



LES CAHIERS EUROPEENS DE SCIENCES PO.

> N° 01/2005

**Que reste-t-il de la
Constitution économique
européenne après la
constitutionnalisation de
l'Europe
Une rétrospective mélancolique**

> Christian Joerges



SciencesPo.

Centre d'études européennes

Les Cahiers européens de Sciences Po.

n° 01/2005

CHRISTIAN JOERGES

**Que reste-t-il de la Constitution économique
européenne après la constitutionnalisation de
l'Europe.
Une rétrospective mélancolique**

Citation : Christian Joerges (2005), “Que reste-t-il de la Constitution économique européenne après la constitutionnalisation de l'Europe. Une rétrospective mélancolique”, *Les Cahiers européens de Sciences Po*, n° 01.

Que reste-t-il de la Constitution économique européenne après la constitutionalisation de l'Europe – Une rétrospective mélancolique*

CHRISTIAN JOERGES**

Bremen/Florence

Résumé

Le point de départ du présent essai est l'hypothèse selon laquelle les efforts entrepris pour combler le déficit démocratique de l'Europe devront aussi affronter les problèmes sociaux créés par le processus d'intégration. Cela constitue un sérieux défi, lequel comporte de nouvelles dimensions. Dans ses débuts, l'Europe emprunta la voie de l'intégration comme simple communauté économique. Ainsi, durant la première phase historique du processus d'intégration, les propositions constitutionnelles formulées par les ordo-libéraux allemands parurent attrayantes. Selon les évaluations d'inspiration ordo-libérale, le système politique européen avait (et continue à avoir) une double structure : au niveau supranational, il est explicitement engagé en faveur de la rationalité économique et d'un système de libre concurrence. Les politiques redistributives (sociales) pourraient – et devraient – demeurer une responsabilité du niveau national. Cet édifice fut affiné dans les années 1970 et 80. L'union monétaire et le pacte de stabilité le complétèrent et, dans son fameux arrêt « Maastricht », la Cour Constitutionnelle allemande en cautionna la validité constitutionnelle. Toutefois, de nouvelles dynamiques et la recherche d'une « union sans cesse plus étroite » annoncée par le Traité de Maastricht conduisirent au renforcement et à l'élargissement de la portée des politiques européennes de réglementation, et donc à une incompatibilité avec le legs ordo-libéral. Nous constatons que l'effritement de la Constitution économique ne conduit pas à une solution du déficit social de l'Europe. Ni la Méthode Ouverte de Coordination, ni l'engagement du Traité Constitutionnel en faveur d'une « économie sociale de marché », ni même les nouveaux « droits sociaux », ne fournissent de fondement théoriquement adéquat et politiquement crédible en vue de la résolution de ce problème.

* Traduit de l'anglais par Jean –Antoine Karagiannis.

** Cet essai constitue une nouvelle version revue et augmentée de l'allocation introductive prononcée à l'Académie de Droit Européen – Session sur le Droit de l'Union Européenne – à l'Institut Universitaire Européen de Florence, le 5 juillet 2004. Je remercie Marc Amstutz, Milena Büchs, Damian Chalmers, Philip Manow, John McCormick, Rainer Nickel, Tommi Ralli, Florian Rödl et Stephen Weatherill pour tous leurs commentaires encourageants et leurs suggestions constructives. – Je remercie particulièrement Jean-Antoine (Yannis) Karagiannis, qui non seulement traduit ce texte en français, mais qui me fit aussi bénéficier de son expertise dans le domaine de l'histoire des droits de la concurrence en Europe. C'est avec son aide que je pu identifier les particularismes des ces droits, et donc ceux du cas allemand. Ses nombreux commentaires enrichirent considérablement ma propre compréhension de certains aspects de la *problématique* que je présente ici.

Mots-clefs: Légitimité; coordination ouverte; droit économique; pacte de stabilité; Etat-providence; Convention européenne

Coordonnées de l'auteur: Christian Joerges, Professeur de Droit Economique Européen ; Institut Universitaire Européen de Florence, mél: joerges@iue.it

Contenu

I. Introduction: les multiples aspects d'un événement historique	3
II. Qu'est-ce qu'une Constitution Economique?	9
1. L'économie sociale de marché : un projet économique chrétien	12
2. La Constitution économique : un « libéralisme autoritaire » revu et corrigé ?..	13
3. L'ordo-libéralisme dans la Communauté européenne: le découplage de l'intégration économique de l'Etat-providence et sa politique sociale.....	15
III. Les ambivalences des développements de l'après-1985	19
1. « Invasions du marché »?	20
2. Erosions du Marché	22
3. Des Règles contre la Politique? L'Union Monétaire, le Jugement de Maastricht et le Pacte de Stabilité.....	23
IV. Sommes-nous au point d'attaquer le droit en justice? Quelques questions sur la Méthode Ouverte de Coordination	29
1. La carrière du concept	29
2. La légitimité par les résultats?	32
3. Questions normatives	33
3.1. Une doctrine d'expérimentalisme démocratique?	33
3.2 Le retour des années 1980 ?	38
V. Résumé	39
1. Le Traité Constitutionnel.....	40
2. La constitutionnalisation en tant que processus	42

I. Introduction: les multiples aspects d'un événement historique

“What is Left?” – tel était le titre d'une série d'articles parue dans le quotidien allemand *Frankfurter Allgemeine Zeitung* peu après la chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989. Cette série avait été inspirée par le philosophe Stephen Lukes, alors professeur à l'Institut Universitaire Européen de Florence. Divers auteurs furent invités à s'interroger sur cet événement, sur sa signification historique et sur ses répercussions. Une question centrale se posait à eux : la faillite de l'Empire soviétique et la fin de la Guerre Froide signalaient-elles aussi la fin de la critique du capitalisme et (donc) de la gauche politique dans les pays occidentaux ? L'intitulé général de la série se présentait donc sous forme de question. Les auteurs étaient tous des occidentaux, tous « de gauche », et tous concernés par l'avenir de leurs affiliations et de leurs liens politiques ainsi que de l'avenir des différents aspects de la démocratie sociale. Le *Frankfurter Allgemeine Zeitung* appréciait l'authenticité de ce questionnement et acceptait de l'accueillir dans ses pages *Feuilleton*, traduisant tous les articles, mais ne parvenant pas à trouver d'expression allemande qui engloberait toutes les connotations du leitmotiv mélancolique de Stephen Lukes – *What is Left ?*

Le titre du présent essai laisse entendre que les questions soulevées par Lukes et ses collaborateurs en 1989 n'ont cessé d'occuper une place importante en Europe.¹ Ce constat ne peut être que décourageant. Pis, il est difficilement conjugable avec les récents et importants succès du processus d'intégration européenne, et notamment avec l'approfondissement de la constitutionnalisation de l'Union européenne, ainsi que l'élargissement de celle-ci aux pays d'Europe Centrale et Orientale. Néanmoins, ce constat ne saurait surprendre. L'Etat-Providence a-t-il un avenir face à la mondialisation?² « Le » modèle social Européen a-t-il un avenir face à l'europanisation?³ L'intensité du débat sur ces questions est un bon indicateur de leur importance ; celle-ci n'est donc pas contestable. Mais est-ce que cela implique que les efforts effectués pour combler le « déficit démocratique » du projet d'intégration européenne pourront être considérés comme suffisants s'ils ne réussissent pas à combler simultanément le « déficit social » de ce projet ? C'est une chose que de souscrire à cette suggestion ; c'en est une autre que d'identifier une grille théorique qui servirait à ce que le discours constitutionnel puisse y apporter une réponse. L'effort entrepris dans le présent essai est fondé sur trois (groupes d') idées.

Premièrement : notre constitutionalisme doit être étendu au système économique et au tissu social de nos sociétés. S'il échoue dans cet exercice, il perdra sa qualité et sa légitimité démocratiques. Cette idée forte doit être expliquée plus en détail. Elle repose sur trois références. D'abord, il existe un précédent historique : le débat interne au *Staatsrechtslehre* de la République de Weimar.⁴ Les notions de *Wirtschaftsdemokratie*

¹ Evidemment, ces questions datent en partie d'avant 1989. Elles ont accompagné le processus d'intégration européenne, suscitant des débats plus ou moins fertiles sur la dimension sociale de l'« Europe ». De tels débats réapparaissent régulièrement, comme ce fut les cas, par exemple, en 1950-51, en 1957-62, pendant la crise des années 1970, en 1979-83 et de nouveau suite à l'échec de la politique de relance keynésienne du Président Mitterrand, en 1981-82. Dans ce qui suit, nous nous donnons comme but d'éclairer plus particulièrement la nature, la contribution et l'évolution des débats allemands. Ce choix est justifié par l'argumentation constitutionnelle qui y a prévalu (v. ci-dessous).

² Pour un traitement systématique récent, cf. St. Leibfried et M. Zürn, « The Unravelling Golden Age State », dans St. Leibfried et M. Zürn (s. dir.), *Transformations of the State?*, Cambridge University Press 2005 [*European Review* (13) 2005, p.1], accessible sur <http://www.sfb597.uni-bremen.de/transformations/>.

³ Cf., entre autres, C. Offe, « The European model of 'social' capitalism. Can it survive european integration? » *Journal of Political Philosophy* 11 (2003), 437 ff.

⁴ En langue anglaise, cf. les ouvrages particulièrement bien documentés de P.C. Caldwell et W.E. Scheuerman (s. dir.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston 2000; A.J. Jacobsen et B. Schlink (s. dir.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley-Los Angeles-Londres 2000; et J.P. McCormick (s. dir.), *Mass Democracy and Industrial Technology. Political and Social theory from Nietzsche to Habermas*, Durham, NC-Londres 2002.

(démocratie économique) et *Sozialverfassung* (constitution sociale), telles qu'elles furent développées et promues par Franz Neumann, Hugo Sinzheimer et Ernst Fraenkel en sont conceptuellement voisines.⁵ Cet appareil conceptuel fut réutilisé après la fin de la Seconde guerre mondiale, notamment lors de l'élaboration de la nouvelle constitution allemande.⁶ La question suivante se pose donc naturellement : fut-ce juste un *Sonderweg* de la théorie constitutionnelle d'outre-Rhin ? Notre réponse ne peut être que négative, car il s'agit bien de beaucoup plus que cela. En effet, les tensions entre le droit et la justice sociale, ainsi que la « juridicisation » de ces tensions, revêtent une importance beaucoup plus générale.⁷ Et, si l'on veut bien mener notre réflexion vers des sentiers moins battus, il semble tout à fait possible d'avancer l'hypothèse selon laquelle ce débat serait lié au projet de modernité lui-même, c'est-à-dire à la tension et au conflit

⁵ Cf. sur Franz Neumann, l'ouvrage récent de M. Iser et D. Strecker (s. dir.), *Kritische Theorie der Politik. Franz L. Neumann – eine Bilanz*, Baden-Baden 2002. Sur Fraenkel, cf. W.E. Scheuerman, « Social Democracy and the Rule of Law: The Legacy of Ernst Fraenkel » (*ibid.*), 74 ff.

⁶ P.C. Caldwell, « Is a Social *Rechtsstaat* Possible? The Weimar Roots of a Bonn Controversy » , (*ibid.*, note 5), 136 ff.

⁷ Cf., le numéro spécial du *Canadian Journal of Law and Jurisprudence on Social Democracy* (Guest Editor: Colin Harvey); et notamment R. Burchill, « The EU and European Democracy – Social Democracy or Democracy with a Social Dimension? », 185 ff, qui écrit (p.186): « In addressing the 'wider issues' of democracy, we are taken beyond the political sphere to engage with the social and economic organisation of society. Once we move in this direction, agreement about the nature, scope and content of democracy becomes very contentious. If the overall purpose of democracy is « to provide the conditions for the full and free development of the essential human capacities of all the members of the society » [se référant à M. Loughlin, « Rights, Democracy, and Law » dans T. Campbell, K. Ewing et A. Tomkins (s. dir.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford 1992, 42 ff.] [d]emocracy needs to be something more than the existence of a few basic political procedures. By bringing the idea of 'social' into the frame, we then begin to address the wider issues by incorporating the social and economic aspects of society into our understanding of democracy. However, as this involves making normative claims in relation to democracy, it is widely felt that this stretches the understanding of democracy too far ». La continuité avec les idées développées pendant la période de Weimar est aussi apparente dans le fait que la quête de « constitutionnalisation » s'étend à un nombre croissant de sphères de droit « secondaire », dont le droit privé, sous le titre générique de « societal constitutionalism ». Cf. a ce sujet G. Teubner, « Societal Constitutionalism. Alternatives to State-centred Constitutional Theory? », dans Ch. Joerges, I.-J. Sand et G. Teubner (s. dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford 2004, 3 ff. Cette continuité des débats sur les tensions entre les objectifs politiques de la démocratie sociale d'un côté, et la règle de droit (« rule of law ») dans les démocraties libérales, de l'autre, est primordiale dans le contexte du présent essai. Néanmoins, il est clair qu'elle ne recouvre pas les relations entre le constitutionnalisme et le fait social dans leur intégralité. Il est tout aussi clair que cette continuité n'explique pas, en tant que telle, les raisons de l'approfondissement de l'intérêt pour un « modèle social européen ». Ce qui est valable pour ces deux traditions et pour la notion de « constitution économique » l'est évidemment aussi pour la notion de « droit économique ». Ce terme ne peut être facilement traduit de l'allemand, puisque sa conceptualisation est d'inspiration ordo-libérale et critique. Cette conceptualisation est bien représentée dans des titres tels *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts* (« le droit économique en tant que critique du droit privé »), H.-D. Assmann, G. Brüggemeier, D. Hart et Ch. Joerges, Königstein/Ts. 1980. Cf. le traitement succinct de cette question dans Ch. Joerges, « Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty », dans R. Dehousse (s. dir.), *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?*, Munich 1994, 29 ff., 30-32.

« entre le projet de modernité politique, définie comme autodétermination collective, et celui de modernité économique, définie comme détermination autonome des façons de satisfaire aux besoins humains. »⁸

La seconde idée de départ résulte d'une référence à l'« Economie et Société » de Max Weber. Cette fameuse notion-projet incluait une sociologie du droit. Or, ce type d'analyse juridique, qui se fonde donc en partie sur la sociologie, demeure mal représenté dans les œuvres des constitutionnalistes européens. Certes, on n'aurait pas pu négliger l'importance du droit de l'économie et des relations industrielles, ni celle des interventions sans cesse plus nombreuses de l'Union européenne dans le domaine de la politique sociale⁹; toutefois, ces questions ont été très largement abandonnées au profit des seuls spécialistes de ces domaines précis.¹⁰ Dans ce contexte, la Théorie de la Constitution Economique Européenne à laquelle le titre du présent essai fait référence est une exception. Par sa conceptualisation de l'interdépendance du *Rechtsstaat*, de l'organisation de l'économie européenne, et de l'attribution de la politique sociale aux Etats-nations, cette théorie constitue une vraie réponse constitutionnelle. Aussi a-t-elle contribué à la séparation (le « découplage » de Fritz Scharpf¹¹) de la politique sociale et du projet européen.¹² Malgré son aspect normatif, cette objection est aussi liée à une critique beaucoup plus « sociologique. » Le potentiel de cette théorie en tant que guide du projet européen est consommé ; tous les efforts accomplis pour reconstituer ce potentiel échouèrent et ne peuvent qu'échouer.

⁸ F. Block, « Towards a New Understanding of Economic Modernity », dans Ch. Joerges, B. Stråth et P. Wagner (s. dir.), *The economy as a polity. The political construction of modern capitalism – an interdisciplinary perspective*, Londres (UCL Press) 2005, p. 3 ff. .

⁹ « Creeping Europeanization » dans l'analyse de C. Offe. (note 3).

¹⁰ Cf. la revue de cette question proposée par J.P. McCormick, « Democratic Theory Confronts the European Union. Prospects for Constitutional and Social Democracy in a Supranational *Sektoralstaat*. » (*Political Theory*, à paraître).

¹¹ F.W. Scharpf, « The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity », *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), 645 ff., p. 646.

