

La loi démocratique a l'épreuve de la loi du marché? réflexions sur la crise de la « conception politique » de la séparation des pouvoirs en Europe

Democratic law to the test of the market's law ? considerations on the crisis of the «political conception» of the separation of powers in Europe

Fabien Bottini*

Résumé

La loi du marché peut-elle se substituer à la loi démocratique ? C'est la question que pose implicitement l'affirmation de la conception économique de la séparation des pouvoirs véhiculée par l'orientation néolibérale du droit communautaire, dès lors qu'elle tend à remettre en cause la conception politique en vigueur dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne : tandis que cette conception politique vise à assurer le respect de la volonté générale, la conception économique a pour finalité d'assurer le respect d'une concurrence libre et non faussée. Or cette substitution apparaît bien en cours de réalisation. Elle se déduit, d'un côté, de la contestation des dualismes institutionnels mis en place par le droit public de certains Etats européens afin d'assurer le débat public et le respect de la loi ; et, d'un autre côté, de la consolidation ou de la rigidification des séparations verticale et horizontale des pouvoirs : puisque leur évolution vise à soumettre toutes les autorités étatiques aux attentes du marché, même le titulaire de la souveraineté. Peut-être est-on en train d'assister à l'apparition d'un néo-positivisme, de nature non plus juridique ou sociologique, mais économique faisant dépendre la validité formelle de la règle de droit et sa légitimité matérielle de sa capacité, respectivement, à respecter les droits et libertés économiques et à refléter les aspirations des opérateurs du marché.

Mots clés: *Séparation des pouvoirs – Conception politique de la séparation des pouvoirs – Conception économique de la séparation des pouvoirs – Néolibéralisme.*

* Docteur en droit. Maître de conférences à l'Université du Havre. Le Havre-Normandie-France. Email: fabienbottini@yahoo.fr

Summary: *Can market's law replaces democratic law? This is the question implicitly raised by the development of the economic conception of the separation of powers conveyed by the neoliberal orientation of the European community building, since it tends to undermine the political conception in force in most Member States of the European Union : while the political conception aims to ensure compliance with the general will, the economic one has the purpose of ensuring a free and undistorted competition. But this substitution appears well underway. It is deduced, on one hand, from the deconstruction of some institutional dualisms established by certain European States' public law to ensure public debate and respect of the rules ; and, on the other hand, from the consolidation of the vertical and horizontal separations of powers: since their evolution aims to submit all State authorities to the will of the market, even the sovereign. Perhaps we are witnessing the emergence of a neo-positivism, not a legal or a sociological one, but an economic positivism, conditioning the formal validity of the rule of law on its ability to respect economic rights and freedoms and its material legitimacy on its ability to reflect the aspirations of market operators.*

Resumo

A lei do mercado pode substituir o direito democrático? Esta é a questão que a afirmação da concepção econômica se impõe implicitamente em relação à separação de poderes veiculada pela orientação neoliberal do direito comunitário, tendo em vista que ela tende a minar a concepção política em vigor na maioria dos Estados-Membros da União Europeia: enquanto esta concepção política visa garantir o cumprimento da vontade geral, o projeto econômico tem a finalidade de garantir o cumprimento de uma concorrência livre e não falseada. Mas esta substituição parece bem encaminhada. Deduz-se, de um lado, dos dualismos institucionais postos em prática pelo direito público de certos Estados europeus para garantir o debate público e o respeito pela lei; e, de outro lado, da consolidação e da rigidificação das separações verticais e horizontais dos poderes: que sua evolução visa submeter todas as autoridades estatais às expectativas do mercado, até mesmo o titular da soberania. Talvez se esteja prestes a assistir a aparição de um neopositivismo de natureza não tanto jurídica ou sociológica, mas econômica fazendo derivar sua validade formal da regra de direito e sua legitimidade material da sua capacidade, respectivamente, do respeito aos direitos e liberdades econômica e refletindo as aspirações dos operadores do mercado.

