

**3ª Seção –
Doutrina estrangeira**

***Section 3 –
Foreign Doctrine***

LES SOUBASSEMENTS IDÉOLOGIQUES DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE

THE IDEOLOGICAL BASES OF THE IDEA OF ECONOMIC PUBLIC ORDER

JACQUES CHEVALLIER

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). CERSA-CNRS.
Jacques.chevallier3@wanadoo.fr

Recebido em: 23.10.2018
Aprovado em: 14.12.2019

ÁREAS DO DIREITO: Financeiro e econômico; Internacional

RÉSUMÉ: La notion d'ordre public économique a toujours imprégné les sentiments de ceux qui analysent l'intervention de l'État dans le domaine économique. Même en période d'absentéisme accru de l'État, l'existence d'un ordre public économique n'a été jamais oublié. Cependant, cette expression a été ostensiblement utilisée par la Cour européenne dans ses procès les plus récents, ce qui suggère que même dans les lois qui tiennent délibérément à la liberté économique et à la concurrence, l'idée d'un ordre public régissant les relations économiques est définitivement présente, et elle n'est pas avec eux incompatibles. La présente étude vise à analyser l'évolution du contenu juridique de l'ordre public économique.

Mots-clés: Ordre public économique – Droit Public Économique – Concurrence – Liberté économique – Cour européenne.

ABSTRACT: The idea of an economic public order has historically permeated the feelings of those who have devoted themselves to the analysis of state intervention in the economic sphere. Even at times of greater abstention from the State, one has never neglected the existence of an economic public order. However, the expression has only been ostensibly used by the European Court in its most recent judgments, suggesting that even in statutes that deliberately cherish economic freedom and competition, the idea of a public order governing economic relations is definitely present, and is not incompatible therewith. The present study aims to analyze the evolution of the legal content of economic public order.

KEYWORDS: Economic public order – Economic Public Law – Competition – Economic freedom – European Court.

SUMÁRIO: I. La dogmatique libérale: un ordre public économique circonscrit. II. L'état interventionniste: un ordre public économique extensif. III. La vulgate néolibérale: un ordre public économique recentré. IV. Le néolibéralisme conquérant: un ordre public économique élargi.

La question des soubassements idéologiques de la notion d'« ordre public économique » (OPE) peut être abordée de manière simple, dès l'instant où l'on considère que cette notion est apparue de manière très récente dans la jurisprudence aussi bien européenne¹ que nationale²: il a fallu attendre la décision du Conseil constitutionnel du 13 mai 2011³ pour qu'il soit fait explicitement référence à la « préservation de l'OPE », formule qui a été ensuite reprise par d'autres décisions du Conseil, ainsi que par le Conseil d'Etat⁴, en étant dotée d'une portée juridique effective; l'OPE est invoqué comme justifiant certaines limites à la liberté d'entreprendre, en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché et le jeu de la concurrence⁵. La pénétration de la notion d'OPE dans le droit positif, via cette référence jurisprudentielle, apparaît indissociable d'un contexte économique et politique marqué par la prédominance de la logique marchande et le recul de l'interventionnisme étatique: les théories néo-libérales ayant puissamment contribué à cette évolution, il serait dès lors nécessaire et suffisant d'en retracer le cheminement. Sans doute, la notion d'OPE avait-elle été avancée précédemment par divers auteurs: présente en filigrane dans un article pionnier de Georges Ripert de 1934⁶, utilisée par Philippe Malaurie en 1951⁷, elle avait été systématisée par Gérard Farjat dans sa thèse⁸, en tant que fondement du droit économique⁹; mais la conception adoptée par ce dernier avait été critiquée¹⁰.

Ces travaux précurseurs n'en montrent pas moins qu'une *approche plus large*, débordant le seul critère de l'inscription de la notion dans le droit positif, est indispensable. L'économie de marché a en effet besoin pour exister et fonctionner d'être encadrée, de s'appuyer sur un ensemble de règles: Max Weber a ainsi

1. CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland ER c/ Commission*.
2. Cass. 8 juillet 2008, *Groupement d'achats du centre Leclerc*.
3. *Société Système U Centrale nationale et Société Carrefour*.
4. Conseil d'État 17 juillet 2012, *Société Canal Plus et Société Vivendi Universal*.
5. Le Conseil constitutionnel indique bien que l'atteinte à la liberté d'entreprendre doit être justifiée par « les objectifs de préservation de l'OPE » et « proportionnée à cette fin » (10 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus*).
6. « L'ordre public économique et la liberté contractuelle », *Mélanges Gény*, 1934. p. 352 ss.
7. *Les contrats contraires à l'ordre public: étude de droit civil comparé: France, Angleterre, URSS*.
8. *L'ordre public économique*, LGDJ, Bibl. droit privé, tome 34, 1963.
9. Thèse qu'il développera en 1975 dans son manuel de *Droit économique*, PUF, Coll. Thémis, 1975.
10. Voir Savatier R., « L'ordre public économique », *Dalloz*, 1965, Chron. p. 37-44.

