

Marché intérieur, concurrence des normativités et néolibéralisme(s)

Romain Henrard

Jury

Année académique 2018-2019

Promoteur :

Nicolas Thirion Professeur ordinaire à la
Faculté de droit de l'Ulg

Lecteurs :

Henry-Jean Gathon, Professeur ordinaire à
la HEC-Ecole de Gestion de l'Ulg

Michel HERMANS, Professeur ordinaire à
la HEC-École de Gestion de l'ULg

Mémoire présenté en vue de
l'obtention du diplôme de Master en
droit, à finalité spécialisée en gestion

Je tiens à remercier vivement le professeur Nicolas Thirion pour l'attention qu'il a portée au déroulement de mon travail, ainsi que pour ses conseils judicieux et sa disponibilité.

Mes remerciements vont également au Professeur Henry-Jean Gathon pour son soutien et ses conseils avisés.

Je remercie d'avance mon deuxième lecteur, le professeur Michel Hermans, pour l'attention et le temps qu'il consacrera à la lecture de ce travail.

RESUME & ABSTRACT

Ce travail a pour objet d'analyser l'émergence d'une « norme de concurrence » dans le gouvernement des conduites à la lumière du concept de gouvernamentalité néolibérale. À cette fin seront présentés d'une part, le phénomène de concurrence des normativités juridiques en droit des sociétés, et, d'autre part, un phénomène de concurrence entre des normes juridiques et un autre type de normativité (les normes I.F.R.S). Ensuite, dans une deuxième partie, ces phénomènes seront mis en perspective avec le concept foucauldien de gouvernamentalité, puis avec l'influence ordolibérale de la construction européenne et enfin avec une analyse de la norme de concurrence dans les politiques économiques, publiques et de société des États.

The purpose of this work is to analyse the emergence of a "competition norm" in the governance of conduct in the light of the concept of neoliberal governance. To this end, the phenomenon of competition between legal norms in company law will be presented on the one hand, and on the other hand, the phenomenon of competition between legal norms and another type of normativity (the I.F.R.S. norms) will be explained. In a second part, these phenomena will then be put into perspective with the Foucaultian concept of governmentality, then the ordo liberal influence of European integration and finally an analysis of the norm of competition in the economic, public and social policies of the States.

TABLE DES MATIÈRES

I.- INTRODUCTION	3
II.- PARTIE JURIDIQUE.....	5
A.- LA CONCURRENCE DES NORMATIVITES EN MATIERE DE DROIT DES SOCIETES.....	5
1) Délimitation et présentation du sujet	5
2) Examen des dispositions du traité CE qui consacre la liberté d'établissement	8
3) Exposé des principaux arrêts sur la liberté d'établissement	10
a) <i>La liberté d'établissement principal.....</i>	<i>10</i>
b) <i>Limite à la liberté d'établissement principal.....</i>	<i>13</i>
c) <i>La liberté d'établissement secondaire.....</i>	<i>15</i>
4) Résumé de la jurisprudence de la Cour	18
5) Autres limites au principe de libre circulation.....	18
6) Proposition d'une grille de lecture de la jurisprudence de la Cour.....	20
a) <i>Parallèle entre la concurrence normative et le postulat de la concurrence parfaite.....</i>	<i>20</i>
b) <i>L'interprétation du droit d'établissement comme liberté de choisir sa Lex societatis.....</i>	<i>22</i>
7) Critique de la grille de lecture.	24
B.- LA POLITIQUE COMPTABLE EUROPEENNE.....	27
1) Contexte politique et élaboration.....	28
2) L'instrument d'homologation.....	29
3) Les avantages et inconvénients de la procédure d'homologation.....	30
4) Deux déplacements philosophiques qu'illustre l'adoption des normes I.F.R.S.....	31
III.- PARTIE METAJURIDIQUE.....	33
A.- FOUCAULT, LA GOUVERNEMENTALITE ET DES NEOLIBERALISMES.....	33
1) Le concept de gouvernementalité	33
2) L'art néolibéral de gouverner	37
3) La concurrence normative et les normes IFRS vu sous un point de vue foucauldien	43
B.- L'INFLUENCE ORDOLIBERALE DE LA CONSTRUCTION EUROPEENNE	46
C.- L'EXERCICE DE LA GOUVERNEMENTALITE NEOLIBERALE : LA NORME DE	
CONCURRENCE.	55
1) La norme de concurrence comme nouvelle politique économique mondiale.....	57
2) La concurrence comme politique publique de l'État.	60
3) La concurrence comme norme politique de la société.....	63
IV.- CONCLUSION	67
V.- BIBLIOGRAPHIE.....	73
A.- DOCTRINE.....	73
B.- JURISPRUDENCE	76
C.- LEGISLATION.....	77

I.- INTRODUCTION

Chaque jour apporte son lot de révélations sur les prochaines restructurations de l'Etat : les plans de réorganisation d'ING, le projet de délocalisation de *Caterpillar* ou encore les contournements des législations fiscales à la *Luxleaks* ou à la *Panama papers*. Au départ de ces instantanés du monde que nous livrent les journalistes, il nous semble possible de tracer un fil conducteur à l'image des lignes serpentine peintes par Gérard Fromanger sur ses photographies. Tous ces faits de société semblent en effet trouver leur fondement dans une matrice commune, ces lignes folles qui circulent comme des flammèches forment une sorte de visage qui serait celui d'une société néolibérale. A l'image des portraits cubistes, ce visage présente plusieurs facettes. Le néolibéralisme est effectivement bien plus qu'une idéologie ou une politique économique passagère, c'est une méthode d'organisation de nos formes d'existence. Depuis la fin des années 80, l'épaisseur de ses traits s'intensifie ; ils s'allongent, ondulent et s'entrecroisent pour venir redessiner nos façons de vivre ou de penser. Le néolibéralisme nous chante un monde où chacun vivrait dans une compétition généralisée, imbibe tous les rapports sociaux d'une logique de marché et sculpte l'individu en « micro-entreprise ». Autrement dit, il s'agit d'une nouvelle manière de gouverner par la diffusion d'un modèle concurrentiel dans toutes les sphères de société politique, économique, sociale ou subjectives, si bien que l'on pourrait parler d'une « nouvelle raison du monde¹. » Cet état de concurrence généralisée sera l'objet de ce travail puisque nous y analyserons la propagation de cette norme concurrentielle dans nos sociétés, à la lumière des travaux d'un ami proche de Fromanger : Michel Foucault.

Tout comme notre artiste, nous commencerons notre questionnement à partir d'une photographie : nous décrirons deux phénomènes juridiques contemporains où semble exister la norme de concurrence. D'abord, la concurrence des normativités en matière d'établissement des sociétés puisqu'elle met en compétition les droits des différents États membres entre eux. En effet, la dissymétrie entre les libertés de circulation, qui permettent à l'entreprise de s'implanter dans n'importe quel État de l'Union ainsi que la faible harmonisation de celle-ci

¹ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La découverte, 2009, p.6.

dans certains domaines, ont donné à l'Union l'allure d'un terrain de jeu pour les entreprises, qui peuvent ainsi exploiter les divergences législatives en « sautant » d'un État à l'autre. Cette anomalie structurelle a été exploitée par la Cour de justice qui y a vu un potentiel d'autorégulation normative par le jeu de la concurrence. Dans cette optique, elle développe une jurisprudence qui empêche les États de retenir les entreprises qui voudraient migrer dans un autre État. Contraints par ces nouvelles règles du jeu, les États vont alors se lancer dans une course aux réformes législatives pour attirer un maximum d'entreprises. Nous aborderons ensuite l'adoption des normes I.F.R.S par l'Union, puisqu'elle incorpore des normes juridiques conçues par des acteurs privés au sein de l'ordre juridique européen. Ces normes, bien au-delà d'une simple formalité technique, cachent un véritable enjeu économique et politique. En effet, lorsqu'on change la manière de présenter une information, c'est toute une vision du monde qui bascule.

Dans la deuxième partie, nous mettrons en perspective ces phénomènes juridiques avec des considérations davantage « métajuridiques », mais, avant de tracer directement des lignes de convergences entre ces clichés juridiques, il nous faudra préparer notre outil : la pensée de Michel Foucault. Dans cette philosophie riche, pleine de reliefs, et parfois même de contresens, nous retiendrons le concept de gouvernementalité néolibérale, intrinsèquement lié à la notion concurrence. En agissant à la fois sur le cadre économique, social et comportemental, ce concept nous sera d'une grande utilité afin d'examiner sous un angle nouveau les phénomènes de concurrence normative. En effet, ces phénomènes ne peuvent être entièrement cernés par le droit, puisqu'ils sont formés à partir d'acteurs protéiformes (État, institution, entreprise) qui exercent chacun une influence par des instruments distincts (loi, traité, directive, règlement, norme technique, indicateur, notation²). Une fois nos outils préparés, il sera temps de tracer nos premiers traits. Nous présenterons l'influence jouée par l'ordolibéralisme dans la construction de l'Union européenne, étant donné qu'il s'agit d'une illustration pratique d'un art de gouverner néolibéral. Nous tenterons ensuite, de déceler une éventuelle forme de gouvernementalité par la concurrence dans les actuelles politiques économiques et sociales des États. Cette nouvelle façon de gouverner nous permettra de prendre du recul sur la vision réductrice d'un État, fort ou faible, pour mettre en lumière la pluralité des interventions de ces nouvelles manières de gouverner. Enfin, nous conclurons ce travail en présentant deux

² E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.12.

implications majeures de ce nouvel art de gouverner, que sont la généralisation de la forme entreprise et la tendance à la dé-démocratisation.

II.- PARTIE JURIDIQUE

A.- LA CONCURRENCE DES NORMATIVITES EN MATIERE DE DROIT DES SOCIETES

Dans cette section, il s'agira en premier lieu d'analyser les dispositions des traités européens en matière de liberté d'établissement des sociétés avant d'étudier leur interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne, à la lumière des théories économiques du droit, pour enfin nous interroger sur les limites de la grille de lecture proposée. Mais, tout d'abord, il nous faut définir la concurrence normative et délimiter notre propos.

1) Délimitation et présentation du sujet

On peut lire dans l'ouvrage *La Nouvelle Raison du monde* de Pierre Dardot et Christian Laval que : « Tout se passe comme si les transformations qui ont affecté la gestion du capitalisme à l'échelle mondiale depuis les années 1970 et 1980 avaient induit une inflexion du néolibéralisme européen en inversant les termes qui le particularisaient : non plus fabriquer l'ordre de la concurrence par la législation européenne, mais fabriquer la législation européenne par le jeu de la libre concurrence³.» Selon ces deux auteurs, l'Union européenne ne chercherait plus à cadrer le marché par des lois, mais à faire du marché lui-même le principe de sélection des lois⁴ : ce n'est plus la loi qui régit la concurrence, mais la loi qui est produite par la concurrence. L'Union européenne placerait les sujets de droit en position de choisir librement

³ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 349.

⁴ *Ibid.*, p. 351.

l'ordre juridique, ce qui exercerait une pression concurrentielle sur les Etats qui vont alors tenter d'attirer des capitaux, des investisseurs et des épargnants sur leurs territoires en baissant leurs exigences normatives. Cela réaliserait l'intégration économique de l'Union, non plus d'en haut, mais d'en bas, par le libre jeu de marché, à coup de délocalisation, migration des travailleurs et de déplacements de résidence⁵. Un exemple de ce phénomène d'évitement fiscal, le *double Irish Dutch Sandwich*, qui sonna le début d'une course à la « compétitivité juridique » au sein de l'Union⁶.

Ce phénomène de concurrence des normativités, qu'évoquent Dardot et Laval, est un sujet très controversé. On peut schématiquement résumer ce débat en trois questions : ce phénomène existe-t-il ? Quels sont les effets de ce phénomène, y a-t-il un nivellement par le bas ou par le haut ? Enfin, quelles sont les méthodes pour remédier à ces éventuels effets négatifs ?⁷ Dans notre réflexion, seule la première question, s'interrogeant sur l'existence de la concurrence normative sera abordée. Apportons encore une précision supplémentaire : il ne s'agira pas ici d'aborder l'existence de ce phénomène dans son ensemble, mais uniquement dans le cadre du droit des sociétés. En effet, le constat n'est pas le même en fonction de la branche du droit étudiée, puisque la concurrence normative ne se pose pas dans les mêmes termes selon le degré d'harmonisation du domaine juridique⁸. Il est possible de résumer la problématique de cette section par la question suivante : existe-t-il un phénomène de concurrence normative en droit des sociétés qui autorégulerait le droit des Etats membres par le jeu de la libre concurrence ? Pour répondre à cette question, définissons ce phénomène.

On peut décrire la concurrence normative « comme la situation dans laquelle des sujets de droit se mettent ou sont mis en position de choisir, parmi plusieurs ordres juridiques ou régimes normatifs, les règles qui s'appliqueront à eux, soit de manière générale, soit pour une opération particulière⁹.» Cette définition, qui prend le point de vue du sujet de droit, met en avant l'idée qu'il a la liberté de choisir l'ordre juridique qu'il souhaite. En partant de cette définition, on

⁵ L'intégration économique est le processus d'unification des politiques économiques entre différents États qui passe par l'abolition partielle ou totale des restrictions tarifaires (taxes, droits de douane) et non tarifaires sur le commerce.

⁶ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., 2009, p. 349.

⁷ J.-A. DEFROMONT et S. MENETREY, « Concurrence normative en Europe : quelle attractivité pour les droits nationaux ? », in *R.I.D.E.*, 2014, pp. 499-515.

⁸ D. BERLIN, « Concurrence normative entre les États. Comment est-elle gérée par le droit européen ? », In C. Kessedjian (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégies des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Panthéon-Assas, 2013, p. 42.

⁹ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.17.

peut établir que deux conditions sont nécessaires à l'apparition d'un phénomène de concurrence des normativités. D'une part, il faut plusieurs ordres juridiques, c'est-à-dire une « offre » de *Lex Societatis*, et, d'autre part, la possibilité d'un choix entre ces ordres juridiques, c'est-à-dire une « demande » de *Lex Societatis*. Précisons-le, si ce sont des conditions nécessaires, rien ne nous dit pour l'instant qu'elles sont suffisantes.

Avant d'entamer l'examen de la jurisprudence de la Cour, il nous faut la remettre en contexte en présentant son rôle de dans l'intégration économique de l'Union, ce qui mettra en lumière l'intérêt d'une analyse de sa jurisprudence. Schématiquement, on peut dire que l'intégration européenne s'appuie sur deux ressorts : l'intégration positive et l'intégration négative. L'intégration positive a pour objectif l'intégration du marché intérieur en rapprochant les législations nationales par le droit dérivé (règlements et directives). Dans les années 1970, cette intégration positive s'est enrayée. L'intégration négative s'y est en partie substituée pour venir combler certaines lacunes du droit dérivé¹⁰. Cette technique d'harmonisation des droits est orchestrée, non plus par les États, mais par la Cour de justice. L'intégration négative consiste en la sanction par la Cour des mesures nationales qui entravent les libertés de circulation. Elle aurait pour effet d'encourager la concurrence entre les États. S'ils ne peuvent plus cloisonner leurs marchés nationaux en limitant les libertés de circulation, cela rend les entreprises et capitaux plus mobiles, les États vont donc s'adapter en tentant d'attirer les entreprises et capitaux de leurs voisins et de conserver les leurs¹¹.

Le politiste allemand Fritz Scharpf constate, dans cette asymétrie entre intégration négative et positive que la politique de l'UE est *une polity sans politics*. Ce qu'il nomme la *polity*, c'est la capacité du cadre juridico-institutionnel de l'UE à s'imposer et à se développer à l'intérieur des ordres juridiques nationaux. Cette *polity* a remarquablement bien fonctionné grâce à une interprétation extensive des libertés de circulation par la Cour. L'intégration négative a été une formidable machine à déréglementation en sanctionnant toute mesure nationale contraire au droit de l'Union. L'intégration positive connaît en revanche un moindre développement pour des raisons institutionnelles. C'est particulièrement le cas pour l'harmonisation relative au processus de production (salaire, droit du travail, fiscalité, droit des affaires, etc.) que Scharpf oppose à l'harmonisation relative aux produits (standards de qualité, comme la santé et

¹⁰ N. THIRION *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 263.

¹¹ F. SCHARPF, « Européanisation et gouvernement démocratique », *In Politiques et Management Public*, 1997, pp. 11-20. Et E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne, *op. cit.*, p. 41.

l'environnement). En effet, ce type d'harmonisation n'engendre aucune modification sur la qualité du produit, mais impacte uniquement son coût de production (alors qu'une harmonisation sur les standards de qualité impacterait les coûts de production et la qualité du produit). Les États sont donc sensibles à la pression économique engendrée par une baisse des niveaux de réglementation. Les États membres qui bénéficient de ces avantages comparatifs seront dès lors enclins à bloquer les tentatives d'harmonisation. La faiblesse du mode de fonctionnement de l'harmonisation positive empêche logiquement de mener une véritable *politics*, or selon Fritz Scharpf, un cadre juridico-institutionnel dépourvu de *politics* tend à se transformer en une sorte de machine bureaucratique qui perd toute légitimité¹².

Dans le cadre du droit des sociétés, l'intégration négative a été mise en œuvre à travers le principe européen de la liberté d'établissement qui favoriserait la concurrence normative¹³. La faible harmonisation du droit des sociétés aurait laissé subsister une large offre des *Lex societatis* sur le marché européen¹⁴. En parallèle, un régime libéral, mis en place par le jeu combiné du Traité CC et de l'interprétation de la Cour de justice, que nous analyserons dans les deux prochaines sections, a permis l'émergence d'une « demande de *Lex societatis* » sur le « marché européen ». Il y a donc là une combinaison d'une « offre » et d'une « demande » de *Lex societatis* qui créerait potentiellement un phénomène de concurrence normative.

2) Examen des dispositions du traité CE qui consacre la liberté d'établissement

¹² N. LERON, « Gouvernance, gouvernementalité, la nature juridico-politique de l'Union européenne au prisme de la Science politique », *In Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2014, pp. 11-14 et F. SCHARPF, « After the crash. A perspective on multilevel European democracy », *In MPIfG Working Paper*, n° 14/21, 2014, (disponible sur https://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp14-21.pdf ; (consulté le 29 mars 2019)).

¹³E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p.113.

¹⁴ Conclusion de l'avocat général Jaaskinen sous l'arrêt *VALE Építési kft*, C-378/10, EU :C :2011 :841, point 4.

Avant d'analyser la jurisprudence de la Cour, il est nécessaire d'introduire les articles des traités sur lesquels cette jurisprudence est fondée.

Les articles 43 et suivants du traité de Rome (et 49 et suivants de l'actuel TFUE) consacrent la liberté d'établissement. Cette liberté se subdivise en deux types. Le premier est le droit d'établissement principal, qui permet à une société de transférer son siège social dans un autre État membre. Le deuxième est le droit d'établissement secondaire, qui donne la possibilité aux sociétés de créer une filiale, une agence ou une succursale dans un autre État membre ou encore de participer au capital et à la gestion de sociétés étrangères¹⁵.

Pour jouir de cette liberté d'établissement, la société doit remplir deux critères (Article 54 du TFUE). En premier lieu, la société doit être constituée en conformité de la législation d'un État membre. En second lieu, la société doit être rattachée à un Etat membre. Pour cela, elle doit avoir soit son siège statutaire, soit son administration centrale, ou encore son principal établissement, dans un Etat membre.

Chaque État membre détermine ses critères de rattachement. Schématiquement, il existe deux théories de rattachement à ordre juridique. La première s'intitule la théorie de l'incorporation. Il s'agit d'une théorie selon laquelle les sociétés qui se constituent dans un Etat sont soumises à la législation de celui-ci. C'est un critère purement formel : il importe peu que les sociétés soient effectivement gérées dans ce pays. Les Pays-Bas, l'Irlande et l'Angleterre ont notamment adopté cette théorie. La deuxième, la théorie du siège réel est une théorie selon laquelle seules les sociétés qui ont effectivement établi leurs administrations centrales dans l'État membre sont considérées comme soumises la législation de l'État membre. C'est ici un critère plus substantiel qui s'attache à la réalité effective. L'Allemagne a notamment adopté cette théorie. Cette divergence entre État de siège réel et Etat d'incorporation favorise une certaine concurrence normative au profit de ce dernier puisque, comme nous le verrons, la Cour autorise une entreprise à s'installer dans un pays qui a adopté la théorie du siège statutaire, sans qu'elle n'exerce aucune activité dans ce pays. Puis la Cour lui permet d'exercer une activité dans un Etat de siège réel, sans que celui-ci ne puisse lui imposer son propre droit¹⁶.

¹⁵ O. CAPRASSE, *Droit des sociétés*, Liège, Presses universitaires de Liège, 2018, p.142.

¹⁶ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., pp.99-100.

3) *Exposé des principaux arrêts sur la liberté d'établissement*

On le sait, la figure du juge automate ou de « la bouche de la loi » n'est plus qu'un mythe. C'est d'autant plus vrai dans le contexte européen qui a connu à partir de la fin des années 1970, une montée en puissance du rôle du juge en faveur de l'intégration économique. Dans cette partie, nous verrons que le droit d'établissement, tel qu'interprété par la Cour, limite les États à constituer des entraves à l'immigration ou l'émigration des sociétés au sein du territoire de l'Union, ce qui favorise la mobilité des sociétés au sein du marché intérieur. Nous désignerons ici par *entrave* « toutes mesures qui sont susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement¹⁷.» Enfin, il sera souligné que ce principe n'est pas absolu. En effet la Cour limite les entraves à ce principe sans toutefois l'interdire totalement.

a) **La liberté d'établissement principal**¹⁸

Selon la Cour un État membre ne peut interdire à une société de s'établir sur son territoire, dès lors qu'elle exerce son droit d'établissement. En effet, les sociétés sont considérées comme de véritables sujets de droits que les États doivent reconnaître, nous pouvons citer pour preuves les affaires *Uberseering* (2002)¹⁹, *SEVIC* (2005)²⁰ *Vale Epitesi* (2012)²¹ et *Polbud* (2018)²².

