

LE MARCHÉ,
INSTANCE DISCIPLINAIRE DES ÉTATS
DANS LE CADRE
DE L'UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE :
DES THÉORIES ÉCONOMIQUES
AUX CADRES JURIDIQUES

Par Guillaume GRÉGOIRE*

*Aspirant du Fonds national belge de la recherche scientifique
(FRS – FNRS)
Faculté de droit, de science politique et de criminologie
Université de Liège
Unité de droit économique et de théorie du droit*

SOMMAIRE

I. – L'ARCHITECTURE DE L'UEM : DE L'ASYMÉTRIE ORIGINELLE À LA CONSOLIDATION POST-CRISE DU PILIER ÉCONOMICO-BUDGÉTAIRE

A. – L'asymétrie originelle entre les piliers monétaire (centralisé) et économique-budgétaire (décentralisé) de l'UEM

1. – Le pilier monétaire centralisé de l'UEM : l'objectif prioritaire de stabilité des prix et son corollaire, l'indépendance de la Banque centrale

2. – Le pilier économique-budgétaire décentralisé de l'UEM : responsabilisation, coordination, coercition

a. – La responsabilisation financière des États membres par la triple interdiction de solidarité, de financement monétaire et d'accès privilégié aux institutions financières

b. – La coordination « indicative » des politiques économiques : les Grandes Orientations de Politiques Économiques (GOPE)

c. – La « coercition » par la discipline budgétaire : Le pacte de stabilité et de croissance et la procédure concernant les déficits excessifs

* guillaume.gregoire@uliege.be.

B. – *Les réformes post-crise des dettes souveraines : renforcement des mécanismes de surveillance et de contrôle et mise sous tutelle des États défaillants*

1. – *L'institution de mécanismes d'assistance financière sous stricte conditionnalité ou la mise sous tutelle des États défaillants*

2. *La révolution du cadre de la gouvernance économique de l'UEM : de la coordination-convergence à la coordination-contrôle*

II. – LA « VÉRIDICTION » DU MARCHÉ COMME RATIONALITÉ DE L'UEM ET SA TRANSFORMATION TACITE

A. – *La logique de marché dans l'architecture originelle de l'UEM : la « disciplinarisation » des États à l'aune d'une réalité concrète quoique construite (le marché) et par elle*

1. – *Le cadre conceptuel de l'UEM : le libéralisme néoclassique et la logique sous-jacente de « véridiction » du marché*

2. – *La transcription juridique du cadre conceptuel néoclassique dans l'UEM*

B. – *La logique de marché à la suite des réformes post-crise des dettes souveraines : la « disciplinarisation » des États au moyen d'une norme hypothétique (le marché) garantie en dernière instance par les États eux-mêmes ?*

1. – *La comparaison de deux « fondamentalismes du marché » : « marché réel » (néolibéral) v. « marché hypothétique » (ordolibéral)¹*

2. – *Les réformes de la gouvernance économique européenne : un retour à l'ordolibéralisme des origines ?*

a. – *L'UE face à la crise : interventions régulatrices et réformes ordonnatrices*

b. – *Le nouveau cadre ordolibéral de l'UEM : perfectionnement de la discipline de marché par la puissance publique instituée comme garant en dernier ressort de la logique de marché*

3. – *Le changement de paradigme du marché au regard des traités*

La prochaine étape de l'unification économique ne peut se faire qu'en s'appuyant sur le commun dénominateur des politiques conjoncturelles nationales : la politique monétaire. Quant aux politiques budgétaires, on en arrivera nécessairement un jour à exiger des États fédérés ce que ceux-ci exigent aujourd'hui de leurs collectivités régionales et locales pour les "neutraliser" autant que possible économiquement : l'équilibre budgétaire. »² Force est de constater le caractère prémonitoire de cette conviction, rapportée dès 1964 par François BILGER, de certains ordolibéraux allemands partisans de la Communauté économique européenne et favorables à l'approfondissement de l'intégration entre

¹ Nous reprenons ici les expressions de Harm SCHEPEL : H. SCHEPEL, « The Bank, the Bond, and the Bail-out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone », *Journal of Law and Society*, mars 2017, vol. 44, n° 1, p. 79-98, spéc. p. 96-97.