montré qu'un lien étroit a existé entre l'apparition de l'économie de marché et le processus d'autonomisation d'un droit, dégagé de la religion, de la morale et aussi de l'économie; l'économie de marché requiert un droit «séparé», garantissant la liberté des échanges et le jeu de la concurrence. Si des marchés localisés ont bien existé, avant la formation des États, la constitution de marchés nationaux a été concomitante de l'apparition de l'État moderne¹¹: ils ont été construits par les États à travers l'édiction d'un ensemble de règles juridiques garantissant la propriété, la liberté contractuelle, la concurrence: pour Coase¹², il était nécessaire d'établir des règles et des mécanismes de sanction pour que le marché existe en tant qu' «institution». *Un «ordre public» a donc été toujours constitutivement présent au cœur de l'économie marchande*, même si cet ordre n'a pas fait au départ l'objet d'une conceptualisation juridique, s'il n'a pas été construit en tant que catégorie juridique. Cet ordre est irréductible à la notion d' «ordre public» au sens de l'article 6 du code civil¹³ ou du droit administratif, même s'il suppose l'exercice d'une compétence relevant de l'idée de police: «corrélât de l'institution du marché»¹⁴, l'OPE n'est pas «l'ordre public appliqué à l'économie»¹⁵; il relève de considérations propres, liées à la logique qui préside aux rapports économiques, dans le cadre de l'économie marchande¹⁶; inhérent à l'économie de marché, l'OPE

11. Polanyi K., *La grande transformation*, 1972, Gallimard, 1983.

12. Coase R., *La firme, le marché et le droit*, 1988, Diderot, 1998.

13. Comme le dit Georges Ripert, l'ordre qui naît de la réglementation des rapports économiques est «de nature différente. Il ne s'agit pas d'arrêter les conventions privées parce qu'elles porteraient atteinte à la chose publique, mais bien au contraire de les développer à la condition de les plier à l'ordre économique» (p. 348). Pour Gérard Farjat (*Droit économique*, p. 42), l'OPE «s'oppose trait pur trait à l'ordre public classique»: il n'est «plus conçu comme une notion d'exception mais comme un instrument technique d'une législation diversifiée, concurrente du droit civil classique».

14. Marcou G., «LOPE aujourd'hui», in *Annales de la régulation*, 2009. p. 79 ss et «L'apparition du droit du marché et l'OPE», in Dormond S., Perroud T., dir., *Droit et marché*, LGDJ, 2015. p. 8.

15. Vautrot-Schwartz C., «LOPE», in Charles-André Dubreuil C-A., dir., *Lordre public*, Cujas, 2012. p. 187.

16. On trouve ainsi dans une série de domaines, comme en matière environnementale, sociale, culturelle voir sanitaire (voir Stéphanie Renard, Thèse Rennes, 2008) des ordres publics spécifiques, formés d'un ensemble cohérents de règles sous-tendues par des finalités propres (C-A., *ibid.*). La diffusion toujours plus grande de la logique marchande dans toutes les sphères de la vie sociale confère cependant à l'OPE un rayonnement particulier.

recouvre «l'ensemble des mesures prises par les pouvoirs publics tendant à organiser les rapports économiques»¹⁷.

L'approche large ainsi retenue conduit à mettre en évidence les changements en profondeur qui ont affecté le contenu de l'OPE: ces changements ont été indissociables de l'évolution des conceptions relatives au fonctionnement de l'économie de marché; le basculement des représentations a été, non seulement le reflet, mais encore un puissant moteur de ces inflexions. Il ne s'agit évidemment pas ici de brosser un vaste panorama de la manière dont la relation entre l'État et l'économie a été pensée dans l'histoire des idées politiques mais d'évoquer le soubassement idéologique sur lequel se sont appuyées les différentes versions de l'OPE qui se sont succédées au fil de l'évolution des pays libéraux. *Quatre configurations* peuvent à cet égard être distinguées: tandis que la dogmatique libérale implique un OPE de portée limitée (I), le terreau idéologique sur lequel s'enracine l'État providence débouche sur une conception extensive de l'OPE (II); la critique néo-libérale de l'État providence a conduit à un recentrage de l'OPE autour de la logique concurrentielle (III) avant que les croyances dans les vertus de la mondialisation des échanges n'entraîne la quête de nouveaux points d'ancrage pour l'OPE (IV).

