

## ***Entre la constitutionnalisation et l'expertalisation du droit économique, quelle place pour la démocratie ?***

### ***Les crises de la démocratie et le rôle du droit économique***

*Association internationale de droit économique – Max-Planck-Institute München*

« Il ne peut y avoir de choix démocratiques contre les traités européens ». Vous connaissez évidemment toutes et tous cette sentence du Président de la Commission Jean-Claude Juncker selon laquelle les options de politiques économiques consacrées dans le droit primaire de l'Union ne feraient plus partie du cercle des politiques publiques susceptibles d'être démocratiquement débattues – et le cas échéant remises en cause et modifiées, donc. Cette affirmation politique, pour controversée qu'elle ait pu être, a néanmoins le mérite de nous pousser à interroger plus en profondeur les relations qu'entretient le droit primaire de l'Union – et en particulier le droit économique qui constitue le noyau dur des traités –, avec le principe de démocratie.

Dans cette perspective, si mon intervention se restreint, pour ainsi dire, à la Banque centrale européenne, à son mandat et à sa politique monétaire face à la crise des dettes souveraines – et rentre par là-même pleinement dans le thème de cette session consacrée aux institutions indépendantes de droit économique –, mon propos aura néanmoins une portée un peu plus générale. L'attention portée à la BCE et à sa gestion de la crise – ainsi qu'au bras de fer juridictionnel qui s'en est suivi, dans l'affaire *Outright Monetary Transactions*, entre, d'une part, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht*) et, d'autre part, la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1</sup> – cette attention portée au droit monétaire, donc, a en effet pour objectif principal d'illustrer deux phénomènes majeurs qui rentrent en tension – je dirais même « qui rentrent *nécessairement* en tension » – avec le principe démocratique et qui ne bouleversent pas seulement le droit monétaire mais également, et certes à des degrés divers, le droit économique dans son ensemble.

---

<sup>1</sup> BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, *Rec. BVerfGE* 134, pp. 366 et s. ; C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a./Deutscher Bundestag*, C-62/14, publié au *Recueil numérique* (ECLI:EU:C:2015:400) ; BVerfG, 21 juin 2016, *OMT II*, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, *Rec. BVerfGE* 142, pp. 123 et s.

Le premier de ces deux phénomènes, directement perceptible dans la citation de Jean-Claude Juncker, réside dans la *constitutionnalisation* du droit économique – constitutionnalisation entendue au sens large, c'est-à-dire en tant que consécration d'une politique, d'un principe ou d'une règle (en l'occurrence économiques) dans la norme fondamentale d'un ordre juridique, que cette norme fondamentale soit une constitution *sensu stricto* (dans le cas des systèmes juridiques étatiques) ou un traité international (comme c'est le cas pour l'Union européenne). Le second phénomène, quant à lui, constitue ce que l'on pourrait appeler – si vous me passez ce néologisme – l'*expertalisation* du droit économique, c'est-à-dire le processus par lequel les autorités publiques confient progressivement la mise en œuvre d'une politique économique, voire sa conception même, à des experts, réputés neutres, indépendants et objectifs, et spécialistes des matières concernées.

Commençons par le premier de ces deux phénomènes. Sous l'influence de diverses théories situées au confluent des sciences juridiques, économiques et politiques – notamment celles issues de l'ordolibéralisme<sup>2</sup>, de l'École des choix publics<sup>3</sup> et de la nouvelle macroéconomie classique<sup>4</sup> –, un phénomène de *constitutionnalisation progressive de certaines options de politique économique* peut être constaté depuis quelques décennies en Europe, et principalement au niveau de l'Union européenne. Ce processus concerne par ailleurs non seulement l'*organisation et la répartition des compétences* en matière de politique économique, mais il concerne également la fixation du *contenu* même de ces politiques, comme en atteste notamment, dans la matière monétaire qui nous intéresse ici, le mandat particulièrement restrictif conféré à la Banque centrale européenne par les Traités de l'Union – mandat qui est articulé autour de l'objectif prioritaire, pour ne pas dire quasi-exclusif<sup>5</sup>, de stabilité des prix,

---

<sup>2</sup> Voy. not. : F. BÖHM, « Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung » (trad. libre : L'ordre de l'économie en tant que tâche historique et performance juridique créatrice), in F. BÖHM, W. EUCKEN et H. GROSSMAN-DOERTH, *Ordnung der Wirtschaft*, vol 1, Stuttgart-Berlin : Kohlhammer, 1937 ; W. EUCKEN, *Die Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern-Tübingen, UTB, 1952.