¹⁷N. THIRION *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 272 et Arrêt *Gebhard*, 55/94, EU :C:1995:411. Arrêt *Pfeiffer*, 255/97, EU :C:1999:240. Arrêt *Payroll*, 79-01, EU :C:2002:592. Arrêt *CaixaBank France*, 442/02, EU :C:2004:586.

¹⁸ Pour rappel, la liberté d'établissement principal est la possibilité pour une société de transférer son siège social dans un autre État membre.

¹⁹ Arrêt *Uberseering*, 208/00, EU :C :2002:632.

²⁰ Arrêt *SEVIC Systems AG*, 411/03, EU:C:2005:762.

²¹ Arrêt *VALE Epitesi*, 378/10, EU :C :2012 :440.

²² Arrêt *POLBUD*, 106/16, EU:C:2017:804.

Uberseering

Le litige de l'affaire Uberseering opposait cette société à une société établie en Allemagne. La société Uberseering avait été valablement constituée aux Pays-Bas (qui a adopté la théorie du rattachement par incorporation). Quelques années plus tard, l'intégralité de ses parts a été acquise par des ressortissants allemands résidant en Allemagne. Selon le droit allemand (qui a adopté la théorie du siège réel), Uberseering est devenue, avec ce rachat, une société allemande soumise au droit allemand. Or les conditions de constitution ne sont pas les mêmes en droit allemand et en droit néerlandais, Ainsi, elle a perdu sa personnalité juridique et a dû nécessairement se reconstituer en Allemagne. Mais n'ayant plus de personnalité juridique, les autorités allemandes refusèrent à la société Uberseering d'ester en justice.

C'est dans ce cadre qu'une question préjudicielle fut posée à la Cour : une société constituée dans un État d'incorporation qui transfère son siège dans un autre État adepte de la théorie du siège réel peut-elle se voir privée des garanties juridiques reconnues aux autres sociétés de cet Etat d'accueil ?

La Cour estima que la prise de contrôle d'une société étrangère correspondait à une modalité du droit d'établissement²³. Or, la négation de la capacité juridique d'une société qui exerce son droit d'établissement est une entrave à cette liberté. La fin de non-recevoir de la part des autorités fut donc jugée contraire au traité CE par la Cour de justice.

La Cour laisse cependant la porte ouverte aux raisons impérieuses d'intérêt général qui peuvent, à certaines conditions, restreindre la liberté d'établissement²⁴.

SEVIC

L'arrêt SEVIC confirme l'interprétation de la Cour concernant la liberté d'établissement : celle-ci offre à une entreprise la possibilité de choisir sa *Lex societatis*²⁵. Il s'agit d'un cas de fusion-

²³ Arrêt Uberseering, 208/00, EU :C :2002.632, point 59.

²⁴ *Ibid.*, point 83.

²⁵ T. DELVAUX, « Fusion internationale et liberté de circulation », *J.T.*, 2005, pp. 145-146.

absorption entre deux sociétés allemande et luxembourgeoise. À la suite de l'assimilation, la société s'est vue refuser sa demande d'enregistrement de la fusion car la procédure ne concernait pas deux sociétés allemandes.

La Cour a ici jugé que le fait de refuser l'enregistrement de société transfrontalière était contraire à la liberté d'établissement, alors que l'enregistrement de fusion-absorption purement était interne²⁶.

La Cour a ensuite jugé que la justification de la mesure par les autorités allemandes n'était pas suffisante²⁷.

Vale

La société italienne « Vale » qui désirait se transformer en société hongroise. L'administration hongroise lui refusa cette demande au motif que son droit des sociétés organise uniquement les transformations de sociétés hongroises, et non les transformations transfrontalières.

La Cour a alors considéré que les opérations de transformation de sociétés relèvent en principe de la liberté d'établissement principal et qu'il s'agit ici d'une entrave à ce principe²⁸.

En ce qui concerne la justification de la mesure aux raisons d'intérêt général, la Cour admet que des raisons telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés, ainsi que la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux et de la loyauté des transactions commerciales peuvent justifier des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition que ces mesures soient nécessaires et propres à garantir un tel objectif²⁹. Or, en l'occurrence, la Cour constate qu'un refus général des autorités hongroises est une entrave disproportionnée et ne peut donc pas bénéficier de l'exception de raisons impérieuses d'intérêt général³⁰.

²⁶ Arrêt *SEVIC Systems AG*, 411/03, EU:C:2005:762, point 23.

²⁷ *Ibid.*, point 26 à 30.

²⁸ Arrêt *VALE Epitesi*, 378/10, EU :C :2012 :440, point 33.

²⁹ *Ibid.*, point 39.

³⁰ Arrêt *VALE Epitesi*, 378/10, EU :C :2012 :440, point 40.

Polbud

La société de droit polonais Polbud décida de transférer son siège statutaire au Luxembourg, tout en conservant l'essentiel de ses activités en Pologne. Les autorités polonaises s'y opposèrent arguant qu'une dissolution préalable de la société polonaise était nécessaire avant sa constitution au Luxembourg. Les associés de Polbud ne partageant pas ce point de vue, ils se prémunirent en justice en invoquant la liberté d'établissement.

La Cour donna raison à Polbud, estimant que la liberté d'établissement couvre la situation d'une société qui transfère son siège statutaire dans un autre État membre tout en conservant ses activités dans l'État membre d'origine. De surcroît, cette liberté s'oppose aux réglementations qui imposent une procédure de dissolution-liquidation avant le transfert.

Remarquons toutefois que cette liberté connaît une limite : l'État d'accueil doit appliquer la théorie du siège statutaire. Dans le cas contraire, où il appliquerait la théorie du siège réel, l'entreprise sera contrainte d'y déplacer ses activités pour que le transfert puisse avoir lieu.

À la lumière de ces quatre arrêts, nous pouvons constater que, dès lors qu'une société est constituée valablement dans un Etat membre et qu'elle exerce son droit d'établissement principal en transférant son siège social dans un autre Etat membre, l'Etat d'origine, ne peut en principe, restreindre cette liberté avec des mesures nationales, même si ladite société conserve l'essentiel de ses activités dans cet Etat d'origine.

b) Limite à la liberté d'établissement principal

Il existe cependant un certain nombre de cas comme l'affaire Daily Mail de 1988 et Cartesio de 2008) où la Cour reconnaît aux États une certaine latitude dans la mise en place de restrictions au droit d'établissement³¹.

Daily Mail

³¹E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 127.

La société britannique Daily Mail souhaitait déplacer son siège aux Pays-Bas pour des raisons purement fiscales. Cela soulevait des difficultés, non pas au point de vue du droit des sociétés anglais, qui tolérait une telle opération³², mais aux yeux de la législation fiscale. En effet, le Trésor britannique soumettait le transfert à une autorisation administrative pour prévenir des évasions fiscales³³. Ne parvenant pas à obtenir cette autorisation, la société Daily Mail assigna celle-ci l'administration devant le tribunal compétent qui posa une question préjudicielle à la Cour de justice. Bien que le problème posé était purement fiscal, la Cour aborda la question sous l'angle du droit des sociétés³⁴. Elle commença par différencier la liberté d'établissement principal et secondaire. En effet une société a la possibilité de créer une agence, une succursale, une filiale ou participer à la constitution d'une société dans un autre État membre, dans ce cas précis la société Daily Mail cherchait à transférer son siège de direction ; il n'est question pas question ici de liberté d'établissement secondaire, mais principal. Après avoir établi cette distinction, la Cour estima donc que la liberté d'établissement principal ne permettait pas de contester les normes nationales qui restreignent une société qui transfère son siège de direction dans un autre État membre.

Dans cet arrêt, la Cour n'interprète donc pas la liberté d'établissement comme une possibilité, pour les États membres, de restreindre le transfert social en amont pour contrôler l'émigration des sociétés³⁵.

Après l'arrêt Daily Mail (1988), d'autres arrêts comme Centros (1999), Uberseering (2002) ou Inspire Art (2003), donnèrent à penser à certains que la solution rendue par Daily Mail devait être abandonnée³⁶. En effet, ces arrêts prennent à contre-pied la jurisprudence Daily Mail puisqu'ils restreignent les possibilités des États à limiter le Droit d'établissement. Mais en 2008, survient l'arrêt Cartesio (2008) qui vient remettre à jour la jurisprudence Daily Mail.

Cartesio

Cartesio est une société de droit hongrois qui souhaitait transférer son siège en Italie tout en restant une société de nationalité hongroise. La loi de ce pays empêchait cependant ce transfert

³² Arrêt *Daily mail*, 81/87, EU:C:1988:456, point 3.

³³ *Ibid.*, point 5.

³⁴ *Ibid.*, point 19.

³⁵ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 105.

³⁶ Conclusion avocat général Colomer sous l'arrêt *Uberseering*, 208/00, EU :C :2002.632, points 20 à 43.

si la nationalité était maintenue. Il fallait, au préalable, que la société se dissolve et se reconstitue ensuite en conformité avec le droit italien.

Dans son arrêt, la Cour rappela d'abord sa jurisprudence *Daily Mail* selon laquelle l'État a la possibilité de refuser à une société qui relève de son droit national de conserver sa qualité tout en se déplaçant dans un autre État membre. Ensuite, la Cour ajouta une condition supplémentaire au principe de l'arrêt *Daily Mail* : l'État d'origine ne peut imposer une dissolution préalable à la société qui accepterait d'être dorénavant soumise à la législation l'État d'accueil³⁷.

c) La liberté d'établissement secondaire.

Comme le stipule l'article 49 du TFUE, le droit d'établissement à titre secondaire peut s'exercer via la création de filiales, de succursales ou d'agences. À la lumière des arrêts qui suivent, nous constaterons que la Cour semble tolérer moins d'entraves à la liberté d'établissement secondaire qu'à la liberté d'établissement principal. En effet, aucun arrêt équivalent à l'arrêt *Daly Mail* ou *Cartesio* n'a été rendu dans le cadre de la liberté d'établissement secondaire.

Segers

M. Segers, ressortissant néerlandais résidant aux Pays-Bas, avait valablement constitué une société de droit anglais et avait établi une succursale aux Pays-Bas où il concentrait ses activités. En sa qualité de dirigeant d'entreprise, M. Segers avait contracté un régime d'assurance maladie accordé par le droit néerlandais pour ce poste. Mais L'administration néerlandaise la refusa en affirmant que cette assurance était réservée aux siégeant aux Pays-Bas afin d'éviter les abus ou la fraude.

³⁷ Arrêt *Cartesio*, 210/06, EU:C:2008:723, point 112 à 113.

Saisie de la question, la Cour rappela que toutes les sociétés valablement constituées dans un État membre et ayant un lien de rattachement (siège statutaire, administration centrale ou établissement principal) à l'intérieur du territoire européen bénéficie de la liberté d'établissement prévue à l'article 48 du CE. Or, selon la Cour, le refus, de la part d'un État membre, d'accorder le bénéfice d'une assurance maladie aux dirigeants de sociétés qui ont leur siège dans un autre État membre est une entrave à ce principe. Ensuite, la Cour répondit à l'argument de l'administration concernant les abus et fraudes qu'il s'agissait d'une entrave disproportionnée aux objectifs.

Centros³⁸

L'affaire Centros concernait un couple de résidents danois qui avaient valablement constitué une société de droit anglais, La « Centros Ltd ». Cette société n'exerçait cependant aucune activité au Royaume-Uni. En réalité, elle a été constituée dans l'unique but de bénéficier des avantages du droit anglais, tout en exerçant ses activités au Danemark par l'intermédiaire d'une succursale (d'où la forme de société « Ltd », qui exige aucun capital minimal). En considérant que ladite succursale n'était utilisée que comme artifice pour contourner la législation danoise, les autorités ont refusé son immatriculation.

Saisie de la question, la Cour estima qu'une société établie dans un État membre et ouvrant une succursale dans un autre État membre bénéficie de la liberté d'établissement à titre secondaire (Article 49 TFUE).

La Cour jugea ensuite que l'entrave était disproportionnée. En effet, elle estima que l'objectif de prévention de fraude pouvait être atteint par des mesures moins contraignantes qu'un refus systématique.

Enfin, la Cour rejeta l'argument de l'administration concernant l'abus ou de fraude de la part du couple. Selon la Cour le fait que la société n'exerce aucune activité dans l'État où elle siège et exerce une activité uniquement via une succursale située dans un autre état membre ne suffit pas à démontrer l'existence d'une fraude.

³⁸ Arrêt *Centros*, 212/97, EU:C:1999:126.

On pourrait s'interroger sur la jurisprudence Centros n'autorise pas indirectement ce que la jurisprudence Daily Mail. En effet, si, selon jurisprudence Daily Mail, la liberté d'établissement principal ne permet pas aux entreprises de contester les normes nationales qui leur empêchent le transfert du siège réel. La jurisprudence Centros quant à elle permet à une société sans aucun lien réel avec son pays d'origine d'établir une succursale dans un autre État membre.

Notons enfin qu'il existe encore une petite marge de manœuvre pour l'État qui souhaite contrôler son émigration d'entreprise. En effet, la Cour laisse la porte ouverte à la sanction de la société constitué dans le seul but de permettre à ses fondateurs de ne pas honorer leurs créances publiques ou privées.

Inspire Art

La société Inspire Art était une société gérée par des ressortissants néerlandais depuis les Pays-Bas. Elle s'était cependant constituée au Royaume-Uni pour éviter d'être soumise aux normes néerlandaises relatives à la constitution et au capital social. C'était donc une société étrangère qui exerce l'essentiel de ses activités aux Pays-Bas et sans lien réel avec le pays dans lequel elle a été constituée. À l'époque, ce type de construction juridique était chose courante aux Pays-Bas. Pour les contrer, l'État adopta une loi qui leur impose le régime des « sociétés étrangères de pure forme ».

Mécontente, la société Inspire Art contesta cette loi. Saisie de la question de savoir si ce régime de « la société de pure forme » était compatible avec le droit européen, la Cour estima qu'il s'agissait d'une entrave à la liberté d'établissement à titre secondaire. Elle rappela que le fait qu'une société se constitue dans un autre pays pour contourner les législations du pays dans lequel elle exerce est sans pertinence et jugea que l'entrave n'était pas justifiée.

4) Résumé de la jurisprudence de la Cour

En guise de synthèse, de la jurisprudence de la Cour sur la liberté d'établissement on retiendra que :

-Toutes les sociétés sont autorisées à exercer le droit d'établissement à titre principal et secondaire en vertu des articles 43 et 48 du Traité CE, devenus articles 49 et 54 du TFUE.

Dans le cadre de la liberté d'établissement principale, on retiendra plus particulièrement que :

-Premièrement, en vertu de la liberté d'établissement principale, l'Etat d'accueil ne peut refuser à une société qui exerce sa liberté d'établissement d'ester en justice, même si l'Etat d'accueil considère que cette société ne respecte pas ses règles de constitution.

-Deuxièmement, l'Etat a cependant la possibilité de ne pas autoriser à une société qui relève de son droit national de conserver sa qualité en se déplaçant dans un autre Etat membre. Il ne peut en revanche s'opposer à un transfert de siège statutaire lorsque la société conserve ses principales activités dans le pays d'origine.

Dans le cas de la liberté d'établissement secondaire, on retiendra plus particulièrement que :

-Premièrement, une société constituée valablement, selon la législation d'Etat membre, peut installer un établissement sur un autre Etat et y concentrer, même exclusivement, ses activités sans que l'Etat ne puisse l'entraver, sous la réserve d'un abus de cette société.

-Deuxièmement, le seul motif de bénéficier d'une législation plus avantageuse pour le transfert d'une société dans un autre Etat membre n'est pas constitutif d'abus.

-Troisièmement, l'Etat a la possibilité d'établir des législations qui entravent l'immigration de sociétés sur son territoire pour prévenir les fraudes.

5) Autres limites au principe de libre circulation

Nous venons de voir avec les arrêts Daily Mail et Cartesio, qu'il existe des limites à la liberté d'établissement. Remarquons que ce ne sont pas là les uniques exceptions. En effet outre des celles prévues par le traité³⁹, il existe une autre exception jurisprudentielle, appelée raison impérieuse d'intérêt général, qui peut justifier des entraves à la liberté d'établissement, tant principale que secondaire.

Pour être considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général, les mesures nationales doivent remplir quatre conditions. Premièrement, la mesure doit être conforme au droit dérivé. Deuxièmement, la mesure ne doit pas être discriminatoire, les restrictions discriminatoires ne peuvent être admises que si elles sont prévues dans les traités. Troisièmement, la mesure doit poursuivre un intérêt légitime. Il faut noter que la Cour semble avoir une interprétation large de ce critère, seul l'intérêt économique ne peut être invoqué⁴⁰. L'État devra donc être attentif à la formulation de cet intérêt pour que la Cour ne le rejette pas en le considérant comme économique. Spécifions que la Cour a explicitement considéré comme légitimes les législations qui visent à empêcher que des ressortissants se soustraient abusivement à la législation de leur pays d'origine. Elle accorde également légitimité aux mesures contre « les montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné et en particulier d'éluder l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national.⁴¹» Ces mesures ne peuvent cependant pas être générales et doivent procéder à un examen au cas par cas. La Cour a en outre rappelé, à plusieurs reprises, que le transfert de siège pour le seul fait de bénéficier « d'une législation plus avantageuse » n'était pas constitutif d'abus⁴². La 4eme condition relève du fait qu'il doit y avoir une proportionnalité entre l'intérêt poursuivi et les moyens. C'est à propos de ce critère qu'il semble régner le plus d'incertitude⁴³. Pour l'illustrer, citons deux auteurs qui, avant que la décision de l'arrêt Centros ne soit rendue, écrivaient que le refus d'enregistrement de sociétés pseudo-étrangères par les autorités danoises était conforme au principe de proportionnalité utilisons aussi l'interprétation d'auteurs qui, avant que la

³⁹ Par exemple l'article 52 et 65 (1-b) du Traité CE

⁴⁰ Arrêt *Preussen Elektra*, 379/98, EU:C:2001:160.

⁴¹ Arrêt *Cadbury Schweppes*, 196/04, EU:C:2006:544, point 37.

⁴² Arrêt *Segers*, 79/85, EU:C:1986:308, point 16. ; Arrêt *Centros*, précité, points 27-30 ; Arrêt *Inspire Art*, 167/0, EU:C:2003:512, point 96.

⁴³ N. THIRION *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p .283.

décision de l'arrêt Inspire Art ne soit rendu, écrivaient que la mesure sur les « sociétés étrangères de pure forme » était conforme au principe de proportionnalité. Dans ces 2 cas, la Cour a rendu une décision contraire .

6) Proposition d'une grille de lecture de la jurisprudence de la Cour

Nous présenterons ici une analyse économique de la concurrence des normativités, via une grille de lecture elle propose d'observer ce phénomène à la lumière du postulat de la concurrence parfaite, en opérant deux tours de force : premièrement, le droit serait un produit, deuxièmement, les gouvernements locaux seraient des entreprises productrices de droit.

a) Parallèle entre la concurrence normative et le postulat de la concurrence parfaite

L'économie de marché est fondée en grande partie sur le postulat de la concurrence parfaite. Dans une telle situation, le marché est composé d'une myriade de producteurs et de demandeurs de petite taille (condition d'atomicité du marché) qui s'échangent des produits homogènes (condition d'homogénéité du produit). Il y circule une information parfaite entre des agents économiques rationnels qui cherchent à satisfaire leurs intérêts égoïstes⁴⁴. Dans ce marché, les conditions d'entrée et de sortie sont libres. Les agents économiques peuvent donc exercer une activité productive sans se heurter à des exigences réglementaires⁴⁵.

Afin de maximiser son profit, le producteur va tenter d'attirer davantage de demandeurs qui cherchent à maximiser leur utilité. Pour ce faire, le producteur va se montrer le plus efficient possible, c'est-à-dire diminuer les coûts de production, trouver les débouchés les plus attractifs et innover constamment. Se met alors en œuvre une mécanique vertueuse où la rencontre des

⁴⁴ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Larcier, 2013, p. 172.

⁴⁵ N.PETIT, , *Droit européen de la concurrence*, Paris, Larcier, 201, pp. 81-91.

intérêts cumulés entre producteurs et demandeurs mène à une allocation optimale des ressources, et donc, à la richesse globale de la société. C'est la fameuse main invisible⁴⁶.

Soumis à la pression de la concurrence, les producteurs seraient tentés d'adopter une série de stratégies pour s'en soustraire. En effet, un producteur pourrait conclure des ententes avec certains de ses concurrents pour partager le marché ou adopter unilatéralement un comportement anti-concurrentiel. Pour contrer ces stratégies anti-concurrentielles et garantir l'efficacité du marché, un droit de la concurrence a été établi.

Adoptons à présent une vision économique du droit. L'État serait ici perçu comme un « producteur » de normes et le droit des sociétés comme un « produit ». Superposons-y la grille de lecture de la concurrence parfaite. En résulterait une compétition entre les États qui seraient désormais contraints de produire les normes les plus attractives pour leur « clientèle » de sujets de droit afin de conserver leur « part de marché ». Toujours selon cette vision, l'État serait soumis à la pression de la concurrence pour conserver ses parts de marché, et serait dès lors tenté de se soustraire à cette concurrence en adoptant une stratégie « protectionniste ».⁴⁷

Il existe plusieurs types de mesures protectionnistes qui peuvent être combinées les unes avec les autres. Toutes ont pour finalité de freiner, voire d'interdire aux entreprises, la liberté de choisir un autre ordre juridique concurrent. Il existe trois types de tactiques défensives.

L'État peut tout d'abord recourir à la vente forcée : cette technique consiste à obliger le consommateur à utiliser un produit. L'État impose ainsi son droit des sociétés aux entreprises, malgré leur choix d'un autre droit des sociétés, Il peut exiger soit l'application complète de son droit, c'est notamment le cas lorsqu'une société, qui s'est préalablement constituée dans un État d'incorporation, vient s'implanter dans un État de siège réel, soit l'application de certaines des normes de son droit des sociétés.

