée d'une telle indépendance sans aller au bout de ses préconisations en matière de transparence⁸⁸ ; 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 a ainsi parfois donné l'impression de céder au lobby du monde économique pour faire ses courses dans leurs préconisations, d'une façon qui ne retienne que celles dont la combinaison conduit à rendre le marché domestique toujours plus attrayant pour les entreprises, au risque de mettre davantage l'État non pas au service de l'objectif de bon fonctionnement du marché, mais à la merci des marchands – comme cela ressort par exemple des crises récurrentes des dettes souveraines ou de l'incapacité des pays à juguler la fraude fiscale internationale⁸⁹. Non seulement la mise en œuvre des idées néolibérales a-t-elle pour cette raison parfois conduit à la négation même de l'objectif qui leur était assigné au moment du colloque Lippmann, en asservissant l'homme à sa dimension économique⁹⁰ – tout devenant une marchandise, y compris le corps humain⁹¹ ! –, mais cette marchandisation a fait progressivement sortir les grandes démocraties libérales de 500 ans d'histoire : en rompant l'équilibre sur lequel le républicanisme s'était bâti entre liberté politique

⁸⁵ Cayol A., « L'américanisation du droit des obligations : mythe ou réalité ? », dans Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, op. cit., p. 181.

⁸⁶ « Serions-nous revenus au temps de Citizen Kane ? », s'interrogeait le professeur Diane de Bellescize en 2017 en soulignant que « les médias sont trop souvent devenus des danseuses pour milliardaires en mal d'influence » (« Néolibéralisme et médias », dans Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, op. cit., p. 293).

⁸⁷ Milton F., « Should There Be An Independent Monetary Authority? », dans Yeager L. B. (dir.), *In Search of a Monetary Constitution*, Cambridge, Harvard University Press 1962, p. 219.

⁸⁸ Kerléo J.-F., « La transparence administrative, ou le néolibéralisme technocratique français », dans Bottini F. (dir.), op. cit., p. 361.

⁸⁹ Bouvier M., « Le double défi fiscal du "droit public économique" du monde d'après », dans Bottini F. (dir.), *Le droit (public) économique du monde d'après*, Legitech 2023, p. 33.

⁹⁰ « En partant de l'*homo economicus*, qui agit de façon purement rationnelle au mieux de ses intérêts », la science, expliquait Louis Rougier en 1938, « doit retrouver l'homme de chair, de passion et d'esprit borné qui subit des entraînements grégaires, obéit à des croyances mystiques et ne sait jamais calculer les incidences de ses actes » (CIRL, op. cit., p. 17).

⁹¹ V. Poonam M. et al., « Neo-Liberal globalization and the commoditization of life: A comprehensive perspective », *Journal of Politics and Governance* 2013/2. 20. Cf. Nahavandi F., « Commodification of Human Body Parts », dans Nahavandi F., *Commodification of Body Parts in the Global South*, London, Palgrave Pivot, 2016.

et liberté individuelle⁹², l'alliance du pouvoir économique et du pouvoir politique les empêchant parfois de se faire contre-poids et de se neutraliser dans l'intérêt des simples particuliers.

Ce phénomène de récupération est venu nourrir le phénomène bien connu de résistance aux réformes néolibérales, ce dernier étant le fait de certains États opposés par principe à la conception de la mondialisation promue par les États-Unis autant que le résultat des rapports de force au sein d'autres pays, les autorités nationales au pouvoir dans les États démocratiques devant notamment composer avec les contestations nourries par les réformes inspirées par ces idées de façon plus ou moins assumée.

La volonté des BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine, Afrique du Sud) de concurrencer les institutions financières issues des accords de Bretton Woods – le FMI et la Banque mondiale – en créant la Nouvelle Banque de Développement basée à Shanghai est révélatrice de l'usage que certains pays font de leur droit ou de leurs finances publiques pour s'opposer à la variante néolibérale du projet de paix par le commerce. Mais celle-ci avait auparavant été illustrée par l'initiative des pays en voie de développement à l'origine 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) en droit international public⁹³, dès lors qu'elle revenait à contester l'idée d'une marchandisation sans limites des relations sociales consubstantielle à l'ultralibéralisme dans ses formes les plus radicales.