<sup>3</sup> En particulier : G. BRENNAN, J. BUCHANAN, *The Reason of Rules : Constitutional Political Economy*, Indianapolis, Liberty Fund, 1985. J. BUCHANAN, *Constitutional Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1991.

<sup>4</sup> R. LUCAS, « Econometric Policy Evaluation : A Critique », in K. BRUNNER, A. MELTZER (Dir.), *The Phillips Curve and Labor Markets*, Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy, v. 1, 1976 p. 19-46 ; S. THOMAS, N. WALLACE, « The Stability of Models of Money and Growth with Perfect Foresight », *Econometrica*, v. 41, 1973, n° 6, p. 1043-1048 ; F.-E. KYDLAND, E.-C. PRESCOTT, « Rules Rather than Discretion : The Inconsistency of Optimal Plans », *The Journal of Political Economy*, v. 85, juin 1977, n° 3, p. 473-491.

<sup>5</sup> En tout cas dans la conception monétariste orthodoxe, défendue par un certain nombre d'économistes (dont certains ayant fait partie de la BCE elle-même) et qui a prévalu à la fondation de l'UEM. Voy. également, sur ce sujet : M. VAN DER SLUIS, « Maastricht Revisited: Economic Constitutionalism, the ECB and the Bundesbank », in M. ADAMS, F. FABBRINI et P. LAROUCHE (éds.), *The constitutionalization of European budgetary constraints*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 118-119.

comme le rappellent pas moins de quatre dispositions du droit primaire de l'UE, à savoir les articles 119, §2, 127, §1<sup>er</sup> et 282, §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ainsi que l'article 2 des Statuts du SEBC et de la BCE.

Ainsi, afin de délimiter de façon précise le domaine d'action, les compétences et le pouvoir des autorités publiques en ces matières, les options de politique économique font l'objet d'une forme de *sanctuarisation juridique* dans les normes hiérarchiquement les plus élevées de l'ordre juridique européen, à savoir les traités. Dans l'exemple qui nous occupe, ce sont en particulier les théories monétaristes, fondées sur la théorie des anticipations adaptatives et axées sur l'objectif exclusif ou quasi-exclusif du maintien de la stabilité monétaire – et qui rejoignent donc, en cela, les théories monétaires ordolibérales –, qui furent ainsi consacrées dans les traités lors de l'établissement de l'Union économique et monétaire.

En ce sens, cette constitutionnalisation de principes particulièrement précis de gouvernance économique relève bien, selon moi, d'une *radicalisation de la théorie de l'État de droit dans la sphère économique*<sup>6</sup>, c'est-à-dire d'une extension de l'autolimitation de la puissance de l'État par le droit, d'une soumission accrue de la politique au droit par le biais d'un élargissement du contenu matériel des normes juridiques suprêmes à des domaines politiques précédemment laissés à la discrétion du législateur, en l'occurrence le champ économique et monétaire.

Avec cette notion d'échappement du contenu du droit à la volonté politique on touche alors indirectement ici au second phénomène – celui d'expertalisation du droit économique –, puisque l'application et la mise en œuvre de ces compétences économiques, pourtant déjà précisément délimitées et encadrées, font en outre l'objet d'un transfert progressif d'institutions politiques élues vers des autorités indépendantes de type expertal. Au regard des conditions de nomination de ses membres, prévues à l'article 283, §2 TFUE, et de son indépendance particulièrement stricte telle qu'elle ressort de l'article 130 du même traité, la Banque centrale européenne constitue en effet un exemple caractéristique de cette *expertalisation croissante des institutions politiques et juridiques en matière économique* (en l'occurrence monétaire).