L'État peut ensuite utiliser la technique de la « vente liée. » Source qui existe en deux variantes. La première consiste, pour l'État, à conditionner l'octroi d'un de ses autres produits à l'adoption de son droit des sociétés, comme par exemple, octroyer une exemption fiscale qui n'est pas accordée aux sociétés étrangères⁴⁸. La deuxième variante réside dans le fait d'adopter des mesures de représailles pour ceux qui ne consomment pas le produit de l'état. Interdire aux

⁴⁶ N. THIRION *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 276.

⁴⁷ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁸ N. THIRION *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 278.

sociétés étrangères d'ester en justice (Uberseering) ou encore priver leurs dirigeants du bénéfice d'une assurance maladie (Serfers) en sont des exemples

Enfin, la dernière technique est le « monomarquisme », c'est-à-dire que l'État va se réserver l'exclusivité de sa clientèle, en interdisant, par exemple, aux sociétés d'aller dans un ordre juridique concurrent, ou en ne permettant pas.

b) L'interprétation du droit d'établissement comme liberté de choisir sa *Lex societatis*

Comme nous venons de le voir, ces stratégies protectionnistes ont été en grande partie contrées par la jurisprudence de la Cour. En effet, au vu des arrêts exposés ci-dessus, la Cour semble interpréter le droit d'établissement comme une « interdiction des cloisonnements nationaux des marchés européens des droits des sociétés ⁴⁹.» Formulé comme ceci, l'interprétation de la Cour se focalise uniquement sur la concurrence entre les États producteurs, or, ceci n'est qu'une partie du phénomène concurrentiel. Reformulons cette expression pour qu'elle prenne en compte l'autre aspect de la concurrence normative, à savoir la liberté de choix du consommateur. Comme l'avance le professeur Lucien François, une liberté ne saurait être effective si elle n'est pas accompagnée d'une dimension contraignante⁵⁰. En effet, liberté et contrainte sont deux faces d'une même médaille; il ne peut y avoir de droit sans contrainte. En d'autres termes, un droit est l'obligation de tous les autres sujets de droit de ne pas venir en troubler l'usage⁵¹. De la même manière, il est possible de transposer la contrainte du droit d'établissement en liberté : le fait que les Etats ne cloisonnent pas leur marché national peut être interprété comme la possibilité pour les entreprises de choisir leur *Lex societatis*. La cour donne un élément⁵². La Cour donne donc un élément nécessaire au phénomène de concurrence normative en permettant ce libre choix. Cela, combiné avec une large offre de *Lex societatis*, donne les conditions nécessaires à l'émergence de ce phénomène.

⁴⁹ N. THIRION *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 284.

⁵⁰ N. THIRION, *Théories du droit : droit, pouvoir, savoir*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 177.

⁵¹ *Ibid.*, p. 177.

⁵² N. THIRION *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 284.

Cette jurisprudence donne ainsi la possibilité aux entreprises d’user du principe de liberté d’établissement à titre secondaire (article 49 du TFUE) pour exploiter les divergences nationales et de choisir l’ordre juridique qu’elles pensent être le plus favorable, en témoigne l’augmentation significative des sociétés constituées sous forme de Ltd Anglaise, au lendemain de la jurisprudence Centros⁵³. Pour rappel, une Ltd est une société à responsabilité limitée qui n’exige aucune libération de capital minimum. Entre 2002 et 2008, un quart des créations d’entreprises en Allemagne l’était sous la forme britannique de Ltd⁵⁴. Après 2008, suite à l’insertion d’une forme similaire de société en droit allemand (la *Unternehmergeellschaft*), la part de nouvelles créations de Ltd britanniques a immédiatement chuté. Notons que des formes similaires de sociétés sans exigence de capital minimum ont été introduites partout en Europe depuis l’arrêt Centros : en Espagne en 2003, en France en 2004, en Hongrie en 2007, en Belgique en 2010.⁵⁵

Cette interprétation selon laquelle les arrêts *Uberseering* et *Centros* favoriseraient une mise en concurrence des droits, n’est pas unanime. D’après le professeur Arnaud Raynouard, l’affaire *Uberseering* ne serait qu’une consécration d’une reconnaissance des droits et non une mise en concurrence des droits. En ce qui concerne l’arrêt *Centros*, le professeur nous explique que sa portée serait limitée par le fait que cette liberté ne doit pas être exercée à des fins de fraude⁵⁶. Nous pouvons cependant relativiser cet argument étant donné que la Cour interprète d’une façon très restrictive la notion de fraude. Comme nous l’avons souligné, elle a en effet jugé légale la création de sociétés qui avaient comme unique but le contournement de la législation nationale.

Si les arrêts *Daily Mail* et *Inspire Art* posent des limites à la liberté d’établissement principal, cela ne semble pas remettre en cause l’interprétation du libre choix⁵⁷. Bien que, selon cette jurisprudence, un État peut interdire à une société qui déciderait de rester soumise à la

⁵³ H. EIDENMULLER, “The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011.

⁵⁴ L. HORNUF, *Regulatory Competition in European Corporate and Capital Market Law: An Empirical Analysis*, Cambridge, Intersentia, 2012.

⁵⁵ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l’Union européenne*, op. cit., p. 82.

⁵⁶ A. RAYNOUARD, « la concurrence normative dans l’Union européenne », *In dans l’échange entre les droits, l’expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, pp. 100-101.

⁵⁷ N. THIRION et al., *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., p. 285.

législation de son État de constitution de changer d'établissement principal, il ne peut en revanche pas empêcher la société qui accepterait d'être soumise à la législation d'accueil⁵⁸.

L'interprétation de la Cour semble enfin affaiblir la théorie du siège réel⁵⁹. En effet, en interprétant le droit d'établissement comme la liberté de choisir sa *Lex societatis*, un État de siège réel ne peut plus imposer sa *Lex societatis* aux sociétés étrangères constituées dans un État d'incorporation qui viendrait y exercer son activité principale par l'intermédiaire d'une succursale (arrêt Centros et Inspire Art). L'arrêt Uberseering porte un coup supplémentaire à la théorie du siège réel puisqu'il interdit à l'Etat de siège réel de priver des mêmes garanties juridiques que ses sociétés nationales une société constituée dans un Etat d'incorporation qui viendrait s'installer sur son territoire tout en gardant le régime de son Etat d'origine.

7) *Critique de la grille de lecture.*

Le postulat de la concurrence parfaite ne semble pas complètement transposable dans le phénomène de la concurrence normative. En effet, certaines prémisses de la concurrence parfaite ne correspondent pas à la réalité du « marché européen du droit des sociétés ». Examinons ensemble si les conditions de la concurrence parfaite sont remplies.

Bien que la condition d'atomicité du marché paraisse remplie, selon certains auteurs, elle n'augmente pas significativement la pression concurrentielle. En effet plus il y a d'ordres juridiques, plus il devient coûteux pour une entreprise de les examiner tous. Les entreprises se contentent dès lors de sélectionner un ensemble d'ordres juridiques à travers un segment d'offres plus restreint⁶⁰.

La condition d'homogénéité du produit ne semble pas non plus remplie. Bien qu'objectivement les traités européens garantissent aux entreprises la liberté de choisir l'ordre juridique de n'importe quel État membre, du point de vue subjectif des entreprises, tous les droits ne sont

⁵⁸ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 98.

⁵⁹ J-P. DEGUEE, « Forum shopping, usage ou abus de la liberté d'établissement », note sous C.J.U.E., 9 mars 1999, *In Rev. Prat. Soc.*, 2000, p. 82-83.

⁶⁰ T. DELVAUX, « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés », *In R.P.S.*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 266.

pas homogènes. En effet, il existe une série de facteurs qui vont influencer les préférences des entreprises. Parmi ces facteurs il y a un d'ordre linguistique : il est peu probable qu'une entreprise maîtrise les 24 langues de l'Union européenne. Elle sera donc plus encline à choisir un droit des sociétés dont elle connaît la langue et ne verra pas dans un droit dont elle connaît mal la langue un produit interchangeable, « En simplifiant quelque peu, il est hautement probable qu'une société suédoise soit plus prompte à voir dans les droits danois [...] un substitut équivalent au droit suédois plutôt que dans les droits grecs ou slovaques⁶¹ ». Il y aurait selon l'État d'origine de chaque société des droits plus substituables que d'autres.

La condition de l'information parfaite entre les acteurs n'est également pas remplie. Si doué soit-il, un juriste ne peut maîtriser toutes les langues de l'Union et se livrer à un examen approfondi de tous les droits de sociétés. Il sera dès lors tenté de conseiller un ordre juridique similaire à celui où il a été formé. S'il se livre à une étude de droit comparé, il ne pourra examiner que quelques traits caractéristiques de ces ordres juridiques tels que le régime fiscal, les frais de constitution ou le régime de responsabilité des dirigeants⁶². Ainsi résumée, l'information perdra en précision, voire en justesse.

En plus de n'être pas totalement éclairé, le choix des acteurs n'est pas non plus tout à fait rationnel. Une myriade d'effets psychologiques et sociaux vient en effet influencer le calcul froid et objectif de ces acteurs. Leurs choix peuvent être par exemple influencés par un certain attachement sentimental au droit national⁶³. Un certain jugement de valeur subjectif viendrait alors fausser l'appréciation soi-disant objective de l'efficacité de la norme.

Nous avons également vu que la condition d'entrée et de sortie des acteurs économiques dans le marché n'est pas non plus tout à fait remplie. En effet, les États disposent encore d'une certaine marge de manœuvre pour limiter le libre établissement des entreprises comme certaines exceptions jurisprudentielles ou prévues par les traités.

On peut ensuite objecter à l'hypothèse de la concurrence normative des considérations générales.

⁶¹ *Ibid.*, p. 256.

⁶² *Ibid.*, p. 258.

⁶³ M. SIEMS, "Convergence, competition, *Centros* and conflicts of law: European company law in 21st century, in *European Law Review*, 2002, p55.

La concurrence normative ne s'observe pas uniquement entre les États membres de l'Union européenne, elle se constate également avec des pays hors Union européenne. Or, la liberté d'établissement n'est pas invocable dans une relation entre un État membre et un pays hors Union, ce qui nous fait donc relativiser la place qu'à la liberté d'établissement dans la concurrence normative⁶⁴.

Les entreprises ne s'intéressent pas à un, mais à plusieurs facteurs, pour s'installer dans un pays. Elles peuvent notamment observer les législations fiscales et sociales qui peuvent peut-être plus peser davantage dans la décision d'implantation d'une entreprise que les législations sociétales⁶⁵. Certains auteurs, comme professeur Arnaud Raynouard, avancent même qu'il n'existe pas de véritable phénomène de concurrence normative entre ordres juridiques. Selon le professeur, « les systèmes juridiques ne se résument pas à un ensemble de structures et de mécanismes, mais intègrent une pratique ⁶⁶», ils sont intimement liés avec l'histoire du pays. La transposition d'une norme juridique ne produira donc pas les mêmes effets partout dans le monde. Certes, nous observons des modifications législatives à l'heure actuelle au sein de l'Union, mais elles ne font que révéler le processus d'intégration du droit d'établissement⁶⁷. Néanmoins, si concurrence normative il devait y avoir, elle ne serait pas d'ordre technique ou économique, mais d'ordre sociologique. En effet, les fonctionnaires européens qui élaborent la norme viennent d'horizons juridiques différents, ce qui débouche sur des textes qui sont une sorte de compromis entre ces influences⁶⁸. Le professeur déplace ainsi son regard pour appréhender le phénomène concurrentiel sous l'angle de la formation des normes plutôt que sur une concurrence entre les normes elles-mêmes.

Continuant son développement, l'auteur ajoute que « les outils de coopérations jouent un même rôle, entre convergence et concurrence. À cet égard, la procédure comitologie, qui impose la rencontre de personnes venant d'horizons distincts, joue très certainement un rôle intéressant dans l'élaboration des normes : elles entraînent une concurrence d'idées dans l'élaboration des

⁶⁴ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 111.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 111.

⁶⁶ A. RAYNOUARD, « la concurrence normative dans l'Union européenne », *In l'échange entre les droits, l'expérience communautaire*, op. cit., p. 93.

⁶⁷ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *In La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 134.

⁶⁸ A. RAYNOUARD, « la concurrence normative dans l'Union européenne », *dans l'échange entre les droits, l'expérience communautaire*, op. cit., p. 103

normes »⁶⁹. Cette hypothèse ne semble cependant pas confirmer l'hypothèse de mise en concurrence des ordres juridiques. Rappelons que l'on entend cette expression en considérant que c'est le marché qui crée la norme. Or, ici, la concurrence vise plutôt une confrontation de valeurs et de traditions juridiques. Ce n'est donc pas le marché qui choisit la norme à appliquer.

Pour résumer, le non-rapprochement des législations nationales, combiné au fait que certains États retiennent la théorie du siège statutaire, permet l'émergence d'un (large) panel d'offres de *Lex Societatis*. En parallèle, la jurisprudence de la Cour a créé une demande de *lex Societatis* en permettant à une entreprise de s'installer dans n'importe quel État membre sans y exercer une activité économique. Elle permet ensuite à cette entreprise d'exercer, dans un second temps, une activité dans n'importe quel autre État membre par l'intermédiaire d'une succursale. Bien que cela stimule la concurrence normative, nous constatons que la théorie de la concurrence réglementaire en droit des sociétés présente quelques faiblesses. Les conditions non remplies par rapport au modèle de la concurrence parfaite sont effectivement autant de facteurs qui déforcent la pression concurrentielle. De plus, cette grille de lecture économique présente certaines approximations, sinon des impensés. Le droit ne semble en effet pas réductible à un produit, on constate ainsi que le phénomène de concurrence normative dépend d'une multitude de variables, puisqu'il s'agit d'un processus complexe et non linéaire. Cela nuance le postulat de détermination du droit par la concurrence de Dardot et Laval, l'invalider pour autant.

B.- LA POLITIQUE COMPTABLE EUROPEENNE

Après avoir étudié l'hypothèse d'une concurrence normative entre les normes étatiques, intéressons-nous à l'incorporation par l'Union d'un corps de règles établies par le marché lui-même. Effectivement, les normes I.F.R.S étaient déjà utilisées par de nombreuses entreprises avant que l'Union ne se décide à les adopter.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 102.

Après avoir exposé le contexte politique de l'incorporation, nous envisagerons la procédure d'homologation ainsi que ses avantages et ses inconvénients, pour enfin envisager d'une manière plus générale les deux déplacements que ces nouvelles normes comptables traduisent. Loin d'être une simple réforme technique, cette réforme traduit une nouvelle vision du monde.

1) Contexte politique et élaboration

Dans les années 1980, le mécanisme d'intégration positive des normes comptables s'enraya. En effet, après quelques avancées encourageantes, telles que l'adoption de la directive sur les comptes sociaux⁷⁰, sur les comptes consolidés⁷¹ et sur le contrôle légal des comptes⁷², plus aucune directive ne fut adoptée. Or, Il était urgent d'aboutir à un plus haut degré d'harmonisation pour d'une part, garantir, une meilleure transparence et comparabilité de l'information financière⁷³ et d'autre part pour attirer plus de capitaux d'origines non européennes⁷⁴. Pour tenter de contourner ces blocages politiques de la part des États membres, la commission tenta une nouvelle approche : elle décida de collaborer avec le I.A.S.B (devenu I.F.R.S fondation), est un organisme privé qui « est composé de délégations d'organisations comptables, du monde entier et a pour objectif d'améliorer et d'harmoniser l'information financière fournie par les entreprises à l'échelle mondiale.⁷⁵» Cet organisme élabore les normes comptables I.F.R.S. Cette collaboration déboucha sur le règlement de 2002⁷⁶ qui introduit un système comptable pour les sociétés européennes cotées en bourse (et uniquement en ce qui concerne les comptes consolidés). Par ce règlement, les autorités européennes réalisent une opération assez particulière : elles permettent à la commission de réceptionner un droit élaboré

⁷⁰ Directive 78/660/CEE du conseil, du 25 juillet 1978, concernant les comptes annuels de certaines sociétés, J.O.C.E., L.222, du 14/08/1978, p.11.

⁷¹ Directive 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983, concernant les comptes consolidés, J.O.C.E., L 193 du 13 juin 1983, p.1.

⁷² Directive 84/253/CEE du conseil, du 10 avril 1984, concernant l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables, J.O.C.E., L 126., du 12 mai 1984, p. 20.

⁷³ N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 236.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 237 et Règlement (C.E) n°1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, J.O.C.E., n°L243, 11 septembre 2002, p.1.

⁷⁵ N. THIRION, *Droit de l'entreprise, op cit.*, p. 237.

⁷⁶ Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, J.O.C.E., L,243 du 11 septembre 2002, pp. 1-4.

par une société privée dans leur ordre juridique (art.3 règlement n°1606/2002). Notons que le règlement ne donne aucun pouvoir à la commission pour créer ou modifier le contenu des normes proposées par le I.A.S. B ; elle a uniquement la possibilité de réceptionner ces normes.⁷⁷

2) *L'instrument d'homologation*

La commission n'est cependant pas libre de réceptionner n'importe quelle norme. En effet, le règlement, qui a été pris sur base de l'article 114 du TFUE, conditionne l'homologation des normes IFRS par la commission et ce à trois conditions. Premièrement, ces normes doivent être conformes au principe d'image fidèle. Deuxièmement, elles doivent répondre à l'intérêt public européen. Troisièmement, elles doivent satisfaire « aux critères d'intelligibilité, de pertinence, de fiabilité et de comparabilité exigés de l'information financière, nécessaire à la prise de décisions économiques et à l'évaluation de la gestion des dirigeants de la société » (Art. 3.2 règlement n°1606/2002).

Pour assurer le respect de ces conditions, il a été mis en place une procédure en trois temps. Dans un premier temps, un avis sur l'homologation est d'abord rendu par l'E.F.R.A.G (l'European Financial Reporting Advisory Group) .Ensuite, dans un deuxième temps, le S.A.R.G (Standards Advice Review Group) vérifie l'objectivité de l'avis et transmet le dossier à l'A.R.C, qui se prononce dans un troisième temps ,avec une majorité qualifiée sur la proposition de la Commission d'adopter des mesures I.F.R.S⁷⁸. Si elle accepte, la commission peut alors homologuer les nouvelles normes si elle refuse la commission dispose encore d'un instrument pour tenter de faire passer indirectement les normes⁷⁹. En effet si la procédure exposée ci-dessus débouche sur une non-homologation, la commission va suggérer aux entreprises d'utiliser ces normes sur base volontaire. La Cour use ainsi d'une technique non contraignante pour tenter tout de même à appliquer les normes I.F.R.S.

⁷⁷ A. van WAEYENBERGE, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 94.

⁷⁸ C.HOARAU et P. TELLER, « IFRS : Les normes comptables du nouvel ordre économique global », *Comptabilité-Contrôle-Audit*, numéro thématique, 2007, pp. 3-20.

⁷⁹ A. van WAEYENBERGE, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 98.

Notons que le refus d'homologation est assez hypothétique, seules deux propositions ont jusqu'ici été refusées et même dans ces cas extrêmement rares la Commission a toujours suggéré aux entreprises d'adopter volontairement les normes non homologuées. Si l'on rajoute à cela l'impossibilité de la Commission de créer ou de modifier ces normes I.F.R.S et le blocage politique de nos institutions européennes à amender ou proposer des nouvelles normes. Cela donne un rôle particulièrement puissant aux normalisateurs à l'I.A.S.B en tant que producteur de norme de droit comptable. Cette position est encore renforcée par le fait que l'Union ne dispose « d'aucun pouvoir sur la nomination des membres de [la I.A.S.B] et que l'agenda de ce dernier lui échappe également⁸⁰. ».

3) Les avantages et inconvénients de la procédure d'homologation

L'adoption des normes I.F.R.S présentait plusieurs avantages. Des avantages pratiques d'une part : effectivement ces normes étaient déjà « préfabriquées » de plus ces normes disposaient déjà avant leurs homologations par la Commission d'une bonne réputation et avait fait l'objet d'un vaste travail doctrinal international⁸¹. D'autre part des avantages politiques, car ce règlement semblait au premier abord être neutre c'est-à-dire qu'il ne privilégiait a priori aucun système juridique, de plus ce système permettait de concurrencer directement le marché américain⁸².

Ces normes I.F.R.S n'étaient pas non plus sans inconvénient. Le passage au règlement n°1606 a engendré de nombreux coûts pour les entreprises à cause de la rédaction de nouveaux comptes consolidés, de l'enregistrement des données et des frais de formation du personnel pour s'adapter à ces nouveaux standards comptables⁸³.

De plus, cela peut avoir des conséquences néfastes en droit fiscal et des sociétés. En effet, l'adoption des normes I.F.R.S correspond à un changement d'*idéologie comptable*. Or lorsqu'on modifie la façon dont l'information est présentée cela peut avoir un effet sur

⁸⁰ *Ibid.*, p. 100.

⁸¹ N. THIRION, *Droit de l'entreprise, op. cit.*, p. 238.

⁸² A. van WAEYENBERGE, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne, op. cit.*, p. 94.

⁸³ N. THIRION, *Droit de l'entreprise, op. cit.*, p. 238.

L'évaluation des entreprises par le droit fiscal ou le droit des sociétés qui sont des branches basées sur une autre *idéologie*⁸⁴.

4) Deux déplacements philosophiques qu'illustre l'adoption des normes I.F.R.S

L'adoption des normes I.F.R.S traduit deux déplacements philosophiques en Europe.

Premièrement, le passage aux normes I.F.R.S traduit un glissement de la conception continentale de la comptabilité vers la conception anglo-saxonne. En effet, il ne faut pas se leurrer, derrière leurs aspects techniques les normes comptables ont un rôle politique. Elles reflètent une série « de choix économiques, de traditions juridiques, de culture du monde des affaires [...] voire du système de relations sociales du travail »⁸⁵. Le choix du système d'évaluation comptable peut donc mener à des résultats fort différents. La présentation de l'information gagne encore plus d'importance dans le cadre du marché boursier où il y circule une information continue qui influence en permanence la valeur des titres financiers échangés.