I. LA DOGMATIQUE LIBÉRALE: UN ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE CIRCONSCRIT

Construite à partir de sources multiples¹⁸ et comportant une série de variantes qu'il est ici impossible de rappeler, la vision économique libérale, derrière laquelle se profile une conception de l'ordre politique et social¹⁹ repose sur une même croyance fondamentale: l'idée selon laquelle l'équilibre économique est d'autant mieux assuré qu'il résulte du jeu des mécanismes de marché, non d'une intervention des autorités publiques qui ne peut que le fausser ou le dénaturer.

Tel qu'il est entendu à partir du milieu du XVIII^e siècle, le concept de «*marché*» a peu à voir avec *les* marchés, de nature très diverse, qui fonctionnaient, selon Michel Foucault, en tant que «lieux de justice», à travers la triple fonction

17. Farjat G. *Ibid.*, p. 42.

18. Pour une présentation exhaustive voir Laurent A., Valentin V., *Les penseurs libéraux*, Les Belles Lettres, 2012.

19. Comme le souligne, à la suite de Karl Polanyi (op. cit., p. 88), Pierre Rosanvallon (*Le libéralisme économique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1979, Seuil, Coll. Politique, 1989. p. II), «C'est le marché (économique) et non le contrat (politique) qui est le vrai régulateur de la société (et pas seulement de l'économie)».

de réglementation, fixation du juste prix et sanction de la fraude²⁰. Impliquant le libre échange de biens et de services, à travers la fixation de prix qui en déterminent la valeur, le marché est censé permettre l'ajustement des intérêts, pour le plus grand bien-être collectif. Dès 1776, dans *La Richesse des Nations*, Adam Smith²¹ défendait l'idée d'un « ordre spontané de marché » (main invisible), fondé sur quatre principes – liberté, intérêt personnel, responsabilité, concurrence — et reposant sur deux institutions: la propriété et le contrat: l'intérêt bien compris de chacun pousserait à l'utilisation la plus efficace possible des ressources et assurerait la satisfaction des besoins collectifs. L'ordre de marché est conçu dans cette perspective comme un ordre économique « naturel », « auto-régulé », exclusif de toute dimension publique: « la main invisible, qui combine spontanément les intérêts, interdit en même temps toute forme d'intervention, bien mieux toute forme de regard en surplomb qui permettrait de totaliser le processus économique »²².

Cette présentation de l'idéologie économique libérale serait cependant réductrice. Karl Polanyi a bien montré que l'idée d'un marché « auto-régulateur » s'ajustant de lui-même était « purement utopique »; il s'agit d'un simple mythe, véhiculé par la pensée libérale. Le « laissez-faire » n'avait en effet rien de naturel: « les marchés libres n'auraient jamais pu voir le jour si on avait simplement laissé les choses à elles-mêmes »; contredisant le credo libéral, « le laissez-faire lui-même a été imposé par l'État » et « l'économie du laissez-faire produite par l'action délibérée de l'État ». En réalité, les libéraux admettent que l'État a un rôle actif à jouer en vue de « surveiller la bonne marche du marché, d'est-à-dire de faire en sorte que soit respectée la liberté de ceux qui échangent »²³: il se présente, à travers le droit qu'il produit, comme le garant de la liberté contractuelle, de la propriété individuelle et aussi de la concurrence²⁴. *Il y a donc bien un OPE dans*

20. Foucault M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004. p. 31.

21. Bien avant Adam Smith, Boisguilbert (1646-1714) parlait d'un marché « qu'une puissance supérieure régit invisiblement » (Valentin V. Op. cit., p. 44).

22. Foucault M. Op. cit., p. 284.

23. Ibid. p. 122.

24. Pour Adam Smith, si les pouvoirs publics sont tenus de s'abstenir d'intervenir dans le fonctionnement du marché, trois tâches lui sont dévolues (défense, justice, gestion des biens publics). Et le « laissez-faire, laissez-passer » prôné par les physiocrates ne les conduit pas moins à confier ç l'État la responsabilité d'assurer sa protection (Vachet A., *L'idéologie libérale*, Anthropos, 1970. p. 375 ss.).

la pensée libérale, mais conçu de manière limitative: si l'État doit s'abstenir d'intervenir directement dans les rapports de production et d'échange, il est appelé à garantir le fonctionnement du marché, en établissant le cadre juridique indispensable à son édification et à son épanouissement, OPE «gardien»²⁵ si tant est que les marchés ne se construisent pas sans le droit; et cet OPE libéral, non seulement est fait de règles impératives, à base d'interdits et de sanctions²⁶, mais encore il implique la prise en charge d'activités indispensables au bon fonctionnement de l'économie.