¹² Une version politiste bien connue de cette thèse fut développée par Fritz Scharpf. Selon cet auteur, les démocraties qui ne peuvent pas résoudre leurs problèmes de stabilité socio-économique encourent le risque de perdre leur légitimité sociale [par exemple, “Democratic Policy in Europe”, *European Law Journal* 2 (1996), 136-155]. Cette thèse est étroitement liée à sa fameuse analyse du « déficit démocratique » de l'Europe: Cf. « The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration », *Public Administration* 86 (1088), 239-278 (« Die Politikverflechtungs-Falle. Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich » *Politische Vierteljahresschrift* 26, 1985, 323-356); et plus récemment, « The European Social Model » (note 11) ainsi que « Problem-Solving Effectiveness and Democratic Accountability in the EU », Ms. Cologne 2004 et Legitimate Diversity: The New Challenge of European Integration Cahiers européens de Sciences-Po, N°1 / 2002.

Il n'en demeure pas moins nécessaire de souligner que la consommation de ce potentiel n'a en soit qu'une valeur assez ambiguë. Comme nous le verrons dans la Partie IV ci-dessous, cette consommation n'a pas donné lieu à une « Europe sociale », ni bien sûr à la reconstruction d'une démocratie sociale européenne. Ni les engagements du Traité Constitutionnel en faveur d'une « économie sociale de marché », ni les nouveaux droits sociaux, ni même le tournant vers de « nouveaux modes de gouvernance » n'offrent de solutions fiables qui puissent être porteuses d'un réel changement. Plus précisément, la « Méthode Ouverte de Coordination » représente, en tant que telle, une menace pour la notion de constitutionalité, c'est-à-dire pour l'idée de gouvernance de, et par le droit. Cette argumentation est fondée sur une troisième prémisse quelque peu « conservatrice », à savoir que les pratiques de gouvernance européennes ne doivent pas prendre le *rule of law* à la légère.

Dans le présent essai nous nous appuyerons sur ce cadre d'analyse tridimensionnel et nous procéderons dans une perspective de reconstruction. Suite à cette introduction, nous soulèverons dans une seconde partie la question des origines de la Théorie de la Constitution Economique, ainsi que celle de la spécificité de la notion de constitutionnalisme dans cette théorie (II.1). Nous présenterons ensuite les transformations de cet héritage théorique dans l'Allemagne de l'après-1945, jusqu'au moment de l'avènement de l'« économie sociale de marché » (*Soziale Marktwirtschaft*) (II.2). La dernière section de cette partie sera consacrée à une explication des raisons pour lesquelles la Théorie de la Constitution Economique connut un tel succès durant la création du projet d'intégration européenne. Le point de vue défendu ici est que ce succès vint à un prix : il prépara le terrain pour le « déficit social » de l'Europe, lequel demeure encore si difficile à surmonter (II.3)

Dans une troisième partie nous présenterons les développements les plus frappants des années 1960 à 2000. Au cours des années 1960 et 70, les principaux partisans de la Théorie de Constitution Economique renouvelèrent fondamentalement leur approche théorique, de telle sorte qu'ils parurent bien préparés pour la nouvelle dynamique de l'intégration européenne dans les années 1980 (section III.1). Cependant, cette nouvelle dynamique, ainsi que la lutte engagée à partir du Traité de Maastricht pour « une union sans cesse plus étroite », conduisirent à un renforcement des politiques européennes de réglementation et à un élargissement de leur portée. Cela finit par rendre ces politiques incompatibles avec la Théorie de la Constitution Economique, que se soit dans sa forme

la plus traditionnelle ou dans sa forme nouvelle (III.2). Dans cette perspective, le soutien apporté à cette théorie par la Cour Constitutionnelle allemande dans son arrêt « Maastricht » fut sans conséquences à plus long terme. Les contraintes politiques que cet arrêt ne fit que confirmer nuisent à la viabilité économique de l'Europe et contribuèrent à l'aggravation du schisme entre le niveau national, où les modèles sociaux se trouvent en panne, et le niveau européen, où des règles différentes ont été institutionnalisées (section III.3)

Le tournant vers de nouveaux modes de gouvernance se présente comme le plus important remède à cette situation. Grâce à la Convention européenne, il devint même un candidat sérieux à la constitutionnalisation. Malgré cela, notre point de vue, développé dans la quatrième partie ci-dessous (IV), n'est pas aussi optimiste.

Notre point de vue pourrait se résumer familièrement : il ne reste pas grand chose de la Constitution Economique, et il n'y pas grand chose là-dedans qui soit de gauche. Mais, ce résumé ne doit pas se limiter à un exercice de déconstruction. Tout au long de cet essai, nous nous efforcerons de révéler aussi une autre dimension du processus d'intégration européenne. Il suffit d'indiquer ici notre perspective générale : selon la Théorie de la Constitution Economique, le marché ne peut être qu'accompagné de mesures institutionnelles visant à sa protection. Nous répondons qu'il n'en demeure pas moins que le marché est une institution sociale, et qu'il ne peut donc ni être gouverné par quelque principe objectif, ni répondre simplement à quelque besoin fonctionnel. Le marché n'est, en fin de compte, qu'un ordre politique. Par conséquent, nous devons assortir l'ouverture de nos économies nationales de certaines réponses, à la fois en ce qui concerne l'érosion du pouvoir politique de l'Etat-nation, et en ce qui concerne le risque d'irresponsabilité dans les nouvelles structures de gouvernance transnationale. C'est un mérite de la Théorie de la Constitution Economique que d'offrir des réponses à ces questions. Néanmoins, ses réponses se sont bornées à la proposition en faveur d'une institutionnalisation des critères de rationalité économique au niveau transnational. Or, l'ordre post-national dans lequel nous évoluons désormais requiert des réponses beaucoup plus complexes, et socialement beaucoup plus sensibles, aux tensions qui se produisent entre l'ouverture des économies nationales d'une part, et le préalable de la solidarité sociale d'autre part. Ces réponses n'existent pas encore. Elles doivent être inventées par une pratique réfléchie. Ainsi, la constitutionnalisation de l'Europe doit

être conceptualisée comme un processus dans lequel le Droit doit surveiller, encadrer et discipliner les pratiques de la gouvernance.

II. Qu'est-ce qu'une Constitution Economique?

Il est – ou du moins il devrait être – impossible d'utiliser le terme « droit constitutionnel » sans réfléchir sur les repères théoriques qui servent à assigner des fonctions spécifiques et à justifier les revendications particulières des normes « constitutionnelles. » Il ne suffit donc pas d'évoquer la doctrine de primauté, l'effet direct ou encore la résistance au changement de certains éléments du noyau dur du droit communautaire, afin de qualifier de telles règles de constitutionnelles.¹³

Et pourtant, ce type de définitions est particulièrement populaire parmi les spécialistes du droit européen, notamment parce qu'il permet d'évoquer l'existence d'une Constitution européenne sans pour autant obliger à soulever la question du décalage entre celle-ci et la « juridicisation » de divers processus politiques, l'état des institutions ou le déficit démocratique des pratiques de gouvernance européennes. L'usage du mot Constitution pour évoquer le droit économique européen n'a donc rien de spectaculaire. Il s'agit bien d'une notion creuse, c'est-à-dire d'une notion qui ne nous informe pas sur la validité des revendications de cette Constitution économique, pas plus que sur sa légitimité normative.¹⁴ Celle-ci, et rien de moins, constitue à la fois la promesse et l'aspiration de la Théorie de Constitution Economique. En effet, ce n'est que grâce à cette ambition que cette théorie peut se réclamer du statut constitutionnel.

Afin de mieux comprendre ces ambitions, nous devons d'abord examiner les origines de cette notion de constitution économique, puis son développement historique.¹⁵ Cette

¹³ Cf. Ch. Möllers, « Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung », dans A. V. Bogdandy (s. dir.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundlagen*, Berlin-Heidelberg-NewYork 2003, 1 ff.

¹⁴ « Economic constitutional law consists of the constitutional rules that deal with economic matters » (« Le droit constitutionnel économique est constitué par les règles constitutionnelles qui ont affaire à des sujets économiques »). Cette définition de J. Baquero Cruz (dans *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Oxford 2002, 29) est tautologique, puisque l'auteur propose d'abord une « notion de Constitution » post-positiviste qui serait « inscrite dans la tradition juridique occidentale » (*ibid.*, p. 12). Elle est aussi insuffisamment démontrée, et ne peut donc pas fournir la base pour la reconnaissance méritée du statut des règles du marché commun, du droit européen de la concurrence et des quatre libertés de circulation.

¹⁵ Il existe une abondante littérature en allemand, mais tel n'est pas le cas pour d'autres langues. Cf. cependant, les analyses récentes de D.J. Gerber « Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *American Journal of Comparative Law* 42 (1994), 25 ff.; et de W. Sauter, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford 1997, 26 ff.

notion trouve ses origines dans le climat d'agitation sociale et d'expérimentation intellectuelle qui caractérisait Weimar. Cela est assez facile à expliquer¹⁶: il était alors

Avec plus de détails, bien que moins de références aux travaux juridiques des ordo-libéraux et de l'*Ordnungstheorie*, cf. Ch. Mantzavinos, *Individuals, Institutions, and Markets*, Cambridge 2001. Pour un exposé plus précoce, cf. C. Friedrich, « The Political Thought of Neo-Liberalism », *American Political Science Review* 49 (1955), 509ff. Les travaux sur l'ordo-libéralisme en langue française sont nettement plus limités. Mais, cf. L. Azoulay, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in M.-A. Frison-Roche (s. dir.), *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris 2003, 277-310. Pour un exposé plus précoce, cf. L. Baudin, *L'aube d'un nouveau libéralisme*, ed. M. Th. Genin et Librairie de Médecis, Paris, 1953 et pour une exception exceptionnelle (ou particulièrement intéressante ??), cf. M. Foucault, *Geschichte der Gouvernamentalität II – Die Geburt der Biopolitik*. Vorlesungen am Collège de France 1978-1979, Frankfurt sur le Main 2004, Vorlesung 6 (en partulier p. 201 ff.).

¹⁶ Selon J. Baquero Cruz (*op. cit.*, note 14, p. 26) la signification que cette tradition donna au concept « contredit certaines conceptions fondamentales et certaines fonctions du constitutionnalisme, et est ainsi à l'origine d'une importante confusion ». Ce point de vue plutôt dur ne vise cependant que la « version de l'ordo-libéralisme originale telle que définie dans *Le Manifeste Ordo de 1936* » (signé par Franz Böhm, Walter Eucken et Hans Großmann-Doerth), dans lequel Baquero Cruz trouve un « fort parfum schmittien ». Il nous est difficile de comprendre pourquoi nous devrions attribuer au Manifeste de 1936 un statut exceptionnel, et par là-même négliger d'autres textes, dont certains sont souvent plus connus (cf. notes 19-20 ci-dessous). Il nous semble pareillement difficile de ne pas prendre en compte les importants travaux sur cette théorie effectués par des générations entières de spécialistes après 1936, et notamment les travaux d'adaptation de la théorie aux exigences du processus d'intégration européenne. Cette remarque « en passant » de J. Baquero Cruz sur le parfum schmittien, qui nous rappelle une affinité intéressante (voir note 26 ci-dessous), est néanmoins problématique pour deux raisons. Premièrement, pour des raisons historiques évidentes elle est susceptible de créer des associations politiques et morales erronées. Dans l'Allemagne nazie, les ordo-libéraux furent en effet un groupe d'opposition. Ils créèrent leur groupe sur la base de leurs préoccupations communes – elles-mêmes inspirées de principes religieux – suite à la *Reichskristallnacht*. Franz Böhm et Walter Eucken étaient membres de la *Bekennende Kirche*. Certains membres de l'École de Freiburg risquèrent leur vie dans la Résistance. Großmann-Doerth, qui avait 42 ans quand apparut le *Manifeste* de 1936, et qui fut par la suite obligatoirement recruté par la *Wehrmacht* en juillet 1939, mourut en 1944. Alexander Rüstow et Wilhelm Röpke quittèrent l'Allemagne. A propos de ce sujet, cf. D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden 1991, et, plus récemment, Ph. Manow, « Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie » *Leviathan* 2001, 179 et s. ainsi que sa *Habilitationsschrift* intitulée « Social Protection and Capitalist Production. The Bismarckian Welfare State and the German Political Economy, 1880-1990 », Cologne 2004 (non publiée), 76 et s., 93 et s. Deuxièmement, Baquero Cruz interprète plutôt mal le « parfum schmittien » : l'Etat fort que les ordo-libéraux réclamaient n'était certainement pas celui d'une démocratie pluraliste (cf. K.W. Nörr, *Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1994, 174 ; E. Megay, « Anti-Pluralist Liberalism : The German Neoliberals », *Political Science Quarterly* 85 (1970), 402 et s.; et le point de vue d'un économiste : H. Oliver, « Ordo and Coercion : A Logical Critique », *Southern Economic Journal* 27 (1960), 117 et s. Néanmoins, cela ne peut aucunement signifier qu'ils se battèrent pour le même genre d'Etat « qualitativement fort » réclamé par Carl Schmitt dans son fameux discours du 23 novembre 1932 [« Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern » (« un Etat fort et une économie saine. Une conférence pour des chefs d'entreprise »), reproduit, par exemple, dans *Volk und Reich. Politische Monatshefte* 1933, 81 et s.]. L'Etat fort de Schmitt demandait la primauté du politique sur l'économie, alors que le but des ordo-libéraux était d'imposer un cadre juridique stable sur l'économie, lequel serait obligatoirement respecté par le (et les) politique(s) (cf., R. Wiethölter, « Franz Böhm (1895 - 1977) », dans B. Diestelkamp et M. Stolleis (s. dir.), *Juristen an der Universität Frankfurt a.M.*, Baden-Baden 1989, 208 et s. – Mais, il n'y a point de théorie économique qui demeure inchangée au travers les décennies. Sur le développement de l'aspect économique de la théorie ordo-libérale, cf. la très lucide étude de

tout à fait possible, et même très commun, de croire que les crises économiques et les tensions sociales dans l'Allemagne de l'après-guerre échappaient à tout contrôle, et donc que la République était menacée par des opposants puissants et acharnés, d'extrême droite et d'extrême gauche. L'ordo-libéralisme chercha donc une solution libérale à cette crise. Cette solution se devait de prendre ses distances par rapport aux idées proches du *laissez-faire*, qu'Alexander Rüstow qualifiait de *paléo-libéralisme*.¹⁷ Deux fameux manifestes, souvent qualifiés de fondements de l'ordo-libéralisme, furent publiés au sommet de cette crise, en 1932 : le "*staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus*" de Walter Eucken,¹⁸ et le "*Interessenpolitik oder Staatspolitik*" d'Alexander Rüstow¹⁹. D'autres protagonistes qui devinrent fameux par la suite ont suivi dès la même année²⁰. Puis vint en 1933 le très important ouvrage de Franz Böhm *Wettbewerb und Monopolkampf*.²¹ La réponse était donc libérale, notamment par son opposition aux (voire son rejet des) deux principales théories concurrentes du moment, à savoir les très étatistes théories de l'Ecole d'Economie Historique d'un côté, et des idées socialistes telles que propagées par le mouvement ouvrier de l'autre.²² Mais cette réponse était tout aussi nettement *post-laissez-faire*, dans le sens qu'elle assignait la tâche d'établir cet « ordre » dans la sphère économique à nul autre que l'Etat. Walter Röpke utilisa ironiquement l'expression « interventionnisme libéral » afin de mieux

Ch. Mantzavinos, *Wettbewerbstheorie. Eine kritische Auseinandersetzung* Berlin 1993, et plus récemment son ouvrage *Individuals, Institutions, and Markets*, Cambridge 2001.

¹⁷ « Paläoliberalismus, Kollektivismus und Neoliberalismus in der Wirtschafts- und Sozialordnung », dans K. Förster (s. dir.), *Christentum und Liberalismus – Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern*, Vol. 13, 149-178; cf, aussi, son « Interessenpolitik oder Staatspolitik? », *Der Deutsche Volkswirt* 6 (1932), 169 ff.; *idem*, « Freie Wirtschaft – starker Staat », dans Franz Bosse (s. dir.), *Deutschland und die Weltkrise* (Schriften des Vereins für Socialpolitik 187), Munich 1932, 62 – 69.