² F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, LGDJ, 1964, p. 184.

les États membres. L'Union économique et monétaire (ci-après, UEM), telle qu'elle résulte du traité de Maastricht de 1992, est en effet basée sur deux piliers : une politique monétaire européenne, d'une part, et une « disciplinarisation » des politiques budgétaires nationales (conçue comme corollaire de la stabilité monétaire), d'autre part.

Souligner le caractère prophétique de cette position de facture ordolibérale, c'est toutefois risquer de prendre position dans une controverse particulièrement vivace au sein de la doctrine européenne : celle des liens entre l'intégration économique européenne et les théories développées par l'École de Fribourg³. Plutôt

³ Sur cette controverse, citons, de manière non-exhaustive : C. JOERGES, « La constitution économique européenne en processus et en procès », *Revue internationale de droit économique*, 2006, n° 3, p. 245-284 ; J. DREXL, « La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral », *Revue internationale de droit économique*, mars 2012, n° 4, p. 419-454 ; F. MARTUCCI, « La BCE et l'ordolibéralisme: Etude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union », in B. BRUNESSEN, F. PICOD et S. ROLAND (éds.), *L'identité du droit de l'Union européenne: mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 709-719 ; C. MONGOUACHON, « Ordolibéralisme versus néolibéralisme: antagonismes idéologiques et conséquences pratiques en droit européen de la concurrence », in S. DORMONT et T. PERROUD (éds.), *Droit et Marché*, Paris, LGDJ, 2015, p. 21-44 ; C. MONGOUACHON, « Entre théories économiques et volonté politique, la constitution monétaire de l'Union en débat », in T. PERROUD, G. KALFLÈCHE et M. RUFFERT (éds.), *L'avenir de l'UEM: une perspective franco-allemande*, Paris, LGDJ, 2018, p. 75-110 ; L. ZEVOUNOU, « Le concept de "constitution économique": Une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, n° 20-21, p. 445-482 ; D.J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europe », *American journal of comparative law*, 1994, vol. 42, n° 1, p. 25-84 ; W. SAUTER, « The Economic Constitution of the European Union », *Columbia Journal of European Law*, 1998, vol. 27, n° 4, p. 27-68 ; C. JOERGES, « Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty », in R. DEHOUSSE (éd.), *Europe after Maastricht: an ever closer Union?*, Munich, Beck, 1994, p. 29-62 ; C. JOERGES et F. ROEDL, *The « Social Market Economy » as Europe's Social Model?*, EUI Working Paper, 2004, disponible sur <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/2823> (Consulté le 16 janvier 2019) ; C. JOERGES, « Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a new Constitutional Constellation », *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n° 5, p. 985-1027 ; C. JOERGES, « Perea iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the Gauweiler Litigation? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, vol. 23, n° 1, p. 99-119 ; J. HIEN et C. JOERGES (éds.), *Ordoliberalism, law and the rule of economics*, Oxford ; London, Hart Publishing, 2017 ; J. HIEN et C. JOERGES, « Dead man walking? Current European interest in the ordoliberal tradition », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, n° 2-3, p. 142-162 ; S. DULLIEN et U. GUÉROT, *The Long Shadow of Ordoliberalism: Germany's Approach to the Euro Crisis*, London, European Council of Foreign Affairs, 2012 ; W. BONEFELD, « Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism », *New Political Economy*, novembre 2012, vol. 17, n° 5, p. 633-656 ; V. BERGHAHN et B. YOUNG, « Reflections on Werner Bonefeld's 'Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism' and the Continuing Importance of the Ideas of Ordoliberalism to Understand Germany's (Contested) Role in Resolving the Eurozone Crisis », *New Political Economy*, octobre 2013, vol. 18, n° 5, p. 768-778 ; W. BONEFELD, « European economic constitution and the transformation of democracy: On class and the state of law », *European Journal of International Relations*, 2015, vol. 21, n° 4, p. 867-886 ; W. BONEFELD, « Political Theology and German Ordoliberalism: On Europe », *Revista Discente do Programa de Pos-Graduacao em Historia*, 2016, vol. 2, n° 4, p. 37-59 ; W.