Les normes comptables ne sont donc pas qu'un outil neutre, mais font l'objet d'une véritable bataille d'influence. Dans cet affrontement deux grandes écoles s'affrontent, l'école continentale d'un côté qui a une comptabilité plus « patrimoniale, à forte empreinte juridique, plus sensible à la protection des créanciers, et accordant la priorité au principe de prudence »⁸⁶, et qui aura tendance, par exemple, à minorer les plus-values de réévaluation ou les bénéfices distribuables dans les comptes, quitte à les rendre moins attractifs ; d'un autre côté se situe l'école anglo-saxonne qui est en revanche moins portée sur la forme juridique et est essentiellement produite par des professionnels qui favorisent les investisseurs/actionnaires⁸⁷.

⁸⁴ A. van WAEYENBERGE, *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne*, op. cit., p. 238.

⁸⁵ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 90.

⁸⁶ M. CAPRON, « Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier », *In Management et sciences sociales*, n°2, 2006, p. 117.

⁸⁷ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., p. 91.

Pour une telle école, les comptes seront perçus plutôt comme un argument de vente destiné à attirer des investisseurs, quitte à être moins « prudent ».

Ce basculement traduit peut être une tendance plus large : l'homogénéisation du capitalisme anglo-saxon, tourné vers l'actionnaire et plus enclin à la prise de risque vient s'imposer sur le continent, autrefois adepte d'un capitalisme rhénan dans lequel les entreprises ont une responsabilité envers l'État et une valeur collective⁸⁸. En effet, les nouvelles normes I.F.R.S « tendent à mettre en avant une vision de l'entreprise comme étant avant tout une marchandise dont les marchés financiers font commerce, et non comme institution produisant et vendant des marchandises. Une telle conception va de pair avec l'idée selon laquelle l'objectif des entreprises est la maximisation du profit et que ce profit revient de droit aux actionnaires. Les autres fonctions sociales tendent à être minorées⁸⁹ .»

Deuxièmement, on peut déceler, dans l'adoption des normes I.F.R.S, un certain regain d'intérêt de la part de l'Union pour la privatisation normative. Cela peut s'expliquer par le fait que l'Europe attache plus d'importance à l'objectif à atteindre et à l'efficacité du dispositif qu'à la méthode communautaire. En effet, faute de consensus entre les États membres, il était impossible pour l'Union de confectionner elle-même ses normes comptables. La commission a trouvé dans la délégation à un ordre juridique privé, à savoir l'I.A.S.B, le moyen de contourner ce blocage peu importe si elle sacrifiait « l'orthodoxie communautaire » et qu'elle abandonnait une large partie de ses compétences.

⁸⁸ E. CHIAPELLO, « Les normes comptables comme institution du capitalisme. Une analyse du passage aux normes I.F.R.S. en Europe à partir de 2005 » *In Sociologie du travail*, 2005, pp. 362-381 (disponible sur https://www.academia.edu/6721680/Les_normes_comptables_comme_institution_du_capitalisme._Une_analyse_du_passage_aux_normes_IFRS_en_Europe_%C3%A0_partir_de_2005 ; (consulté le 2 avril 2019)).

⁸⁹ E. CHIAPELLO, « Les normes comptables comme institution du capitalisme. Une analyse du passage aux normes I.F.R.S. en Europe à partir de 2005 » *In Sociologie du travail, op. cit.*, p. 381.

III.- PARTIE MÉTAJURIDIQUE

Après avoir analysé les phénomènes de concurrence normative en droit des sociétés et de concurrence entre les normes étatiques et privées d'une manière plus « juridique », il s'agira ici d'aborder le phénomène de concurrence sous un point de vue plus socio-philosophique. Il semble que d'une part que le phénomène de Law shopping, qui favorise un processus de sélection des normes étatiques par les forces du marché (et non plus par l'intérêt général) et, d'autre part, l'adoption par l'Union européenne des normes IFRS préfabriquées par le marché, traduisent certaines mutations dans la manière dont s'exerce le pouvoir étatique. Cette nouvelle manière de gouverner se caractérise par une tendance à insuffler un état de concurrence à toutes les sphères de la société. C'est ce nouvel art de gouverner que nous analyserons dans cette deuxième partie, en nous inspirant des travaux de Michel Foucault sur la gouvernementalité néo-libérale. Après avoir exposé les travaux du philosophe placent qui mettent en parallèle la mise en concurrence et une certaine manière d'exercer le pouvoir, nous étudierons la montée en puissance de cette « norme de concurrence » dans la construction européenne. Enfin, nous mettrons en lumière les raisons de ce grand tournant et ses implications à travers différentes politiques étatiques.

A.- FOUCAULT, LA GOUVERNEMENTALITE ET DES NEOLIBERALISMES

1) Le concept de gouvernementalité

Michel Foucault considère la philosophie comme une invitation à penser autrement⁹⁰. En effet, tout au long de son œuvre Foucault ne cesse d'aborder d'une manière inédite des sujets aussi

⁹⁰ « Mais qu'est-ce donc que la philosophie aujourd'hui – je veux dire l'activité philosophique – si elle n'est pas le travail critique de la pensée sur elle-même ? Et si elle ne consiste pas, au lieu de légitimer ce qu'on sait déjà, à entreprendre de savoir comment et jusqu'où il serait possible de penser autrement ? » (M. FOUCAULT, *L'Usage des plaisirs*, Gallimard, 1984, pp.15-16 (disponible sur <https://ec56229aec51f1baff1d-185c3068e22352c56024573e929788ff.ssl.cf1.rackcdn.com/attachments/original/1/0/1/002621101.pdf> ; (consulté le 6 avril 2019)).

divers que la prison⁹¹, les fous⁹² ou la sexualité⁹³. Il ne fait pas exception lorsqu'il analyse l'art libéral et néolibéral de gouverner, dans ses leçons au collège de France intitulées « naissance de la biopolitique ». Dans ce cours, Foucault n'étudie pas le libéralisme et le néolibéralisme comme des théories économiques ou des idéologies, mais comme un mode d'exercice du pouvoir. En déplaçant ainsi le regard, Foucault va réussir à développer une théorie riche, innovante qui inspire toujours de nombreux penseurs, qu'ils soient philosophes, sociologues, politologues ou juristes.

Cette nouvelle grille de lecture, Foucault l'appelle « la gouvernementalité ». Il la définit comme « l'ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les tactiques qui permettent d'exercer cette forme bien spécifique, quoique très complexe de pouvoir qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir l'économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositifs de sécurité⁹⁴. »

Ce nouvel art de gouverner, que Foucault repère déjà dans la conduite pastorale, s'est progressivement institué, vers la fin du XVIIIe siècle, en gouvernement politique des hommes sous l'effet de l'émergence de l'État. L'enjeu de pouvoir va désormais se centrer non pas sur un territoire, mais sur une population⁹⁵. En effet, le nouvel équilibre politique entre les États européens, qui venait d'être institué par divers traités, comme celui de Westphalie, a renversé la conception de la puissance. Il ne s'agit plus de vaincre par la guerre et d'exercer un prélèvement fiscal sur le territoire des vaincus, mais d'organiser la population afin qu'elle se développe et exerce des activités économiques pour engendrer plus de richesses⁹⁶. La puissance est donc perçue à travers un État solide qui le devient grâce à une population productrice de

⁹¹ « Dans *Surveiller et Punir* (1975) la prison y était comprise comme une « technologie de pouvoir » née aux XVIIe et XVIIIe siècles. (P. LABORIER et P. LASCOUMES, « L'action publique comprise comme gouvernementalisation de l'État » *In Travailler avec Foucault : retours sur le politique*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 37.

⁹² « Dans *l'Histoire de la folie* (1961), [Foucault] s'interrogeait la formation d'un nouveau rapport de forces permettant les relations de pouvoir, apparues à la fin du XVIe siècle, sur les « malades mentaux » tissées par les institutions psychiatriques au travers des pratiques diverses de l'administration, du préfet, des Médecins de la famille, etc » (P. LABORIER et P. LASCOUMES, « L'action publique comprise comme gouvernementalisation de l'État », *op. cit.*, p. 37.)

⁹³ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité I La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1994.

⁹⁴ M. FOUCAULT, « Leçon du 1^{er} février 1978 » *In Sécurité, territoire, population - Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Hautes Etudes, Seuil- Gallimard, 2004, p. 111.

⁹⁵ Il faut entendre par « population » non pas un corps social abstrait, mais l'ensemble des êtres humains vivants sur lesquels l'État a une emprise

⁹⁶ P. LASCOUMES, « La Gouvernementalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *In Le Portique*, 2004, (disponible sur <https://journals.openedition.org/leportique/625#notes> ; (consulté le 6 avril 2019)).

richesse. Pour cela, l'État va devoir organiser, cadrer et dresser les individus en utilisant sur la raison d'État, c'est-à-dire une série de principes rationnels d'administration qui remplace la forme de gouvernement basé sur les vertus (sagesse, justice, respect des lois et des coutumes) et habilités du prince (prudence, prévoyance, sélection des meilleurs conseillers)⁹⁷. Se mettent alors en œuvre des politiques de santé publique, d'hygiène, de vigilance aux mœurs pour prendre en charge les individus.

Selon la logique du dispositif savoir/pouvoir développé par Foucault⁹⁸, tout savoir constitue un rapport de pouvoir et tout pouvoir doit reposer sur un savoir pour s'exercer. A ces nouveaux types de pouvoir (viennent se « brancher » des nouveaux types de savoirs qui ont trouvé leur formulation dans les statistiques et l'économie politique. Les statistiques vont permettre d'observer la régularité des comportements au sein d'une population, tandis que l'économie politique va servir à organiser la société selon un objectif d'accroissement des richesses.

Quand Foucault parle de ce « branchement » de la raison d'État à l'économie politique, il ne veut pas dire par là que des hommes d'État se sont initiés à l'économie politique ou qu'ils ont commencé à écouter les économistes. C'est plus subtil que cela : ce branchement est survenu suite à l'apparition d'un nouveau régime de vérité qu'incarne le marché. Pour bien comprendre, il est nécessaire d'introduire la transformation de la notion de marché au XVIIIe siècle. Aux XVIe et XVIIe siècles, le marché était essentiellement un lieu de justice, c'est-à-dire un lieu où se dit le juste. Pour cela, une série de réglementations sont mises en place, notamment pour garantir un produit de qualité à l'acheteur, mais aussi pour garantir un juste prix, c'est-à-dire un prix qui entretient un certain rapport avec le travail ou les possibilités financières des consommateurs. Par exemple, l'État garantissait aux plus pauvres le pouvoir d'acheter des produits alimentaires. En ce sens, le marché était un lieu de justice distributive. Au XVIIIe siècle, le marché est passé d'un lieu où se dit le juste à un lieu où se dit le vrai. Il est désormais un lieu où se découvre la vraie valeur des choses. Le bon prix s'exprime alors par le rapport

⁹⁷ N. THIRION, *Théories du droit : droit, pouvoir, savoir, op. cit.*, p. 83.

⁹⁸ « il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir. Ces rapports de « pouvoir-savoir » ne sont donc pas à analyser à partir d'un sujet de la connaissance qui serait libre ou non par rapport au système du pouvoir ; mais il faut considérer au contraire que le sujet qui connaît, les objets à connaître et les modalités de connaissance sont autant d'effets de ces implications fondamentales du pouvoir-savoir et de leurs transformations historiques. En bref, ce n'est pas l'activité du sujet de la connaissance qui produirait un savoir, utile ou rétif au pouvoir, mais le pouvoir-savoir, les processus et les luttes qui le traversent et dont il est constitué, qui déterminent les formes et les domaines possibles de la connaissance. » (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 288-289)

entre l'offre et la demande, il est le fruit d'un mécanisme naturel. C'est là que l'on perçoit que l'économie politique joue un rôle central, puisqu'elle désigne les bonnes et mauvaises pratiques gouvernementales en utilisant le marché comme un « étalon de vérité ». C'est à présent à travers les principes naturels du marché que sont jugées les pratiques gouvernementales : le bon gouvernement ne trouve plus son fondement sur le juste, mais sur le vrai. C'est le marché qui dicte là où le gouvernement doit ou ne doit pas intervenir⁹⁹.

L'économie politique a donc la particularité de prescrire à l'État une série de limitations basées sur des principes économiques. Il s'agit d'un nouveau type de limitation, interne et de nature économique (pour atteindre ses objectifs, l'État devrait adopter telle conduite), qui vient s'ajouter aux limitations externes et d'ordre constitutionnel (le souverain ne peut faire cela, en raison du contrat social ou de la volonté divine). Cet État doit se montrer « frugal », c'est-à-dire qu'il doit intervenir seulement si nécessaire, laisser jouer les mécanismes naturels du marché et laisser libres les acteurs de ce marché. C'est dans ce contexte que se développe ce que Foucault appelle « l'art libéral de gouverner » qui consiste à s'appuyer sur les libertés des acteurs du marché pour s'exercer. L'État va contrôler les individus d'une manière indirecte en structurant leur espace de liberté. Il se présente ainsi comme un « gestionnaire de liberté », il produit de la liberté pour mieux gouverner (« liberté du marché, liberté du vendeur et de l'acheteur, libre exercice du droit de propriété [...]»¹⁰⁰.) C'est en ce sens que Foucault dit que le gouvernement libéral « consomme de la liberté ». S'il produit de la liberté, l'État libéral la détruit également. En effet, pour garantir une liberté, il est nécessaire d'établir une série de limitations, contraintes, menaces, etc. Foucault prend l'exemple des libertés du marché intérieur : « pour qu'il y ait marché, [il faut] qu'il y ait non seulement vendeur, mais également acheteur. Nécessité par conséquent, si besoin, de soutenir le marché et de créer des acheteurs par mécanismes d'assistance. Pour qu'il y ait liberté du marché intérieur, il ne faut pas qu'il y ait d'effets monopolistiques. Nécessité d'une législation anti-monopole. [...] et on a là une sorte d'appel d'air pour une formidable législation, pour une formidable quantité d'interventions gouvernementales qui seront la garantie de la production de la liberté dont on a besoin précisément, pour gouverner¹⁰¹. » On perçoit, dans ce rapport création/destruction de liberté, un

⁹⁹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique- Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil Gallimard, 2004, pp. 30-34.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 66.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 66.

formidable moyen pour l'État libéral d'étendre ses outils de contrôle, de coercition et de contrainte qui vont faire comme contrepoids à ces libertés instituées¹⁰².

Mais comment le gouvernement décide-t-il de créer ou non une liberté ? L'État libéral doit veiller constamment à ce que la somme des intérêts divergents ne constitue pas un danger pour l'intérêt collectif et que l'intérêt collectif ne devienne pas un danger pour les intérêts individuels. L'État doit donc arbitrer entre liberté et sécurité en fonction de ce danger. Alors qu'avant, « le gouverné » demandait uniquement au souverain d'être protégé des ennemis extérieurs ou intérieurs, le nouveau gouverné demande à l'État libéral de garantir ses libertés et de protéger ses intérêts. C'est parce qu'il manipule le cadre Liberté/sécurité que l'art libéral de gouverner s'exerce par les intérêts des individus¹⁰³ : « L'intérêt maintenant au principe duquel la raison gouvernementale doit obéir, ce sont des intérêts, c'est un jeu complexe entre les intérêts individuels et collectifs, l'utilité sociale et le profit économique, entre l'équilibre de marché et le régime de la puissance publique, c'est un jeu complexe entre droits fondamentaux et indépendance des gouvernés¹⁰⁴. » C'est librement et poussés par leur propre intérêt que les individus se conforment au gouvernement qui pèse sur eux. Ainsi, ce nouvel art libéral de gouverner n'exerce plus le pouvoir sur les corps des sujets (droit de vie ou de mort), mais s'exerce uniquement sur leurs intérêts, Ainsi, le nouvel impératif imposé au gouvernement c'est l'utilité de son action : y a-t-il un intérêt à ce que le gouvernement agisse de cette manière ?

2) *L'art néolibéral de gouverner*

Foucault aborde également, lors de ses leçons l'émergence d'une nouvelle gouvernamentalité néolibérale. Ce sera le seul excursus de toute son œuvre dans le XXe siècle. Le philosophe pressent, dans les rebondissements politiques, et notamment dans la politique économique du

¹⁰² *Ibid.*, pp. 65-67.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 67.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 46.

président Valéry Giscard d'Estaing, que nous sommes arrivés à un point singulier de notre histoire. Il voit dans les théories néolibérales, encore largement inconnues du grand public, l'émergence d'un nouvel art de gouverner qui se distingue, à bien des égards, de l'art libéral de gouverner et qui deviendra bientôt la nouvelle raison du monde.

Précisons que le néolibéralisme n'est pas une doctrine unifiée, il en existe des variantes qui se superposent, se rejoignent et parfois se contredisent. Dans son cours, Foucault s'intéresse à ses deux variantes principales, à savoir, l'ordolibéralisme allemand, avec son action sur le cadre, et le néolibéralisme américain, avec son action sur l'individu. Ces deux doctrines nous permettront d'esquisser ce que serait une « gouvernamentalité néolibérale ».

Qu'est-ce qui différencie tant le néolibéralisme du libéralisme classique pour en faire « une singularité historique » ? Pour répondre à cette question, Foucault commence par exposer les trois grilles de lecture classique du néolibéralisme contemporain. Premièrement, d'un point de vue économique, le néolibéralisme serait comme « une réactivation de vieilles théories économiques usagées¹⁰⁵. » Deuxièmement, d'un point de vue sociologique, le néolibéralisme serait comme « l'instauration, dans la société de rapport strictement marchand¹⁰⁶. » Troisièmement, le néolibéralisme serait comme « une couverture pour une intervention généralisée et administrative de l'État¹⁰⁷. » Ces trois grilles de lecture renvoient le néolibéralisme à quelque chose de déjà connu et ne permettent pas de rendre compte de sa singularité historique. Ce serait, selon la première, une sorte « d'Adam Smith à peine réactivé¹⁰⁸. » La deuxième, « c'est la société marchande, celle même qu'avait décryptée, dénoncée le livre I du *Capital*¹⁰⁹. » La troisième, « c'est la généralisation du pouvoir d'État, c'est-à-dire c'est Soljenitsyne à l'échelle planétaire¹¹⁰. » Ce que ces trois types d'analyse ne mettent pas en évidence c'est que le néolibéralisme incarne un nouveau type de gouvernamentalité accompagné d'un problème inédit : « savoir comment on peut régler l'exercice global du pouvoir politique sur les principes de l'économie de marché¹¹¹. » Il ne s'agit plus désormais de créer un espace de liberté pour le marché limitant l'action de l'État, il ne

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 135.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 135.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 135.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 136.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 136.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 136.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 137.

s'agit plus de tracer une frontière entre les tâches qui sont réservées au marché et celles de l'État, il s'agit plutôt de faire du marché le principe de régulation de l'action étatique dans son ensemble : « il ne s'agit pas simplement de laisser l'économie libre. Il s'agit de savoir jusqu'où vont pouvoir s'étendre les pouvoirs d'informations politiques et sociales de l'économie de marché. Voilà l'enjeu ¹¹².»

Cette bifurcation de l'art de gouverner correspond à un changement de conception du marché, qui, rappelons-le, est un lieu où se jugent désormais les bonnes pratiques de gouvernement. Initialement, les libéraux classiques appréhendaient surtout le marché comme un échange entre des agents économiques égaux l'État n'avait pas à intervenir au niveau de l'échange, mais devait simplement assurer les conditions nécessaires à l'échange : comme garantir la propriété privée et une justice effective, par exemple : les ordolibéraux quant à eux, envisagent le marché sous l'angle non plus de l'échange, mais de la concurrence. Dans l'économie néolibérale, la problématique concurrence/monopole prime sur la question valeur/équivalence de l'échange. Le marché est dès lors vu comme une arène où des acteurs économiques s'affrontent les uns contre les autres et d'où ressortiront les plus performants. L'économie ordolibérale n'est donc pas formée sur une optique d'égalité, mais d'inégalité. On pourrait alors renommer la gouvernamentalité néolibérale comme l'art de gouverner par la concurrence ¹¹³.

Selon les ordolibéraux, la concurrence n'est pas une donnée naturelle, c'est un mécanisme artificiel et fragile. Il faut la construire, l'inciter, la favoriser en permanence par des interventions gouvernementales. Dans cette optique, le vieil État libéral, qui « laisse faire », ne s'avère plus efficace, il donc est nécessaire de bâtir un « État libéral fort », condition nécessaire à la concurrence. Notons cependant que les interventions de ce nouvel État sont d'une nature toute particulière ¹¹⁴. Foucault cite deux exemples pour illustrer ce nouveau type d'intervention libérale. Premièrement, il évoque l'exemple du monopole : l'État doit créer un cadre institutionnel pour empêcher que des pouvoirs individuels ou publics ne créent des monopoles. Deuxièmement son second exemple est celui de l'action conforme (: l'action qui conforme) existe sous la forme d'action régulatrice et ordonnatrice. Les actions régulatrices visent à la stabilité des prix. En effet, selon les ordolibéraux, la politique économique doit avoir pour

¹¹² *Ibid.*, p. 121.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 121-125.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 139.

objectif principal la stabilité des prix, car elle est la condition nécessaire pour que le système de coordination des prix soit viable et efficient. Des objectifs comme le maintien du pouvoir d'achat, le plein-emploi ou l'équilibration de la balance de paiements ne peuvent être des objectifs premiers, ils ne peuvent être atteints qu'indirectement par la stabilité des prix¹¹⁵. Pour atteindre cet objectif, l'État ne doit pas utiliser des instruments planificateurs en fixant les prix, en soutenant un secteur de marché ou (encore) en créant systématiquement des emplois. L'État, au contraire, doit privilégier des instruments de crédit comme le taux d'escompte, l'utilisation du commerce extérieur par la réduction du solde créditeur, le déclasserement de la fiscalité pour agir sur l'épargne et l'investissement. Les actions ordonnatrices interviennent sur des conditions plus structurales au sein du marché. Les ordolibéraux ont ici opéré une distinction d'une grande importance : l'État doit agir sur le *cadre économique* pour inciter à la concurrence, c'est-à-dire sur l'ensemble des institutions sociales et publiques, la démographie, les ressources naturelles, etc. (ce sont les actions ordonnatrices), mais il ne peut en aucun cas agir sur les processus économiques à l'intérieur du cadre, c'est-à-dire sur l'activité économique elle-même. En effet, pour assurer la meilleure régulation économique, l'État doit donc sans cesse intervenir sur les bases matérielles, juridiques, culturelles, démographiques et sociales qui assurent les processus économiques. Nous voyons ici surgir le potentiel d'extension, a priori infini, que porte en germe l'ordolibéralisme dans le domaine social.