¹⁸ Dans *Weltwirtschaftliches Archiv* 36, 297-321, réimprimé dans *Ordo* 48 (1997), 5-25.

¹⁹ Dans *Der Deutsche Volkswirt* 6 (cité à partir de l'édition de W. Engels and H. Fröls), *Querschnitte*, Düsseldorf 1986, 66-71.

²⁰ A. Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin 1932. – Pour une biographie intellectuelle de Müller-Armack, cf. D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden 1991, 117 ff.

²¹ Berlin 1933.

²² W. Abelshausen, *Kulturkampf. Der deutsche Weg in die neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Berlin 2003, 158 ff.

caractériser cette fonction de l'Etat.²³ La notion paléo-libérale de *Nachwächterstaat* (Etat laissant-faire) devait donc être remplacée par celle d' « Etat fort. »²⁴

Le leader intellectuel de la gauche constitutionnaliste de Weimar, Hermann Heller, comprit immédiatement ce que cela impliquait. Il répondit immédiatement que l'ordo-libéralisme n'était en réalité qu'un libéralisme *autoritaire*.²⁵ Sa réponse produit un effet considérable. Néanmoins, ce n'est que récemment que William E. Scheuerman entreprit de l'utiliser dans une analyse des propositions institutionnelles avancées par le plus grand génie de la seconde génération d'ordo-libéraux, l'économiste « paléo-libéral » et philosophe social Friedrich von Hayek²⁶

1. *L'économie sociale de marché : un projet économique chrétien*

La référence de Scheuerman à l'argumentation de Heller anticipe certains développements sur lesquels nous reviendrons ultérieurement.²⁷ Pour l'instant, retenons une autre dimension qui joua un rôle encore plus important par rapport à l'impact de l'ordo-libéralisme sur l'Allemagne de l'après-guerre, et qui figure clairement dans une fascinante série d'études de Philip Manow.²⁸ La question sociale, qui créa tellement d'effervescence durant les premières phases du capitalisme, posait un sérieux défi aux églises chrétiennes, au moment même où l'idéologie et la pratique européennes de l'Etat-Providence reflétaient nettement leurs affinités religieuses. Bien sûr, tout cela est déjà bien connu par rapport au catholicisme politique. Ce qui l'est moins, c'est l'importance du protestantisme social, racontée en détail dans la nouvelle histoire de

²³ cf. W. Röpke, *German Commercial Policy*, Londres 1934, 40 ff.; cf. aussi *Die Lehre von der Wirtschaft*, Vienne 1937; sur Röpke, cf., M. Glasmann, *op. cit.*, 52 ff.

²⁴ En 1932, avant le *Verein für Socialpolitik*, A. Rüstow écrivit : « Einen starken Staat, einen Staat oberhalb der Wirtschaft, da, wo er hingehört » (« un Etat fort, un Etat situé à un niveau au-dessus de l'économie, selon ce qui convient »), note 17 ci-dessus; cf., W. Abelshäuser, *op. cit.* (note 22) 159.

²⁵ H. Heller, « Autoritärer Liberalismus », *Die Neue Rundschau* 44 (1933), 289 et s.

²⁶ W.E. Scheuerman, « The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich von Hayek », *Constellations* 4 (1997), 172 et s., cf. note 61 ci-dessous.

²⁷ Section III ci-dessous.

²⁸ Ph. Manow, « Modell Deutschland as an interdenominational compromise », Minda de Gunzburg Centre for European Studies, Working Paper 003/2001 ; *idem*, « Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie », *Leviathan* 2001, 179 et s. ; *idem* « The Good, the Bad, and the Ugly : Esping-Andersen's Sozialstaatstypologie und die konfessionellen wurzeln des westlichen Wohlfahrtsstaats, » *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 54 (2002), 203 et s. (il existe aussi une version en anglais : http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/people/pm/download_de.html). Voir aussi le manuscrit de sa Habilitationsschrift, « German Political Economy, 1880-1990 », Cologne 2004.

Manow.²⁹ Or, cette dimension est d'une importance primordiale pour ceux qui cherchent à comprendre la nature de la « Constitution économique. » « Ordo » est certes une notion catholique. Néanmoins, les ordo-libéraux qui l'adoptèrent – Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke – étaient tous liés au protestantisme.³⁰ Ce que recherchaient à la fois les protestants et les catholiques, c'était une troisième voie entre le capitalisme et le socialisme – et l'alliance qui résulta de cette quête commune forma la base de l'économie sociale de marché allemande de l'après-guerre. Il s'agissait donc d'un projet formulé par un petit groupe d'hommes, mais œcuménique - et en tant que tel il définit le programme de l'Union Démocratique Chrétienne (CDU).

2. *La Constitution économique : un « libéralisme autoritaire » revu et corrigé ?*

Cette alliance entre églises, protestantisme politique et catholicisme politique, qui apparut dans les premières années de l'après-guerre, s'étendit progressivement aux syndicats. Ainsi, il apparaît que l'économie sociale de marché fut le projet commun de toutes ces organisations. Ce projet connut un grand succès politique, économique et social.³¹ Néanmoins, l'alliance ne dura pas longtemps. L'Allemagne n'avait pas su surmonter ni le choc de la sécularisation, ni les divisions politiques qui avaient toujours été entretenues depuis le Kaiserreich. Comme Manow explique fort bien, la méfiance envers le libéralisme économique dont hérita le catholicisme social revint à la surface, ramenant avec elle la vieille alliance entre catholicisme, corporatisme économique et « welfarisme » bismarckien.³²

Les ordo-libéraux protestants n'apprécièrent guère cette « restauration » des anciens schémas qui avaient prévalu dans les années 1920. Ce qui était différent maintenant, c'était que les ordo-libéraux avaient conquis une place de prestige dans la nouvelle république de Bonn. Leur groupe s'était considérablement élargi, et leurs opinions dominaient une bonne partie de la vie académique, de l'opinion publique et des

²⁹ « Nouvelles » n'est bien sûr qu'un concept assez relatif. Dans la partie principale (chapitre 3.5, intitulé « Social Protestantism and the Redefinition of Social Reforms »), Manow révèle une longue liste de sources, y compris une grande variété de travaux historiques traitant de cette question précise.

³⁰ Ph. Manow, « Social Protection ... », p. 76, note 5. C'était le cas aussi de l'important porte-parole de l'économie sociale de marché pendant les premières années de la République de Bonn, Alfred Müller-Armack, à propos de l'héritage religieux de ce dernier voir D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus* (note 16), p. 119.

³¹ Pour une analyse courte mais concise, cf. M. Glasman, *Unnecessary Suffering. Managing Market Utopia*, Londres et New York 1996 – en particulier p.50 et s. (sur l'Ordo-libéralisme) et p.56 et s. (sur l'Allemagne de l'après-guerre).

³² Ph. Manow, « Social Protection », p.84 et s. ; W. Abelshauser, *Kulturkampf* (note 22), p. 93 et s.

communications officieuses du gouvernement démocrate-chrétien. En toute confiance, et de façon cohérente, l'ordo-libéralisme renouvela son programme. La Théorie de la Constitution Economique devint un élément central de son approche et de ses messages constitutionnels. Selon cette théorie, toute Constitution devrait respecter les interdépendances entre un système de libre concurrence, de libertés publiques et d'Etat de droit – plus encore, elle devrait s'investir à protéger cet équilibre précieux contre toute « ingérence politique.»³³

Le retour du catholicisme et du protestantisme politiques sur leur trajectoire historique principale renouvela un ancien clivage, ainsi que d'autres controverses du passé. Dans ses études consacrées à l'histoire du droit privé allemand sous les républiques de Weimar et de Bonn, Knut Wolfgang Nörr³⁴ distingue entre deux concepts dans l'histoire du droit économique : l'« économie organisée » (ou « régulée ») et l'« économie sociale de marché. » Bien qu'il minimise les tensions qui aient pu exister à l'intérieur du second concept, il souligne à juste titre que la co-existence du premier concept d'un côté et de l'ordo-libéralisme de l'autre résultait dans l'institutionnalisation d'un paradoxe : l'Allemagne cultivait le credo ordo-libéral et ses concepts associés en même temps que la majorité de ses *Staatsrechtslehrer* (ses professeurs de droit constitutionnel et administratif) se refusaient à prêter une attention sérieuse à la « constitutionnalisation » de l'économie par les ordo-libéraux.³⁵ Par conséquent, Nörr conclut qu'« un phénomène

³³ Cf, entre autres exemples, G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Vol. 2, Frankfurt a.M. 1979, p. 322 et s. (les raisons pour lesquelles la *Rechtswissenschaft* allemande choisit de négliger cette œuvre demeurent inconnues); F. Kübler, « Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik – Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme, » dans D. Simon (s.dir.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt a.M. 1994, p.364 et s. Notons aussi que cette méthode, qui consiste à vouloir choisir d'abord un ordre économique précis puis, seulement après ce premier pas, définir les politiques et les institutions qui le protégeront contre tout envahisseur (hommes politiques ou autres agents suspects), n'était pas tout-à-fait neuve, puisqu'elle avait été développée auparavant par Eucken – cf. H.O. Lenel, « Walter Euckens ordnungspolitische Konzeption, die wirtschaftliche Lehre in der Bundesrepublik und die Wettbewerbstheorie von Heute, » *Ordo*, Band 26, 1975, p.22 et s.

³⁴ *Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Tübingen 1999, p. 5 et s.; ainsi que son ouvrage précédent, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen 1988, et aussi *Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung bis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1994.

³⁵ Et *vice versa* : les ordo-libéraux dominaient les droit économique et le droit privé. Ils gardaient une attitude assez détachée par rapport au courant majoritaire de la *Staatsrechtlehre* ; même le refus explicite du Bundesverfassungsgericht (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 7*, p.377 (1958) – Affaire dite des aides à l'investissement) d'accepter leur théorie de Constitution économique ne les ennuya pas.

fondamental dans l'histoire de la création de la République de Bonn [est cette] double ligne, celle de la politique économique et celle du droit économique constitutionnel. »³⁶

Paradoxe ou *List der Vernunft* come chez Hegel? Quoi qu'il en soit, cette double ligne que Nörr trouve tellement contradictoire d'un point de vue théorique s'avéra très réussie dans la pratique. La dimension sociale de l'économie de marché allemande de l'après-guerre survécut et florissait.³⁷ Ce fait bien connu explique la présence aujourd'hui de l'objectif d'une « économie sociale de marché hautement compétitive » dans l'Article I-3 du Traité Constitutionnel, ainsi que la présence de cet objectif parmi les buts de l'Union européenne.³⁸ Ses espoirs pour une harmonie préétablie entre compétitivité et solidarité sociale ont des racines anciennes. Dans le compte rendu de Manow sur l'exemple allemand, les succès de l'économie sociale de marché résulta de l'incapacité à la fois de la doctrine de « laissez-faire » et du libéralisme autoritaire à déterminer les politiques suivies par le gouvernement de Bonn. Au contraire, l'Allemagne institutionnalisa « un système interventionniste décentralisé et fonctionnel. »³⁹ Selon le brillant résumé de Glasman, « personne ne “dessina” l'Allemagne de l'après-guerre; elle fut taillée dans un matériau moral et éthique beaucoup plus durable et sophistiqué que ceux offerts par la théorie économique ou n'importe quelle autre méthodologie des sciences sociales. »⁴⁰

3. L'ordo-libéralisme dans la Communauté européenne: le découplage de l'intégration économique de l'Etat-providence et sa politique sociale

Le vrai compromis qui se réalisa, la *Wirtschaftsverfassung* au fort caractère corporatiste, les aspirations du catholicisme politique à une « démocratie économique » et la reconstruction de l'Etat-providence bismarckien sous le chancelier catholique Adenauer, ne fut pour les chefs des ordo-libéraux qu'un réel fléau. Ils virent l'Allemagne s'engager à nouveau dans « la route de la servitude.» Et il est tout à fait

³⁶ K.W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft* (note 34), p. 84, notre traduction.

³⁷ W. Abelshausen, *Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland 1949 - 1966*, Frankfurt a.M. 1987.

³⁸ Cf. Ch. Joerges and F. Rödl, « The 'Social Market Economy' as Europe's Social Model? », EUI Working Paper Law No. 2004-8 (<https://www.iue.it/UB/law/04-8.pdf>) sur le Projet de Traité pour une Constitution pour l'Europe, CONV 850/03, Bruxelles, 18 juillet 2003; Article I-3 de la Conférence Inter-Gouvernementale du 22 juin 2004 (Annex 3, doc. 82/04, accessible dans sa version anglaise à la page web <http://www.statewatch.org/news/2004/jun/constitution-amendments-june22.pdf>)

³⁹ *Ibid.*, Ch. 3.6, page 96.

⁴⁰ *Op. cit.*, page 55.

vrai que leur agenda institutionnel, dans lequel on avait réservé une place des plus importantes à la quête d'autorités administratives fortes dédiées à la protection de la libre concurrence et protégées à la fois du pluralisme des intérêts privés et des insinuations politiques du gouvernement, était souvent négligé dans la *Verhandlungsdemokratie* allemande.⁴¹ Cela paraît donc normal qu'ils eussent pleinement adopté le projet d'intégration, l'encourageant de toutes leurs forces, et insérant leurs vues dans cette nouvelle institution.⁴²

La phase formative de la Communauté Economique Européenne a déjà été souvent racontée, dans plusieurs langues et diverses disciplines scientifiques – particulièrement par des juristes, des politistes et des historiens.⁴³ L'histoire de la Constitution économique européenne est tout aussi bien documentée.⁴⁴ Ainsi, nous pûmes nous-

⁴¹ La *Kartellgesetz* ne fut votée qu'en 1957 sous la chancellerie de Konrad Adenauer, avec Ludwig Erhard, le plus fort allié politique des ordo-libéraux, agissant comme promoteur. Elle fut présentée comme « la Loi Fondamentale de l'Economie Sociale de Marché », bien qu'elle ne réalisa évidemment pas les idéaux ordo-libéraux dans leur intégralité. Cf la reconstruction de tout ce processus historique, dans G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Vol. 2, Frankfurt a.M. 1979, 383 ff.

⁴² Ceci ne revient pas à dire qu'Erhard lui-même ne fut pas critique envers les projets CECA et CEE, souvent au grand dam d'Adenauer. Néanmoins, pendant le débat parlementaire sur la ratification du Traité CEE, Erhard déclara son soutien au « oui inconditionnel ».

⁴³ Avec beaucoup de succès par J.H.H. Weiler pour le droit [« Transformation of Europe », *Yale L.J.* 100 (1991), 2 ff.; *The Constitution of Europe. Do the new Clothes have an Emperor?*, Cambridge 1999, 10 ff.], par A. Moravcsik pour la science politique (*The Choice for Europe. Social Purpose/State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, NY 1998, 86 ff. – malgré ses failles méthodologiques et historiques, cet ouvrage demeure très utile), et par A.S. Milward pour l'histoire (*The European Rescue of the Nation-State*, 2nd ed., Londres et New York 1999). Il est intéressant de noter ici deux choses: premièrement, l'histoire juridique ne s'est jamais sérieusement penchée sur l'Europe communautaire; deuxièmement, aucun de ces brillants travaux ne prend en compte l'ordo-libéralisme et sa notion de « Constitution Economique » (pour une possible explication, cf. note 44 ci-dessous).