Palavras-chave: *Separação de poderes - concepção política de separação de poderes - Concepção econômico da separação de poderes - o neoliberalismo*

Introdução (?)

« Pour garder son emploi, [un salarié] peut-il tout accepter ? ». Si c'est l'interrogation qui structure *La loi du marché*, le film de Stéphane Brizé, pour lequel l'acteur Vincent Lyndon a reçu le prix d'interprétation masculine du festival de Cannes 2015, cette production apparaît comme une métaphore de la problématique à laquelle les Etats européens sont aujourd'hui confrontés, dès lors qu'en toile de fond c'est cette question qui se trouve posée : la loi du marché peut-elle se substituer à la loi démocratique ?

Si ce questionnement est en germe depuis le début de la construction européenne du fait de son sous-bassement néolibéral, force est de constater que la crise économique de 2008 lui a donné un relief particulier. Car bien que celle-ci ait mis en lumière l'incapacité du libre jeu du marché à favoriser spontanément la croissance économique et, à travers elle, le progrès social, l'adoption du traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance (TSCG) du 2 mars 2012 montre que l'Union européenne n'entend pas rompre avec les idées néolibérales : non seulement 25 de ses 28 Etats membres ont accepté de se doter d'une règle d'or qui limite leur déficit structurel à 0,5 % du PIB, mais cette mesure les conduit en pratique à opérer des réformes qui conduisent à substituer une conception « économique » à la conception « politique » de la séparation des pouvoirs généralement en vigueur dans ces Etats.

Comme l'a résumé, le juriste français Charles Eisenmann dans son commentaire des conclusions du Commissaire du gouvernement Latournerie sous l'affaire Arrighi (CE 6.11.1938, *D.* 1938.3.1), l'originalité de la conception « politique » est d'assurer « le respect de la loi ». Elle se traduit matériellement par un ensemble de dualités institutionnelles mises en place par le droit public avec pour unique fonction d'assurer la primauté de la volonté générale.

Or, cette conception est désormais jugée sous-optimale par les idées néolibérales. Sous couvert de rationalité budgétaire et d'efficacité économique, elles sont en effet à l'origine d'un certain nombre de réformes

qui tendent à promouvoir une conception alternative, permettant de faire passer les Etats membres d'une culture démocratique de la règle, destinée à faire prévaloir les aspirations des citoyens, à une culture néolibérale de l'objectif, avant tout soucieuse de permettre la réalisation d'une concurrence libre et non faussée. Diviser les pouvoirs de l'Etat mais pour que mieux règne le marché, voilà en substance la fonctionnalité attachée à cette conception « économique » alternative de la séparation des pouvoirs. Une réflexion à partir du droit français montre que cette substitution revient à contester certaines implications traditionnelles de la conception « politique » (I) ou au contraire à les consolider (II), selon qu'elles favorisent ou non le libre jeu du marché.

1. Les implications contestées

Le projet néolibéral tendant à substituer la loi du marché à la loi démocratique est à l'origine de la contestation d'un certain nombre de dualismes institutionnels qui sont pourtant, dans l'optique de la conception politique de la séparation des pouvoirs, des garanties du débat démocratique (A) et du respect de la volonté générale (B).

1.1 Les garanties du débat démocratique

Afin de faciliter la prééminence de la loi du marché sur la loi démocratique, le néolibéralisme génère des réformes qui, sous couvert d'économies budgétaires, atténuent en réalité le débat démocratique tant au sein du pouvoir gouvernemental que de l'autorité juridictionnelle.