Selon mon hypothèse – que je sou mets donc ici à votre jugement –, ce processus d'expertalisation pourrait en réalité relever d'une *perméabilité du droit à un certain naturalisme qui imprègne les sciences économiques*. Ce naturalisme recouvre ici le phénomène par lequel,

---

<sup>6</sup> Par « radicalisation », il faut entendre ici le processus par lequel les fondements, les axiomes et la logique interne d'une théorie sont développés jusqu'à leurs ultimes implications.

sur la base de postulats non pas consentis en tant qu'hypothèses mais admis comme vérités, une partie substantielle des spécialistes de la science économique se réfèrent, explicitement ou implicitement, à une naturalité intrinsèque des principes et régularités qu'ils prétendent avoir dégagés – ces principes et régularités sont d'ailleurs souvent appelés, de manière significative, des « lois ». Adoptée dans la sphère politique et juridique, cette posture naturaliste implique alors logiquement un dépassement des affrontements idéologiques – pourtant consubstantiels au relativisme inhérent à l'idée de démocratie – un dépassement des affrontements idéologiques, donc, par l'établissement d'une connaissance prétendument neutre et objective des faits – connaissance énoncées alors en termes de jugements de réalité et non plus de jugements de valeur. Au niveau de l'élaboration et de l'application de politiques économiques ou monétaires (et de leur transcription en normes juridiques), le prolongement logique de cette posture naturaliste consiste alors à substituer aux institutions politiques élues des autorités expertales indépendantes, et la Banque centrale européenne constitue sans aucun doute l'exemple topique de ce phénomène.

Or, sur la base d'une définition minimale de la démocratie inspirée de Karl Popper<sup>7</sup>, il me semble que nous pouvons poser que, au-delà de son organisation institutionnelle et procédurale, c'est le critère de *réversibilité* des normes juridiques – et des choix politiques qui y sont cristallisés – qui demeure essentiel dans la caractérisation d'un système comme démocratie. Dans ces conditions, les phénomènes croissants de constitutionnalisation et d'expertalisation du droit économique rentrent alors *nécessairement* en tension avec le principe démocratique – principe démocratique entendu donc comme possibilité toujours ouverte de modifier les choix politiques, y compris économiques, précédemment posés.

En effet, cette expertalisation, en tant que manifestation de la perméabilité du droit au naturalisme des sciences économiques, implique *immanquablement* une concentration, dans les mains des experts, du pouvoir d'édiction et de modification des normes juridiques en matière économique ou monétaire – et, corrélativement, cette expertalisation implique une dévalorisation de la légitimité des contestations démocratiques de ces normes. De même, par l'application de la théorie de l'État de droit et de la hiérarchie des normes, la constitutionnalisation de certaines options de politique économique ou monétaire limite

---

<sup>7</sup> K.S. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, London, Routledge, 2011, pp. 314-317.

*inévitablement* le pouvoir discrétionnaire de l'État en ces matières – et, avec lui, le pouvoir des institutions politiques démocratiques qui composent cet État.

C'est d'ailleurs ce que relève incidemment le *Bundesverfassungsgericht*, dans son arrêt du 21 juin 2016 qui clôture l'affaire *Outright Monetary Transactions*<sup>8</sup>, lorsqu'il remet en cause la faible intensité du contrôle juridictionnel opéré par la Cour de justice de l'Union sur les décisions de la BCE – la Cour de justice justifiant ce contrôle restreint par la technicité de la matière et par l'indépendance de la BCE. Or, à partir de ce même argument de l'indépendance de la BCE, le Tribunal constitutionnel fédéral postule à l'inverse, sur la base du principe démocratique justement, la nécessité d'un contrôle juridictionnel *étendu* des actes de la BCE : selon lui, l'indépendance de la BCE constitue en effet une dérogation et une exception notable au principe de démocratie et implique par conséquent une interprétation restrictive de son mandat – et, concomitamment, un contrôle juridictionnel étendu du respect des limites de celui-ci.