Étant donné que l'ordre concurrentiel est un ordre fragile, il est nécessaire de le pérenniser en inscrivant ses libertés économiques dans un ordre légal. Institution et économie sont donc intimement liées. Contrairement au rapport Infrastructure/superstructure de la grille de lecture marxiste, les néolibéraux ne considèrent pas que l'économie détermine la politique ; Institution et économie s'influencent mutuellement. Il n'y a donc pas un capitalisme comme le verrait un marxiste, mais des capitalismes.

S'il y a plusieurs cadres adaptés aux économies capitalistes, il en existe cependant un qui, selon les ordolibéraux, dépasse les autres. En effet, ils voient dans le régime de « L'État de droit » l'institution qui fournit le cadre optimal. Il s'agit là d'une conception bien particulière de l'État de droit : il faut comprendre, par cette expression, un État qui laisse les agents économiques se comporter librement tout en dessinant un *cadre* juridique autour d'eux et au sein duquel se joue la libre concurrence. L'État ne peut prendre part au jeu économique en visant des objectifs

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 144.

économiques précis (comme le fait un État de régime keynésien), il ne peut avoir de vision planificatrice, comme adopter une législation sur la diminution des inégalités de revenus entre les classes sociales, il doit plutôt adopter des règles générales, abstraites et en nombre limité. L'État se cantonne ainsi au rôle d'arbitre : il agit comme prestataire de règles en établissant les règles du jeu économique dans lequel les acteurs économiques se font concurrence¹¹⁶. Dans ce contexte, le droit est moins vu comme une obligation juridique que comme une simple règle d'un jeu qui laisse les acteurs économiques libres d'adopter divers types de conduite économique en fonction de leur plan, projet, objectif et tactique, etc.¹¹⁷

Cette manière de se conduire « librement » par rapport aux règles du jeu, Foucault l'appelle ça « agir sous la forme de l'entreprise ». Ainsi par cette expression le philosophe désigne plus que l'institution : il désigne « une manière de se comporter dans le champ économique. » L'objectif de la société néolibérale, en agissant sur le cadre, est de transformer les individus en « unité entreprise » pour fondre la société entière sur le moule concurrentiel. Pour reprendre les mots de Foucault, il s'agit « de constituer une sorte de trame sociale dans laquelle les unités de base auraient précisément la forme d'entreprise¹¹⁸. »

Dans ce contexte de concurrence généralisé parmi une myriade « d'unités entreprises », les surfaces de friction entre individus augmentent. D'où l'utilité d'un pouvoir judiciaire fort qui renforce le pouvoir du juge. Il s'opère ainsi un renversement par rapport à l'État providence, dans lequel l'appareil administratif était le segment dominant¹¹⁹. Cette intuition de Foucault trouve une remarquable illustration dans la jurisprudence de la Cour qui, par l'intégration négative, joue un rôle central, sinon parfois plus important que les États, dans l'intégration de l'Union.

Foucault ne développe pas plus en profondeur ses réflexions sur la justice néolibérale lors de sa leçon, il propose une piste de réflexions, comme il le fait tout au long de ce cours. Parmi les nombreux auteurs qui ont entrepris de prolonger ses pistes de réflexion, Antoine Garapon nous propose une analyse sur la nouvelle manière d'exercer le droit dans la gouvernamentalité néolibérale. Selon cet auteur, la performance est devenue la seule politique en matière de justice, le problème n'est plus la qualité du jugement, mais la quantité de jugements prononcés.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 177-178.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 165-180.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 154.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 180-181.

Dans cette optique, le droit devient un produit que l'État, vu comme une entreprise, doit fournir le service. En parallèle, nous constatons une augmentation de résolution des conflits à « l'ombre du droit », c'est-à-dire la solution de controverses juridiques en dehors des Cours et tribunaux, au travers de transactions telles que le divorce par consentement mutuel en droit familial, les ruptures conventionnelles en droit du travail, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en droit pénal et, dans le droit global, les settlements entre le Department of Justice (DOJ), qui concerne les entreprises en matière de lutte contre la corruption. Dans cette optique, le sujet de droit est moins vu comme un détenteur de droits et libertés inaliénables que comme un acteur rationnel qui négocie son droit en fonction de ses intérêts : « ces évolutions traduisent une nouvelle conception du sujet où le calcul de son intérêt tend à se substituer à la défense de ses droits. Les droits sont désormais considérés comme un capital, donc aliénable, que l'individu/entreprise doit faire fructifier de manière optimale, et non plus comme une part d'universalité déposée en lui et qui est inaliénable¹²⁰. » Le droit néolibéral mise, au même titre que l'économie, sur la liberté de chacun à faire des transactions. On remarque ici que Antoine. Garapon prolonge l'intuition foucauldienne « d'agir en entreprise¹²¹ ».

À côté de cette intervention socio institutionnelle sur le cadre de l'ordolibéralisme allemand, vient s'ajouter une autre forme d'intervention plus psychologique et individualisante du néolibéralisme : la théorie du capital humain de l'École de Chicago. Cette théorie propose d'étendre l'analyse économique aux conduites non rationnelles. Il s'agit de soumettre tout individu à des objectifs chiffrables : élargir, par exemple, l'analyse coût/bénéfice aux phénomènes de criminalité, ou encore considère l'humain comme étant lui-même sa source de revenus en valorisant son inné, ses qualités génétiques, et son capital acquis, c'est-à-dire les qualités obtenues au cours de l'existence¹²². La notion de capital humain permet de comprendre

¹²⁰ A. GARAPON, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *In Raisons politiques*, 2013, pp. 39-49, (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2013-4-page-39.htm> ; ((consulté le 04 avril 2019)).

¹²¹ *Ibid.*, p. 50.

¹²² M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique- Cours au Collège de France 1978-1979, op. cit.*, p. 235.

comment le néolibéralisme envisage l'individu en le considérant comme autoentrepreneur de lui-même, comme actionnaire-investisseur de son propre capital. ¹²³¹²⁴¹²⁵.

Ces deux types d'interventions gouvernementales nous permettent d'esquisser ce qu'est l'art néolibéral de gouverner. Dans le libéralisme classique, le sujet économique était celui qu'on laissait faire, l'État devait le laisser suivre son intérêt propre. Dans l'art néolibéral de gouverner, le sujet économique apparaît comme maniable, comme « celui qui va répondre systématiquement à des modifications systématiques que l'on introduira artificiellement dans le milieu¹²⁶ » ; il est, en ce sens, « éminemment gouvernable ¹²⁷ ». Dans ce contexte, on pourrait formuler l'art néolibéral de gouverner comme le respect de l'autonomie du processus économique du marché, tout en calant les activités sociales sur ce marché grâce à deux types d'actions sur le milieu, d'une part en agissant sur le cadre structurel de, l'économie, et d'autre part, en opérant sur l'environnement mental de l'individu (grâce à des moyens d'ordre sociologique) pour insuffler une rationalité économique aux sujets dans toute activité sociale.

3) *La concurrence normative et les normes IFRS vu sous un point de vue foucauldien*

L'Europe semble utiliser plusieurs techniques basées sur la concurrence pour aboutir à une harmonisation législative.

Premièrement, elle use d'actions ordonnatrices, c'est-à-dire qu'elle agit sur le cadre, en établissant une armature juridique pour encadrer le marché (les traités européens qui instituent la liberté d'établissement principal) dans lequel se déroule librement le processus économique (la libre circulation des sociétés au sein de l'Union). La fluidité de ce processus économique est

¹²³ J-L. METZGER, « Penser avec Foucault pour comprendre l'extension du pouvoir en régime néolibéral », *In Recherches sociologiques et anthropologiques*, 2016, pp. 117-134, (disponible sur <https://journals.openedition.org/rsa/1755#quotation> ; (consulté le 04 avril 2019)).

¹²⁴ F. TAYLAN, « L'interventionnisme environnemental, une stratégie néolibérale » *In Raisons politiques*, 2013, pp. 77-87, (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2013-4-page-77.htm> (consulté le 04 avril 2019)).

¹²⁶ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique- Cours au Collège de France 1978-1979, op. cit.*, p. 274.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 174.

encouragée par l'interprétation de la Cour qui considère la liberté d'établissement comme libre choix de sa *Lex Societatis*. Ainsi, les règles de droit européen, qui sont générales, abstraites et peu nombreuses, ressemblent à des règles d'un jeu où les entreprises agissent librement en choisissant les droits nationaux en fonction de leurs plans, objectifs et tactiques. Les règles de droit sont sélectionnées par le jeu de concurrence. Deuxièmement, l'Europe adopte la technique de l'incorporation d'une norme issue du marché pour pallier le blocage de la méthode communautaire (les normes I.F.R.S). On assiste donc à une préfabrication de la règle de droit par la concurrence. La stratégie de l'Union se traduit par une recherche d'efficacité et d'efficience en vue d'atteindre l'objectif d'intégration économique plutôt que par le respect des moyens traditionnels juridiques pour y parvenir. La question de l'instrument juridique ou non juridique devient alors relativement accessoire. Troisièmement, l'Europe va utiliser des techniques individualisantes, c'est-à-dire faire intégrer aux sujets une rationalité économique. Cette technique se matérialise ici sous la forme des normes I.F.R.S. En effet, comme le professeur Samuel Jubé le démontre dans son livre *Droit social et normalisation comptable*¹²⁸, les normes comptables renversent la perception de l'entreprise. Alors que, jusque-là, les normes comptables avaient surtout pour objectif la responsabilisation de l'employeur, les nouvelles normes I.F.R.S favorisent la comparaison interentreprises et mettent en lumière la moindre variation des marchés pour inciter les firmes à réagir par des réorganisations de plus en plus fréquentes. Enfin, Quatrièmement, la Jurisprudence de la Cour peut être également considérée comme une technique individualisante. En plaçant les firmes « dans l'obligation de choisir » entre plusieurs ordres juridiques, la Cour les responsabilise et les pousse à adopter une rationalité économique dans leur choix de l'ordre juridique. Remarquons que cette rationalité économique est favorisée par un changement de structure même de l'entreprise, désormais tournée vers l'actionnaire et vue par ce dernier comme lieu de maximisation du profit, comme le reflète l'adoption des normes IFRS.

Dans ce contexte, d'autres acteurs vont développer des instruments qui favoriseront cette rationalité économique.

Les États, contraints par les traités de l'Union européenne, n'ont plus la possibilité de limiter le choix des entreprises, ils vont donc « jouer le jeu » en utilisant des instruments comme

¹²⁸ S. JUBE, *Droit social et normalisation comptable*, L.G.D.J, 2011, (680 p).

l'attractivité du droit social, fiscal ou sociétal pour influencer le choix des firmes à venir se constituer dans leur ordre juridique.

Les États vont également adopter les techniques du marketing pour influencer la conduite économique des entreprises, en témoigne la publicité du ministère de la justice allemand, qui a publié une brochure nommée « Law made in Germany : Global, Effective, Cost Efficient ».

Remarquons cependant qu'il existe une série de variables concernant le choix de la firme qui ne sont pas rationnels et qui « modifient l'architecture de choix » des entreprises. En effet, les firmes peuvent parfois être attachées à leur ordre juridique ou peuvent trouver plus attrayant un ordre juridique qui leur est culturellement plus proche. Ni l'Union ni l'État ne semblent avoir de prise sur ces phénomènes pour l'instant, ce qui déforce la rationalité économique.

Il existe également d'autres instruments individualisant, comme les indicateurs qui classent la performance normative des États. Citons à titre d'exemple l'indice Doing Business lancé, par la banque Mondiale, qui mesure les États en fonction de l'environnement plus ou moins favorable des affaires¹²⁹. En montrant les potentielles externalités négatives du choix d'un ordre juridique peu performant, ces indicateurs incitent les firmes à choisir la norme de leurs intérêts économiques. Remarquons que ces indicateurs jouent à la fois sur le comportement des firmes, en les incitant à « acheter le droit », mais aussi sur l'offre, en prescrivant aux États d'améliorer leurs productions juridiques.

Remarquons enfin que les indicateurs ne sont pas le monopole des instances gouvernementales ou internationales. Les acteurs du marché établissent également leurs propres indicateurs, en témoignent les agences de notations, comme Standard & Poor's ou Moody's et Fitch, qui contrôlent 90% du marché mondial des notations et qui rendent les entreprises plus sensibles aux fluctuations du marché¹³⁰.

Il serait intéressant d'analyser selon perspective foucauldienne ce que pourrait coproduire les théories économiques du droit de la concurrence (comprises comme des nouveaux savoirs) avec les nouveaux enjeux de pouvoir. Ces théories, qui considèrent l'État comme un producteur et le droit comme un produit, se divisent entre différentes Ecoles qui se différencient notamment sur la notion de concurrence. Parmi celles-ci, se trouve l'École néoclassique inspirée par les travaux

¹²⁹ E. CARPANO (dir.), M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 30-32.

¹³⁰ A. van WAEYENBERGE et B. FRYDMAN, *Gouverner par les standards et les indicateurs de Hume aux rankings*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 52.

de Charles Mills Tiebout¹³¹, qui considère la concurrence comme un agent disciplinant des États, puisque les États soumis à la pression concurrentielle sont obligés d'offrir des règles juridiques à prix concurrentiel pour ne pas perdre des consommateurs. La concurrence est ainsi vue sous l'angle de l'équilibre des prix. D'autres écoles en revanche retiennent une approche plus évolutionniste de la concurrence. Ces doctrines perçoivent la concurrence non pas sous l'angle de l'équilibre des prix mais sous l'angle de l'échange des connaissances pour satisfaire le consommateur. À l'inverse du modèle des théories néoclassiques de Charles Tiebout, les agents ne sont plus supposés disposer d'une connaissance parfaite du marché. La concurrence est ainsi vue comme un long processus où des agents créatifs essayent sans cesse de nouvelles techniques pour tenter de répondre aux besoins toujours nouveaux des consommateurs. Cette vision dynamique de la concurrence correspond davantage à la vision des néolibéraux de l'Ecole de Chicago, qui voit dans concurrence un processus avant tout inégalitaire et basé sur un déséquilibre des prix, comme les ordolibéraux¹³². Qu'elles soient néoclassiques ou dynamiques, ces théories ont un point commun : elles sont favorables à un processus de décentralisation du droit (une centralisation de la production étant considérée par l'un comme un monopole inefficace et, par l'autre comme une perte de connaissance) qui s'autorégule par la concurrence. Ce n'est donc plus le droit qui encadre la concurrence mais la concurrence qui encadre le droit.

B.- L'INFLUENCE ORDOLIBERALE DE LA CONSTRUCTION EUROPEENNE

Dans cette partie, nous allons tenter d'illustrer la fabuleuse extension de la « norme de concurrence », propre à la gouvernementalité néolibérale, dans la construction européenne. Déjà présentes à ses balbutiements, nous verrons comme certaines caractéristiques de la gouvernementalité néolibérale n'ont cessé de croître au fil des décennies : légitimation des institutions politiques sur des principes économiques du libre marché, développement du

¹³¹ C.L. TIEBOUT, "A pure theory of local expenditures", *In Journal of Law Economics*, 1956, vol.64.

¹³² S. HARNAY et J-S. BERGE, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *In Revue internationale de droit économique*, t. XXV, 2011, pp 165-192, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2011-2-page-165.htm> (consulté le 9 avril).

principe de libre-échange, formation d'une constitution économique difficilement révisable, prolifération d'organes techniques et indépendants...

En commentant la crise grecque, Donald Tusk a déclaré : « Je me sens proche de l'ordolibéralisme allemand d'après-guerre ». Cette déclaration d'amour du président du Conseil européen témoigne d'un lien de filiation entre cette doctrine et l'Union européenne. Bien sûr, la réalité est bien plus complexe : comme toute construction historique et politique, l'Europe est née d'influences diverses. Ainsi, la construction européenne n'est pas une pure retranscription de l'idéologie ordolibérale. Il n'est pas question de réécrire une mythologie européenne dans laquelle l'ordolibéralisme jouerait le rôle du taureau blanc qui séduirait, puis kidnapperait la jeune princesse Europe. Il n'empêche que l'ordolibéralisme reste la pierre angulaire de la construction européenne et que ce lien de parenté reste pourtant largement inconnu des citoyens européens eux-mêmes, si bien que l'on pourrait parler, comme l'a fait Christian Laval, d'un « refoulement collectif ¹³³. » C'est cette histoire méconnue, qui commence dans l'Allemagne d'après-guerre, que nous allons tenter de retracer.

Michel Foucault va repérer dans son analyse du système politico-économique de l'Allemagne une chose assez singulière : la légitimation des institutions, non plus par le droit, mais par l'économie. Après la chute du nazisme, l'État allemand perdit toute légitimité politique. Il lui fallut par conséquent prendre ses distances avec le nationalisme qui l'avait longtemps caractérisé. Les Alliés, qui administraient à l'époque la Bizone, puis la Trizone, donnèrent, sous les conseils de représentants ordolibéraux, des bases ordolibérales à la reconstitution allemande, à l'opposé de ses pays voisins, reconstruits sur des fondements sociaux-démocrates. Ces nouvelles libertés économiques vont progressivement devenir un outil de légitimation de l'État germanique. C'est en garantissant son bon déroulement économique que l'État obtient sa légitimité. Comme Foucault l'écrit, « l'économie produit de la légitimité pour l'État qui est le garant ». Quelques années plus tard, ces libertés économiques vont être renforcées dans une nouvelle constitution, c'est la Loi fondamentale de 1949. Cela a eu pour effet de créer un consensus politique : tous les partis politiques allemands vont désormais se rallier aux principes de concurrence et de l'économie de marché pour pouvoir continuer à jouer le jeu électoral ¹³⁴.

¹³³ C. LAVAL, *Ordolibéralisme allemand, Néolibéralisme européen et construction de l'Europe*, 2006, p.1.

¹³⁴ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique- Cours au Collège de France 1978-1979, op. cit.*, p. 86-88.

Sous le poids de l'influence germanique, l'idéologie ordolibérale s'est progressivement implantée dans la construction européenne. En effet, il semble y avoir des points de convergences entre l'analyse foucauldienne du système allemand et la construction européenne. Tout comme l'Allemagne, L'Europe semble tirer une partie de sa légitimité en garantissant les principes ordolibéraux de la concurrence et de l'économie de marché par l'instauration d'une sorte de constitution économique. Cette constitution crée un consensus politique par rapport à ces principes. A l'heure actuelle, rares sont les forces politiques qui critiquent l'économie de marché. La plupart s'accordent sur ce principe et débattent uniquement sur les aménagements à lui apporter¹³⁵. Analysons ensemble la formation de cette « constitution économique ».

De manière, nous pourrions comparer la construction européenne à une partie d'échecs entre un joueur allemand d'inspiration ordolibéral qui souhaite intégrer les pays dans un système de libre-échange européen en créant des libertés de circulation des biens, des services et des capitaux, et son adversaire français plus « keynésien » qui a une vision interventionniste et planificatrice, souhaitant créer des institutions nouvelles qui chapeauteraient les États. Dans les lignes qui suivent, nous allons constater qu'au cours de la partie, le joueur allemand va progressivement s'imposer face au joueur français¹³⁶.

Dans cette partie de construction européenne, le Français commence avec les pièces blanches. Le 9 mai 1950, il avance son premier pion : le plan Schuman, qui vise à établir une Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA). Ce traité a pour objet la planification d'un secteur entier de l'économie et pourrait contrecarrer la stratégie allemande dès l'entame de la partie. D'ailleurs, Wilhelm Röpke, à qui on avait soumis le plan Schuman, avait adressé une note à Konrad Adenauer pour lui déconseiller cette initiative dangereuse, car il fallait éviter « de placer l'économie européenne sous la tutelle d'une planification omnipotente¹³⁷ ».

L'Allemand est ainsi obligé de sacrifier une pièce pour ne pas perdre la partie. En effet, l'Allemagne ratifia ce traité pour des raisons politiques étant donné qu'elle venait à peine d'être reconstituée et devait regagner en légitimité sur la scène européenne. Malgré ces débuts

¹³⁵ N. THIRION, *Droit de l'entreprise, op. cit.*, p. 93.

¹³⁶ N. THIRION, *Droit de l'entreprise, op. cit.*, p. 94 et P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale, op. cit.*, p. 328.

¹³⁷ G. BOSUAT et A. WIKENS, *Jean Monnet, l'Europe et les chemins de la paix*, Publication de la Sorbonne, Paris, 1999, p.154.

encourageants, la stratégie planificatrice française s'enraye après l'échec de la Communauté Européenne de Défense.

Quelques années plus tard, l'Allemand prend l'avantage avec le traité de Rome de 1957. Ce nouveau traité présente de nombreuses affinités avec l'ordolibéralisme. En effet, il crée un marché commun¹³⁸ doté d'une union douanière et d'un tarif extérieur commun. Pour éviter la réémergence des barrières nationales, il le dote de principes de libre concurrence, de principes de non-discrimination en raison de la nationalité, de libertés de circulation et de principes qui visent à la stabilité des prix¹³⁹.