A l'intérieur du premier, cette évolution se déduit de la contestation dont le bicamérisme parlementaire et le bicéphalisme administratif font régulièrement l'objet. Si l'existence de telles critiques n'est pas nouvelle en soi, l'originalité de celles qui sont formulées depuis les années 1980 tient à ce qu'elles se situent désormais sur le terrain économique : alors que la fameuse « défense de déposer un Sénat le long des Constitutions » lancée en France par Victor Hugo en 1875 était motivée par l'origine monarchique de l'institution, on se demande en 1989 : « Le

Sénat vaut-il le milliard de francs qu'il coûte par an ? » (« Le Scandale du Sénat », *L'Évènement du Jeudi* 13-19.4.1989, p. 86). La réponse ne fait pas de doute dans la perspective démocratique, dès lors que l'existence d'une deuxième chambre permet d'engager publiquement la confrontation des points de vue entre les représentants élus du corps électoral. Mais, dans la perspective néolibérale, la deuxième assemblée semble être un coût inutile pour les Etats unitaires, dès lors que ses dépenses de fonctionnement augmentent sans raison la pression fiscale sur les acteurs économiques. Cette analyse avait d'ailleurs expressément conduit en 2013 le gouvernement de centre droit irlandais à proposer par mesure d'austérité la suppression de la chambre haute nationale (vainement puisque le projet a été rejeté par référendum à 51,7% des suffrages exprimés) (*L'Express* 5.10.2013). Le même postulat existe s'agissant du pouvoir exécutif. Car si les propositions récurrentes visant à introduire le régime présidentiel dans certains pays européens comme la France ne se situent pas (encore ?) expressément sur un plan économique, cette dimension ne leur est malgré tout pas étrangère, dès lors qu'elles reviennent à fusionner les fonctions de premier ministre et de chef de l'Etat.

L'impression d'une remise en cause des garanties démocratiques sur l'autel des économies budgétaires et de l'efficacité économique se trouve en tout cas confortée par la contestation dont font l'objet les dualismes autour desquels l'organisation juridictionnelle s'est parfois progressivement ordonnée en Europe depuis le XIXe siècle. Que l'on songe à la dualité juridictions administratives / juridictions judiciaires issue de la loi des 16-24 août 1790 ou à la dualité justice ordinaire / justice constitutionnelle introduite par les Constitutions de 1946 et 1958 en France, le constat est toujours le même : ces séparations visent à prévenir le gouvernement des juges par un jeu de contrepoids. Comme celui-ci oblige les différentes juridictions à « dialoguer », pour reprendre l'expression de Bruno Genevois (*D.* 1979. 155), publiquement, sous le contrôle de la doctrine et du pouvoir politique à qui revient le dernier mot, on peut y voir une autre garantie du débat public. Or, celle-ci se trouve aujourd'hui remise en cause par la dogmatique néolibérale sous couvert

d'« analyse économique du droit » (Truchet D., « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005. 1767). Non seulement en effet de plus en plus de voix se font entendre en France pour transférer la fonction contentieuse du Conseil d'Etat à une chambre administrative de la Cour de cassation (Truchet D., *op. cit.* ; Rousseau D., cité *in GP* 9.6.2014 : « La France meurt d'une pensée d'État » et qu'« elle a besoin d'une pensée de société »), mais les propositions en faveur de la transformation des juridictions constitutionnelles en un véritable juge suprême se multiplient parallèlement, bien que de telles évolutions reviennent à affaiblir le débat public.

Le projet néolibéral ne se limite toutefois pas à cette remise en cause. Son entreprise tendant à substituer la loi du marché à la loi démocratique passe également par la contestation d'un certain nombre de garanties du respect de la volonté générale, qui sont pourtant historiquement autant de marqueurs de la conception politique de la séparation des pouvoirs.

1.2 Les garanties du respect de la volonté générale

La substitution de la loi du marché à la loi démocratique sous-jacente au projet néolibéral permet de redonner sa cohérence à un double phénomène de caporalisation et de disparition de certaines autorités, dont l'effet est de remettre en cause un certain nombre de garanties du respect de la volonté générale.