La résistance du second type découle de la pression constante que l'opposition, certains membres de la société civile, voire les représentants des cultes eux-mêmes ont pu exercer contre les réformes ultralibérales dans les régimes démocratiques notamment. Cette forme de résistance est à l'origine de l'essor de mouvements, comme ceux des altermondialistes, qui se sont structurés dans les années 1990, puis « des indignés », inspiré de l'essai *Indignez-vous!* du français Stéphane Hessel, publié en 2010. Incarné par Podemos en Espagne ou Syriza en Grèce, ce dernier visait à protester contre une conception de l'économie qui facilite la concentration des richesses entre les mains de quelques-uns. Le pape lui-même a condamné la théorie du « ruissellement » des richesses consubstantielles à l'ultralibéralisme, y voyant une « notion magique », dès lors, expliquait-il, que « le prétendu ruissellement ne résorbe pas l'inégalité », mais est au contraire « la source de nouvelles formes de violence qui menacent le tissu social », avant d'en conclure que « la politique ne doit pas se soumettre à l'économie » et celle-ci « aux diktats ni au paradigme d'efficacité de la technocratie⁹⁴ ». Nombre de votations populaires ont amplifié, à partir de 2010, ce mouvement de protestation en même temps qu'elles ont révélé un certain « retour » des « peuples » sur la scène politique, selon l'analyse qu'en a donnée

⁹² Voir Beyre M., *L'influence de Nicolas Machiavel et Carl Schmitt sur le droit constitutionnel de l'état de crise : étude comparée à la lumière des droits anglais, américain et français*, thèse droit public, Le Havre Normandie (France), 2017.

⁹³ Lo G., « La notion de bien public international : une conquête des peuples face à l'ultralibéralisme ? », dans Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, op. cit., p. 193.

⁹⁴ *Lettre encyclique Fratelli tutti* du Saint-père François, sur la fraternité et l'amitié sociale, du 3 octobre 2020.

l'ancien premier ministre français Dominique de Villepin au micro de *France Info*, le 9 novembre 2016. Il faisait notamment référence au « non » français au Traité portant Constitution européenne du 29 mai 2005, à l'approbation du Brexit par le référendum britannique du 23 juin 2016 ou encore à l'élection de Donald Trump à la tête des États-Unis par le scrutin du 8 novembre de la même année... autant d'élections marquées, selon lui, par le même désir populaire de réaffirmer la prééminence du politique sur l'économique.

Or, ce contre-mouvement a également alimenté une hybridation des droits nationaux⁹⁵, conduisant parfois au résultat inverse de celui recherché par le néolibéralisme, en renforçant l'interventionnisme étatique au lieu de l'affaiblir⁹⁶. Ce qui s'est par exemple traduit dans le cas français par l'adoption de la loi n° 2018-1213 du 24 décembre 2018, portant mesures d'urgence économiques et sociales pour répondre à un mouvement de grogne social (celui des « Gilets jaunes »)⁹⁷ ; l'attachement aux procédés de police administrative de contrôle ou d'autorisation préalables des activités économiques ; le recours à une planification écologique⁹⁸ ; un certain émiettement dans l'organisation territoriale, notamment au niveau municipal, échappant à la rationalité économique ; par la persistance d'une dualité de juridictions soumettant à un juge administratif distinct du juge judiciaire les cas d'utilisation de prérogatives de puissance publique de l'administration, au nom de l'intérêt général⁹⁹ ; ou encore par le refus de la transformation du Conseil constitutionnel en une véritable Cour suprême, ayant un pouvoir de dernier mot irrévocable sur les choix du législateur¹⁰⁰...