Comme l'écrit Arnaud Waeyenberge, l'Union européenne est ainsi structurée, dès son commencement, en deux niveaux : « D'un côté le niveau supranational doté d'une autorité indépendante chargée de faire respecter la rationalité économique et de faire régner la libre circulation, la non-discrimination et la libre concurrence et de l'autre le niveau supranational en charge des politiques distributives mises en œuvre par des institutions propres à cet usage¹⁴⁰ ». Cela illustre parfaitement la volonté ordolibérale de doter les libertés économiques de garanties constitutionnelles tout en assurant leur respect par la création d'autorités juridictionnelles. Ce traité institue également une méthode de prise de décision, appelée méthode communautaire, qui permet la mise en œuvre des politiques économiques et qui sont à la base de l'intégration positive. Cette méthode met en œuvre un nouvel équilibre institutionnel qui a pour effet de diminuer l'influence du Parlement européen au profit des autres autorités établies par le traité qui se chargent de veiller au respect des libertés économiques instituées par le traité. En effet, le traité dote la Commission d'un monopole de proposition législative, ce qui affaiblit le pouvoir du parlement. De plus, le traité délègue le rôle de « gardien des traités » à la Commission et à la Cour de justice qui, contrairement au parlement, ne sont pas des institutions politiques, mais des organes techniques et indépendants, donc insensibles aux pressions politiques. Elles agissent ainsi comme des arbitres qui font respecter les règles du jeu et sont chargées de surveiller la bonne application du traité par les États. On peut d'ailleurs remarquer que « la Cour de justice n'a pas attendu longtemps pour qualifier de Communauté de droit l'ordre juridique communautaire et par-là ériger le droit en fondement de l'action européenne et des États membres. »

¹³⁸ Article 2 Traité CEE

¹³⁹ Article 3, (f) Traité CEE et Article 6 Traité CEE

¹⁴⁰ A. VAN WAEYENBERGE *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne, op. cit., pp. 32-33.*

Si le Traité de Rome de 1957 réalise le marché commun, comme désiré par le joueur allemand, il ne le fait pas sans sacrifier quelques pions. En effet, l'Europe n'est pas le pur produit d'une tradition ordolibérale. Après avoir dû ratifier le traité Euratom qui met en place une Communauté de l'énergie¹⁴¹, l'Allemagne a dû accepter des amendements au principe du marché commun pour satisfaire les exigences françaises. La France obtint notamment la mise en place de la politique commune en matière de transport¹⁴² et surtout d'agriculture (PAC)¹⁴³, un tarif extérieur relativement élevé¹⁴⁴ et une préférence à l'importation pour les produits en provenance des ex-colonies¹⁴⁵. Cette vision interventionniste qui permet aux États de limiter les libertés de circulation perdure encore dans les traités fondamentaux qui régissent l'Union européenne (par exemple les articles 36, 45 §3, 51 et 65 qui permettent aux États de restreindre les libertés de circulation au nom de valeurs jugées supérieures comme l'ordre public ou la sécurité publique). Ne perdons cependant pas de vue qu'il s'agit d'exceptions aux principes généraux de liberté de circulation et de concurrence. De plus, depuis les années 1980, les actions combinées de la Cour et de la Commission tendent à minimiser ces exceptions et inversement à maximiser la portée des principes¹⁴⁶. La Cour et la Commission joueraient ainsi le rôle des deux cavaliers qui permettraient de sauter au-dessus des pions français.

Après le traité de Rome, on constate que la méthode de l'intégration économique chère aux ordolibéraux allemands pour réaliser le marché intérieur s'accroît. Le marché intérieur est défini par la Cour de justice comme « l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur ¹⁴⁷ ». En 1968 se met en place une union douanière qui supprime les droits de douane et permet la libre circulation des produits au sein du territoire de l'Union. Ensuite, la création d'un marché unique avec le traité de Maastricht de 1992 consacre pleinement les quatre libertés de circulation. Au sein du territoire de l'Union, les barrières physiques (c'est-à-dire la fin des

¹⁴¹ A. WILKENS, « Jean Monnet, Konrad Adenauer et la politique européenne de l'Allemagne fédérale – convergences et discordances (1950-1957) », *In Jean Monnet, l'Europe et les chemins de la paix*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, p. 176.

¹⁴² Articles 74 à 84 Traité CEE

¹⁴³ Articles 38 à 47 Traité CEE

¹⁴⁴ Articles 18 à 29 Traité CEE

¹⁴⁵ (Protocole relatif aux marchandises originaires et en provenance de certains pays et bénéficiant d'un régime Particulier à l'importation dans un des États membres).

¹⁴⁶ THIRION, *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁷ Arrêt *Schul*, 15/81, EU:C:1982:135, point 33.

contrôles douaniers aux frontières) et les barrières techniques (c'est-à-dire le refus par un État de refuser l'importation d'un produit sous prétexte qu'il n'est pas conforme à ses mesures nationales) sont supprimées. Enfin, l'actuel Traité de Lisbonne qui régit actuellement l'Union européenne continue d'affirmer l'importance du marché intérieur cher aux ordolibéraux. En effet, on peut lire dans les principes fondamentaux exposés à la partie III du traité que l'Union tend à la stabilité des prix pour garantir « une économie sociale de marché hautement compétitive ». Les traités indiquent également, à l'article 127, titre VIII du TFUE, que « l'objectif principal du système européen de banques centrales, ci-après dénommé "SEBC", est de maintenir la stabilité des prix ». L'Union s'est également dotée de compétences exclusives pour l'« établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur »¹⁴⁸. Selon cette vision, l'article 101 et 102 du TFUE interdisent toutes pratiques de la part des entreprises qui pourraient fausser la concurrence et toutes pratiques considérées comme un abus de position dominante. L'article 167 interdit les aides d'États qui pourraient fausser la concurrence.

Si cette politique de concurrence corollaire nécessaire à l'existence du marché intérieur a connu un développement impressionnant pour devenir l'une des politiques principales de l'Union, c'est grâce aux interventions combinées de la Commission et de la Cour. En effet, la Cour de justice a adopté une interprétation extensive des dispositions sur la concurrence ce qui donne une large capacité d'action à la Commission qui n'a plus à faire face aux limitations techniques et strictes de compétences. Cette politique qui donne selon un rapport de l'OCDE une nature « quasi constitutionnelle » aux règles de concurrence est considérée comme un des leviers les plus puissants de l'intégration économique comme nous l'avons vu avec l'intégration négative¹⁴⁹.

La Commission, quant à elle, est le véritable chef d'orchestre de la politique de concurrence dans l'Union. En vertu de l'article 105 du TFUE, elle veille au respect des principes de concurrence qu'elle considère d'ailleurs comme supérieurs à toutes les autres considérations¹⁵⁰. Pour cela, elle va disposer d'une multitude de prérogatives. Premièrement, elle a à sa disposition une myriade d'organes administratifs basés dans chaque État membre qui sont chargés

¹⁴⁸ Article I-13 TUE

¹⁴⁹ OCDE, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne*, Paris, 2005, p 12.

¹⁵⁰ Article 105 TFUE

d'enquêter pour elle et de l'informer de toutes entraves à la concurrence sur le marché¹⁵¹. Deuxièmement, en vertu du règlement 1/2003, elle sanctionne les ententes, concentration, abus de position dominante et prend des mesures préventives pour interdire les fusions qu'elle jugerait non conformes au principe de concurrence¹⁵². Dans cette même logique, la Commission peut également empêcher les États d'aider économiquement une entreprise si elle estime que cela fausse la concurrence¹⁵³. Ainsi la Commission dispose d'une part d'un certain contrôle sur la structure de l'économie en veillant à ce que la concurrence entre entreprises ne soit pas faussée et d'autre part d'une sorte de politique industrielle en interdisant les États membres de doper leurs industries nationales en les subventionnant. On peut remarquer que cette « politique industrielle » n'est pas une réelle politique industrielle puisqu'elle est déterminée selon des règles abstraites (qui interdisent d'une façon générale certaines pratiques) et non des objectifs précis comme le veut la tradition ordolibérale. Troisièmement, la Cour dispose d'un pouvoir quasi législatif puisqu'elle peut prendre des règlements d'exemptions, des lignes directrices, des communications, etc. Bien que ces communications et ces lignes directrices ne soient pas obligatoires, certains patriciens critiquent ces pratiques de la Commission qui utiliserait cela pour légiférer sans devoir respecter les exigences du Traité prévues à l'article 290(1) TFUE¹⁵⁴. Au vu de toutes les compétences que nous venons de citer, nous pouvons conclure que la Commission dispose ainsi d'un pouvoir exceptionnel puisqu'elle cumule un pouvoir administratif (enquête, application sanction) avec un pouvoir judiciaire puisqu'elle juge et inflige des sanctions. Cela correspond à la vision ordolibérale qui consiste à confier à des instances techniques placées au-dessus des États le pouvoir d'imposer les règles du jeu¹⁵⁵.

Après s'être intéressée aux obstacles privés que sont les cartels et les monopoles, la Commission décida dans les années 1980 de s'attaquer aux entraves publiques à la concurrence

¹⁵¹ En Belgique, l'Autorité belge de la Concurrence (A.B.C) et Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Art 11(3) et 11(4), J.O.U.E, L 1, du 04 janvier 2003.

¹⁵² Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. J.O.U.E. L 23, du 29 janvier 2004.

¹⁵³ Article 107 à 109 TFUE

¹⁵⁴ Article 290 : 1. Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif.

Les actes législatifs délimitent explicitement les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir. Les éléments essentiels d'un domaine sont réservés à l'acte législatif et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir. Et W. WEIB, "After Lisbon, can the European Commission continue to Rely on 'Soft Legislation' in its Enforcement Practise ?", *In Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, p.441-451.

¹⁵⁵ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 348.

que sont les entreprises publiques en situation de monopole. La Commission bénéficiera une nouvelle fois de l'appui de la Cour. Le programme de démantèlement des monopoles publics de la commission commença dans l'affaire dite des terminaux de télécommunications¹⁵⁶. Dans cet arrêt, la Cour en opérant une distinction entre les fonctions de gouvernement et les fonctions commerciales permit à la Commission d'agir pour abus de position dominante contre British Télécom. Il s'ensuit une vague de libéralisation des secteurs autrefois exploités par des monopoles publics. Désormais, des secteurs comme celui des télécommunications, de l'énergie, des services postaux ou du transport ferroviaire devront s'ouvrir à la concurrence¹⁵⁷. Cependant, cela ne signifie pas que l'État dépossédé se serait tout d'un coup désintéressé de ces secteurs du service public. L'État va continuer à gouverner non plus d'une façon directe en fournissant des biens et services, mais d'une façon indirecte en agissant sur le cadre. Des autorités de régulation furent ainsi créées afin de contrôler l'ouverture à la concurrence¹⁵⁸. Dans ces nouvelles pratiques étatiques se dessine une nouvelle vision du rôle de l'État. Il ne s'agit plus d'un État libéral « qui laisse faire et laisse passer », il ne s'agit pas non plus d'un État keynésien dirigiste, mais il s'agit plutôt d'un État qui régule à distance. Nous pourrions interpréter ce nouveau rôle de l'État comme une « troisième voie », entre un État libéral trop naïf laissant l'économie de marché sans supervision et un autre keynésien, trop dirigiste. L'État doit désormais laisser passer, mais il ne doit plus laisser faire. Il doit intervenir autant que nécessaire pour stimuler, réguler, intensifier la concurrence¹⁵⁹.

Nous pouvons relier ce constat avec les travaux d'Antoine Garapon que nous avons cité plus haut. Il constate également cette vogue des autorités de régulation : « L'État délègue une partie de ses missions régaliennes à des autorités administratives indépendantes, parmi lesquelles des autorités de régulation qui ont cette caractéristique qu'elles cumulent des fonctions réglementaires, exécutives et répressives. L'absence de séparation des pouvoirs en leur sein indique une transformation majeure à l'intérieur commune à la structuration du pouvoir et à la subjectivation. À la confusion des pouvoirs chez ces autorités de régulation se construit en miroir un sujet unidimensionnel, sans for intérieur, réduit à une capacité de calcul¹⁶⁰ ». Il voit

¹⁵⁶ Arrêt *République italienne contre Commission des Communautés européennes*, 41/83, EU:C:1985:120.

¹⁵⁷ OCDE, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne*, 2005, p. 12-13 et N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵⁸ En Belgique par exemple : L'Institut belge des Postes et Télécommunications (I.B.P.T), la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (C.R.E.G).

¹⁵⁹ N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 89-90.

¹⁶⁰ A. GARAPON, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *In Raisons politiques*, 2013, pp. 39-49.

dans ces autorités de régulation une illustration du droit néolibéral à trouver des solutions « à l'ombre du droit ». Lorsqu'une grande entreprise est suspectée d'avoir commis une fraude, deux choix s'offrent à elle : la voie pénale classique et le circuit court de la collaboration avec l'autorité. Cette dernière voie présentée par l'autorité comme plus avantageuse pour l'entreprise témoigne de la volonté de ces administrations de rester « hors du droit ». Le droit est ainsi moins vu comme quelque chose d'inaliénable, mais comme un produit que l'on peut négocier, d'où l'idée de Antoine Garapon, qui s'inspire de l'idée Foucault, comme quoi ces nouvelles formes de pouvoir produisent un nouveau sujet rationnel et calculateur.

Remarquons qu'aujourd'hui l'Europe élargie pousse encore un peu plus à l'extrême le principe de concurrence. Alors que le vieil ordolibéralisme prônait un cadre pour la concurrence, les nouveaux néolibéraux prônent une forme plus radicale de concurrence entre les systèmes institutionnels eux-mêmes comme nous l'avons vu avec le phénomène de concurrence normative. Ce nouvel ordre concurrentiel, qui est désormais perçu comme un moyen privilégié d'intégration économique, n'encadre plus la concurrence par les législations mais fabrique les législations européennes à partir du jeu de la libre concurrence¹⁶¹.

Il semble y avoir une sorte de fondation commune entre cette émergence de l'État régulateur, de l'État comme marchand de norme, de l'homogénéisation du capitalisme anglo-saxon et de la privatisation de la production normative. En effet, toutes ces nouvelles pratiques gouvernementales émergent aux alentours de la fin des années 1970 et semblent, comme nous allons le voir, traduire un bouleversement de la façon qu'ont nos États de gouverner.

¹⁶¹ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p 349.

C.- L'EXERCICE DE LA GOUVERNEMENTALITE NEOLIBERALE : LA NORME DE CONCURRENCE

Dans cette partie, nous allons tenter de prolonger l'intuition foucauldienne de la gouvernamentalité néolibérale. Foucault est décédé en juin 1984. Il n'a donc pu tirer son inspiration que du contexte historique de son époque. Depuis, de nombreuses choses ont évolué, si bien qu'il est nécessaire de remettre à jour sa pensée.

Pour ce faire, nous allons adopter la même attitude théorique qui consiste à analyser l'État à travers ses pratiques. Pierre Lascoumes et Pascale Laborier affirment d'ailleurs : le principal apport de Foucault en sciences politiques réside « dans le déplacement qu'il a effectué de la théorisation de l'État à sa saisie sous l'angle de ses pratiques¹⁶². » Nous analyserons ainsi les États à travers leurs politiques économiques, publiques et sociétales. Dans ces analyses, nous remarquerons que toutes ces politiques sont à la fois produites par la concurrence et elles-mêmes productrices d'une situation concurrentielle, cela engendre une diffusion du modèle de l'entreprise à l'ensemble de la société.

Mais pour venir à cette forme de régulation par la concurrence, repartons de notre définition de la gouvernamentalité néolibérale comme l'art de gouverner par le respect de l'autonomie du processus économique du marché tout en calant les activités sociales sur ce marché grâce à deux types d'actions sur le milieu (le cadre structurel de l'économie et l'environnement mental de l'individu, pour insuffler une rationalité économique aux sujets dans toutes leurs activités sociales).

Ce nouveau type de gouvernamentalité s'impose au courant des années 70-80 pour constituer ce que Dardot et Laval appellent « un grand tournant néolibéral » qui s'opère autour d'un changement d'ordre idéologique, politique et économique. Tout d'abord au niveau idéologique, on assiste à une montée en puissance de l'idéologie néolibérale qui est nourrie par les critiques de l'État-providence. Certains auteurs néolibéraux comme Hayek, Von Mises, Stigler ou Friedman ont déployé une véritable stratégie de propagande et d'éducation pour mettre en avant cette idéologie (par exemple, le succès mondial du livre *La Route de la Servitude* de Hayek, la

¹⁶² P. LABORIER et P. LASCOUMES, *L'action publique comprise comme gouvernamentalisation del'État*, 2011, p. 1, (disponible sur <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01044404/document> ; consulté le 05 avril 2019)).

constitution du célèbre *think thank*, la Société du Mont Pèlerin fondée par Hayek et Röpke ou encore les nombreuses interventions télévisées de Friedman, qui est d'ailleurs le seul économiste de l'époque à avoir fait la couverture du *Time*). Les néolibéraux ont ainsi réussi progressivement à cadrer à leur manière le débat public en imposant leur champ lexical. On parlera désormais d'efficacité, d'efficience et de responsabilisation pour débattre sur les réformes des administrations. Ils ont ainsi pointé les nombreux problèmes du régime keynésien qui serait trop coûteux, déréglerait l'équilibre économique, favoriserait l'assistanat, etc. Mais les néolibéraux ne pointent pas que des problèmes, ils élaborent aussi la solution : il faut baisser le transfert de richesse pour décourager l'assistanat, supprimer les monopoles publics et les confier à des actionnaires privés qui maximiseront la productivité par leur appétit du gain et mettront le client en position de libre choix entre plusieurs opérateurs pour augmenter la pression concurrentielle¹⁶³. Ainsi, les néolibéraux posent un problème : les administrations sont inefficaces et improductives, c'est-à-dire qu'elles coûteraient trop cher par rapport à leurs apports à la société et entraveraient la compétitivité économique. Ils proposent alors une solution sur mesure : il faudrait que le secteur public soit plus compétitif en s'inspirant du secteur privé perçu comme plus efficace.

Sur ce socle idéologique s'est ajouté un bousculement d'ordre économique appuyé par un renversement politique. En effet, la survenance des chocs pétroliers de 1973 et 1979 alourdit la dette publique et signe l'arrêt de mort des politiques de dépenses keynésiennes. Afin de combler leur dette grandissante, les États, sous l'impulsion du couple conservateur Reagan-Thatcher, ont entamé des politiques d'austérité. Elles consistent notamment, d'une part, à alléger leurs réglementations des marchés boursiers pour attirer des investisseurs étrangers et, d'autre part, à privatiser des entreprises publiques et à réformer des administrations. Ces politiques ont été relayées au niveau européen par l'adoption d'indicateurs de la stabilité des prix qui mesurent le taux d'inflation des États membres, mais aussi d'indicateurs de la maîtrise de la dépense publique, du déficit des administrations publiques et de la sécurité sociale. Notons que ces indicateurs évaluent les États non pas dans l'absolu, mais les uns par rapport aux autres (techniques du *benchmark*)¹⁶⁴.

¹⁶³ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., pp. 289-298.

¹⁶⁴ A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 176, (disponible sur <http://pombo.free.fr/suplot2015.pdf> ; (consulté le 6 avril 2019)).

Le contexte historique posé, intéressons-nous à présent aux pratiques gouvernementales que nous allons distribuer en trois catégories : les politiques économiques, les réformes des administrations publiques, les politiques de société.

1) *La norme de concurrence comme nouvelle politique économique mondiale.*

Notre système financier s'est constitué à partir de la concurrence. L'expression « dérégulation économique » pourrait laisser penser que le nouveau régime économique mondial ne connaît plus aucun mode de régulation. La réalité est tout autre : l'essor de ce qu'on pourrait nommer « le capitalisme financier » n'aurait pu exister sans les politiques actives des États. Alors que, dans les années 30 à 70, le système financier était régi par des règles censées encadrer la concurrence pour prévenir de ses potentiels effets néfastes, à partir des années 1980, la logique s'est inversée. Il s'agit désormais de mettre en place une concurrence générale entre tous les acteurs de la finance. Ces réformes, qui sont encouragées par le besoin de croissance et le déficit public, ont pour objectifs d'attirer les investisseurs internationaux. Elles consistent en une série de mesures comme « la libéralisation complète du taux de change, la privatisation du secteur bancaire, le décloisonnement des marchés financiers et au niveau régional, la création de la monnaie unique européenne.¹⁶⁵ » S'ensuit une unification du marché financier mondial ce qui engendre notamment une uniformisation des critères de comptabilité (les normes I.F.R.S) et une pression accrue des actionnaires dans l'entreprise. Pour donner quelques illustrations à cette dérégulation financière organisée par les États, on peut mentionner la suppression par les États-Unis du *Glass-Steagall Act* dans les années 90 qui mettent fin à la séparation des activités de banque commerciale et de banque titres et l'adoption du *Garn-St Germain Act* qui élargit les conditions d'octroi d'un prêt (notamment immobilier) par les banques en leur permettant d'accorder un taux révisable¹⁶⁶. Cette tendance à la « dérégulation » initiée dans les pays anglo-

¹⁶⁵ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 283.

¹⁶⁶ E. JEFFERS et J-P. POLLIN, « Déréglementation bancaire des années 1980 et crise financière », *In Revue d'économie financière*, n°105, 2012, pp. 103-114, (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-d-economie-financiere-2012-1-page-103.htm#> ; (consulté le 6 avril 2019)).

saxons s'est ensuite étendue avec plus ou moins d'intensité dans le monde entier comme en témoigne l'*Index de libéralisation financière*¹⁶⁷.

Remarquons que la « libéralisation de la finance » facilitée par les États a contribué à la faillite du système bancaire au milieu des années 2000. En effet, les dispositions normatives, dont l'accord « Bâle II » de 2006 visant à établir des nouvelles règles de solvabilité, un contrôle interne et des obligations de transparence de gestion sur les banques, se sont avérées défaillantes. Les banques ont réussi à contourner ces accords en transformant leur créance hypothécaire en titres puis en les plaçant dans des montages financiers obscurs (des produits financiers dérivés comme des C.D.O et C.D.S), ce qui leur a permis de les vendre sur des marchés moins surveillés (le marché obligataire). Les banques ont ainsi trouvé un formidable moyen de faire du profit en accordant des prêts hypothécaires tout en transférant directement les risques de non-remboursement de ces prêts. Comme le *Garn-St Germain Act* leur permettait d'accorder des prêts très risqués (les subprimes) sans trop se soucier de la capacité de remboursement de l'emprunteur, les banques en ont profité pour accorder des prêts à pratiquement n'importe qui et transférer de suite les risques à d'autres acheteurs, ce qui a conduit à la crise des subprimes. Remarquons que cette prise de risque de la part des banques a été encouragée par un deuxième élément : le rôle de l'État garant du système car il agit comme prêteur en dernier ressort. En effet, la faillite de ces banques « too big to fail » menaçait de faire chuter l'économie mondiale et les États les ont sauvées de la faillite en les refinançant. Si les profits des banques sont privés, leurs pertes en revanche sont collectives¹⁶⁸¹⁶⁹. Cette libération des flux financiers va avoir un immense impact sur les politiques économiques et industrielles des États nations qui sont désormais bien vulnérables face aux fluctuations des marchés.