Le phénomène de caporalisation se déduit pour sa part de la contestation de dualismes traditionnels dans le droit public de certains Etats membres comme le dualisme élu / fonctionnaires qui existent au sein de ceux qui ont opté pour une Fonction publique de carrière. Car cette opposition se trouve implicitement ébranlée par la sorte de « cdisation » rampante de la Fonction publique à laquelle conduit la directive CE n° 1999/70 du Conseil du 28 juin 1999 (transposée par les lois n° 2005-843 du 26 juillet 2005, n° 2007-209 du 19 février 2007 et n° 2012-347 du 12 mars 2012). Non seulement en effet le nombre de préposés sous contrat augmente (il atteint 20% des effectifs au sein

de l'administration locale française fin 2010 (*Rapport annuel sur l'état de la Fonction publique*, DF 2012. 112), mais l'agent contractuel est statutairement plus dépendant de l'élu et ainsi moins en capacité de lui résister face à un ordre illégal. Comme cette dualité a historiquement pour objet de conduire différentes autorités à se faire contrepoids, sa remise en cause est révélatrice de l'affaiblissement des garanties du respect de la volonté générale exprimée par la règle de droit. Or celui-ci s'explique par cette conviction parfaitement bien résumée en France par le ministre de l'économie, Emmanuel Macron, que ces garanties ne sont plus « plus adapté(e)s au monde tel qu'il va » et « surtout plus justifiable(s) » (*Le Monde* 19.9.2015), dès lors qu'elles empêchent l'administration de répondre aux attentes du marché.

Leur remise en cause se trouve d'ailleurs confortée par le phénomène de « disparition » visible tant en matière judiciaire que budgétaire avec la contestation de séparations aussi classiques que les séparations gendarmerie / police nationale ou encore ordonnateur / comptable public propres à certains pays européens. Car ces différentes dualités visent historiquement à assurer le respect de la volonté générale contenue dans la règle de droit : en matière budgétaire, l'existence « d'un contrôle de conformité par un comptable indépendant » est certes inconnue de pays comme le Royaume-Uni ou les Etats-Unis d'Amérique (Bin F., *Etablir l'assiette et recouvrer les impôts : exemple de procédés étrangers* », in *Les transformations du droit public*, L'Harmattan 2010, p. 57) ; mais elle s'explique dans les pays où elle existe par cette conviction que seul le « peuple ou ... ses représentants » peuvent « décider l'utilisation » des deniers publics et que c'est un moyen efficace d'obliger « l'administration qui ne possède aucune légitimité électorale » à respecter ses décisions (Saïdj L., « Réflexions sur le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables », *RFFP* 1993-41. 69). La même idée se retrouve en matière policière : entre autres parce que le dualisme police/gendarmerie permet lorsqu'il existe « aux magistrats » répressifs « de requérir le concours de l'une ou l'autre force (...) en cas de défaillance ou d'incurie d'un service de police ou de gendarmerie » pour appliquer la règle de droit (Dieu F., *La gendarmerie, secret d'un corps*,

éd. Complexe, 2002, p. 197). Si ces dualismes sont pour cette raison bien rattachables à la conception politique de la séparation des pouvoirs, force est de constater que les réformes dont ils font désormais l'objet accréditent l'idée de son démantèlement. En France par exemple, la pertinence de la séparation de l'ordonnateur et du comptable se trouve contestée par l'externalisation à des personnes privées d'un certain nombre de missions de services publics et l'incitation désormais faite aux comptables de prioriser leurs interventions « en fonction du risque réel que présente les dépenses pour le patrimoine de la collectivité » (Cf. Alonso C., *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Thèse, Toulouse 1 2010, p. 274 et notre article « La banalisation des compétences à la carte des territoires ») : puisque cela revient de fait à faire échapper un certain nombre de décisions à leur examen. De même, le rattachement organique de la gendarmerie, non plus au ministère de la Défense, mais à celui de l'Intérieur opéré par la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 esquisse-t-il sa fusion avec la police nationale. Or chacune de ces mesures découle de la volonté clairement affichée de renforcer « l'efficacité et l'efficience de la dépense publique » (comme le résume, pour la séparation ordonnateur/comptable, Maucour-Isabelle A., « La modernisation de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics », *RFDA* 2006. 395).