⁴⁴ M.E. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community. From 'Rome' to 'Maastricht' », *European Law Journal* 1 (1995), 5-30; W. Mussler, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, Baden-Baden 1998; P. Behrens, « Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft », dans G. Brüggemeier (s. dir.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, 73-90; pour un récent résumé, cf. A. Hatje, « Wirtschaftsverfassung », dans A. v. Bogdandy (s. dir.), *Europäisches Verfassungsrecht*, op. cit. (note 13), , 683 ff. – Cf. aussi en langue anglaise les importantes contributions de W. Sauter, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford 1997, 26 ff.; D.J. Gerber, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *American Journal of Comparative Law* 42 (1994), 25 ff. – « But how does all that relate to the real World? », Damian Chalmers (Londres) commenta : « One point I have always thought is that France, Belgium, Italy were unconcerned by Ordo-liberalism, because of Article 86 (ex Article 90 EC) which they saw as a derogation from its structures (particularly the second paragraph) for all their public sector. Of course, that interpretation was shattered by Höfner, but a plausible interpretation of the first 15 years of integration was that it did follow the French model. None of the Treaty provisions were directly effective. Agriculture, external commercial policy, transport, coal and steel – huge parts of the trading regimes of the 6 – all proceeded on legislative harmonisation. It was only for a period from the mid 1970s to the mid 1990s, I would argue that an ordo-liberal model– with the development of Article 30 EC and Article 86 EC – began to get hegemony. Of course, during that period there was

mêmes publier de brèves contributions sur cette question à diverses occasions.⁴⁵ Il suffit ici de répéter une seule chose : les affinités entre l'ordo-libéralisme et le projet d'intégration de 1957 étaient multiples, et ce pour diverses raisons. En tant que concept, l'ordo-libéralisme apparut particulièrement approprié à la légitimation et à l'orientation du projet d'intégration, notamment en Allemagne. Les libertés garanties dans le Traité CEE, l'ouverture des économies nationales, les règles contre la discrimination, ainsi que l'engagement en faveur d'un système de libre concurrence, furent interprétés comme une « décision » qui favorisait une Constitution économique fondée sur la conception ordo-libérale de l'encadrement d'un système économique de marché (au moins dans la mesure où les nombreuses dérogations à ce système pouvaient être analysées comme des exceptions, et qu'on pouvait – puisqu'on devait ! – fermer les yeux sur le péché originel que fut la Politique Agricole Commune). Le fait que l'Europe s'engageait dans la voie de l'intégration dans une perspective purement économique rendait les arguments ordo-libéraux plausibles, voire même nécessaires : selon les ordo-libéraux, la Communauté gagnerait sa légitimité en interprétant les dispositions pertinentes du Traité en tant que fondements juridiques d'un ordre engagé en faveur des libertés économiques et de la protection de la libre concurrence, et mis en œuvre par des institutions supranationales. Cette légitimité serait donc indépendante de la question du

only limited harmonisation. Moreover, in the late 1970s, it was offset by substantial legislation in the labour and environmental law fields. My point is that there have been competing visions of the EC Treaty which have swapped predominance at different times ». Une bonne question à laquelle nous pouvons ajouter: si l'ordo-libéralisme fut effectivement si important, pourquoi est-il tellement inconnu au-delà des frontières de l'Allemagne, et tellement méconnu par les politistes ? [à noter aussi que, dans ses œuvres citées ci-dessus, Philip Manow ne s'intéresse qu'à l'Allemagne, pas à l'Europe ; mais, la dimension européenne entra plus récemment dans son œuvre : cf. Ph. Manow, A. Schäfer et H. Zorn, « European Social Policy and Europe's Party-Political Center of Gravity, 1957-2003 », MPIfG Discussion Paper 04/6, Cologne 2004; cf, aussi, Ph. Genschel, « Markt und Staat in Europa », *Politische Vierteljahresschrift* 39 (1998), 55 ff.]. La réponse facile à cette question serait la suivante : trop peu de gens listent la langue allemande. Une réponse plus complexe est : les politistes ne prêtent pas assez d'attention aux théories normatives. Néanmoins, l'ordo-libéralisme à lui-même toujours bien vécu ce manque d'attention de leur part. Après tout, dans les grandes institutions allemandes, les juristes et les économistes occupent des positions plus importantes que les politistes – mais ce qui est vrai au sujet des économistes allemands travaillant et offrant leurs conseils à partir de la tradition ordo-libérale ne l'est évidemment pas pour tous les économistes. D'importants ouvrages économiques, tel celui de M. Motta intitulé *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge 2004, ne mentionnent nullement ni la première ni la seconde ni la troisième génération d'ordo-libéraux.

⁴⁵ Depuis « Markt ohne Staat » [Le Marché sans l'Etat ? La « Constitution Economique » de la Communauté européenne et la Renaissance des Processus Politiques de Réglementation, European Integration online Papers (EIoP) Vol. 1 (1997) No 19; <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>].

caractère démocratiques de cet ordre. De même, elle définirait les limites de la CEE, en excluant en tant qu'illégitime et illégale toute politique économique discrétionnaire.⁴⁶

Ainsi, une perspective prometteuse s'ouvrirait pour l'institutionnalisation d'une Constitution économique ordo-libérale. Quid de la fameuse économie sociale de marché de l'Allemagne ? Dans une de ses récentes et pertinentes analyses, F.W. Scharpf propose de » s'interroger au sujet de « la voie qui ne fut pas empruntée » dans les années 1950. « Où serions-nous aujourd'hui », demande-t-il, « si pendant les négociations de 1956 qui menèrent aux Traités de Rome et à la création de la CEE, le Premier Ministre (Socialiste) français Guy Mollet l'eût remporté ? Mollet, avec l'appui des industriels français, tenta de faire de l'harmonisation des réglementations sociales et des mesures fiscales une condition sine qua non de l'intégration de marchés industriels. De telles tentatives d'harmonisation des politiques sociales auraient-elles réellement pu aboutir, ou auraient-elles bloqué le processus d'intégration européenne tout entier ? »⁴⁷ Comme Scharpf lui-même ajoute, cette intéressante question ne peut pas recevoir de réponse.

Nous ne pouvons connaître que ce qui fut réellement accompli, c'est-à-dire le «découplage» entre la dimension sociale et l'institutionnalisation d'un « système de libre concurrence » européenisé. Cela était bien évidemment au goût des ordo-libéraux. Selon eux, le niveau de gouvernance européen ne pouvait pas – pis, ne devait pas – être encombré par des fonctions politiques qui auraient requis une légitimité politique, laquelle ne peut exister qu'en vertu d'institutions propres aux démocraties constitutionnelles. Indépendamment de notre point de vue personnel sur cet argument, l'argument n'en demeure pas moins cohérent et compatible avec l'ordre institutionnel de la Communauté Economique Européenne telle qu'elle fut conçue à l'origine.⁴⁸

⁴⁶ Cf. A. Müller-Armack, « Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes », in *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg i.Br. 1966, 401 ff. Pour un exposé actuel, cf. J. Drexler, « Wettbewerbsverfassung », dans A. v. Bogdandy, *op. cit.* (note 13), 747-802.

⁴⁷ F.W. Scharpf, « The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity », *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), 645-670, p. 645 ff; cf, aussi, Ph. Manow, A. Schäfer et H. Zorn, « European Social Policy and Europe's Centre of Gravity, 1957-2003 » (note 44), 16 ff. et leur référence à A. Milward, *The European Rescue* (note 43), 213 ff.

⁴⁸ E.-J. Mestmäcker est le leader intellectuel incontestable et exceptionnel de la tradition ordo-libérale. Il publia récemment ses plus importants essais sur la constitutionnalisation de l'économie dans l'UE, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union. Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration*, Baden-Baden 2003. La période qu'il couvre va de 1965 à 2001. Toutes les étapes du processus d'intégration y sont présentées et tous les grands débats y sont discutés. Un peu moins impressionnante quant à ses fondements théoriques est la nouvelle édition de son ouvrage

L'ordre politique européen proposé par les ordo-libéraux repose sur une double structure: au niveau supranational, il est engagé en faveur de la rationalité économique et de la protection de la libre concurrence ; au niveau national, des politiques redistributives (sociales) peuvent être instituées et développées.

Récapitulons : l'Europe fut constituée comme un ordre politique à deux facettes. Sa « Constitution économique » était apolitique, du moins dans le sens qu'elle ne pouvait pas faire l'objet d'interventions politiques. Cela était sa raison d'être constitutionnelle-supranationale. La politique sociale était définie comme un sujet totalement distinct. Elle formait un (ou peut-être le ?) domaine de législation politique et, par conséquent, devait rester nationale. L'« encastrement » social du marché pouvait, et devait, être accompli par les Etats Membres selon des modalités différentes – et, pendant environ une décennie, cette recette créa une sorte d'équilibre qui paraissait stable.⁴⁹

III. Les ambivalences des développements de l'après-1985

Le « livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, » présenté en 1985 par la Commission Delors,⁵⁰ est considéré à juste titre comme un tournant et une importante percée. Suite à des années de stagnation, le projet d'intégration développa une nouvelle dynamique, grâce notamment à la focalisation bien choisie de toutes les énergies politiques. Les évaluations de l'initiative de la Commission, ainsi que des processus qu'elle déclencha, furent naturellement ambivalentes. Au départ, les protagonistes d'une « Constitution économique » européenne répondirent très positivement (point 1 ci-dessous). Néanmoins, le Traité de Maastricht de 1992, qui devait transformer la Communauté en une « union sans cesse plus étroite », fut vivement contesté, précisément à cause de cet élargissement des ambitions communautaires (point 2). L'union monétaire qui fut décidée à Maastricht, puis confirmée par le Tribunal Constitutionnel allemand, tourna à nouveau une autre page (point 3).

Europäisches Wettbewerbsrecht, Munich 1974: E.-J. Mestmäcker et H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2^e ed., Munich 2004.

⁴⁹ Il est peut-être intéressant de noter ici que ce compte rendu partage certaines affinités structurelles, ou du moins est compatible, avec l'analyse que propose J.H.H. Weiler sur la co-existence, voire l'interdépendance, du « supranationalisme juridique » et de l'« inter-gouvernementalisme politique » de la CEE (cf. note 43 ci-dessus et son œuvre très novatrice « The Community system: the dual character of supranationalism », *Yearbook of European Law* 1 (1981), 257 ff) .

⁵⁰ Commission des CE, « L'achèvement du marché intérieur : Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen », COM(85) final du 14 juin 1985.

1. « Invasions du marché »?

L'initiative « Marché Commun » de la Commission pourrait être interprétée comme un effort de renforcement de l'institutionnalisation de la rationalité économique du projet d'intégration.⁵¹ Cette interprétation fut bien sûr partagée, voire promue, par des observateurs engagés dans la tradition ordo-libérale. Les raisons en furent amplement expliquées dans les publications des fiefs de l'ordo-libéralisme, tels le Comité Consultatif du Ministère Fédéral de l'économie⁵² et la Commission des Monopoles.⁵³

Le livre blanc avait rejeté les politiques d'harmonisation traditionnelles, car il se plaçait dans la perspective de l'arrêt (déjà légendaire) de la CJCE « *Cassis de Dijon* »⁵⁴, et donc dans la perspective du nouveau principe de reconnaissance mutuelle. Avec le renforcement des quatre libertés, ce contexte juridique pouvait être interprété comme offrant une base sur laquelle pourrait s'amorcer un processus de concurrence entre les différentes structures réglementaires nationales, exposant celles-ci à l'épreuve de rationalité économique. A l'empressement de la CJCE pour encadrer les législations nationales en vertu de l'article 30 (devenu 28) s'ajoutaient de nouveaux développements dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence. Dans ce domaine, l'attention prêtée aux problèmes de fonctionnement de marchés (« market failures ») se compléta par une nouvelle focalisation sur les problèmes des politiques de réglementation (« regulatory failures »). Ainsi, au contrôle des opérations des agents privés s'ajouta le contrôle des réglementations anticoncurrentielles et des aides d'Etat. Ces nouveaux fondements servirent logiquement la cause dé-réglementaire ainsi que celle des privatisations. Politiquement et constitutionnellement, ce changement de perspective équivalait à une nouvelle ère.

Comment cette réorientation s'agençait-elle avec la Constitution économique ordo-libérale ? Force est de constater qu'elle ne s'y ajustait pas du tout. Mais, l'ordo-libéralisme traditionnel lui-même avait déjà été révisé en profondeur par ses principaux exposants dès la fin des années 1960. L'allégeance de ces théoriciens se déplaça progressivement, passant de Walter Eucken à Friedrich A. von Hayek. L'ouvrage de ce

⁵¹ Ch. Joerges, « Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty » (note 6), 37 et suite.

⁵² Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Stellungnahme zum Weißbuch der EG-Kommission über den Binnenmarkt* (Schriften-Reihe 51), Bonn 1986.

⁵³ Monopolkommission, « Ahtes Hauptgutachten der Monopolkommission 1988/1989 », BT.-Drucksache 11/7582 du 16 juillet 1990, 401.

⁵⁴ Affaire 120/78, ECR [1979] 649.

dernier « *Wettbewerb als Entdeckungsverfahren* »⁵⁵ devint le manifeste d'une nouvelle génération de chercheurs qui travaillaient dans la tradition ordo-libérale.⁵⁶ Les conséquences de ce cadre théorique renouvelé, au niveau juridique et au niveau des politiques publiques, furent expliquées clairement et de façon très détaillée, d'abord au niveau national, puis tout de suite après au niveau européen. Laissons ces conséquences de côté ici, mais notons néanmoins au passage que cette nouvelle génération demeura, d'une façon importante, fidèle à la tradition ordo-libérale. Le cadre dans lequel est sensé se développer encore davantage le projet d'intégration européenne est apolitique, dans le sens qu'il n'est pas sujet au débat politique et à la délibération publique. Comme par le passé, ce cadre sert à institutionnaliser les libertés et la rationalité économiques. Il remplit cette fonction avec davantage de flexibilité, mais aussi de façon plus englobante, qu'il n'était originellement prévu par la première école de pensée ordo-libérale. Par conséquent, il mérite le nom de « Constitution économique. »⁵⁷

Les espoirs exprimés par les principaux exposants de cette école de pensée correspondaient aux attentes d'un grand nombre d'analystes plus critiques envers le projet d'intégration européenne. Ce schisme entre « partisans » et « opposants » fit partie d'un débat plus général portant sur les bénéfices et les coûts de la gouvernance de

⁵⁵ (La concurrence en tant que processus de découverte) Kiel 1968, reproduit dans F.A. von Hayek, *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen 1969, 249-265.

⁵⁶ Le plus grand économiste de l'école de Freiburg pendant cette époque était Erich Hoppmann. Le plus important et le plus fascinant parmi un grand nombre de juristes est Ernst-Joachim Mestmäcker, un disciple de Franz Böhm (cf. note 48); dans ce contexte, voir aussi la proposition de ce dernier à la Convention Européenne : « Report to the European Convention on Economic Liberties », déposé par E.-J. Mestmäcker le 29 octobre 2002. Ce document est accessible sur le site de la Convention (mais, il n'a apparemment pas été pris en compte par le Groupe de Travail VI sur la Gouvernance Economique/*Ordnungspolitik*; cf. Section V.1 ci-dessous).

⁵⁷ Le passage de Walter Eucken à Friedrich A. von Hayek, et en particulier le changement de focalisation, des distortions de la concurrence dues aux acteurs privés, à celles dues aux interventions publiques, a un impacte sur le rôle de l'Etat et des institutions étatiques. Dans un récent article intitulé « Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek » (dans *Constellations* 4 (1997), 172 et s.), W.E. Scheuerman défend la thèse selon laquelle les différences ne sont pas aussi nombreuses que l'on pourrait le croire. En effet, von Hayek partageait la traditionnelle méfiance ordo-libérale, qui fut aussi celle de Schmitt, envers les institutions pluralistes, y compris du point de vue de leur performance. Mais, cette similitude dans leurs analyses ne s'étend pas aux conséquences qu'ils en tiraient. Ils partageaient l'avis que l'interventionnisme de l'Etat providence ne pouvait que déboucher sur un Etat « quantitativement » fort (cf. C. Schmitt, note 16 *supra*). Néanmoins, Hayek n'optait évidemment pas pour un Etat « quantitativement » fort tel que voulu par Carl Schmitt après 1933. Ceci n'est pas ce qu'insinue Scheuerman, qui semble plutôt focalisé sur les éventuelles conséquences, ainsi que sur les risques sociaux et politiques, d'une destruction de l'Etat providence aussi radicale que celle proposée par Hayek dans sa « proposition constitutionnelle bizarre », dans *Law, Legislation and Liberty* (Scheuerman se reporte au volume 3, Chicago, Ill. 1979, 113).

marché.⁵⁸ Ce débat est bien sûr très intéressant pour une évaluation du projet « 1992 » Mais il n'y est pas « directement applicable », car la mise en œuvre de ce projet offrit à la fois une déception pour ses exposants, qui y avaient placé tous leurs espoirs, et une preuve que les angoisses de leurs opposants étaient exagérées. Ce qui avait commencé comme un effort collectif pour rétablir la compétitivité perdue de l'Europe par de nouvelles stratégies (de déréglementation) déboucha rapidement sur l'intervention de l'UE dans un nombre croissant de politiques et la mise en place de mécanismes de réglementation toujours plus sophistiqués.⁵⁹ En particulier, l'intérêt exprimé par la législation européenne et la Commission en faveur d'une « régulation sociale » (santé et sécurité des consommateurs et des travailleurs, et protection de l'environnement) ne pouvait être légitimement combattu. Le poids et la dynamique de ces politiques avaient été complètement sous-estimés par le tenants de la « Constitution économique. »⁶⁰

2. *Erosions du Marché*

Les éloges du Programme sur le Marché Intérieur ne durèrent pas longtemps : la préparation et l'adoption du Traité de Maastricht en 1992, qui fut perçu comme un moment d'approfondissement et de consolidation du projet d'intégration, rencontrèrent une critique féroce.⁶¹ Les raisons en sont multiples et – de l'intérieur du cadre théorique (néo-)ordo-libéral – à la fois compréhensibles et péremptoires. Comment pourrait-on continuer à assigner une fonction constitutive au « système de libre concurrence » quand la promotion d'un tel système ne constitue qu'un seul objectif parmi d'autres, et

⁵⁸ Pour un récent résumé de l'opinion qui s'oppose au marché cf. S. Lukes, « Invasions of the Market », dans R. Dworkin *et al.* (eds.), *From Liberal Values to Democratic Transition: Essays in Honor of János Kis*, Budapest-New York 2004, Ch. 4.