La concurrence va être au cœur même des nouvelles politiques économiques mondiales. Alors que, dans un mode de régulation keynésienne de l'économie, la concurrence entre les États était soumise à des règles fixes et communes sur les taux de change et la politique commerciale, l'économie néolibérale à l'inverse érige les principes de libre circulation et de « concurrence

¹⁶⁷ A. ABIAD et A. MODY « Réforme financière Une construction délicate », *In Dossier économique*, n°35, 2005, p. 2-4, (disponible sur <https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues35/fra/issue35f.pdf> ; (consulté le 6 avril 2019)).

¹⁶⁸ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 283-287.

¹⁶⁹ P. SAUVETRE, *Crises de gouvernamentalité et généalogie de l'État aux XXe et XXIe siècles : recherche historico-philosophique sur les usages de la raison politique*, Paris, Institut d'étude politique, pp. 247 à 248.

libre et non faussée » comme principes régulateurs de l'économie¹⁷⁰. Ces principes, déjà présents, nous l'avons vu, dans la construction européenne, s'étendent désormais à l'économie mondiale grâce aux interventions combinées du FMI et de la Banque Mondiale¹⁷¹. En effet, pour obtenir un prêt, les États en voie de développement se voient obligés d'adopter une série de réformes imposées par le FMI et la Banque centrale afin d'attirer des capitaux étrangers. Ces réformes consistent en une libéralisation de l'économie, une privatisation des monopoles publics, une suppression des droits de douane, une ouverture aux mouvements des capitaux étrangers, etc. ce qui peut parfois nuire à l'économie du pays. En effet, une libéralisation trop rapide de l'économie peut, selon Joseph Stiglitz, engendrer une destruction de la production locale¹⁷².

La concurrence globale change aussi l'intervention de l'État sur les facteurs de production. La montée en puissance des libertés de circulation des capitaux et la baisse globale des droits de douane ont pour conséquence que le processus de production des produits se fragmente. Certaines pièces du produit peuvent être construites dans un pays mais les autres doivent souvent être importées : la stratégie du protectionniste tarifaire perd donc de son intérêt. Il vient s'y substituer une stratégie de subvention des facteurs de production, c'est-à-dire la mise en place d'infrastructures comme des réseaux routiers, ferroviaires, d'universités, de réseaux bancaires, de zones résidentielles afin de créer le meilleur cadre pour attirer les grandes entreprises. Ce n'est plus l'État keynésien producteur de biens et de services, mais « l'État partenaire des intérêts oligopolistiques dans la guerre économique mondiale¹⁷³ ».

Avec les actions conjuguées du FMI et de la Banque centrale qui décloisonnent les marchés nationaux, la libéralisation des flux commerciaux et l'émergence de la figure de l'État partenaire des grands oligopoles, on voit ainsi apparaître ce que Dardot et Laval appellent une gouvernance mondiale sans gouvernement mondial. Ces deux auteurs voient dans l'émergence du mot « gouvernance » qui inonde la nouvelle littérature de sciences politiques le reflet de la perte de puissance des États en faveur des grandes entreprises et des organisations internationales. En s'appuyant sur les travaux de Kenichi Ohmae¹⁷⁴, ils en déduisent que le rôle d'intégration des États nations diminue (organisation du pouvoir politique, élaboration et

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 846.

¹⁷¹ J. STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, New York, W. W. Norton & Company, 2013, pp. 52-58.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 53-58.

¹⁷³ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 365.

¹⁷⁴ K. OHMAE, *De l'État-nation aux États-région*, Dunod, Paris, 1996.

diffusion de la culture nationale, organisation de la vie économique, etc.). Dorénavant, les États délèguent ces tâches au secteur privé, nous l'avons déjà observé pour les politiques économiques et industrielles mais c'est aussi le cas pour la culture (en effet, le média privé semble l'un des principaux acteurs de la « diffusion de la culture de masse »). Le projet de réforme française de loi Pacte va également dans ce sens. Ce projet a notamment pour objet d'élargir l'objet social des entreprises à d'autres objectifs que le profit comme des objectifs environnementaux (sans toutefois charger ces entreprises de réelles responsabilités). Ce projet témoigne de la délégation des tâches qui relevaient autrefois de l'Etat au secteur privé. En effet, l'Etat perçoit l'entreprise comme la seule capable de performance. Il est donc naturel qu'il lui délègue un maximum de tâches. L'entreprise est ainsi placée au cœur de la société pour résoudre tous ses problèmes qu'ils soient sociaux, écologiques et, pourquoi pas à l'avenir, démocratiques¹⁷⁵. Devant cette situation inédite de mélange entre des intérêts étatiques et privés, aucun gouvernement mondial ne semble émerger pour réguler certains effets néfastes que pourrait avoir la concurrence, comme l'a prouvé la crise financière de 2008. Certes, il existe certaines autorités comme l'OMC, mais ses compétences et moyens d'actions restent encore bien faibles par rapport aux forces en mouvement¹⁷⁶. Les gouvernements sont ainsi pris dans une compétition économique mondiale où les flux sont libérés de toutes entraves. Sans autorité de régulation, une course à l'exportation et aux capitaux étrangers vient de débuter.

2) La concurrence comme politique publique de l'État.

La concurrence restructure l'État de deux manières. D'une part de l'extérieur en gouvernant la société avec la mise en marché des institutions publiques, ce qui engendre notamment une vague de privatisation et des nouveaux types de partenariats publics-privés. L'État se retire ainsi de certains secteurs et développe à la place des capacités d'expertise pour les réguler à distance.

¹⁷⁵ B. CORIAT, *Changer l'entreprise ? Quand la montagne accouche d'une souris (A propos du rapport Notat-Senard sur la réforme de l'entreprise)*, 2018, pp. 1-19, (disponible sur http://www.atterres.org/sites/default/files/Note%20EA%20Changer%20%27entreprise_0.pdf ; consulté le 7 avril)

¹⁷⁶ N. THIRION, *Droit de l'entreprise, op. cit.*, p. 97-98.

D'autre part de l'intérieur, l'Etat va désormais s'appliquer la norme de concurrence par une restructuration de ses administrations par des contraintes d'efficacité et de compétitivité.

Pour ce qui concerne le volet « intérieur », on peut déceler à travers les politiques publiques que l'État tend progressivement à prendre la forme de l'entreprise. Philippe Bezès écrit en ce sens que la gouvernementalité néolibérale n'exige pas simplement de gouverner les individus, mais aussi de se gouverner soi-même, c'est-à-dire gérer les administrations avec les outils managériaux issus du secteur privé, comme l'affichage d'objectifs, le contrôle de gestion, les mesures de la performance¹⁷⁷... Comme en témoigne un rapport de l'OCDE, ces nouvelles techniques de management provoquent une mutation de nos institutions publiques : « il convient d'insister sur le fait que la forme des institutions publiques est très influencée par la forme des entreprises. Cette influence, bien qu'elle ne soit ni directe ni immédiate, est l'explication la plus plausible de l'évolution des structures de l'administration publique¹⁷⁸. »

Ces nouveaux outils ont pris forme dans les doctrines du *New public Management* parmi lesquels il y a l'École du *Public Choice*. Cette école applique une grille de lecture économique au champ bureaucratique. Selon cette doctrine, il n'existe pas de différence fondamentale entre le secteur public et privé. Dans ce contexte, le fonctionnaire y est analysé non pas comme un serviteur de l'intérêt général, mais comme un individu rationnel, calculateur et égoïste. Le bureaucrate cherche en réalité à augmenter le budget alloué à son bureau en augmentant ses interventions au-delà du nécessaire, ce qui engendre un gaspillage de l'argent public. On perçoit ici une critique de l'État keynésien vu comme une bureaucratie qui surproduirait toujours plus de services. Pour lutter contre ce fléau, cette doctrine propose de mettre en concurrence les différents bureaux à la fois entre eux et avec le secteur privé ce qui casserait le monopole public et augmenterait l'efficacité ou encore d'instituer un système d'incitation au travail qui consisterait en remise de primes en cas de réduction des coûts du service¹⁷⁹. Pour ce faire, il est nécessaire de mettre en place un triptyque objectif-évaluation-sanction. L'objectif de réduction budgétaire (objectif) nécessite l'introduction d'une évaluation chiffrée des fonctionnaires (évaluation) avec une prime en cas de bon résultat (sanction). Dans ce contexte, le contrôle se fait désormais de manière plus indirecte par un enregistrement des résultats dans la manière de

¹⁷⁷ P. BEZES, *Réinventer l'Etat, les réformes de l'administration française*, Paris, PUF, 2009, p. 466-478.

¹⁷⁸ OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique agences, autorités administratives et établissements publics* Paris, 2002., p.44.

¹⁷⁹ W. NISKANEN, *Bureaucraty and Representative Government*, Aldine Publishing Compagny, Chicago, 1971., p.195.

se comporter avec ses collègues et plus spécialement avec le client. Ainsi le fonctionnaire agit désormais moins avec une logique de conformité aux règles administratives que par la recherche de maximisation de son profit¹⁸⁰.

Cette doctrine du *New public Management* a été adoptée dans beaucoup de pays « développés »¹⁸¹¹⁸². En Belgique, elle a pris l'aspect de la réforme Copernic adoptée en 2004. L'influence de cette doctrine dans le remodelage de nos institutions est pleinement assumée par nos autorités. En ce sens, on peut lire dans la circulaire administrative de mars 2013 qu'il s'agit « de réformer en profondeur l'organisation des services publics et le statut du personnel de l'État afin de les adapter aux valeurs actuelles de responsabilisation, d'efficacité, de rapidité et de communication [...] »¹⁸³. Par cette nouvelle réforme, les plus hauts fonctionnaires (ou selon la nouvelle sémantique managériale les *tops managers*) sont désormais engagés pour un mandat de 6 ans selon une procédure précise où l'on évalue leur compétence managériale. Ils sont rémunérés selon un statut particulier qui déroge aux statuts ordinaires des autres agents de l'État pour s'aligner sur les rémunérations d'un poste de même niveau dans le secteur privé. Ces *tops managers* sont encadrés par objectifs explicites et des indicateurs de performance¹⁸⁴. On voit ici que le nouveau management par objectif contrebalance la grande latitude laissée aux *tops managers* dans leurs choix des moyens afin de parvenir aux objectifs par une augmentation des contrôles et de responsabilisation. En effet, ils sont à présent évalués dans leur exercice, mais deviennent également évaluateurs de leurs collaborateurs¹⁸⁵. L'administration se transforme ainsi en une longue chaîne de surveillance et de contrôle de la performance de chaque fonctionnaire.

¹⁸⁰P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 377-384.

¹⁸¹ Notons qu'ils se sont implantés avec une intensité variable avec fonction du contexte national et culturel du pays.

¹⁸² Notamment au Royaume-Uni avec la réforme *Next Steps* lancée en 1988 par le gouvernement Thatcher, en France avec la réforme R.G.P.P (Révision générale des politiques publiques) lancée en 2007 sous la présidence Sarkozy.

¹⁸³ Circulaire du 14 mars 2013, n°23289. Orientation client dans les Administrations fédérales, p.18059 ;

¹⁸⁴ Article 20§4,(1°,2°,3°) de la loi du 5 juillet 1998 et C. de VISSCHER et F. RANDOUR, « La réforme de l'administration fédérale belge 10 ans après : Quel équilibre entre l'autonomie opérationnelle des tops managers et l'encadrement effectué par les départements ministériels horizontaux ? » *Dans Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. 80, 2014, pp.35- 51, (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-administratives-2014-1-page-35.htm> ; (consulté le 6 avril 2019)).

¹⁸⁵ A. DAUGNAIX et M. GORANSSON, « Dix ans après l'adoption du Plan Copernic, comment les hauts fonctionnaires sont-ils évalués et comment évaluent-ils leurs collaborateurs ? », *Pyramide*, t. 20, 2010, pp. 45-72, (disponible sur <https://journals.openedition.org/pyramides/763#quotation> ; consulté le 6 avril 2019)).

Remarquons enfin que si le New Public Management apporte avec lui tout un lot de dispositifs de surveillance et d'évaluation, il n'applique jamais à lui-même ses propres évaluations. Ainsi, on arrive à ce résultat absurde où les institutions produisent leurs propres chiffres qui permettent d'évaluer leur propre progrès. Dans ce contexte, l'évaluation n'est pas objective : elle met uniquement en lumière certains aspects chiffrables¹⁸⁶ du métier pour occulter d'autres aspects du métier non chiffrables.

Ceci n'est pas sans nous rappeler le dispositif « savoir-pouvoir » de Michel Foucault, selon lequel le savoir et le pouvoir sont des réalités coconstruites. En effet, « il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir¹⁸⁷. » Le savoir produit par le pouvoir n'est donc pas neutre ni universel.

En ce sens, nous citerons les travaux de Isabelle Bruno et Emmanuel Didier qui ont analysé l'impact du *benchmarking* dans les administrations publiques : « Le *Benchmarking* est une procédure de quantification qui traduit des situations, des actes, des collectifs en résultats chiffrés, c'est-à-dire en performances, de façon à les évaluer et à les comparer. Les nombres produits ont ceci d'extrêmement original qu'ils sont censés être stables, durables, indiscutables ou, pour le dire en un mot, *vrais*, et pourtant leur ambition est moins de décrire la réalité que de la transformer. Ils transforment aussi en retour *les sujets qui les produisent*. Ils donnent à leurs activités et à leurs vies une forme numérique. Ils montrent à chacun les résultats des autres pour les inciter tous à améliorer leurs performances. »¹⁸⁸

3) *La concurrence comme norme politique de la société*

Comme Dardot et Laval l'ont bien mis en évidence : « On ne comprendrait pas l'ampleur du déploiement de la rationalité néolibérale, ni les formes de résistance qu'elle rencontre, si on la regardait comme l'imposition d'une force mécanique sur une société et des individus qui en

¹⁸⁶ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 433.

¹⁸⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 288-289.

¹⁸⁸ I. BRUBO et E. DIDIER, *Benchmarking, L'État sous pression statistique*, Paris, La Découverte, 2013, p. 27.

seraient des points d'application extérieurs ¹⁸⁹.» Ainsi, la rationalité néolibérale irait jusqu'à faire intérioriser aux individus les règles du jeu économique pour les modeler sur la logique du marché. Pour y parvenir, il faut intervenir sur ce que Foucault appelle les « processus de subjectivation », c'est-à-dire l'ensemble des processus déterminés par une coproduction de savoir et de pouvoir, par lesquels le sujet se construit et se représente¹⁹⁰. Dans cette section, nous allons analyser ces types de procédés dans deux contextes, d'une part la consommation et d'autre part l'emploi.

En ce qui concerne la consommation, les techniques de subjectivation néolibérales consistent à placer l'individu dans l'obligation de choisir. Pour cela, l'État va augmenter les situations de marché en ouvrant les secteurs publics à la concurrence ce qui multiplie les possibilités de choix d'opérateur. Le consommateur, s'il ne veut pas perdre au jeu du marché, doit intégrer la nécessité d'opérer un calcul pour choisir l'offre la plus attractive et ainsi maximiser son profit et son capital personnel. L'exercice de son choix a pour conséquence d'augmenter la pression concurrentielle et stimule l'activité économique. Notons que cette liberté de choisir s'est accompagnée d'une responsabilisation du client. En effet, le consommateur est aussi vu comme « preneur de risque » : il doit se montrer prévoyant en prenant toute une série de garanties pour gérer son risque comme souscrire une assurance-maladie, consommer des produits sains, veiller à son employabilité, etc. Tous ces risques vitaux, le sujet doit en faire la « gestion » sans l'aide de l'État et d'une manière strictement privée. Si les techniques néolibérales visent à ce que l'individu gère son risque, c'est parce que risque et entreprise de soi sont intimement liés. Comme l'écrit Bob Aubrey, « le risque fait partie de la notion d'entreprise de soi » ; l'entreprise de soi, c'est une réactivité et une créativité dans un univers où l'on ne sait pas de quoi demain sera fait ¹⁹¹. Ainsi par les actions combinées de la liberté de choix et de la logique de « risque de marché », le modèle de comportement économique est étendu à l'ensemble de la société.

Une autre technique apportée par le New Management public consiste à percevoir l'administré comme un « client ». Remarquons que la figure du client a évolué tout au long du XX^e siècle comme l'ont démontré les travaux de François Cochoy qui énumère sept conceptions du client

¹⁸⁹ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 433.

¹⁹⁰ Pour plus d'information à ce sujet voir ; M. VIHALEM « Qu'est-ce qu'une subjectivation ? Les rapports entre le savoir, le pouvoir et le sujet dans la pensée de Michel Foucault » *In Synergies Pays Riverains de la Baltique*, n°8, 2011 pp. 89-100.

¹⁹¹ B. AUBREY, *L'entreprise de soi, un nouvel âge*, Paris, Flammarion, p.101.

qui se sont succédé au cours du dernier siècle. L'actuelle figure de client que promeut le New public Management est celle du « client qualité » qui se caractérise par le fait qu'il est bien informé des offres sur le marché et de ce fait il est exigeant envers le service et l'employé qui le fournit¹⁹². Le client peut donc être un formidable outil de contrôle pour le manager. En effet, cela conforte le pouvoir du manager qui plutôt que de s'imposer hiérarchiquement va exercer son pouvoir de contrôle de qualité «au nom du client ». En parallèle, cette pression exercée par le client va renforcer les mesures d'autocontrôle sur les subordonnés¹⁹³. Plutôt que d'obéir aux règles formelles de la bureaucratie wébérienne venant d'en haut, les fonctionnaires vont désormais intégrer la règle en obéissant aux exigences du client .

Si la catégorie client permet de créer comme on l'a vu des travailleurs plus dociles et qui s'autocontrôlent, elle permet aussi de modeler les administrés sur le modèle de la gouvernamentalité néolibérale. En effet, comme le démontrent les travaux de Pierre Lascoumes qui font référence à la subjectivation foucauldienne, les techniques avec lesquelles l'administration gouverne sont révélatrices du rapport gouvernant/gouverné¹⁹⁴. En s'adressant à l'administré comme à un client, on modifie la façon dont les administrés se perçoivent eux-mêmes mais on modifie également les exigences des administrés envers l'administration et les fonctionnaires. On a ainsi une coproduction savoir/pouvoir qui modifie la construction et la représentation du sujet de lui-même. En ce sens, Gilles Bouchard ajoute : « Contrairement au citoyen, le client ne participe pas aux décisions, il est encore consulté mais pas pour des considérations démocratiques, mais seulement d'efficacité ¹⁹⁵».

Analysons à présent l'impact de la concurrence sur l'emploi. Comme dit plus haut, la financiarisation de l'économie a accru le pouvoir de l'actionnaire dans l'entreprise, ce qui a renversé la forme d'organisation du travail. Ce que Thomas Coutrot¹⁹⁶ appelle « l'entreprise néolibérale » se caractérise d'une part par une plus grande autonomie et responsabilisation des individus, d'autre part par une augmentation des dispositifs de surveillance et de contrôle pour

¹⁹² F. COCHOY, « Une petite histoire du client, ou la progressive normalisation du marché et de l'organisation. », *In Sociologie du Travail*, vol. 44, n°3, 2002, p. 377.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 372.

¹⁹⁴ P. LASCOUMES « La Gouvernamentalité: de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *In Le portique*, vol. 13, no 14, 2004, p. 9, (disponible sur <https://journals.openedition.org/leportique/625> ; consulté le 6 avril 2019)).

¹⁹⁵ G. BOUCHARD, « De citoyen à client : plus qu'un changement de vocabulaire », *In Politique et Sociétés*, no.29, 1996, p. 147, (disponible sur <https://www.erudit.org/en/journals/ps/1996-n29-ps2487/040020ar.pdf> ; (consulté le 6 avril 2019)).

¹⁹⁶ T. COUTROT, *L'Entreprise néo-libérale, nouvelle utopie capitaliste. Enquête sur les modes d'organisation du travail*, Paris, La Découverte, 1998.

surveiller cette autonomie avec à la clé un système de sanction/récompense (ce qui nous rappelle le New public management). Cette logique « d'individualisation des performances et de gratifications a permis la mise en concurrence des salariés entre eux comme type normal de relation d'entreprise ¹⁹⁷ ». Cette nouvelle technique de pouvoir va impacter jusqu'au processus de subjectivation. Alors que l'ancien sujet était celui qui travaille puis épargne pour ensuite récompenser son travail dans le plaisir de la consommation, le nouveau sujet, ou le « néosujet », comme le nomment Dardot et Laval, est quelque chose de plus. Il ne s'agit plus seulement du sujet « production/épargne/consommation », mais aussi du sujet « performance/jouissance ». C'est plus que la consommation qui contrebalance le travail, il s'agit d'accéder à la jouissance dans le sens de « plus-de-jouir » ou l'excès de soi sur soi. En effet, le principe à présent imposé par les entreprises est devenu l'excès, le « dépassement de soi », « l'obligation de se transcender » ou de « repousser ses limites ¹⁹⁸. » L'entreprise ne joue plus ce rôle symbolique de limitation du plaisir par la discipline au travail, le travail n'est plus vu comme une injonction de l'autre puisqu'à présent on travaille « pour soi » pour satisfaire notre besoin de jouissance en nous transcendant ¹⁹⁹. Cette injonction de jouissance qui charrie avec elle « le dépassement de soi » trouve une étonnante illustration dans les paroles du groupe Queen : « No time for losers, because we are the champions ». Tel est l'impact de cette nouvelle subjectivation : nous n'avons plus de temps pour le *loser*, c'est-à-dire l'homme ordinaire qui se satisfait dans le plus simple des conformismes. Les entreprises désirent avant tout des *champions*, c'est-à-dire des êtres qui se dépassent et qui sont entièrement dévoués à l'entreprise. C'est en ce sens que le philosophe Gille Deleuze s'inquiétait de ce « désir » des entreprises : « On nous apprend que les entreprises ont une âme, ce qui est bien la nouvelle la plus terrifiante du monde ²⁰⁰. »

¹⁹⁷ P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, op. cit., p. 310.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 435.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 452.