La référence à l'ordre public justifiera ainsi le renforcement des fonctions d'encadrement de la vie économique appelé par le développement du capitalisme²⁷. Au nom de la défense de la libre concurrence, l'Etat a été amené à préciser les règles du jeu concurrentiel: des législations ou réglementations, précoces aux Etats-Unis, tardives en France, vont s'attacher, non seulement à la préservation de structures concurrentielles (contrôle des concentrations, égalisation des conditions de la concurrence, mais encore à la protection contre les comportements anti-concurrentiels (ententes, positions dominantes). Des règles nouvelles seront adoptées pour assurer la liberté et la régularité des transactions, l'égalité des cocontractants, le respect de la propriété privée, le statut des entreprises. Et, parallèlement aux mesures de réglementation et de protection, l'État a créé les infrastructures nécessaires à l'essor de la production. Tous ces dispositifs sont en fin de compte compatibles avec l'orthodoxie libérale: il s'agit toujours d'encadrer le fonctionnement du marché, sans chercher à se substituer à lui: à l'intérieur des règles ainsi édictées, le marché est censé trouver par lui-même son équilibre. Une inflexion beaucoup plus sensible de la conception de l'OPE a été consécutive à l'avènement de l'État-providence.

II. L'ÉTAT INTERVENTIONNISTE: UN ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE EXTENSIF

La crise des années Trente a porté un coup sévère à la conception libérale de l'OPE jusqu'alors dominante, en démontrant les limites de l'économie de marché et son incapacité à résoudre par ses propres forces les tensions qu'elle génère: c'est est fini de «l'utopie du marché», de la croyance en l'aptitude du marché à

25. Frison-Roche M-A. «Les différentes natures de l'ordre public économique», *Archives de philosophie du droit*, n° 58, 2015. p. 154.

26. Farjat G. Op. cit., p. 368.

27. Pour Pierre Rosanvallon, le capitalisme se démarquera au cours du XIX^e siècle de cette «utopie libérale».

«s'autoréguler»; l'État est désormais invité à intervenir dans le fonctionnement du marché, en tentant de remédier à ses fluctuations conjoncturelles et à ses déséquilibres structurels. Une nouvelle vision de l'OPE tend alors à prévaloir, portée par des courants de pensée très divers, se réclamant du socialisme, du solidarisme voire du planisme: s'ils sont opposés sur de nombreux points, ces courants sont cependant unis par une même croyance en la nécessité d'une intervention active de l'État dans le jeu économique; le *keynésianisme*, qui donne à l'État la mission de créer les conditions de l'équilibre économique, en soutenant la demande globale et en garantissant le plein emploi, constitue l'illustration emblématique de ce basculement des représentations.

L'OPE est dès lors entendu de manière extensive, en prenant la forme d'une *mise en tutelle du marché*²⁸. Il suppose d'abord une fonction de direction de l'économie²⁹: Georges Ripert constatera ainsi que la liberté contractuelle est toujours davantage mise en cause au nom d'un ordre économique conçu de manière de plus en plus large et passant par la profusion des réglementations économiques³⁰; il appartiendrait désormais à l'État de définir les grandes orientations du développement économique, en construisant les politiques nécessaires pour les mettre en oeuvre³¹. L'OPE implique ensuite une intervention permanente en vue de corriger les mécanismes de marché: le droit est conçu comme un instrument d'action visant, non plus seulement à encadrer le marché, mais encore à atteindre certains objectifs, à produire certains effets économiques. L'OPE exige plus encore une action sur les structures mêmes de l'économie: l'État n'est plus conçu comme un simple auxiliaire du marché, servant à garantir son bon fonctionnement, mais comme un agent de changement, un vecteur de transformation. Enfin, l'OPE justifie la limitation du champ d'application de la logique marchande, par l'extension de la gestion publique placée hors marché: l'État est appelé à fournir directement un ensemble de biens et de services d'intérêt collectif. Cette conception constitue une authentique rupture par rapport à la vision libérale traditionnelle: au-delà de l'OPE «gardien», on voit se profiler, en suivant la typologie

28. Chevallier J., «Ordre juridique et logique de marché», in Dormond S., Perroud T. Op. cit., p. XIX.

29. Gérard Farjat distingue l'OPE «de protection», composé de toutes les mesures qui tendent à la protection d'un contractant et qui modifient les relations contractuelles, et l'OPE «de direction», qui se propose de recourir à une certaine organisation de l'économie nationale (Op. cit., p. 43).