Ce bras de fer juridictionnel entre le *Bundesverfassungsgericht* et la CJUE illustre par ailleurs parfaitement à quel point cette mise en tension du principe démocratique est en outre intensifiée par la *judiciarisation* des débats politico-économiques qu'engendre ce double phénomène de constitutionnalisation et d'expertalisation – transformant ainsi des conflits idéologico-politiques à trancher démocratiquement par le peuple en litiges technico-juridiques à résoudre judiciairement par les juridictions chargées de contrôler le respect des normes fondamentales dans lesquelles les options de politique économique sont sanctuarisées.

Ces juridictions de type constitutionnel sont par conséquent confrontées à une alternative irréductible. Soit, à l'image du *Bundesverfassungsgericht*, ces juridictions tentent, contre les choix économiques « inconstitutionnels » des autorités publiques, de faire respecter les principes juridiques desquels elles tirent leur pouvoir et leur légitimité (c'est-à-dire celui d'État de droit et de hiérarchie des normes), mais au risque de confirmer alors la relative irréversibilité des options de politique économique constitutionnalisées et de mettre ainsi en évidence les difficultés que cette sanctuarisation juridique engendre sur le plan démocratique, exacerbant au passage l'accusation de « gouvernement des juges » – comme en atteste la réaction quasi-

---

<sup>8</sup> BVerfG, 21 juin 2016, *OMT II*, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Rec. BVerfGE 142, pp. 123 et s., §§ 187-189.

unanime de la doctrine à la question préjudicielle posée par le *Bundesverfassungsgericht* à la CJUE dans le cadre de cette affaire *Outright Monetary Transactions*.

Soit, à l'inverse, selon la seconde branche de l'alternative donc, les juridictions constitutionnelles peuvent, afin de préserver une autonomie, fût-elle minimale, des autorités publiques (qu'elles soient élues ou même expertales), elles peuvent faire preuve de retenue judiciaire, de *judicial self-restraint*, en n'invalidant pas ces nouveaux choix économiques – en l'occurrence, pour ce qui nous concerne ici, en n'invalidant pas le passage d'une politique monétariste orthodoxe à des politiques monétaires plus expansionnistes et dites « non conventionnelles ». Dans ce cas, le risque est, néanmoins, et comme en témoigne la position de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Outright Monetary Transactions*, de distendre le contenu des normes juridiques jusqu'à leur en dénier toute substance, au mépris alors du principe d'État de droit – et en laissant par ailleurs prospérer, lorsque ces normes contestées proviennent d'une autorité expertale comme c'est le cas ici avec la BCE, l'accusation d'accaparement « technocratique » des pouvoirs publics.

Ces considérations nous amènent alors – et j'en conclurai par là – à nous interroger : derrière ce dilemme en apparence insoluble imposé aux juridictions constitutionnelles, ne peut-on y voir l'expression de la contradiction interne au constitutionnalisme économique entre, d'une part, la nécessaire adaptabilité du droit aux phénomènes sociaux (y compris économiques et monétaires donc) – et à l'inhérente incertitude de ces phénomènes – et, d'autre part, la constitutionnalisation de principes de gouvernance économique particulièrement précis et inflexibles, dans la mesure où une telle constitutionnalisation constitue la sanctuarisation juridique la plus résistante aux alternances démocratiques ? Dans l'affirmative, cette tension exacerbée – ou plutôt cette exacerbation de la tension – entre principe démocratique et état de droit ne trouve-t-elle pas sa source, sa cause plus profonde, dans cette incorporation, dans la sphère juridique, d'un certain naturalisme économique qui justifie et légitime alors de sortir progressivement du débat démocratique, par l'entremise de leur constitutionnalisation, les questions économiques ? Si je n'ai évidemment pas prétention à apporter une réponse complète à ces questions complexes, j'espère néanmoins qu'elles nourriront le débat et permettront de faire avancer la discussion et la réflexion.