Le projet néolibéral de substituer la loi du marché à la loi démocratique ne le conduit toutefois pas seulement à remettre des dualismes traditionnels du droit public de certains Etats membres de l'UE. Il cherche parallèlement à consolider les dualismes qui permettent au contraire de mettre ces Etats au service du marché, de façon à parachever la substitution de la conception économique de la séparation des pouvoirs à la conception politique traditionnelle.

2. Les implications consolidées

Le projet néolibéral de faire prévaloir la loi du marché sur la loi démocratique le conduit à consolider les séparations verticale (A) et horizontale (B) des pouvoirs au sein des Etats membres de l'UE.

2.1 La séparation verticale des pouvoirs

Le projet néolibéral d'assurer la prééminence de la loi du marché sur la loi démocratique le conduit à redistribuer les compétences entre les différentes échelles de l'action publique, sous couvert d'une plus grande efficacité économique de l'activité étatique. Si cette idée s'est concrétisée par l'affirmation d'un principe de subsidiarité en droit communautaire (v. art. 5 du TUE issu des articles 130 R de l'Acte unique européen des 17 et 28 et 5 du traité de Maastricht du 7 février 1992) et en droit interne (v. en France le nouvel art. 72 C. issu de la révision constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2000), ce dernier justifie de confier aux échelons locaux, nationaux et supranationaux les seuls domaines d'action pouvant le mieux être pris en charge à leur niveau, d'une façon qui les place en réalité au service des opérateurs économiques, par le jeu de deux phénomènes complémentaires.

Le premier tient à la transformation progressive des autorités locales, nationales et supranationales en relai de la volonté des acteurs économiques. Car, en les opposant, la séparation verticale des pouvoirs, non seulement les empêche de se coaliser pour faire front face aux grandes entreprises, mais les place dans une position de faiblesse dont ces dernières tirent doublement avantage pour négocier avec eux les règles auxquelles elles sont assujetties. D'une part, il est désormais commun de les voir discuter les conditions d'implantation (ou de maintien) de leurs sociétés sur le territoire français. A l'échelle nationale, ce lobby auprès du pouvoir central s'avère d'ailleurs souvent payant, comme l'illustrent le développement des procédures d'amnistie en matière fiscale ou les débats très actuels sur l'opportunité d'une réforme en profondeur du droit du travail communs à de nombreux pays européens (v., sur ce point, la tribune éclairante d'A. Supiot, « Pour un droit du travail digne de ce nom », *Le Monde* 16.10.2015). Le même phénomène se retrouve au niveau local. Il explique par exemple la création du Comité des régions au sein de l'UE dont l'objet est de permettre d'associer les autorités régionales de droit interne à l'élaboration des règles qui leur sont applicables au niveau supranational, afin de mieux répondre aux

attentes des opérateurs économiques dans leur circonscription. D'autre part, ce phénomène se trouve aggravé par le double jeu des transferts de compétences aux autorités décentralisées et du développement du droit de la commande publique locale. Car en même temps que le principe de subsidiarité conduit à déléguer un nombre toujours plus important de services publics relevant de l'Etat-providence aux autorités décentralisées, la règle d'or limite leurs marges de manœuvre financière, d'une façon qui les oblige à recourir aux prestations du secteur privé. Or l'attitude des grands groupes oligopolistiques, souvent tentés de pratiquer des prix prohibitifs au détriment des petites collectivités, montre que ces derniers en profitent pour leur imposer leur loi (Damarey S., « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA* 2011. 15). Les autorités publiques n'ont du reste plus véritablement les moyens de résister aux attentes de ces derniers.

Car la séparation verticale des pouvoirs les rends dans le même temps – c'est le deuxième phénomène – impuissants, en les conduisant à se neutraliser les uns les autres, un peu comme si la règle devenait « chacun pour soi et la loi du marché pour tous ».