30. Loc. cit.

31. Morand C.A. dir., *L'État propulsif*, Publisud 1991 et *Le droit néomoderne des politiques publiques*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1999.

éclairante de Marie-Anne Frison-Roche³², les figures nouvelles d'un ordre «bâtit-seur» et «promoteur», assurant la construction des marchés et fixant leurs règles de fonctionnement, et encore «architecte» des marchés, définissant leurs contours à partir d'un choix politique, et «d'octroi», fixant des barrières pour leur accès. Ces représentations nouvelles vont accompagner et légitimer l'essor d'un État providence qui établira un véritable protectorat sur la vie économique.

Cette conception extensive de l'OPE a constitué un défi pour la pensée libérale, en suscitant en son sein un clivage. L'«ordo-libéralisme» qui se développe en Allemagne à partir des années Trente³³, autour des travaux de Walter Eucken³⁴ et Franz Böhm, rompt avec la doctrine libérale traditionnelle: partant de l'idée que le marché n'est pas un ordre naturel mais un ordre «construit», Eucken considère qu'il appartient à l'État d'établir le cadre juridique nécessaire au bon fonctionnement de l'économie, à travers l'adoption d'une Constitution économique; et les principes constituants figurant dans celle-ci sont appelés à couvrir un très large domaine, allant du droit des sociétés jusqu'au droit du travail et aux politiques sociales. Ces actions «ordonnatrices» portant sur «les conditions d'existence du marché» doivent être prolongées par des actions «régulatrices», par lesquelles l'État est amené à intervenir dans les processus économiques quand la conjoncture l'exige; de l'État «sous surveillance du marché», qui était au cœur du libéralisme, on passe à l'idée inverse d'un «marché sous surveillance de l'État»³⁵. Admettant la nécessité d'une intervention de l'État pour réguler l'économie et adhérant ainsi à la perspective d'un OPE extensif, l'ordo-libéralisme conduit la pensée libérale dans des voies nouvelles, celles d'un «néolibéralisme». Le colloque Lippman de 1938³⁶ sera l'occasion de confronter cette vision renouvelée du libéralisme à celle d'auteurs auteurs, tels Von Mises, Hayek ou Rueff, attachés pour leur part à l'orthodoxie libérale: si la première conception est alors majoritaire et exercera au lendemain de la Seconde guerre mondiale, comme l'a montré Michel Foucault, une forte influence sur les politiques déployées en Allemagne, la seconde finira par s'imposer, corrélativement à la crise de l'État providence.

32. Loc. cit.

33. Commun P. *Les Ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Les Belles Lettres, 2016.

34. *Dir Grundlagen der Nationalökonomie*, 1940, Nlle éd. Springer Verlag, 1992; *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Mohr/Siebeck, 1952, 6^{ème} éd., 1990.

35. Foucault M. Op. cit., p. 81.

36. Audier S., *Le Colloque Lippmann. Aux origines du néo-libéralisme*, Le Bord de l'esau, 2008.

III. LA VULGATE NÉOLIBÉRALE: UN ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE RECENTRÉ

Il est évidemment impossible ici de retracer l'histoire des théories néolibérales et d'en exposer les nombreuses variantes³⁷. Si les fondations ont été posées par «l'école autrichienne», incarnée par Ludwig Von Mises et Friedrich Hayek, la conférence organisée en avril 1947 par celui-ci dans le village suisse du Mont Pèlerin apparaissant comme une revanche du colloque Lippman de 1938, les Etats-Unis deviendront le point d'ancrage privilégié d'une idéologie qui gagnera progressivement l'ensemble des pays se réclamant du libéralisme économique; mais, entre les thèses libertariennes d'un Murray Rothbard, concevant la liberté individuelle comme un absolu et prônant un État ultraminimal, les thèses monétaristes d'un Milton Friedman et de l'Ecole de Chicago, privilégiant l'encadrement de la masse monétaire, la théorie des droits de propriété d'un Ronald Coase — sans parler du mouvement *Law and Economics*, autour des travaux de Richard Posner ou de l'Ecole du *Public Choice*, née au sein de l'Université de Virginie autour de James Buchanan et Gordon Tullock et de bien d'autres courants encore —, il y a bien plus que des nuances et l'OPE est conçu de façon différente. Cependant, si les analyses sont sur nombre de points divergentes, les auteurs se retrouvent autour de quelques idées-force: un individualisme radical, la valorisation de la Raison économique au détriment de la Raison politique et l'affirmation de la primauté du marché.