Conclusion

À l'opposé de la mise en garde de Walter Lippmann mise en exergue au début de cet article, le néolibéralisme vécu à l'œuvre des années 1970 jusqu'à la crise sanitaire de 2020 semble être retombé dans les mêmes travers qui ont entraîné la *Fin du Laissez-faire*¹⁰¹ et signé l'arrêt de mort du libéralisme classique au tournant du XX^e 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 Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

⁹⁵ Caillousse J., *loc. cit.*

⁹⁶ Kerléo J.-F., *loc. cit.*

⁹⁷ Voir notre article « La police de la liberté au service du développement économique. Les enseignements des réponses juridiques et judiciaires des autorités au mouvement des Gilets jaunes », dans Bottini F. (dir.), *La police de la liberté*, Bertrange, Legitech, 2021, p. 216.

⁹⁸ Laget-Annamayer A., « La planification écologique "à la française" : *work in progress* », Paris, *JCP A* 2024-3. 23.

⁹⁹ Sur cette question, voir notre ouvrage *Contentieux administratif*, Paris, Bréal-Studyrama, 2023.

¹⁰⁰ Voir notre article « Le néolibéralisme et l'"utilitarisation" du droit public », dans Bottini F., *Néolibéralisme et droit public*, *op. cit.*, p. 29 et les auteurs cités.

¹⁰¹ Selon la traduction française du célèbre livre de John Maynard Keynes *The end of laissez-faire*, London, L. et V. Woolf, 1926.

De ce point de vue, passer « la genèse, la réalité et les limites » de « la dimension pré-normative du néolibéralisme » au crible de l'analyse critique du droit et de la réflexivité juridique, dans une perspective historique et sociologique, est riche d'enseignements pour l'avenir : dès lors que, depuis la guerre en Ukraine de 2022, la fragmentation du grand marché mondial induite par les tensions géopolitiques consubstantielles à la raréfaction de certaines ressources dans le contexte de la transition écologique est propice à une nouvelle refondation du projet de paix par le commerce impliquant de redéfinir la relation État-marché.

[Si] être libéral (...), c'est (...) être essentiellement progressif, dans le sens d'une perpétuelle adaptation de l'ordre légal aux découvertes scientifiques, aux progrès de l'organisation et de la technique économiques, aux changements de structure de la société, aux exigences de la conscience contemporaine,

comme le pensait Louis Rougier¹⁰², une telle refondation s'impose même aux libéraux les plus convaincus, dans la mesure où l'ultralibéralisme dominant, depuis les années 1970-1980, butte sur la question écologique, qu'il a largement ignorée au moment de sa fondation, au point de déboucher sur un nouveau paradoxe : puisque l'objectif de bon fonctionnement du marché se retourne désormais contre lui-même, en ce qu'il a favorisé le développement d'activités carbonées qui ont alimenté ou alimentent encore le dérèglement climatique et l'effondrement du vivant, alors que leur coût grandissant menace la continuité de ces transactions économiques, qu'il était supposé garantir¹⁰³.

L'avenir est peut-être, dans ce contexte, un mixte de néolibéralisme, dans sa variante interventionniste libérale, et de néomercantilisme, ce que l'auteur de ces lignes appelle un « néolicantilisme » intégrant, face à la raréfaction des ressources, des réflexes néomercantiles, dans un cadre plus global redevenant acquis à une conception interventionniste libérale du marché mondial.

La recherche économique saura sans doute offrir, le moment venu, une explication critique des impasses du néolibéralisme vécu, car, comme l'écrivait le pédagogue canadien Laurence Peter, « un économiste est un expert qui saura demain pourquoi les choses qu'il prédisait hier n'ont pas eu lieu aujourd'hui ». Mais force est de constater que les juristes ont un rôle à jouer dans la refondation du projet de paix par le commerce à l'heure de la transition, tant il est vrai que le droit reste l'une des « plus puissante(s) écoles de l'imagination » pour transformer la société, comme l'écrivait l'écrivain Jean Giraudoux.

¹⁰² CIRL, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰³ Voir, par exemple, UNISDR, *Economic losses, poverty and disasters*, 2018, p. 15 : le rapport estime à 2 908 Md \$ – soit + 251 % – le surcoût dû aux catastrophes climatiques entre 1998 et 2017. Cf. Pisani-Ferry F. *et al.*, *Les incidences économiques de l'action pour le climat*, France stratégie 2023.