²⁰⁰ G. DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *In L'autre journal*, n°1, 1990, p. 242.

IV.- CONCLUSION

Après avoir exposé ces nouvelles politiques qui peuvent paraître, au premier abord, assez hétérogènes, nous constatons que chacune traduit une certaine extension de l'entreprise à l'ensemble de la société. Par le terme « entreprise nous entendons » l'institution de l'entreprise (néolibérale) qui cherche à être efficace, autrement dit à engendrer plus de bénéfiques avec moins de dépenses, et ce, grâce aux modes d'action néolibérale : autonomie, responsabilisation, surveillance. Mais ce terme doit également être envisagé sous un autre aspect : il s'agit « d'agir en entreprise », c'est-à-dire de se comporter d'une certaine manière sur le champ économique en fonction de ses objectifs, projets, plans et tactiques. Si cette forme plus dynamique de l'entreprise a réussi à s'étendre à l'ensemble de la société, c'est grâce à un changement de la conception du marché perçu désormais sous l'angle de la concurrence. Entreprise et concurrence sont donc intimement liées, aux niveaux économique, public et sociétal. Premièrement, au niveau des politiques économiques, la libération des flux financiers a, d'une part, renforcé le rôle des actionnaires dans l'institution de l'entreprise, ce qui est un premier pas vers une entreprise de type néolibéral, tournée vers l'actionnaire et, d'autre part, cela a renforcé la puissance des entreprises par rapport aux États. Les entreprises semblent en effet progressivement être des partenaires économiques de l'État. Deuxièmement, au niveau politiques publiques, que l'on remarque que l'État lui-même s'inspire des institutions entreprises pour réformer ses administrations et ainsi se plier aux règles d'efficacité dictées par la concurrence mondiale. L'État devient alors une sorte d'entreprise au service des entreprises. Troisièmement, au niveau des politiques des sociétés, les réformes des institutions publiques et des entreprises sous la configuration néolibérale incitent les citoyens et fonctionnaires à agir en entreprises. Nous voyons ainsi apparaître un néosujet modelé selon la logique du marché concurrentiel. Remarquons aussi que l'Europe gère de plus en plus les États membres avec des techniques managériales, en témoigne le nombre croissant d'indicateurs qu'elle met en œuvre, dont notamment le taux d'indicateur du déficit public qui ne peut dépasser 3% du PIB.

On a également pu constater l'émergence d'une norme de concurrence, dans les phénomènes de concurrence normative et dans celui des normes I.F.R.S. La Cour de justice semble en effet utiliser le palliatif de la concurrence pour réaliser l'intégration économique, tandis que la Commission utilise le palliatif des normes issues du privé pour réaliser une harmonisation

comptable. Dans cette optique, les États seraient vus comme des entreprises juridiques au service des intérêts des institutions entreprises. Le gouvernement proposerait aux entreprises une vaste gamme de produits juridiques « prêts à porter » (les droits nationaux) et parfois même, lorsqu'on monte en gamme, des produits « sur mesure » (les normes I.F.R.S), directement créés avec le client.

La perception foucauldienne semble ainsi ouvrir des pistes de réflexions intéressantes dans le domaine du droit. En se concentrant, non plus sur la source du pouvoir, comme le fait le droit mais sur la manière d'exercer le pouvoir et son implication sur les individus, Foucault apporte un regard neuf sur ces nouveaux phénomènes juridiques. Ces nouvelles pratiques impliquent en effet une multiplicité d'acteurs qui exercent des relations de pouvoir sur les autres, parfois au moyen d'instruments traditionnels (juridiques), parfois aussi au moyen de nouveaux instruments, issus des sciences de gestion. Les prolongements de la pensée foucauldienne nous ont également permis de réaliser la mutation du rôle des entreprises dans nos sociétés, ce qui peut être une source d'inspiration pour les chercheurs en droit administratif et en droit des sociétés.

Le philosophe français n'a cependant pas tout prédit dans son cours sur la gouvernamentalité néolibérale. Ainsi, sa leçon n'aborde par le processus de dé-démocratisation que porte en germe la gouvernamentalité néolibérale. Alors que la gouvernamentalité libérale prévoyait un espace «entre le système politique capitaliste et le système politique démocratique libéral²⁰¹ », la gouvernamentalité néolibérale, en étendant le processus de marché à toutes les institutions, érode progressivement nos institutions démocratiques. Perdant toute légitimité politique, le nouveau mode de légitimation de l'État se situerait désormais dans sa capacité à faire tourner l'économie du marché. On le constate avec l'Union européenne qui tente de combler certains manques aux exigences démocratiques par un programme économique. Le politiste allemand Fritz Scharpf le remarque lorsqu'il écrit que l'intégration négative sans intégration positive donne des allures de monstre bureaucratique à l'Union. On peut d'ailleurs questionner la légitimité démocratique de la Cour de justice d'avoir entamé, à elle seule, un nouveau type d'intégration économique. En effet, la Cour, qui est composée de 28 juges non élus démocratiquement, est-elle légitime pour être seule à décider de la marche de l'intégration économique qui impacte jusqu'au quotidien de chaque citoyen européen ? On peut également

²⁰¹ W. BROWN, *Les habits neufs de la nouvelle politique économique mondiale, Néolibéralisme et néoconservatisme*, Paris, Les prairies ordinaires, 2007, p. 60.

poser la question de sa légitimité d'après le processus de constitutionnalisation du programme économique ordolibéral qu'elle met en œuvre. Ne prive-t-elle pas les citoyens d'un débat sur les politiques économiques à adopter sous prétexte de la technicité des sciences économiques ? Toujours en ce qui concerne le manque de consultation populaire du processus constitutionnalisation, on peut citer l'adoption du traité de Lisbonne qui institue « l'économie sociale de marché²⁰² ». Alors qu'en février 2005, le TCE, qui entreprenait de constitutionaliser l'économie sociale de marché, a été rejeté par les referendums franco-hollandais, les parlementaires français ont contourné ce blocage populaire en février 2008 en adoptant, sans plus passer par un referendum, le traité de Lisbonne, qui reprenait l'idée du TCE avec quelques modifications esthétiques. Cela a été selon François Denord et Antoine Schwartz, « un mauvais coup porté à la démocratie²⁰³. » Quant à la Commission européenne, on peut se demander si la confusion des pouvoirs exécutifs, judiciaires, voire législatifs, en son sein est légitime. La commission, accompagnée du FMI et de la BCE, est également responsable de certains contournements populaires, avec la nomination d'un gouvernement « technicien » en Grèce, lors de sa mise sous tutelle, pendant la crise de la zone Euro. L'ancien vice-président de la BCE, Lucas Papademos, fut nommé Premier ministre, avec pour injonction de mener des politiques d'austérité²⁰⁴. Ce processus de dé-démocratisation est aussi à l'œuvre dans le phénomène de concurrence normative et celui-ci des normes I.F.R.S. On peut effectivement se demander s'il est démocratique que les entreprises puissent choisir ou créer leur droit en fonction de leurs intérêts. Le droit n'a-t-il pas plutôt vocation à sauvegarder l'intérêt général en se plaçant précisément au-dessus des intérêts individuels ? Enfin, en ce qui concerne notre analyse de la norme de concurrence sur les politiques étatiques, nous avons pu constater qu'elles convergent vers la prolifération de la forme de l'entreprise dans nos institutions. Cette forme de l'entreprise n'est-elle pas en train de remplacer le modèle d'institution démocratique ? N'y a-t-il pas une captation toujours plus importante de l'intérêt général par l'intérêt privé, et ce, par des vagues de privatisation et de partenariat privé-public ? S'adresser à l'administré comme à un client n'efface-t-il pas sa dimension citoyenne ? En cadrant le débat des institutions publiques sur la

²⁰² Article 2§3 du Traité de Lisbonne

²⁰³ F. DENORD et A. SCHWARTZ, *L'Europe sociale n'aura pas lieu*, Paris, Liber, 2009, p. 121 et P. SAUVETRE, *Crises de gouvernementalité et généalogie de l'État aux XXe et XXIe siècles : recherche historico-philosophique sur les usages de la raison politique*, op. cit., pp.879-880.

²⁰⁴ P. SAUVETRE, *Crises de gouvernementalité et généalogie de l'État aux XXe et XXIe siècles : recherche historico-philosophique sur les usages de la raison politique*, op. cit., pp.877-880.

performance, ne masque-t-on pas d'autres dimensions, comme les dimensions politique et sociale. Ce débat n'est-il pas davantage une question de conflictualité de valeur qu'un débat sur les « bonnes pratiques », capables de performances ? N'est-ce pas une question avant tout politique plutôt qu'un arbitrage de performance ?

Ce « retournement » de nos institutions nous évoque l'interprétation d'Alain Supiot qu'il propose de la nouvelle « Le pont » de Kafka. Dans cette nouvelle, Kafka personnifie le pont : « J'étais droit et froid, j'étais un pont, j'enjambais un gouffre, de ce côté étaient plantés les pieds, de l'autre les mains, je mordais fermement dans la glaise qui s'effritait²⁰⁵. » Soudain, un voyageur s'approcha près de ce pont qui enjambe un gouffre dans lequel on entend le rugissement du torrent et du récif. C'était la toute première fois que le pont transportait un voyageur, il concentra toutes ses forces pour le porter, mais ne résista pas à la tentation de se retourner pour voir le voyageur et, si tôt, il l'entraîna avec lui dans l'abîme : « A peine étais-je retourné que je m'effondrais déjà, je m'effondrais et j'étais déjà en pièces et le corps tailladé par les rochers pointus qui m'avaient toujours regardé paisiblement au milieu des eaux agitées²⁰⁶. » La figure du pont peut être assimilée au rôle de nos institutions qui reliaient les hommes en enjambant la question du vide de sens auquel les hommes sont confrontés. Si ce porteur de sens commun se retourne sur lui-même, il entraîne dans le gouffre les hommes dont il avait la charge²⁰⁷.

²⁰⁵ F. KAFKA, *La muraille de Chine et autres récits*, Paris, Gallimard, 1950, p. 149-150.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 149-150.

²⁰⁷ A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social Leçon inaugurale prononcée le jeudi 29 novembre 2012*, 2012, (disponible sur <https://books.openedition.org/cdf/2249?lang=fr> ; (consulté le 7 avril 2019)).

V.- BIBLIOGRAPHIE

A.- DOCTRINE

ABIAD, A., MODY, A., « Réforme financière Une construction délicate », *Dossier économique*, n°35, 2005, 23 p. (disponible sur <https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues35/fra/issue35f.pdf> ; consulté le 6 avril 2019).

AUBREY, B., *L'entreprise de soi, un nouvel âge*, Paris, Flammarion, 205 p.

BERLIN, D., « Concurrence normative entre les États. Comment est-elle gérée par le droit européen ? », in C. Kessedjian (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégies des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Panthéon-Assas, 2013, 271 p.

BOSSUAT et A. WILKINS, Jean Monnet, l'Europe et les chemins de la paix, Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, p. 147- 201.

BOUCHARD, G., « De citoyen à client : plus qu'un changement de vocabulaire », *Politique et Sociétés*, no.29, 1996, (disponible sur <https://www.erudit.org/en/journals/ps/1996-n29-ps2487/040020ar.pdf> ; consulté le 6 avril 2019).

BRUBO, I., DIDIER, E., *Benchmarking, L'État sous pression statistique*, Paris, La Découverte, 2013.

BROWN, W., *Les habits neufs de la nouvelles politiques économiques mondiale, Néolibéralisme et néoconservatisme*, Paris, Les prairies ordinaires, 2007,

CARPANO, E., CHASTAGNARET, M., MAZUYER E., *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, 380 p.

CAPRASSE, O., *Droit des sociétés*, Liège, Presses universitaires de Liège, 2018, 341p.

CAPRON, M., « Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier », *Management et sciences sociales*, n°2, 2006, 192 p.

CHIAPELLO, E., « Les normes comptables comme institution du capitalisme. Une analyse du passage aux normes I.F.R.S. en Europe à partir de 2005. » *Sociologie du travail*, 2005, pp. 362-381 (disponible sur https://www.academia.edu/6721680/Les_normes_comptables_comme_institution_du_capitali

[sme. Une analyse du passage aux normes IFRS en Europe %C3%A0 partir de 2005](#) ; consulté le 2 avril 2019).

COCHOY, F., « Une petite histoire du client, ou la progressive normalisation du marché et de l'organisation. », *Sociologie du Travail*, vol. 44, n°3, 2002, 295 p.

CORIAT, B *Changer l'entreprise ? Quand la montagne accouche d'une souris (A propos du rapport Notat-Senard sur la réforme de l'entreprise)*, 2018, 19 p. (disponible sur http://www.atterres.org/sites/default/files/Note%20EA%20Changer%20l%27entreprise_0.pdf ; consulté le 7 avril).

COUTROT, T., *L'Entreprise néo-libérale, nouvelle utopie capitaliste. Enquête sur les modes d'organisation du travail*, Paris, La Découverte, 1998.

DARDOT, P. et LAVAL, C., *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La découverte, 2009, 494 p.

DAUGNAIX, A., GORANSSON, M., « Dix ans après l'adoption du Plan Copernic, comment les hauts fonctionnaires sont-ils évalués et comment évaluent-ils leurs collaborateurs ? », *Pyramide*, t. 20, 2010, p. 45-72, (disponible sur <https://journals.openedition.org/pyramides/763#quotation> ; consulté le 6 avril 2019).

DEFROMONT, J.-A. et MENETREY, S., « Concurrence normative en Europe : quelle attractivité pour les droits nationaux ? », *R.I.D.E.*, 2014, pp. 499-515.

DEGUEE, J.-P., « Forum shopping, usage ou abus de la liberté d'établissement », note sous C.J.U.E., 9 mars 1999, *Rev. Prat. Soc.*, 2000, p. 82-83.

DELEUZE, G., « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *l'autre journal*, n°1, 1990.

DENORD, F., SCHWARTZ, A., *L'Europe sociale n'aura pas lieu*, Paris, Liber, 2009, 140 p.

DELVAUX, T., « Fusion internationale et liberté de circulation », *J.T.*, 2005.

DELVAUX, T., « La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? Quelques réflexions à propos de la liberté d'établissement des sociétés », *R.P.S.*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 208-273.

DE VISSCHER, C., RANDOUR, F., « La réforme de l'administration fédérale belge 10 ans après : Quel équilibre entre l'autonomie opérationnelle des tops managers et l'encadrement effectué par les départements ministériels horizontaux ? » *Dans Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. 80, 2014, p.35- 51, (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-administratives-2014-1-page-35.htm> ; (consulté le 6 avril 2019)

EIDENMULLER, H., "The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations" *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011.

FOUCAULT, M., *Histoire de la sexualité I La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1994.

FOUCAULT, M., « Leçon du 1^{er} février 1978 » in *Sécurité, territoire, population e - Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Hautes Etudes, Seuil- Gallimard, 2004

FOUCAULT, M., *L'Usage des plaisirs*, Gallimard, 1984, p.15-16 (disponible sur <https://ec56229aec51f1baff1d>

[185c3068e22352c56024573e929788ff.ssl.cf1.rackcdn.com/attachments/original/1/0/1/002621101.pdf](https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2013-4-page-39.htm) ; consulté le 6 avril 2019).

FOUCAULT, M., *Naissance de la biopolitique- Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil Gallimard, 2004, 368 p.

GARAPON, A., « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, 2013, p. 39-49, (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2013-4-page-39.htm> ; (consulté le 04 avril 2019).

HARNAY, S., J-S, BERGE., « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *Revue internationale de droit économique*, t. XXV, 2011, p 165-192, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2011-2-page-165.htm> (consulté le 9 avril))

HOARAU, C., et TELLER, P., « IFRS : Les normes comptables du nouvel ordre économique global » *Comptabilité-Contrôle-Audit*, numéro thématique, 2007, p. 3-20.

HORNUF, L., *Regulatory Competition in European Corporate and Capital Market Law : An Empirical Analysis*, Cambridge, Intersentia, 2012, 149 p.

JEFFERS, E., POLLIN, J-P., « Déréglementation bancaire des années 1980 et crise financière », *Revue d'économie financière*, n°105, 2012, p. 103-114, (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-d-economie-financiere-2012-1-page-103.htm#> ; consulté le 6 avril 2019).

JUBE, J., *Droit social et normalisation comptable*, L.G.D.J, 2011, 680 p.

KAFKA, F., *La muraille de Chine et autres récits*, Paris, Gallimard, 1950, p. 149-150.

LABORIER, P., LASCOUMES, P., « L'action publique comprise comme gouvernementalisation de l'État » *Travailler avec Foucault : retours sur le politique*, Paris, Le Harmattan, 2005.

LASCOUMES, P., « La Gouvernementalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *Le Portique*, 2004, disponible sur <https://journals.openedition.org/leportique/625#notes> ; (consulté le 6 avril 2019).

LAVAL, C., « Ordolibéralisme allemand, Néolibéralisme européen et construction de l'Europe », 2006, 30 p. (disponible sur <https://danielrome.files.wordpress.com/2007/06/c-laval-le-neoliberalisme-europeen.pdf> ; consulté le 7 avril 2019)

LERON, N., « Gouvernance, gouvernementalité, la nature juridico-politique de l'Union européenne au prisme de la Science politique », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2014, p. 11-14.

METZGER, J-L., « Penser avec Foucault pour comprendre l'extension du pouvoir en régime néolibéral », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, 2016, p. 117-134, (disponible sur <https://journals.openedition.org/rsa/1755#quotation> ; consulté le 04 avril 2019).

OHMAE, K., *De l'État-nation aux États-région*, Dunod, Paris, 1996, 214 p., 851 p.

miCrises de gouvernementalité et généalogie de l'État aux XXe et XXIe siècles : recherche historico-philosophique sur les usages de la raison politique, Paris, Institut d'étude politique, 1225 p.

SIEMS, M., "Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in 21st century, *European Law Review*, 2002.

STIGLITZ, J., *Globalization and its discontents*, New York, W. W. Norton & Company, 2013, 288 p.

SUPIOT, A., « La gouvernance par les nombres », Fayard ,2015, 512 p., (disponible sur <http://pombo.free.fr/supiot2015.pdf> ; consulté le 6 avril 2019).

TAYLAN, F., « L'interventionnisme environnemental, une stratégie néolibérale » Dans *Raisons politiques*, 2013, p. 77-87, (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2013-4-page-77.htm> consulté le 04 avril 2019).

THIRION, N., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, 851 p.

THIRION, N., *et al.*, *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2009, 304 p.

THIRION, N., *Théories du droit : droit, pouvoir, savoir*, Bruxelles, Larcier, 2011, 302 p.

TIEBOUT, C.L., "A pure theory of local expenditures", *Journal of Law Economics*, 1956, vol.64.

VAN WAEYENBERGE, A., *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, 372 p.

VAN, WAEYENBERGE, A., et FRYDMAN, B., *Gouverner par les standards et les indicateurs de Hume aux rankings*, Bruxelles, Larcier, 2014, 386 p.

VIHALEM, M « Qu'est-ce qu'une subjectivation ? Les rapports entre le savoir, le pouvoir et le sujet dans la pensée de Michel Foucault » *Synergies Pays Riverains de la Baltique*, n°8, 2011 p. 89-100.

W. WEIB, "After Lisbon, can the European Commission continue to Rely on 'Soft Legislation' in its Enforcement Practise ?", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011.

B.- JURISPRUDENCE

Conclusion avocat général Colomer sous l'arrêt *Uberseering*, 208/00, EU :C :2002.632.
Points 20 à 43.

Conclusion de l'avocat général JAASKINEN sous l'arrêt *VALE Építési kft*, C-378/10, EU :C :2011 :841.

Arrêt *Cadbury Schweppes*, 196/04, EU:C:2006:544.
Arrêt *CaixaBank France*, 442/02, EU :C :2004:586.
Arrêt *Cartesio*, 210/06, EU:C:2008:723, point 112 à 113.
Arrêt *Centros*, 212/97, EU:C:1999:126.
Arrêt *Gebhard*, 55/94, EU :C:1995:411.
Arrêt *Pfeiffer*, 255/97, EU :C:1999:240.
Arrêt *Payroll*, 79-01, EU :C:2002:592.
Arrêt *Preussen Elektra*, 379/98, EU:C:2001:160.
Arrêt *Inspire Art*, 167/0, EU:C:2003:512.
Arrêt *Schul*, 15/81, EU:C:1982:135.
Arrêt *Segers*, 79/85, EU:C:1986:308.
Arrêt *SEVIC Systems AG*, 411/03, EU:C:2005:762.
Arrêt *Uberseering*, 208/00, EU :C :2002.632.
Arrêt *VALE Epitesi*, 378/10, EU :C :2012 :440.

C.- LEGISLATION

Directive 78/660/CEE du conseil, du 25 juillet 1978, concernant les comptes annuels de certaines sociétés, J.O.C.E., L.222, du 14/08/1978, p.11.

Directive 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983, concernant les comptes consolidés, J.O.C.E., L 193 du 13 juin 1983, p.1.

Directive 84/253/CEE du conseil, du 10 avril 1984, concernant l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables, J.O.C.E., L 126., du 12 mai 1984, p. 20.

Règlement (C.E) n°1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, *J.O.C.E.*, n°L243, 11 septembre 2002.

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Art 11(3) et 11(4), J.O.U.E, L 1, du 04 janvier 2003.

Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. J.O.U.E. L 23, du 29 janvier 2004.

Traité instituant les Communautés économiques européennes, Rome, 25 mars 1957, art. 2, 3, 6, 18 à 29, 38 à 47, 74 à 84 (disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023> consulté le 6 avril 2019).

Traité sur l'Union européenne (version consolidée), J.O., C 326, 26 octobre 2012, p. 13–46, art. 3 (disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A12012M%2FTXT> consulté le 6 avril 2019).

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), J.O., C 326, 26 octobre 2012, p. 47–199, art 52, 65 (1-b), 105, 290 (disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> consulté le 6 avril 2019).

Rapports

OCDE, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne*, 2005, 100 p.

OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique, agences, autorités administratives et établissements publics*, Paris, 2002, 98 p.