La dénonciation des méfaits d'un interventionnisme étatique qui entraînerait le dérèglement de l'économie et menacerait les libertés³⁸ constitue un commun dénominateur: il conviendrait de revenir sur cette évolution, en restaurant le jeu des *mécanismes de marché*, censés être seuls compatibles avec l'efficacité économique et la liberté individuelle. La dogmatique libérale, discréditée par le développement de l'État providence, revient ainsi en force. Réactivant le mythe du marché autorégulateur, Hayek poussera sans doute le plus loin cette logique. Pour Hayek en effet, la supériorité du marché réside dans le fait que l'ordre qu'il crée, d'une part échappe à la volonté humaine, à l'arbitraire d'une

37. Pour une étude exhaustive, Audier S., *Néolibéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Grasset, 2012. Voir sur les implications juridiques de la pensée néo-libérale, Valentin V., *Les conceptions néolibérales du droit*, Economica, Coll. Essais, 2002 et aussi Caron M., «La genèse du néolibéralisme et son influence sur le droit public français», in Bottini, F., dir., *Néo-libéralisme et droit public*, Mare et Martin, Coll. Droit public, 2017. p. 47 ss.

38. *La route de la servitude* de Hayek ouvrira en 1940 (PUF, 2010) la voie à une critique radicale de l'État providence.

instance supérieure de régulation (ordre hétéronome), d'autre part n'obéit à aucune hiérarchie socialement déterminée de buts: c'est un ordre «spontané» (catallaxie), qui est engendré par l'ajustement des préférences individuelles; chacun est conduit par le gain qu'il recherche à servir des besoins dont il n'a pas la connaissance directe. Néanmoins, l'ordre de marché n'en implique pas moins, pour Hayek aussi, l'existence d'une «armature permanente de lois», c'est-à-dire de règles définies, a priori, fixes, abstraites impersonnelles, générales, déterminant «la gamme des choix ouverts aux individus»: si ces (*nomoi*) ne sont pas posées par une autorité, mais dérivent des «conditions d'un ordre spontané» et sont «découvertes», notamment par les juges, elles conditionnent bien l'existence de l'économie de marché³⁹ et, à travers elles, se profilent les linéaments d'un OPE. Prenant des distances avec la dogmatique hayékienne, les néolibéraux vont être dans tous les cas conduits à mettre l'accent sur la nécessité d'un ordre juridique, en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché⁴⁰.

La question de la *concurrence*, qui est au principe de l'économie de marché⁴¹, est dès lors placée par les néolibéraux au cœur de l'OPE⁴². L'OPE ne saurait justifier, comme au stade de l'État providence la profusion des réglementations économiques et l'extension de la sphère de la gestion publique, soustraite aux disciplines de marché: la conception volontariste d'un État doté de la capacité d'ordonner le développement économique fait place à la vision d'un État pleinement inséré dans l'économie de marché et tenu de se plier à ses contraintes. En revanche, l'État est invité, au nom de l'OPE, à réguler le jeu de la concurrence, tantôt en assurant le respect d'une concurrence loyale et non faussée, tantôt afin de faire prévaloir certaines exigences au nom de l'intérêt général; l'OPE est dès lors appelé à aller au-delà de la concurrence pour intégrer d'autres variables⁴³.

39. *Droit, législation et liberté*, Tomes 1 et 2, PUF, 1980.

40. Milton Friedman recommande ainsi dès 1948 d'inscrire dans les Constitutions nationales une règle d'équilibre des finances publiques et Richard Posner souligne qu'en protégeant les droits fondamentaux la Constitution contribue au développement économique.

41. Pour Pirovano A., «l'économie de marché est avant tout un ordre concurrentiel» (in *L'ordre concurrentiel, Mélanges Pirovano*, Editions Frison-Roche, 2003).

42. Comme le soulignent Charles Vautrot-Schwartz (loc.cit.) et Gérard Marcou (loc.cit.), l'OPE est recentré sur la concurrence ». Pour une analyse d'ensemble, Zévounou L., *Les usages de la notion de concurrence en droit*, LGDJ, Coll. Bibl. Droit public, n°272, 2012.

43. En ce sens Pez T., «L'ordre public économique», *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, octobre 2015. p. 43 ss; Gérard Marcou, loc. cit.; Vautrot-Schwartz C., loc. cit.