Tout d'abord en effet, l'action des autorités de droit interne est désormais étroitement soumise au contrôle des instances communautaires en charge du respect de la concurrence non faussée entre Etats membres et, en premier lieu, à celui de la Commission européenne érigée en gardienne de droit commun des traités par l'article 17 du TUE, sous le contrôle de la CJUE. Si celui-ci lui confie expressément la mission de « veille(r) à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions » et de « surveille(r) l'application du droit de l'Union », la Commission n'hésite pas à user de ses pouvoirs en la matière pour contraindre les Etats à respecter le libre jeu du marché, comme cela ressort par exemple de l'avis motivé du 27 juin 2007 par lequel elle avait (à tort !) estimé que le *in house* contrevenait au droit de la concurrence (Communiqué CE n° IP/07/922, 27 juin 2007).

Ensuite, les autorités de droit interne formant les niveaux national et local sont appelées à se contrôler mutuellement, toujours dans le

but d'assurer le bon fonctionnement du marché. S'agissant du pouvoir central, cette mission résulte de l'obligation qui lui est faite de se recentrer sur les missions régaliennes qui sont historiquement celles de l'Etat-gendarme de l'époque libérale classique, de façon à jouer le rôle d'Etat stratège. Certes le néolibéralisme ne lui fait pas entièrement confiance pour s'acquitter au mieux de cette mission, puisqu'il l'incite à déléguer la régulation de certaines activités à des autorités publiques ou administratives indépendantes du pouvoir politique (CJCE 13.12.1991, RTT /GB-Inno-BM, C-18/88, R. I-59). Mais il le charge dans le même temps de veiller à ce que les actes publics locaux se conforment au droit de la concurrence, comme cela ressort en France du recentrage du contrôle de légalité du préfet sur certaines matières économiquement sensibles, comme le contentieux de la commande publique locale ou de la protection de l'environnement (Cf. Circ. MCTB0600004C du 17.1.2006, relative à la modernisation du contrôle de légalité ; 10CA0917418C du 23.7.2009, sur la réorganisation du contrôle de légalité et 10CB1202426C du 25.1.2012, définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité). Le même souci d'assurer le bon fonctionnement du marché explique que les autorités locales soient en retour également amenées à contrôler l'action normative du pouvoir central, dès lors qu'elles sont désormais tenues de laisser inappliquées les règles nationales contraires au droit communautaire de la concurrence (v. en droit français CE 20.05.1998, Cte de cnes de Piémont de Barr, *RFDA* 1998-14. 609 à 619).

Dans la perspective économique de la pensée néolibérale, le renforcement de la séparation horizontale des pouvoirs vise donc à faciliter la primauté de la loi du marché sur la loi démocratique. La mise en concurrence des différentes échelles de l'action publique n'est toutefois pas suffisante à ses yeux pour mettre le marché à l'abri de l'arbitraire étatique (ou démocratique). C'est la raison pour laquelle le projet néolibéral œuvre parallèlement à la consolidation de la séparation horizontale des pouvoirs.

2.2 La séparation horizontale des pouvoirs

Le projet néolibéral d'assurer l'efficacité économique de l'action publique le conduit à renforcer le dualisme pouvoir politique / pouvoir judiciaire pour faire du juge le gardien suprême d'une concurrence libre et non faussée, au terme d'une sorte de rigidification de la séparation horizontale des pouvoirs. En même temps que les mesures prises pour affaiblir la faculté de dernier mot des autorités politiques, ce projet explique en effet celles visant à accroître le pouvoir de décision des juges.