⁵⁹ Pour un compte rendu complet, cf. V. Eichener, *Entscheidungsprozesse in der regulativen Politik der Europäischen Union*, Opladen, 1997.

⁶⁰ « Sous-estimés » est un concept empirique et donc insuffisant pour une appréciation satisfaisante du programme ordo-libéral. Il serait aussi trop simpliste de suggérer que les théories économiques ne peuvent en principe pas incorporer et analyser les problèmes de la « risk society » (cf., K.-H. Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen 2000, notamment pp. 171 et s.; A. Arcuri, « The Case for a Procedural Version of the Precautionary Principle Erring on the Side of Environmental Preservation », dans D. Mortimer (s. dir.) *Frontiers on Regulation and Liability*, Aldershot: Ashgate (à paraître). Il n'en demeure pas moins que les protagonistes de la « Constitution économique » demeurèrent silencieux, et par là même contribuèrent à la dévaluation de leur propre approche.

⁶¹ Voir W. Mussler, *op. cit.* (note 44), 166 ff.; M. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution ... »; P. Behrens, « Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft », dans G. Brüggemeier, *op. cit.* (note 44), 73 ff.; W. Mussler, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, 1998, 166 ff.; et le très élégant E.-J. Mestmäcker, « On the Legitimacy of European Law » (1993), reproduit dans *idem* (note 48), 133 ff.

que son poids relatif ne peut être déterminé qu'au moyen de processus politiques ?⁶² Comment pourrait-on réconcilier l'engagement en faveur de la concurrence comme la procédure de découverte dans tout ce qui touche à l'économie avec la reconnaissance de la politique industrielle en tant que préoccupation constitutionnellement légitime ? Le Traité de Maastricht marqua donc la fin de la « Constitution Economique. » A partir de ce moment, l'école ordo-libérale se redéfinit comme un mouvement d'opposition.⁶³ Cela ne revient pas à dire que les adhérents à l'ordo-libéralisme abandonnèrent leur cause. Au contraire, ils continuèrent à développer leur approche et à explorer les possibilités pour le renforcement du poids (devenu relatif) et de l'impact de celle-ci.⁶⁴ Ils effectuèrent donc un virage, passant d'une identification pleine d'aplomb avec le projet d'intégration à une critique de sa trajectoire.

3. Des Règles contre la Politique?

L'union monétaire, le jugement de Maastricht et le Pacte de Stabilité

Le mouvement de contestation à l'égard du Traité de Maastricht, qui conduisit à un jugement de la cour constitutionnelle de la République Fédérale (*Bundesverfassungsgericht*),⁶⁵ offrit une réelle occasion de promouvoir la cause ordo-libérale. S'il n'était pas vraiment élégant, le cadre juridique que proposaient ces opposants offrait au moins l'avantage d'être intéressant et de répondre directement au premier groupe de prémisses évoquées ci-dessus dans l'introduction.⁶⁶ Les compétences de la Communauté européenne, devenue l'Union européenne, sont énumérées et donc limitées. Elles étaient néanmoins considérables, et elles impliquaient, toujours selon les plaignants, une perte de pouvoirs de la part de l'Etat nation. Avec la perte de ses pouvoirs, un Etat demeurerait-il démocratique dans le sens de sa propre Constitution ? En réponse à cette question, le *Bundesverfassungsgericht* promettait de défendre la démocratie constitutionnelle de l'Allemagne contre l'érosion de l'Etat. Mais, ce

⁶² Voir Articles 2 et 3(g) du Traité, tels que modifiés par les Articles G (2) et (3) du TUE.

⁶³ Voire, notamment, l'étude très claire de M.E. Streit et W. Mussler, ainsi que celle de P. Behrens (note 61).

⁶⁴ P. Behrens, « Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Profil des Konventsentwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa », à paraître dans *Festschrift Ulrich Immenga* 2004, est un peu plus prudent dans son évaluation du Projet de Constitution de la Convention qu'il ne le fut au sujet du Traité de Maastricht (cf. note 63 ci-dessus). Néanmoins, l'essence de raisonnement demeure inchangée. La multitude des engagements constitutionnels, lue aussi à la lumière du postulat de cohérence introduit dans l'Article III-1, introduit un important équivoque quant au poids de l'objectif de libre concurrence.

⁶⁵ Jugement sur le Traité de Maastricht, du 12 octobre 1993, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 89, 155, en langue anglaise: [1994] 1 CMLR 57.

⁶⁶ Cf. le texte accompagnant la note 2.

jugement finit par légaliser l'intégration européenne, confirmant ainsi la légitimité constitutionnelle des propositions institutionnelles des ordo-libéraux et limitant le contrôle que pouvaient exercer les Etats Membres sur leurs propres économies nationales.

Comment cela fut accompli, et pourquoi est-ce passé tellement largement inaperçu ? Il y a là un paradoxe fondamental – et très clair – dans le raisonnement de la Cour. D'un côté, selon la *Bundesverfassungsgericht*, la sauvegarde des compétences « essentielles » du Parlement allemand était une nécessité constitutionnelle. Mais, d'un autre côté, la Cour adoptait ensuite un ton plus argumentatif, beaucoup plus proche de l'ordo-libéralisme strict. L'intégration économique était ainsi qualifiée de phénomène apolitique, opérant de façon autonome, au-delà des Etats Membres et de leur(s) volonté(s). Tout ce dont l'Union Monétaire avait besoin se résumait donc à une légitimité fonctionnelle fondée sur un engagement institutionnellement garanti en faveur de la stabilité des prix et contre les déficits excessifs des finances publiques. Une telle structure institutionnelle permettrait, selon les conclusions de la Cour, d'isoler l'intégration économique des critiques envers sa légitimité démocratique. En d'autres termes, l'Europe pouvait se maintenir en tant que « marché sans Etat » alors que ses sous-unités, jadis appelées les « Maîtres des Traités » (*Herren der Verträge*), pouvaient être reléguées dans la catégorie d' « Etats sans marchés. »⁶⁷

Cette version des faits est évidemment inspirée du cadre d'analyse adopté dans le présent essai. En dehors de l'Allemagne (mais aussi à l'intérieur du pays, notamment parmi les publicistes spécialisés dans l'étude de l'Europe), l'aspect paradoxal de l'argumentation de la Cour passa inaperçu. Au contraire, on ne reprocha à la construction par le *Bundesverfassungsgericht* d'une ligne de défense de la démocratie fondée sur l'Etat-nation, que les échos qu'elle fit de certaines idées « schmittiennes. »⁶⁸

⁶⁷ Ch. Joerges, « States without a Market. Comments on the German Constitutional Court's Maastricht-Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses », NISER Working-Paper, Utrecht, 1996, accessible aussi sur <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-020.htm>. Clairement, nous devons aussi nous demander à quel point cette Cour espérait que ces limitations soient prises sérieusement. D'après la réponse du *Bundesverfassungsgericht* aux plaintes ultérieures portant sur l'entrée en vigueur de la troisième phase de l'Union Monétaire, la réponse ne peut être que la suivante : « elle n'espérait pas être interprétée littéralement » : les institutions politiques compétentes peuvent en effet se fonder sur leurs prérogatives afin d'évaluer la situation économique et monétaire. Cf. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 97, 350 -- « Euro. »

⁶⁸ Cf. J.H.H. Weiler, « Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision » in *European Law Journal* 1 (1995), 219 ff. (also in O. Due, M. Lutter and J. Schwarze, *Festschrift für Ulrich Everling*, Vol. 2, Baden-Baden 1995, 1651 ff.).

Mais, même si cela était juste, le point que nous tentons de souligner ici semble plus fondamental. Le raisonnement de la Cour impliquait que, du point de vue de son droit constitutionnel, l'Allemagne ne pouvait accepter l'union monétaire qu'à condition que tout le reste de l'Europe n'en vînt à souscrire à la philosophie monétaire allemande.

Il n'y a aucune raison d'être fier de l'imposition de concepts ordo-libéraux au reste de l'Europe. Il y a beaucoup plus de raisons de croire qu'il ne s'agissait, au mieux, que d'une victoire à la Pyrrhus. En termes de politique économique et de démocratie politique, l'aspect le plus problématique des amendements de 1992 concernent la politique budgétaire. Ces amendements visent à établir des règles budgétaires raisonnables; or, ils ne le font pas au moyen d'un processus politique, mais au travers d'une « juridicisation », c'est-à-dire des règles contenues dans l'Article 104 et dans le « Protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs » (cette procédure étant placée sous surveillance de la Commission européenne). Le remplacement de la politique fiscale par des règles préétablies mais incomplètes reflète la précarité de la légitimité politique de l'ensemble de la construction. La politique budgétaire fait partie intégrante de la politique économique. Et, puisqu'elle ne peut que demeurer politisée, certains acteurs que les citoyens doivent pouvoir identifier clairement doivent en assumer la responsabilité. Les règles-cadres et leur mise en oeuvre par la Commission européenne constituent une formule typique. A chaque fois que l'Europe doit organiser un champ d'action politique dans lequel les pouvoirs juridiques et/ou les ressources administratives du niveau de gouvernance européen sont insuffisants, il devra faire appel à de telles techniques.

Cela démontre bien que les Etats Membres ne sont ni capables, ni disposés à se soumettre à un compromis institutionnel qui se présenterait comme une réponse supranationale et apolitique dans un domaine qui a été longtemps au coeur des prérogatives nationales (une composante de la souveraineté) et des pouvoirs parlementaires. Il n'y pas seulement l'Allemagne, qui fut jadis le champion plein d'aplomb de la stabilité imposée par des règles strictes, qui ne respecte pas la limite des 3% de déficit budgétaire : il y a aussi la France, les Pays-Bas, la Grèce, le Portugal et au moins six des dix nouveaux Etats Membres. Et si le Pacte de Stabilité était fondé sur des hypothèses de départ incertaines ? Barry Eichengreen, un observateur américain de la

politique monétaire européenne pendant les négociations du Traité de Maastricht,⁶⁹ est de cet avis. Selon une de ses expressions clémentes, la règle des 3% « n'a aucun bon support théorique. »⁷⁰ Parfois, son langage devient nettement plus dur.⁷¹ Néanmoins, il n'est qu'un économiste parmi d'autres. Mais, ce qui demeure au-delà de toute controverse est le « fait » qu'il existe une controverse quant au caractère raisonnable/rationnel (?) des règles auxquelles les Etats Membres ont souscrit.

Immanuel Kant affirmait, avec une certaine dose de sarcasme, que les juristes *ne sont pas* sensés analyser les raisons des autorités, mais obéir à celles-ci.⁷² Dans un champ dominé par des experts non-juristes et aussi difficile à programmer à l'avance selon des critères rationnels et stables que la politique monétaire, il existe d'autres raisons d'être prudents dans la prise de décisions juridiques.⁷³ Mais, les acteurs institutionnels peuvent-ils négliger la recherche de solutions juridiques?

Cette question fut posée à la CJCE récemment.⁷⁴ Le 27 janvier 2004 la Commission européenne entreprit une action auprès de la CJCE contre le Conseil UE.⁷⁵ La Commission demanda à la Court de déclarer, entre autres, que la décision du Conseil de l'économie et des finances « de ne pas adopter ... les instruments formels contenus dans des recommandations de la Commission au titre de l'article 104, paragraphes 8 et 9 » dans ses « conclusions » du 25 novembre 2003, était illégale et devait être annulée. La Commission avait initié une procédure pour déficits excessifs contre l'Allemagne en novembre 2002, et le Conseil avait confirmé, par décision du 21 janvier 2003, qu'un déficit excessif existait. Une procédure identique avait été entamée contre la France en avril 2003 et l'existence d'un déficit excessif avait été confirmée par le Conseil le 3 juin

⁶⁹ Voir son ouvrage « Should the Maastricht Treaty be Saved? » (Princeton studies in international finance no. 74), Princeton, NJ 1992.

⁷⁰ Voir son Working Paper PEIF-6 sur les « Institutions for Fiscal Stability », rédigé pour le Munich Economic Summit de mai 2-3, 2003.

⁷¹ De façon plus sévère, il écrit : le « plafond des 3 pour cent est, au mieux, stupide, et, au pire, pervers » – dans sa contribution au quotidien DIE ZEIT, daté 20 novembre 2003.

⁷² Immanuel Kant, « Der Streit der Fakultäten », dans Kant, *Werkausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft*, s. dir W. Weischedel), Darmstadt 1971, vol. 9, 277 ff., 287..

⁷³ M.J. Herdegen, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom », *Common Market Law Review* 35 (1968), 9 ff.

⁷⁴ Sur ce qui suit, cf. R. Streinz, Ch. Ohler and Ch. Herrmann, « Todgesagte leben länger – oder doch nicht? Der Stabilitäts- und Wachstumspakt nach dem Beschluß des Rates vom 25. 11. 2003 über das Ruhen des Defizitverfahrens gegen Frankreich und Deutschland », *Neue Juristische Wochenschrift* 57 (2004), 1553 ff. et la reconstruction de événements dans les paragraphes des pp. 7 ff. de l'arrêt de la CJCE, daté 13 juillet 2004, in Affaire C-27/04 - *Commission contre Conseil*.

⁷⁵ Affaire C-27/04; cf., OJ C 354 du 7 février 2004.

2003. Le 8 octobre, la Commission recommanda au Conseil « d'établir que la République française n'avait entrepris aucune action suivie d'effets », puis le 21 octobre « de décider, en vertu de l'article 104, paragraphe 9, CE, de mettre la République française en demeure de prendre des mesures pour réduire son déficit. »⁷⁶ L'Allemagne fut traitée de façon identique.⁷⁷ Le Conseil vota, mais la majorité requise par l'Article 104(13) ne fut pas atteinte. Il procéda aussi à un vote portant les recommandations de la Commission en vertu de l'Article 104(9). Dans ses conclusions, il expliqua qu'il avait « décidé de ne pas statuer, à ce stade, sur la base de la recommandation de la Commission pour une décision du Conseil conformément à l'article 104, paragraphe 9 » et affirma qu'il « décide de tenir en suspens pour le moment la procédure concernant les déficits excessifs. »⁷⁸

Que pouvait-on attendre de la CJCE? S'en tenir à la lettre du Pacte ? Etre prudente puisqu'il s'agissait de puissants Etats Membres ?⁷⁹ La CJCE se garda d'indiquer ce qu'elle pensait au sujet de la controverse sur la sagesse du Pacte de Stabilité. Elle souligna plutôt la grande importance que la totalité des acteurs institutionnels avaient prêtée au Pacte.⁸⁰ Elle observa qu'il n'avait pas été prévu, du point de vue juridique, que les procédures pourraient être tenues « en suspens » et conclut que « les conclusions du Conseil adoptées à l'égard, respectivement, de la République française et de la République fédérale d'Allemagne doivent en conséquence être annulées en tant qu'elles contiennent une décision de suspendre la procédure de déficit excessif et une décision modifiant les recommandations adoptées précédemment par le Conseil en application de l'article 104, paragraphe 7, CE. »⁸¹ Mais, elle souligna aussi que le Conseil a « un pouvoir d'appréciation » et que « il peut, notamment sur le fondement d'une appréciation différente des données économiques pertinentes, des mesures à prendre et du calendrier à respecter par l'Etat membre concerné, modifier l'acte recommandé par la Commission ... »⁸² Ainsi, « le recours, en tant qu'il vise à faire annuler la non

⁷⁶ Aff. C-27/04, paras. 9-10.