Pour les néolibéraux, cette fonction de *régulation* devrait incomber à des organes dotés d'un statut d'indépendance par rapport au pouvoir politique et respecter un certain nombre d'exigences fondamentales (impartialité, transparence, proportionnalité)⁴⁴. Ainsi entendue, la *régulation* se situe aux antipodes du dirigisme de l'État providence: elle présuppose l'existence de marchés ouverts, dans lesquels les opérateurs disposent d'une capacité d'action autonome, déploient des stratégies concurrentielles; la *régulation* vise seulement à assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble, sans fausser pour autant la logique marchande.

Ces conceptions néolibérales ont connu une spectaculaire diffusion à partir des années 1990: devenues hégémoniques, elles ont servi de soubassement idéologique au mouvement de redéploiement du rôle de l'État dans l'économie qui se produira dans les pays libéraux, via les processus de déréglementation⁴⁵ et de privatisation; leur impact a été cependant plus large, en sous-tendant les processus d'eupéanisation et de mondialisation.

IV. LE NÉOLIBÉRALISME CONQUÉRANT: UN ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE ÉLARGI

Les thèses néolibérales ont trouvé un remarquable prolongement, en débouchant sur la conception d'un OPE débordant le cadre étatique: la logique du marché est appelée par les néolibéraux à s'étendre, en devenant la clef de voûte des échanges économiques internationaux; et des règles doivent désormais être posées à ce niveau pour assurer le bon fonctionnement d'un marché devenu mondial, en garantissant en tout premier lieu le jeu de la concurrence qui en est le principe fondateur. Le néolibéralisme acquiert dès lors une dimension et une portée nouvelles, en devenant le soubassement d'un OPE élargi, placé en surplomb des États et pesant sur eux comme contrainte.

Le néolibéralisme a ainsi exercé une influence déterminante dans la *construction européenne*. Le principe de libre concurrence sur lequel celle-ci est fondée a investi les instances communautaires de la mission de lutter contre les entraves ou les distorsions de toute nature apportées à la concurrence, notamment à l'initiative des États; et l'affirmation, en dépit des résistances⁴⁶, d'un ordre juridique

44. Frison-Roche M-A., «Définition du droit de la régulation économique», *Dalloz*, 2004, n. 2. p. 126 ss.

45. Chevallier C., «Les enjeux de la déréglementation», *Revue du droit public*, 1987. p. 281-319.

46. En ce qui concerne les juristes français, Bailleux J., *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz 2014, notamment p. 311 ss.

communautaire distinct et supérieur à celui des États (Costa c/Enel, 15 juillet 1964) a été le moyen de faire prévaloir cette rationalité économique. Sans doute l'empire du néolibéralisme n'a pas été au départ exclusif. Trois «idéaux-type» de politique économique auraient été d'abord présents⁴⁷: une politique «socialement orientée», visant à réduire les inégalités sociales et régionales; une politique «néo-mercantiliste», privilégiant la défense des appareils productifs nationaux; une politique «pro marché», misant sur la libéralisation des échanges. C'est seulement au cours des années 1980, avec l'adoption de l'Acte unique en 1986, que le rapport de force entre partisans d'un «ordo-libéralisme» à l'allemande et d'un néolibéralisme à l'américaine bascule en faveur des seconds⁴⁸: une nouvelle approche de la politique de la concurrence, reposant sur l'analyse économique et fortement marquée par les idées néolibérales tend alors à prévaloir.

Plus généralement, le néolibéralisme a été promu au rang de véritable «*idéologie-monde*», en constituant au cours des années 1990 un puissant moteur de l'entrée de l'économie mondiale dans l'ère de la globalisation. La globalisation va en effet prendre appui sur un ensemble de croyances, propagées par les thuriféraires de la pensée néolibérale: croyance dans la supériorité des mécanismes de marché, qui permettraient d'atteindre un optimum économique et social; croyance dans les bienfaits de la concurrence, qui contraindrait à un effort permanent de compétitivité, d'innovation, de modernisation; croyance dans les effets positifs de l'ouverture des frontières et du développement des échanges, qui seraient un facteur de dynamisme et d'efficacité. Des cercles de réflexion assureront la diffusion de ces croyances, alimentant le mythe d'une «mondialisation heureuse»: tandis que les travaux du Forum de Davos⁴⁹, auquel participent chaque année les *global leaders*, imposaient progressivement l'idée du caractère inévitable et bénéfique de la mondialisation, des instances plus discrètes, telles la Société du Mont Pèlerin, issue de la conférence organisée en 1947 par Hayek et rassemblant les représentants les plus illustres de la pensée économique libérale, ou le Bilderberg contribuaient à l'actualisation des thèses néolibérales; les organisations

47. Warlouzet L., *Governing Europe in a Globalization World. Néoliberalism aux its Following the 1973 Oil Crisis*, Routledge, 2017.