Pour sa part, l'affaiblissement du pouvoir de dernier mot des autorités politiques se déduit des mesures prises pour renforcer les garanties d'indépendance des magistrats et l'autorité de la chose jugée de leurs décisions. Outre que la CEDH refuse régulièrement de considérer les magistrats qui n'offrent pas de telles garanties comme des autorités judiciaires (CEDH 27.6.2013, *Vassis et a. c/ France*), les juridictions prennent généralement soin d'imposer le respect de leurs décisions au pouvoir politique, comme cela ressort en droit français de la jurisprudence constitutionnelles interdisant en principe au législateur de valider des actes administratifs jugés illégaux (CC 119 DC du 22.7.1980, Loi de validations, *GDCC*). Certes, nul ne peut rêver d'une justice aux ordres dans un Etat démocratique. Mais l'indépendance des juges vise uniquement dans l'entreprise néolibérale à en faire les garants du respect des droits et libertés économiques dont l'exercice seul est nécessaire au libre jeu du marché, en soustrayant leurs décisions à toute ingérence politique, y compris à celle du peuple souverain. Les règles relatives à la CJUE visent du reste à atteindre cet objectif : puisque ses membres sont choisis « d'un commun accord » par les 28 Etats de l'Union parmi « des personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance », sous-entendu à l'égard des différentes autorités nationales, quelles qu'elles soient (cf. art. 18 du TUE et Titre 1 du Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne annexés au TUE et TFUE).

Le projet néolibéral tend d'ailleurs parallèlement à renforcer les pouvoirs des juridictions de façon à permettre aux acteurs économiques

de soumettre les pouvoirs réglementaires et législatifs à la loi du marché par leur entremise.

Cette évolution découle pour le premier de la multiplication des procédures de référé et des injonctions sous astreintes qui permettent aux juridictions de droit commun d'imposer vite et fort le respect de la loi du marché à l'administration (comme cela ressort en France du vote des lois n° 2000-597 du 30 juin 2000 et n° 95-125 du 8 février 1995).

Quant au pouvoir législatif, cet objectif transparait du projet tendant à supprimer la dualité justice constitutionnelle / justice supranationale en concentrant les contrôles de conventionalité et de constitutionnalité entre les mains d'une justice constitutionnelle supranationale. Le projet de traité de 2004 portant Constitution européenne montre en effet que le véritable but du néolibéralisme est d'imposer le respect de la loi du marché au législateur constituant lui-même, en le plaçant sous l'autorité d'une cour constitutionnelle supranationale. Cet objectif permet rétrospectivement de mieux comprendre la jurisprudence communautaire tentant d'affirmer sa « primauté » (CJCE 15.7.1964, *Costa c/ Enel*, R. 1141, pt. 3) sur le droit interne, dès lors que le succès de cette entreprise aurait permis à la CJCE/CJUE de s'imposer, de fait, comme ce juge constitutionnel suprême. Si ce projet n'a pour l'instant jamais pu aboutir, il y a donc fort à parier que la réforme reviendra sur le métier tant la soumission du dépositaire de la souveraineté étatique au respect de la loi du marché apparaît comme l'étape ultime de la substitution de la culture de la règle à la culture de l'objectif prônée par le néolibéralisme.

Conclusion

Tandis que la conception politique de la séparation des pouvoirs en vigueur dans nombre de pays européens vise à assurer le respect de « la loi, expression de la volonté générale », la conception économique alternative véhiculée par le néolibéralisme du droit communautaire tend à l'inverse à promouvoir le respect d'une concurrence libre et non faussée. Diviser les pouvoirs de l'Etat mais pour que mieux règne le

marché : voilà en substance la conception économique de la séparation des pouvoirs portée par le projet néolibéral. Sans doute les deux conceptions se recoupent-elles parfois. Mais elles ne se confondent pas, comme l'illustre le recul des droits sociaux favorisés par l'affaiblissement des libertés politiques et l'essor corrélatif des libertés économiques et du droit de la concurrence : dans la mesure où le néolibéralisme favorise le passage progressif d'une conception de la séparation des pouvoirs reposant sur une logique de coopération, sous le contrôle du corps électoral, à une conception de la séparation des pouvoirs reposant sur une logique de concurrence, sous l'arbitrage ultime du juge, dans son projet de substituer la loi du marché à la loi démocratique.