⁷⁷ Aff. C-27/04, paras. 11-12.

⁷⁸ Aff. C-27/04, para. 20.

⁷⁹ Cf. la réponse prudente, sinon fuyante, du *Bundesverfassungsgericht* aux « quatre professeurs » lui demandant d'examiner la légalité de l'interprétation très indulgente de la part de la CE des critères de convergence de Maastricht (voir *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 97, 350 et note 67 *supra*).

⁸⁰ Aff. C-27/04, paras. 67 ff.

⁸¹ Aff. C-27/04, para 97.

⁸² Aff. 27/04, para 80.

adoption par le Conseil des instruments formels contenus dans les recommandations de la Commission au titre de l'article 104, paragraphes 8 et 9, CE, est irrecevable. »⁸³

La Cour aurait-elle pu faire plus? Aurait-elle dû indiquer que les contraintes imposées par le Pacte de Stabilité sur des gouvernements démocratiquement légitimés devaient être revues à la lumière des efforts contemporains entrepris pour résoudre le problème du déficit démocratique européen? Il est intéressant de noter que la CJCE se montra plus prudente que la majorité des commentateurs du projet de Traité Constitutionnel, lesquels se limitèrent à la défense des thèses incorporées dans le Traité de Maastricht, en prévenant contre tout abandon de cette stricte discipline. Ainsi, Paul Kirchhof, co-auteur de l'arrêt « Maastricht »,⁸⁴ se demanda dans quelle mesure l'espérance (exprimée dans l'Article I-29 paragraphe 2 du Traité) que la Banque Centrale soutienne la politique économique générale de l'Union ne pouvait nuire à son objectif de promotion de la stabilité des prix.⁸⁵ Dans sa prudente analyse textuelle, Peter Behrens estime que les dispositions pertinentes n'ont pas changé de façon significative.⁸⁶ La préoccupation souvent exprimée⁸⁷ quant à la formulation de l'Article I-3 paragraphe 3 du projet de Traité conduisit, suite à l'amendement introduit par la Conférence InterGouvernementale de juin 2004, à l'octroi d'une importance « constitutionnelle » à l'objectif de stabilité des prix. Devrait-on s'inquiéter pour autant? « Le Pacte de stabilité est bien mort »,⁸⁸ déclara Barry Eichengreen au début de la controverse. D'ailleurs, le respect de ses règles nuirait notamment à l'économie allemande. Cela serait désavantageux pour l'Europe toute entière. Mais qui est en mesure de savoir cela? Peut-être les juristes devraient-ils éviter de prendre la responsabilité d'une décision qui risquerait de discréditer le droit.⁸⁹ Une « juridicisation » mal conçue des responsabilités relatives aux politiques monétaire et fiscale comporte un risque constitutionnel : celui de créer un vide dans lequel les acteurs politiques ne puissent pas être tenus responsables et où la notion même de légitimité par le droit soit automatiquement

⁸³ Aff. 27/04, para 36

⁸⁴ Cf. ci-dessus note 65.

⁸⁵ P. Kirchhof, « Europa auf dem Weg zu einer Verfassung? », *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2003, p. 358 ff. , p. 379.

⁸⁶ Cf. ci-dessus note 64.

⁸⁷ De façon plus importante par la BCE – cf. Opinion de la Banque Centrale Européenne du 19 septembre 2003 sur le projet de Traité Constitutionnel Européen (CON/2003/20), para. 8.

⁸⁸ D'où le titre de son article dans le quotidien DIE ZEIT (note 71).

⁸⁹ Cf. M.J. Herdegen, *op. cit.* (note 75).

détruite.⁹⁰ Le message concluant, somme toute assez triste, est que le Traité de Maastricht et l'arrêt Maastricht ne furent que des victoires éphémères, et cela pour deux raisons : (1) Maastricht confirma le découplage entre la Constitution économique et la Constitution sociale, alimentant ainsi le déficit social européen ; (2) au lieu d'établir la suprématie du droit sur les politiques monétaires et fiscales, Maastricht « dé-juridifia » la Constitution économique - et maintenant, il semble que tous les efforts pour limiter le déficit social tombent dans ce même piège.

IV. Sommes-nous au point d'attaquer le droit en justice? Quelques questions sur la Méthode Ouverte de Coordination

Que reste-t-il donc de la Constitution économique européenne, et, s'il en reste quelque chose, qu'est-ce qui est « à gauche » ? Notre réponse à la première question ne peut qu'être « pas beaucoup ! » : il s'agit d'une idée normative abstraite qui de surplus est de moins en moins courante dans les débats d'idées et dans les arènes politiques européennes. Mais, s'agissant de la deuxième question, une réponse fréquente est qu'un nouvel espoir existe grâce à un nouveau mode de gouvernance qui semble particulièrement indiqué pour résoudre le problème du déficit social de l'Europe : la Méthode Ouverte de Coordination (MOC).

1. La carrière du concept

Comme toute autre chose dans ce monde, la MOC a ses précurseurs.⁹¹ Mais on peut raisonnablement considérer la Conseil de Lisbonne de 2000 comme la date de naissance de la MOC.⁹² Ce Conseil fut principalement dédié à des questions relatives à la société de la connaissance ainsi qu' à la définition d'objectifs ambitieux dans un nombre d'industries européennes appropriées. Toutefois, il se pencha aussi sur la question du

⁹⁰ Cf. F. Snyder, « EMU Revisited: Are we Making a Constitution? What Constitution are we Making? », EUI Working Paper Law 98/6 (il existe une version plus courte, dans P. Craig/G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, 417 et s.); M. Everson, « The Constitutional Law of the Euro? Disciplining European Governance », dans P. Beaumont et N. Walker (eds.), *Legal framework of the Single European Currency*, Oxford 1999, 119 et s.

⁹¹ On pourrait indiquer, par exemple, la co-ordination des politiques économiques prévue dans l'article 99. Le Pacte de Stabilité est néanmoins d'une toute autre nature, car il impose des restrictions strictes quant aux moyens d'arriver à des politiques budgétaires soutenables. Ce qui revêt d'une importance beaucoup plus grande, c'est l'étendue du « tournant vers la gouvernance » dans l'UE. (cf. pour plus de détails, Ch. Joerges, « The Law in the Process of Constitutionalising Europe », EUI Working Paper Law 4/2002 et Ch Joerges et M. Everson, « Law, economics and politics in the constitutionalization of Europe », dans E.O. Eriksen, J.E. Fossum et A.J. Menéndez, *Developing a Constitution for Europe*, Londres-New York 2004, 162 et s., 173 et s.

⁹² <http://europa.eu.int/council/off/conclu/mar2000/index.htm>.

renouvellement de l'agenda de l' « Europe sociale » et tenta de convertir ce qui jusqu'alors paraissait comme un déficit (c'est-à-dire l'absence de réelles compétences européennes et l'indisponibilité de la « méthode communautaire » traditionnelle) en une nouvelle vertu. Selon Jonathan Zeitlin, la MOC porte en elle la promesse d'être:

« un modèle attrayant de la façon dont une forme non contraignante de coordination de politiques publiques, qui fait valoir l'apprentissage mutuel et l'échange de vues sur les meilleures pratiques, peut être mise en oeuvre dans un champ politique sensible, par exemple la protection sociale, qui est caractérisé par d'importantes divergences institutionnelles entre les différents Etats Membres de l'UE, et dans lequel on considère généralement que l'harmonisation n'est ni praticable ni désirable. »⁹³

Une stratégie européenne pour l'emploi était le premier objectif. Le chômage est un problème pressant dans beaucoup d'Etats Membres. Compte tenu des moyens mis à la disposition du niveau de gouvernance européen, celui-ci ne peut pas tenter de résoudre ce problème directement. Néanmoins, il peut tenter d'amorcer un dialogue en vue d'établir des objectifs non contraignants, des idées et des plans. Chaque Etat peut ensuite adapter ces recommandations selon son contexte spécifique. Ce mode de mise en oeuvre ne peut pas être soumis aux mêmes mécanismes de contrôle qui sont normalement utilisés dans d'autres domaines pour assurer la conformité des actions des Etats avec la législation et les politiques européennes. Néanmoins, les activités du niveau étatique sont soumises à un étalonnage et sont évaluées. On espère que cela créera des opportunités pour un apprentissage mutuel renforcé et ainsi pour de meilleures performances.⁹⁴

Depuis, l'approche MOC fut appliquée dans de nouveaux domaines, par exemple la lutte contre l'exclusion et les retraites. Pour la Gauche, elle devint quelque chose comme un *Leitbild* (un modèle normatif).⁹⁵ Elle attira aussi l'attention de la Convention

⁹³ J. Zeitlin, « Comments on Jacobsson and Vifell, Employment Policy Co-ordination: Between Deliberation and Discipline? », Ms. Madison, WI 2004.

⁹⁴ On retrouve, soulignée, dans les conclusions du sommet de Lisbonne l'observation que la procédure de la MOC suit une « approche entièrement décentralisée » qui peut être mise en oeuvre « en accord avec le principe de subsidiarité »; l'Union, les Etats membres, les niveaux régional et local, ainsi que les partenaires sociaux et la société civile peuvent (et devraient) être activement impliqués, en utilisant divers modes de partenariat. Cf. Conclusions de la présidence, Conseil européen de Lisbonne, mars 23-24, 2000 (<http://europa.eu.int/council/off/conclu/mar2000/index.htm>).

⁹⁵ Notamment pour Maria João Rodrigues, professeur à l'université de Lisbonne et conseillère spéciale auprès du Premier Ministre portugais, coordinateur du Conseil de Lisbonne (cf. sous sa direction, *The New Knowledge Economy in Europe*, Cheltenham 2002), et Frank Vandenbroucke, Ministre pour l'Emploi et les Retraites du Gouvernement Fédéral Belge. Cf., son cours sur « Promoting active welfare states in the EU » à l'Université de Wisconsin, Madison, du 30 octobre 2003 (accessible sur

européenne. Le rapport final du Groupe de Travail VI sur la « Gouvernance Economique » déclara (notre traduction à partir du texte anglais): « Le Groupe de Travail considère que la Méthode Ouverte de Coordination est un instrument utile dans des domaines politiques où il n'existe pas d'instrument de coordination plus contraignant. »⁹⁶ De telles évaluations positives émanèrent d'autres Groupes de Travail aussi. La quête d'une « constitutionnalisation » au travers du Traité Constitutionnel suivit tout naturellement.⁹⁷

Notons toutefois qu'il n'y eut jamais d'unanimité au sujet de la MOC, ni dans la Convention ni nulle part ailleurs. Dans une analyse englobante et extrêmement réfléchie des débats pertinents, Milena Büchs⁹⁸ distingue entre trois types de questions : (1) la question de l'efficacité de la MOC. Quel critère fit croire au Groupe de Travail VI que la MOC avait fait ses preuves d'efficacité ? (2) De telles questions principalement empiriques sont complétées par des analyses des relations entre les structures politiques de l'UE, les dilemmes de la politique sociale européenne, et une recherche sur les facteurs qui permettront à la MOC de surmonter ces *impasses*. (3) Le troisième débat porte sur la légitimité de la MOC, dans les deux sens du terme : la MOC sera-t-elle acceptée, par exemple, grâce aux résultats bénéfiques qu'elle apportera pour la majorité des européens ? Est-ce que les pratiques de la MOC méritent d'être reconnues parce qu'elles renforcent la démocratie et améliorent la qualité normative de la gouvernance de l'UE ?

demande); cf. aussi son « Foreword », dans G. Esping-Andersen *et al.* (dir.), *Why We Need a New Welfare State*, Oxford 2003, viii-xxiv.

⁹⁶ CONV 516/1/03 Groupe de Travail XI sur l'Europe Sociale: pp. 18, 19; cf., « Tomorrow Europe », juillet 2003, no. 17, p. 3: « Ceux qui s'opposèrent à l'inclusion de cette référence mirent en avant ces trois arguments : l'incorporation d'une méthode intergouvernementale risquait de compromettre la définition de compétences durement gagnées; cette méthode conduirait à un manque de transparence et de contrôle démocratique; enfin, elle conduirait aussi à un manque de légitimité, dû notamment à la participation d'un trop important nombre d'experts ».

⁹⁷ Cf. G. de Búrca et J. Zeitlin, « Constitutionalizing the Open Method of Co-ordination. A Note for the Convention », Florence-Madison, WI 2002; Ch.F. Sabel et J. Zeitlin, « Networked Governance and Pragmatic Constitutionalism: The New Transformation of Europe », New York-Madison, WI 2003. Cf. <http://eucenter.wisc.edu/OMC/index.html>.

⁹⁸ « Dilemmas of the post-regulatory approach for European social policy », Ms. Berlin 2004.- Il convient aussi de se demander si les allemands ne seraient pas en train d'adopter une approche de *Sonderweg* dans leurs évaluations de la MOC.

2. La légitimité par les résultats?⁹⁹

L'incertitude qui entoure les effets de la MOC ne peut être considérée comme surprenante; diverses déclarations qui présentent la MOC comme une sorte de *Wunderwaffe* qui gagnera la bataille contre le modèle social européen ne devraient pas être prises au pied de la lettre. Mais, David M. Trubek, un des exposants les plus éloquents de cette méthode, souligne que nous devrions comprendre l'émergence de la MOC comme une réponse potentiellement opérationnelle aux dilemmes qu'affrontent les systèmes politiques qui encadrent les politiques sociales nationales ; nos projets de recherche doivent se fonder sur ce postulat. Nous devrions analyser son potentiel en tant qu'outil pour « recalibrer » les politiques sociales afin de les rendre plus flexibles, plus ouvertes à la participation de nouveaux acteurs et plus audacieuses, et tout cela dans le cadre d'un système de gouvernance à plusieurs niveaux.¹⁰⁰ Selon un récent article, la MOC « créera des réseaux d'expertise transnationaux, lesquels : transmettront de nouvelles façons trans-frontalières de penser la politique sociale ; élargiront la participation et ainsi assureront leur propre légitimité et efficacité ; fusionneront les idées techniques, les connaissances pratiques et les visions normatives ; combineront une approche tournée vers la résolution des problèmes avec un accroissement de la participation aux débats ; faciliteront les expérimentations aux niveaux inférieurs ;

⁹⁹ La distinction entre la légitimité de l' « output » (les « sorties », « rendements », ou « résultats ») et celle de l' « input » (les « entrées ») est aussi courante qu'elle est problématique (cf. B. Peters, « Public Discourse, Identity, and the Problem of Democratic Legitimacy », dans E.O. Eriksen (s. dir.), *Making the Euro-Polity. Reflexive Integration in Europe*. Londres (à paraître). L'utilisation de cette distinction dans le texte est justifiée par la référence aux distinctions entre les objections contre l'efficacité de la MOC et la reconnaissance de sa valeur en tant qu'alternative légitime à une gouvernance par le droit. Pour une critique virulente des arguments en faveur d'une approche de la MOC par les outputs, A. Schäfer, *Zwischen internationalen Zielen und nationaler Politik: wirtschaftspolitische Koordinierung in der Europäischen Union, der OECD und dem internationalen Währungsfonds*, Francfort s.M. (à paraître). Schäfer insiste sur le fait que nous devrions d'abord tenter d'expliquer pourquoi, et dans quel contexte institutionnel et politique, la MOC put être adoptée. Il soutient la thèse selon laquelle la « mollesse » de la MOC reflèterait les divergences entre les différentes préférences et stratégies nationales, ainsi qu'à l'absence de volonté de s'engager définitivement dans une voie de réforme des systèmes nationaux. Dans cette analyse, la MOC complète le tournant du keynesianisme au monétarisme, tel qu'il fut institutionnalisé de façon plus évidente par (et dans) l'Union Monétaire et le Pacte de Stabilité. Cela confirmerait le vieux schisme entre l(es) Etat(s)-Providence d'un côté et l'intégration économique de l'autre.