48. Mongouachon C., «Ordo-libéralisme versus néolibéralisme: antagonismes idéologiques et conséquences pratiques en droit européen de la concurrence», in Dormont S., Perroud T. Op. cit., p. 21-43.

49. Graz J.-C., «Qui gouverne? Le Forum de Davos et le pouvoir informel des clubs d'élites transnationales», *A contrario*, n° 2, 2003; Laroche J., *Politique internationale*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2000. p. 187-192.

internationales ont prolongé ces réflexions, par la formulation de recommandations (OCDE) ou de prescriptions (FMI, Banque mondiale) conformes aux canons du néolibéralisme.

Il ne s'agit cependant pas seulement de laisser jouer librement les mécanismes de marché. Si le mythe d'une économie mondiale capable, conformément aux analyses de Hayek, de «s'auto-réguler» avait pu être envisagé, le «droit de la mondialisation» étant construit, dans une large mesure, à l'initiative des opérateurs économiques, le constat d'un ensemble de dérives va conduire à mettre l'accent, comme au niveau interne, sur l'impératif d'une régulation: celle-ci apparaît indispensable, non seulement pour atténuer les inégalités de tous ordres qu'elle génère, mais encore pour garantir le bon fonctionnement de l'économie mondiale; la mondialisation des échanges suppose en effet loyauté⁵⁰, transparence et égalisation des conditions de la concurrence. Des règles du jeu sont requises et des mesures doivent être prises, notamment pour lutter contre la corruption, le blanchiment d'argent sale, les paradis fiscaux, qui sapent les fondations de l'économie mondiale. A travers les règles élaborées sous l'égide des organisations internationales, telles l'OMC pour le commerce, le FMI ou la Banque mondiale pour les flux financiers, qui apparaissent comme de véritables «autorités internationales de régulation»⁵¹, se dessinent les contours d'un *OPE d'inspiration néolibérale à l'échelle mondiale*.

Les OPE construits dans le cadre des États se trouvent dès lors concurrencés dans leur fonction régulatrice par d'autres ordres juridiques situés au niveau régional et international, avec lesquelles ils interagissent en formant un ensemble complexe. Les règles édictées par les États vont être passées au crible des principes définis à un niveau supra-étatique et éventuellement remises en cause comme étant de nature à fausser le jeu de la concurrence. Les États vont être ainsi conduits à réajuster les dispositifs qu'ils avaient édifiés, sous la pression des nouveaux régulateurs des marchés mondiaux; ils apparaissent dès lors tout autant «régulés» que «régulateurs».

Si les fondations d'un ordre transnational surplombant les États ont bien été posées, cet ordre reste fragile et il a été exposé depuis l'élection de Donald Trump aux États-Unis à de fortes secousses: tous les dispositifs mis en place ont connu des moments de crise et subi un certain affaiblissement; plus généralement, un mouvement de déstabilisation s'est produit, résultant de la montée du protectionnisme économique et du refus des contraintes du multilatéralisme.

50. Laroche J., dir., *La loyauté dans les relations internationales*, 2^{ème} éd. L'Harmattan, 2010.

51. Vautrot-Schwartz C., loc. cit.

Lestée d'un contenu juridique, la notion d'OPE a pris des contours et acquis une portée nouvelle; cependant, cette promotion récente ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'une notion nouvelle: alors même que cet ordre ne fait pas l'objet, en tant que tel, d'une conceptualisation juridique, il est sous-jacent aux principes qui commandent les rapports économiques et aux instruments juridiques utilisés pour les encadrer. Une *généalogie* de l'OPE est dès lors indispensable: elle montre que *différentes conceptions* de l'aménagement de cet ordre se sont succédées dans les pays libéraux, s'appuyant elles-mêmes sur un *ensemble de représentations*; droit et idéologie ont en l'espèce partie liée, le dispositif juridique ne pouvant être envisagé indépendamment des croyances et des valeurs qui le sous-tendent.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também doutrinas

- Atuação do Estado Constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do Direito, de Marco Antonio Karam Silveira – RT912/171-209 (DTR\2011\4074);
- A teoria do *laissez-faire* e a fronteira entre intervenção e não intervenção do Estado no mercado, de Marina Zava de Faria e Mayron Moraes Damasceno – RDB 83/83-105 (DTR\2019\23915); e
- A Tutela da ordem econômica ao longo da evolução constitucional, de Daniela Copetti Cravo – RDCI 102/221-242 (DTR\2017\2482).