Cette substitution produit des effets paradoxaux révélateurs de l'antagonisme croissant entre le politique et l'économique : car si d'un point de vue économique cette évolution constitue un progrès pour les pays défavorisés, elle s'analyse au contraire d'un point de vue politique comme une involution pour les grandes démocraties occidentales, dès lors que le développement des premiers semble se faire au prix d'une remise en cause des acquis sociaux de ces derniers. Comme celle-ci se trouve facilitée par le recul des libertés politiques la question se pose : le néolibéralisme ne contribue-t-il pas à l'émergence d'une conception, non plus positiviste juridique ou sociologique, mais économique de la règle de droit, qui fait dépendre sa validité formelle et sa légitimité matérielle de sa capacité, respectivement, à respecter les droits et libertés économiques et à refléter les aspirations des opérateurs du marché ? Force est de reconnaître qu'une telle conclusion n'est pas de nature à faire du XXI^e siècle le siècle de la paix dans le monde comme certains avaient pensé pouvoir le prophétiser au lendemain de la chute de l'URSS tant l'accroissement des inégalités qui en découle porte en germe les conflits sociaux de demain.

Bibliographie

Le Scandale du Sénat. Paris, *L'Évènement du Jeudi* 13-19.4.1989, p. 86.

ALONSO, Christophe. *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*. Thèse Toulouse : Toulouse, 2010.

FRANÇA. Traité sur l'Union européenne. Disponible em : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>>. Acesso em : 12 nov. 2015

BIN, Frabrice. Etablir l'assiette et recouvrer les impôts : exemple de procédés étrangers. In : GUILLET, N. (Coord.). *Les transformations du droit public*. L'Harmattan : Paris, 2010, p. 57-78.

FRANÇA. *Conseil Constitutionnel*, décision n° 119 DC du 22.7.1980. Loi de validations. Disponible em : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-80-119-dc-du-22-juillet-1980.7775.html>>. Acesso em: 17 out. 2015

CE 20.05.1998, Communauté de communes de Piémont de Barr, Paris, *RFDA* 1998, n° 14, p. 609 ;

FRANÇA. Conseil d'Etat, 6.11.1938, Arrighi, Paris, *Recueil Dalloz* 1938, 3^e partie, p. 1, note Eisenmann, conclusion Latournerie ;

CEDH 27.6.2013, Vassis et a. c/ France ;

Circulaire n° 10CA0917418C du 23.7.2009, sur la réorganisation du contrôle de légalité ;

Circulaire n° 10CB1202426C du 25.1.2012, définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité ;

Circulaire n° MCTB0600004C du 17.1.2006, relative à la modernisation du contrôle de légalité ;

CJCE 13.12.1991, RTT /GB-Inno-BM, C-18/88, *Recueil CJCE*, n° I, p. 59 ;

CJCE 15.7.1964, Costa c/ Enel, *Recueil CJCE*, p. 1141 ;

Communiqué de la Commission Européenne n° IP/07/922 du 27 juin 2007 ;

DAMAREY, Stéphanie. La société publique locale ou la fin des associations transparentes. **ACTUALITÉ JURIDIQUE DROIT ADMINISTRATIF (AJDA)**, PARIS, N. 1, JAN.2011, P. 15-17

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

Directive CE n° 1999/70 du Conseil du 28 juin 1999 ;

FRANÇA. Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000. Disponível em : <<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851>>. Acesso em : 12 nov. 2015.

FRANÇA. Loi n° 95-125 du 8 février 1995. Dispon em : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926>> Acesso em : 08 set. 2015.

MAUCOUR-ISABELLE, Amicie. La modernisation de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics. *RFDA : Paris*, 2006.

Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne annexés au Traité sur l'Union européenne et au Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne ;

Rapport annuel sur l'état de la Fonction publique, Paris, La Documentation Française 2012 ;

Rousseau D., cité in Paris, *Gazette du Palais* 9.6.2014 ;

Saïdj L., « Réflexions sur le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables », Paris, *RFFP* 1993, n° 41, p. 69 ;

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

TRUCHET, Didier. Plaidoyer pour une cause perdue: la fin du dualisme juridictionnel. Paris: *AJDA*, 2005.

Recebido em : 30/11/2015

Aprovado em: 05/12/2015