¹⁰⁰ D.M Trubek et J. Mosher, « New Governance, EU Employment Policy, and the European Social Model », dans Ch. Joerges, Y. Mény et J.H.H. Weiler (s. dir.), *Mountain or Molehill?, Symposium on the Commission White Paper on Governance*, New York University School of Law 2001, accessible sur www.iue.it/RSC/e-texts/WPgovernance.pdf [cf. J. Zeitlin et D. Trubek (s. dir.), *Governing Work and Welfare in a New economy: American and European Experiences*, Oxford 2003, 51 ff.]; D.M. Trubek et L. Trubek, « Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination », Center for World Affairs and the Global Economy, European Union Center and Law School, University of Wisconsin-Madison 2004.

produiront des connaissances au travers d'expérimentations décentralisées, de l'adoption de pratiques d'étalonnage répandues, de l'échange de vues sur les meilleures pratiques et d'inspections mutuelles ; regrouperont des mondes politiques très disparates ; encourageront la coopération entre acteurs publics et acteurs privés ; et éviteront une course au moins disant, au travers d'une surveillance mutuelle et en avilissant les moins disants », ajoutant toutefois que ces arguments devraient être soumis à « une vérification empirique rigoureuse. »¹⁰¹

3. Questions normatives

Il est difficile de s'opposer à une telle vue de la MOC. Néanmoins, nous devons aussi prendre en compte les risques que nous encourrons une fois que cette machine aura démarré. C'est notamment l'avis de Claus Offe, qui avance l'argument terrifiant suivant:¹⁰² la MOC a certes de nombreuses conséquences, mais celles-ci pourraient ne pas correspondre à celles qui furent promises. En réalité, elle fera disparaître du continent européen le modèle anglo-saxon d'Etat-Providence. Mais, comment le Droit pourrait-il devenir sensible à une telle éventualité ? Et bien, il n'est aucunement exceptionnel que les juristes et le droit doivent faire face à des problèmes qu'ils ne comprennent pas, et à des solutions dont ils ne peuvent pas mesurer toutes les conséquences. Ils devraient donc s'attacher à mieux comprendre leur tâche, qui est de produire des réponses à de tels problèmes. La MOC est une institution destinée à trouver, non pas à mettre en oeuvre, des solutions. Mais cette institution est-elle bien conçue ?

3.1. Une doctrine d'expérimentalisme démocratique?

La théorie sur laquelle s'appuient les exposants de la MOC fut développée en dehors du contexte européen.¹⁰³ Elle avait déjà été mise à l'épreuve dans le contexte du droit

¹⁰¹ Pas si rigoureux, mais non sans mérites : B. Bercusson, « Social Rights in the European Constitution », Ms. Londres 2004: « Il reste à voir si la MOC, qui a jusqu'à présent été critiquée pour le manque d'efficacité dans la mise en œuvre de la politique de l'emploi par les administrations des États Membres, est convenable pour le Programme de Travail des Partenaires Sociaux sur l'Emploi. Si les opinions communes et les autres instruments de nature non-réglementaire demeurent efficaces, leur échec pourrait conduire vers des mesures supplémentaires plus rigoureuses et plus efficaces, y compris des accords réglementaires et/ou des mesures législatives » (p. 21).

¹⁰² Note 3; voir aussi D. Chalmers et M. Lodge, « The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State ». ESRC Discussion Paper 11, Londres (LSE) 2003.

¹⁰³ Cf. la reconstruction historique de W.E. Scheuerman, « Democratic Experimentalism or Capitalist Synchronization? Critical Reflections on Directly-Deliberative Polyarchy », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 17 (2004), 101-127, 108 et s.; Ch.F. Sabel, « Bootstrapping Reform: Rebuilding Firms, the Welfare State, and Unions » *Pol. & Soc.* 23 (1995), 5 et s.; J. Cohen et Ch.F. Sabel,

administratif des Etats-Unis,¹⁰⁴ avant d'être présentés aux européens¹⁰⁵ et donc avant que la fusion avec la MOC ne fût opérée.¹⁰⁶

Il importe de se rappeler que toute cette approche nommée « expérimentalisme démocratique » fut inspirée par des préoccupations sociales, et notamment par les pratiques organisationnelles du secteur privé ; or, cette sphère sociale est souvent traitée par le constitutionnalisme européen avec une négligence plus ou moins bienveillante. Dans leur projet à la fois courageux et fascinant,¹⁰⁷ Charles Sabel et ses élèves tirent les leçons de la version nipponne du capitalisme, et plus précisément de ses pratiques d'étalonnage, des moyens mis en œuvre pour réussir dans les adaptations incessantes nécessaires,¹⁰⁸ de l'engagement en faveur de l'expérimentation permanente, l'intérêt et l'ouverture d'esprit vis-à-vis l'apprentissage mutuel par le suivi indépendant, la création de systèmes de mensurations et d'évaluation, etc., jusqu'aux organisations administratives elles-mêmes. Ils en concluent que leurs pratiques réglementaires devraient s'adapter à ces exemples tirés du monde économique et social. Les exposants de l'expérimentalisme démocratique promettent que « l'institutionnalisation réussie des principes d'étalonnage, du génie civil simultané et du suivi continu nous permet de mieux faire face aux risques liés à la volatilité et à la diversité » - et pas seulement à l'intérieur des entreprises.¹⁰⁹

« Sovereignty and Solidarity: EU and US », dans J. Zeitlin et D.M. Trubek (s. dir.), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford 2003, 345-375.

¹⁰⁴ M.C. Dorf et Ch.F. Sabel, « A Constitution of Democratic Experimentalism », *Colum. L. Rev.* 98 (1998)267 et s.

¹⁰⁵ J. Cohen et Ch.F. Sabel, « Directly-Deliberative Polyarchy », *European Law Journal* 3 (1997), 313 et s.

¹⁰⁶ Cf., J. Scott et D.M. Trubek, « Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union », *European Law Journal* 8 (2002), 1-18. O. Gerstenberg et Ch.F. Sabel, « Directly-Deliberative Polyarchy, An Institutional Ideal for Europe? », dans Ch. Joerges et R. Dehousse (s. dir.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford 2002, 289-341; J. Zeitlin et D.M. Trubek (s. dir.), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford et New York 2003.

¹⁰⁷ Cf. notamment Ch.F. Sabel, « Learning By Monitoring: The Institutions of Economic Development » dans N. Smelser et R. Swedberg (s. dir.), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton, NJ 1994, 137 et s.

¹⁰⁸ Se référant à David Harvey (*Justice, Nature and the Geography of Difference*, Oxford 1996) Scheurman utilise l'expression « capitalisme grande vitesse » afin d'expliquer ses propres bases analytiques et sa perspective normative; cf. aussi, W.E. Scheurman, « Reflexive Law and the Challenges of Globalization », *J. Pol. Phil.* 9 (2001), 81 et s.

¹⁰⁹ W.E. Scheurman (note 108), p. 111. Cf. O. Gerstenberg, « Law's Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel » *European Law Journal* 3 (1997), 343 et s.; aussi, R. Schmalz-Bruns, « Deliberativer Supranationalismus. Demokratisches Regieren jenseits des Nationalstaats » *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 6 (1999), 185 et s., p. 236-38.

Au premier abord, ce message paraît comme une étrange boucle qui commence dans la sphère publique, puis entre dans la sphère privée, pour enfin exporter de celle-ci des idées qu'elle importe à son propre point de départ. Mais n'avons-nous pas tous appris l'utilité de toute une série d'instruments juridiques – comme le droit des entreprises, le droit de la concurrence, et la réglementation économique – pour discipliner les entreprises privées ? Pourquoi donc ressent-on un tel besoin pressant d'élargir l'étendue des droits fondamentaux à la sphère privée si les pratiques de gouvernance du secteur privé arrivent de toute façon à développer de bien meilleures qualités ? Tous les efforts ayant pour but la constitutionnalisation de sphères juridiquement inférieures et l'instauration d'un « constitutionnalisme sociétal » sont-ils nécessairement superflus ?¹¹⁰ Ironiquement, l'expérimentalisme démocratique peut être perçu comme l'héritier méthodologique de la première version de l'ordo-libéralisme. Il propose d'utiliser des qualités inhérentes à la sphère économique pour établir les critères de ce qu'une bonne gouvernance publique devrait atteindre ; et les ressemblances avec la procédure de découverte hayekienne peuvent paraître d'autant plus frappantes que Hayek substitua l'Etat fort des ordo-libéraux par la gouvernance plus douce de règles juridiques générales.¹¹¹ Néanmoins, ces ressemblances demeurent très limitées. Alors que l'ordo-libéralisme tenta de protéger l'« *ordo* » de l'économie par l'intermédiaire d'un Etat fort qui pourrait rigoureusement appliquer la loi contre les pratiques commerciales restrictives et les abus de position dominante, l'expérimentalisme démocratique s'appuie sur des processus politiques, des mécanismes de coordination moins durs et le pouvoir subtil des règles de transparence et de critique ouverte et publique. De plus, contrairement au processus de découverte hayekien, les propositions en faveur de l'« institutionnalisation » de l'expérimentalisme démocratique reposent sur l'image non seulement d'entrepreneurs et autres agents présents sur les marchés, mais aussi de citoyens participant aux processus politiques ; on fait donc confiance à la prédisposition de ceux-ci de s'engager dans des voies orientées vers la résolution de problèmes et à leur intérêt à s'engager dans des processus d'apprentissage mutuel.

¹¹⁰ Sur cette notion, cf. note 7 *supra*.

¹¹¹ Pour une analyse plus systématique, cf. H.-G. Graf, *Muster-Voraussagen und 'Erklärungen des Prinzips' bei F.A. von Hayek*, Tübingen 1978; M. Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden 2001, 30 et s., 219 et s.; Ch. Mantzavinos, « Das institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerbsleitbild », Preprints des Max-Planck-Instituts für öffentliche Güter, Bonn 2004/1.

Cela sonne en effet comme de la « petite musique. » Néanmoins, la question se pose de savoir si nous devrions les écouter et donc faire confiance à « un droit si doux (soft) qu'il finit par ne plus être du droit.»¹¹² Selon Alexander Somek, cette puissance internationale « douce » pourrait être beaucoup moins innocente qu'on pourrait croire. Selon lui, « les nouveaux modes de gouvernance sont marqués par deux caractéristiques : premièrement, ils sont informels en ce qu'ils sont fondés sur la collection d'information, la rédaction de 'plans d'action', l'affectation d'éloges publics pour les 'meilleures pratiques' et la critique de ceux qui ne réussissent pas ; deuxièmement, malgré le fait qu'elle ait été imaginée pour un nombre limité de politiques publiques, elle n'en est pas moins 'holiste', c'est-à-dire, pour reprendre les mots de la Commission européenne, qu'elle engage les gouvernements tout entiers, ainsi qu'un nombre élevé d'autres parties'. Une puissance douce mais diffuse exerce son pouvoir sans devoir se plier aux normes qui définissent l'affectation des compétences.»¹¹³ Partant de la théorie des systèmes, Marc Amstutz souleva des préoccupations similaires. Sa préoccupation est relative au *proprium* du droit, c'est-à-dire la fonction et la devoir de celui-ci de répondre aux conflits qui ne peuvent pas être résolus dans les sous-systèmes sociaux dans lesquels ils émanent.¹¹⁴ Dans une version inspirée par l'analyse des discours, ce qui peut fonctionner au niveau des « conseils de gouvernement » locaux sera beaucoup plus difficile à atteindre quand les expérimentalistes rencontreront des organismes de standardisation nationaux, européens et internationaux,¹¹⁵ ou quand ils devront s'affronter avec des administrateurs enclins à promouvoir le prestige et la puissance institutionnels de leurs organisations, ou encore des bureaucraties chargée des politiques sociales, qui cherchent à défendre leurs propres méthodes de travail et/ou les intérêts politiques de leurs chefs. Peut-on vraiment croire que les arrangements nécessaires pour convaincre les parties intéressées à s'engager dans la définition et la discussion de leurs préoccupations avec suffisamment d'intensité et de continuité pour que ce forum devienne source de légitimité seront trouvés, mis en

¹¹² M. Everson, « The Constitutional Law of the Euro? » (note 90), p.120.

¹¹³ A. Somek, « The age of constitutional law. Decline and fall of an empowering idea. » Ms. Iowa 2004, p.9.

¹¹⁴ M. Amstutz, « Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht », dans Ch. Joerges et G. Teubner (s. dir.), *Rechtsverfassungsrecht, Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003.

¹¹⁵ Une exception intéressante est l'interprétation que fait de la « Nouvelle Approche » J. Scott, dans « International Trade and Environmental Governance: Relating Rules (and Standards) in the EU and the WTO », *European Journal of International Law* 15 (2004), 307 et s.

œuvre et maintenus ? De ce point de vue, l'expérimentalisme démocratique nous invite à prendre les vertus traditionnelles de l'ordre fondé sur le droit (le « rule of law, » selon l'expression anglaise) à la légère. Il nous invite à oublier certains aspects du lien entre la loi et son application et, au contraire, à croire en la capacité de nos sociétés à gérer leurs affaires avec moins de pouvoirs gouvernementaux. Mais il n'offre aucune vue sur la façon d'établir ces critères post-nationaux qui permettront d'évaluer légitimement des expériences, des Histoires et des aspirations nationales divergentes. Il ne réussit pas à expliquer comment la connaissance des expériences d'autrui pourrait conduire à des politiques coordonnées, ni comment celles-ci pourraient être mises en œuvre contre la volonté de ceux qui s'y opposent faute d'en avoir été convaincus. Pire, il néglige les risques que pourrait comporter son adoption dans l'UE. Car, s'il n'y a pas de mal à échanger des expériences entre bureaucrates et experts et à prendre ainsi connaissance de nouvelles possibilités, il y a en revanche beaucoup de mal dans une société démocratique quand on confie à des réseaux opaques le pouvoir de mettre en œuvre ce qu'ils ont appris et ce sur quoi ils se sont mis d'accord entre eux. Un tel modèle de gouvernance est peut-être doux en ce qu'il ne dépend plus de conditions obligatoires. Pour cette même raison il est fort, puisqu'il contient le risque de privilégier le pouvoir exécutif et d'amoindrir les vertus de la responsabilité démocratique des dirigeants, de la gouvernance par le droit et du contrôle judiciaire de celle-ci.¹¹⁶ Devrions-nous prendre la « rule of law » tellement à la légère et ainsi promouvoir les pouvoirs de l'exécutif, aux dépens d'une polyarchie réfléchie ?

A ces interrogations sceptiques, W.E. Scheuerman ajoute une observation sociologique. Selon cet auteur, une des hypothèses fondatrices de l'expérimentalisme démocratique se résume en l'affirmation que « nous rencontrons toujours davantage de diversité en termes de conditions locales et de besoins réglementaires. » Il confronte cette

¹¹⁶ Certains expérimentalistes démocratiques exprimèrent des objections similaires. Voir aussi, dans un esprit similaire, E.-J. Mestmäcker [« Wandlungen in der Verfasstheit der europäischen Gemeinschaft », dans *idem, Wirtschaft und Verfassung* (note 48), 49 et s., 69 et s.] s'exprimant contre la comitologie et l'idée de « supranationalisme délibératif » telle que nous la dévelopâmes. Il reste difficile de comprendre pourquoi la MOC devrait être vue comme un mode de gouvernance démocratiquement supérieur à la comitologie. La comitologie opère dans des domaines plus restreints et beaucoup mieux définis. Son incorporation dans les structures sociales et juridiques est meilleure. Sa « constitutionnalisation » réussie est loin d'avoir été parfaite, mais elle semble plus que concevable. Cf., Ch. Joerges, « 'Comitology and the European model?' Towards a *Recht-Fertigungs-Recht* in the Europeanisation Process, », dans E.O. Eriksen, Ch. Joerges et J. Neyer (s. dir.), *European Governance, Deliberation and the Quest for Democratisation*, EUI-RSCA/Arena (Arena Report 2/2003. Oslo), 501 et s.

affirmation à la tendance du « capitalisme grande vitesse » à « compresser, voire même à ‘annihiler’ les distances géographiques. L’activité sociale « grande vitesse » fait augmenter de façon dramatique les possibilités d’interactions qui vont au-delà des divisions géographiques et politiques existantes. Elle ouvre ainsi la porte à des opportunités, sans précédent historique, de simultanéité et d’instantanéité dans les expériences humaines.»¹¹⁷ Et il continue, en notant que « les expérimentalistes démocratiques [échouent car ils] ne réservent pas dans leur théorie une place adéquate, à la fois en termes normatifs et en termes institutionnels, aux aspects de l’expérience sociale contemporaine qui demeurent exclus par leurs références sans cesse répétées à la diversité locale des conditions sociales. »¹¹⁸

3.2 *Le retour des années 1980 ?*

Le tournant de l’UE vers une forme de gouvernance douce et l’abandon de la méthode traditionnelle fondée sur la droit comportent un grand risque. Il semble que ce risque ne soit ni inévitable ni nécessaire. Il pourrait être dû à un mépris un peu trop précipité envers les alternatives qui furent élaborées voici quelques décennies. Les débats intenses des années 1970 sur les échecs des stratégies de juridicisation de l’Etat-Providence furent fortement influencés par des préoccupations normatives relatives à l’intrusion des machines bureaucratiques dans l’économie et dans le monde vécu. La quête d’un cadre juridique rationnel qui comblerait les lacunes de techniques juridiques trop formalistes tout en remédiant aux échecs dus à la mainmise du droit sur la réalité sociale en se fondant sur une « grande théorie » (par exemple, les théories économiques du droit, la théorie des systèmes, ou la théorie du discours) fut amorcée par la déception largement ressentie par rapport aux programmes juridiques « ciblés » *et* par une nouvelle sensibilité envers « les intrusions dans le monde vécu » au travers d’une juridicisation des buts des politiques sociales.¹¹⁹ Ainsi, les exposants des notions de

¹¹⁷ « Democratic Experimentalism » (note 103), 119 et s.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.120.

¹¹⁹ Cf. G. Teubner, « Substantive and Reflexive Elements in Modern Law », *Law and Society Review* 17 (1983), 239-285; R. Wiethölter, « Materialisation and Proceduralisation of Law », dans G. Teubner (s. dir.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin et New York 1986, 221 et s.; « Proceduralisation of the Category of Law », dans Ch. Joerges et D.M. Trubek (s. dir.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989, 501 et s.; J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, MA 1999 427 et s.; *idem.*, « Paradigms of Law », dans M. Rosenfeld et A. Arato (s. dir.) *On Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley et Los Angeles, CA, 13 et s. Voir aussi les contributions plus précoces au allemand : R. Wiethölter, « Entwicklung des Rechtsbegriffs » dans V. Gessner et G. Winter (s. dir.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen

« procéduralisation » et de « droit réflexif » furent, au même moment, préoccupés par des questions pratiques, comme les problèmes de mise en œuvre et d'acquiescement. Les divergences entre programmes juridiques – notamment entre les législations « ciblées » ayant comme but d'atteindre des résultats précis et leur impact social réel – constituèrent une préoccupation centrale de la sociologie du droit, ainsi que des recherches sur l'efficacité et la mise en œuvre des politiques publiques.¹²⁰ La critique normative et pragmatique des programmes ciblés et des modes de réglementation les plus contraignants motivèrent une recherche d'alternatives comme l'auto-réglementation et le droit doux. Ces stratégies répondaient aux mêmes préoccupations que celles qu'expriment aujourd'hui les exposants de la MOC. A une différence près : elles s'efforçaient à respecter les règles de l'Etat de droit.

V. Résumé

Ainsi en va-t-il pour la critique. Mais quelle peut être la contribution positive du commentateur critique ? Le droit est un exercice normatif ; il s'agit d'une discipline engagée dans la production de réponses valables qui reposent sur la distinction du légal et de l'illégal, et qui comparent cette distinction à celle entre le juste et l'injuste. Les messages ambivalents ne sont pas particulièrement bienvenus, et ils sont difficiles à endurer.

Or, les incertitudes portant sur l'état de l'Union européenne exigent sans doute une réponse de ce genre – au moins dans la mesure où les juristes tentent de répondre aux trois problèmes énoncés ici en introduction :¹²¹ Est-ce que la constitutionnalisation de l'Europe tend vers une forme d'« Economie et Société » ? Y a-t-il d'autres alternatives que la MOC à une Constitution économique épuisée ? Peut-on assurer que la gouvernance en Europe se tienne à certaines règles et que sa légitimité continue à reposer sur le droit ?

1982, 82 et s.; Ch. Joerges et G. Brüggemeier (s. dir.), *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts*, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Materialien 4, Bremen 1984, 25-64.

¹²⁰ Cf. le fameux résumé et analyse de G. Teubner, « Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions », dans *idem* (s. dir.), *Juridification of Social Spheres*, Berlin et New York 1987, p.3 et s.

¹²¹ cf. Partie I, note 7 et le texte qu'elle accompagne.

1. Le Traité Constitutionnel

Afin de trouver une réponse, on se tournera d'abord naturellement vers le Traité Constitutionnel, dans sa version du 22 juin 2004,¹²² et notamment vers celles de ses dispositions qui promettent d'atteindre l'idéal d'« Economie et Société », puisque l'« économie sociale de marché » fut érigée en objectif constitutionnel,¹²³ et la notion d'accès aux services d'intérêt économique général fut reconnue et respectée¹²⁴ par l'article II-36, qui incorpore les nouveaux « droits sociaux. »¹²⁵ Enfin, on repère des éléments de la MOC dans plusieurs endroits.¹²⁶ On trouve une première référence dans l'article I-1(4), selon lequel « l'Union adopte des initiatives visant à la coordination des politiques sociales des Etats Membres »; dans la Partie III (Politiques et Fonctionnement) il y a quatre références à la MOC, dont une dans la Section relative à la Politique Sociale (article III-107), et une dans le Chapitre V, Section 1, relative à la Santé Publique (article III-179).¹²⁷

Nous avons déjà soulevé la plus grande partie de ces questions, et il est impossible de traiter les autres « en passant. » Il suffit de répéter que la référence du Traité Constitutionnel à l'« économie sociale de marché » est conceptuellement défectueuse et politiquement trop risquée, dans le sens qu'elle crée trop d'espoirs qu'elle ne pourra certainement pas satisfaire. Nous pourrions aussi remplacer le mot « défectueuse » par « vide » : le compromis historique que recouvrait ce concept n'existe plus. Même la composante ordo-libérale de ce legs était absente des débats de la Convention. Néanmoins, un détail linguistique mérite certainement d'être mentionné ici : le nom allemand du Groupe de Travail VI était bien « *Ordnungspolitik*. » Le nom français

¹²² Note 38.

¹²³ Selon l'article 1-3 (3) « L' Union œuvre pour ... une économie sociale de marché hautement compétitive. »

¹²⁴ Article II-36; cela constitue un signal important, car cela confirme le droit des Etats Membres à poursuivre des objectifs redistributifs. La compatibilité de telles politiques avec l'ouverture des marchés nationaux ou régionaux aux concurrents « étrangers » est un problème complexe d'importance constitutionnelle. Il s'agit d'un exemple parmi d'autres où le processus de « constitutionnalisation » doit progresser par étapes.

¹²⁵ La Charte, telle qu'annoncée officiellement à Nice, fut incorporée au Traité Constitutionnel, lequel contient des clauses relatives aux droits sociaux, notamment sous le Titre IV sur la solidarité.

¹²⁶ Article I-14 (4): « L'Union adopte des initiatives visant à la coordination des politiques sociales des Etats Membres »; Partie III, section sur la Politique Sociale (Article III-107), et sur la Santé Publique (Article III-179 CDT). L'affectation d'une *compétence* de « promouvoir et coordonner les politiques des Etats Membres en matière d'économie et d'emploi » fut abrogée. Selon l'article I-11(3) tel que modifié le 22 juin 2004 (cf. note 38), « Les Etats Membres devront coordonner leurs politiques économiques ainsi que leurs politiques en matière d'emploi ... »

¹²⁷ Cf. la section suivante.

(comme le nom anglais) était « gouvernance économique. » Peut-on voir là une traduction novatrice ? Pas vraiment. La responsabilité pour ce nom fut celle du Secrétariat de la Convention, dans lequel quelqu'un se rappela des violentes controverses entre « *Ordnungspolitik* » et « politique industrielle » pendant la conférence intergouvernementale de Maastricht. Selon Andreas Maurer, il s'agirait d'un cas de « dépendance au sentier linguistico-discursif, »¹²⁸ qui devint définitive lorsque Joschka Fischer et Dominique de Villepin proposèrent une position commune sur l'*Ordnungspolitik*, juste avant Noël 2002,¹²⁹ après que le Groupe de Travail VI eût fermé ses dossiers.¹³⁰

Les « droits sociaux » joueront-ils le rôle d'un *Ersatz*? La réponse facile est qu'il est trop difficile de prédire ce genre de choses et que nous devrions donc attendre patiemment ce que nous dira la CJCE. Cette réponse semble facile, mais elle n'est pas superficielle. Elle implique que nous, les citoyens, devrions confier la formation d'une « Europe sociale » à la Cour. Mais est-ce que la Cour devrait continuer là où les représentants des citoyens, réunis au sein de la Convention mais aussi ailleurs, échouèrent dans leur but de produire une ligne directrice constitutionnelle claire ? Il s'agit là de conséquences déconcertantes et, dans une certaine mesure, préoccupantes, et qui ne sont pas compatibles avec nos notions ancestrales de démocratie et de normes constitutionnelles et donc supérieures. De plus, nous devons supposer que le Traité Constitutionnel pourrait servir comme un fondement suffisamment stable pour un activisme audacieux. Cette supposition est elle-même quelque peu audacieuse quand on se réfère aux droits sociaux, puisque, selon l'article II-52 (5),

« Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mis en oeuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des Etats membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur

¹²⁸ Dans une lettre adressée à nous ; notons que A. Maurer est directeur du Groupe de Recherche sur l'Intégration Européenne de l'Institut Allemand des Affaires Internationales et de Sécurité, qui se trouve à Berlin.

¹²⁹ CONV 470/02.

¹³⁰ Il s'agit là certainement d'un détail, mais d'un détail important, survenant après de longues décennies de désaccords entre les exposants allemands de l'*Ordnungspolitik* d'un côté et les exposants français de la *planification* de l'autre.

évocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes. »¹³¹

2. La constitutionnalisation en tant que processus

« *L'essentiel est invisible pour les yeux* » - tel est le message de consolation offert par le Petit Prince de Saint Exupéry. Ce qui, dû à son caractère peu excitant et relativement trivial, n'est pas clairement visible, c'est la performance du système politico-administratif européen, c'est-à-dire tous ces innombrables indicateurs plus ou moins super-spécialisés qui mesurent la bonne gouvernance européenne. L'europanisation est un promoteur de très nombreux projets novateurs. Juste derrière et dans l'ombre de grands desseins comme la théorie de la Constitution économique ou la polyarchie délibérative directe, il existe une autre Europe en marche. Elle n'est pas si facile à découvrir, pas si cohérente, et souvent ambiguë. Mais nous pouvons nous en approcher en trois étapes : (1) la première est analytique et interdisciplinaire. Nous disposons déjà de certaines hypothèses assez solides relatives aux structures du système européen de gouvernance à plusieurs niveaux et à la conceptualisation de ce système en termes de catégories juridiques ; (2) la seconde étape concerne nos expériences et notre perspicacité relatives au processus d'europanisation. Personne ne peut prétendre connaître et comprendre dans leur totalité tous les processus complexes d'europanisation. Mais quand on étudie de près quelques-uns de ces processus, on découvre des modèles de changement fondés sur des processus d'apprentissage réussi mais aussi sur des processus d'apprentissage manqué.¹³² Le « Droit de l'économie européenne » qui apparaît au travers de tels efforts est très différent du – et beaucoup plus intéressante que le – droit qui est décrit dans les manuels. L'europanisation promeut le savoir et le changement. Elle est synonyme d'un effort de transformation et de modernisation; (3) la troisième étape est celle du fondement théorique de notre optimisme prudent. Une vertu souvent sous-estimée du droit est son caractère concret : la nécessité de prendre des décisions, d'en donner les raisons à la fois aux parties dans un litige et au public dans le sens large du terme ; mais aussi la chance/occasion, voire

¹³¹ Cf. G. de Búrca, « Fundamental rights and Citizenship » dans B. de Witte, *10 Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, RSCAS 2003, p. 11 et s., 22 et s.

¹³² Nous nous abstenons d'une tentative d'élaborer longuement sur ces remarques de manière abstraite. Elles ne peuvent être présentées de manière plus précise, preuves à l'appui, que dans le contexte d'analyses beaucoup plus longues et plus spécialisées que celle que nous proposons ici. Pour un récent effort, cf. Ch. Joerges, « The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline », *Duke Journal for Comparative and International Law* 14 (2004), p. 149 ff.

même le devoir de repenser tout ce qui paraissait fixé une fois pour toutes. Le droit est un produit de la raison, et il se fonde sur la clarté du raisonnement : il est la *Recht-Fertigung* qui reflète la justice et l'équité investies dans le processus de sa production.¹³³ Dans ce contexte, le concept de « constitutionnalisation » recouvre bien d'autres choses que la simple écriture d'un texte et sa ratification formelle par ceux qui nous gouvernent ou même par nous, le peuple.

Peut-on attendre de la « constitutionnalisation en tant que processus » qu'elle conduise non seulement à une compatibilité entre marchés ouverts et préoccupations réglementaires et à la conservation de la dimension sociale du droit privé, mais aussi à la solution du problème du déficit social européen ? Cela semble très improbable, mais pas inconcevable. « Tout projet politique est par nature irréaliste, puisqu'il oeuvre pour atteindre un but qui n'est pas encore atteint. » Telle fut la réponse de Wolfgang Streeck¹³⁴ au cours magistral de Jürgen Habermas du 26 juin 2001, à Hambourg.¹³⁵ Le philosophe soutint qu'une Constitution européenne pourrait aider à défendre le « modèle social européen. » Streeck répondit que trop de volontarisme finira par déclasser ce projet et en fera une simple utopie. Voilà la raison pour laquelle il devrait être accompagné d'études empiriques approfondies. Et, le moment venu, nous devrions être prêts à prendre au sérieux toutes les disparités entre nos ambitions normatives et nos observations empiriques. Mais quand est-ce que ce moment sera venu, et comment faire une fois qu'il sera arrivé ? La « constitutionnalisation en tant que processus » ne fournit pas de réponse à ces questions. Néanmoins, elle correspond à un stade du processus d'intégration qui cherche à prendre l'idée essentielle de constitutionnalisme au sérieux.

¹³³ Cf., R. Wiethölter, « Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts », dans Ch. Joerges et G. Teubner (s. dir.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2004, p.13 et s.; cf. l'analyse de G. Teubner, « Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter », dans O. Perez et G. Teubner (s. dir.), *On Paradoxes and Self-reference in Law*, 2004.

¹³⁴ « Das 'soziale Europa' und seine Verfassung: Fragen zu einem politischen Projekt », Ms. Cologne 2001. Cet article ne fut pas publié, mais W. Streeck expliqua sa thèse ailleurs ; cf., par exemple, « From Market-Making to State-Building? Reflections on the Political Economy of European Social Policy », dans Stephan Leibfried et Paul Pierson (s. dir.), *European Social Policy: Between Fragmentation and Integration*, Washington, DC 1995, p.389 et s. ; « The Internationalization of Industrial Relations in Europe: Prospects and Problems », *Politics and Society* 26 (1998), p.429 et s.

¹³⁵ « Warum braucht Europa eine Verfassung? Nur als politisches Gemeinwesen kann der Kontinent seine in Gefahr geratene Kultur und Lebensform verteidigen, » publié originellement dans le quotidien DIE ZEIT daté du 29 juin 2001, puis réimprimé dans J. Habermas, *Zeit der Übergänge*, Frankfurt a.M. 2001, p.104 et s.