que de pénétrer directement au cœur de cette controverse, nous préférons cependant déplacer quelque peu l'angle d'analyse : en partant du constat que la réaction des États membres à la crise financière et économique mondiale de 2007-2008 (et à la crise des dettes souveraines qui s'est ensuivie au sein de la zone euro à partir de 2010) peut apparaître, de prime abord, comme une réfutation du caractère contraignant de l'exigence d'équilibre budgétaire, cette contribution ambitionne d'interroger cette exigence de « neutralisation » économique des États membres par l'équilibre budgétaire, afin d'en dégager la rationalité implicite – et son éventuelle métamorphose. Plus précisément, sur la base d'une étude de l'architecture juridique originelle de l'UEM et des réformes post-crise des dettes souveraines qui l'ont affectée (I), l'objectif est ainsi de questionner le postulat de « véridiction » du marché⁴ qui sous-tend l'« *ordre économique et monétaire de l'Union européenne* »⁵ (II).

BONEFELD, « Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro », *Critical Sociology*, 2016, vol. 43, n° 4-5, p. 747-761 ; W. BONEFELD, « Stateless Money and State Power: Europe as ordoliberal Ordnungsgefüge », *Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em História*, 2016, vol. 2, n° 4, p. 37-59 ; E. DEUTSCHER et S. MAKRISS, « Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus », *Competition Law Review*, 2016, p. 181-214 ; M.A. WILKINSON, « The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 5, p. 527-560 ; M.A. WILKINSON, « Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce? », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 3, p. 313-339 ; M.A. WILKINSON, *The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism*, Law, Society and Economy Working Papers 05/2016, 2016, disponible sur <http://eprints.lse.ac.uk/66570/> (Consulté le 20 septembre 2018) ; M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism: The Conjecture Behind the Crisis*, Law, Society and Economy Working Papers 05/2018, 2018, disponible sur <http://eprints.lse.ac.uk/87542/> (consulté le 20 septembre 2018) ; V.A. SCHMIDT, « The roots of neo-liberal resilience: Explaining continuity and change in background ideas in Europe's political economy », *British Journal of Politics & International Relations*, 2016, vol. 18, n° 2, p. 318-334 ; T. BECK et H.-H. KOTZ (éds.), *Ordoliberalism: A German oddity?*, London, CEPR (Centre for Economic Policy Research) Press, 2017 ; J. DREXL, « Wettbewerbsverfassung - Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht », in A. von BOGDANDY (éd.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer-Lehrbuch, Berlin, Springer, 2003, p. 747-802 ; J. HIEN et C. JOERGES, « Das aktuelle europäische Interesse an der ordoliberalen Tradition », *Leviathan*, 2017, vol. 45, n° 4, p. 459-493 ; T. BIEBRICHER, « Zur Ordoliberalisierung Europas – Réplik auf Hien und Joerges », *Leviathan*, 2018, vol. 46, n° 2, p. 170-188.

⁴ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, 2004, p. 18-25 (leçon du 10 janvier 1979) et p. 32-35 (leçon du 17 janvier 1979). Nous entendons ici par « véridiction » du marché la capacité de celui-ci d'énoncer, à travers la formation d'un prix issu du fonctionnement des mécanismes concurrentiels (supposés naturels) du marché, la valeur intrinsèque et objective de l'objet échangé sur ledit marché – autrement dit, d'en dégager sa « vérité » essentielle (le prix) par le fonctionnement « naturel » du marché. Appliquée au cas particulier des États au sein de l'UEM, cette « véridiction » du marché se comprend alors, dans cette contribution, comme la capacité du marché d'exprimer la valeur objective d'un État (c'est-à-dire sa situation économique et financière censément objective) à travers la formation du prix de ses titres de dette publique (c'est-à-dire des taux d'intérêts exigés en contrepartie de ces obligations souveraines) issu de l'application des mécanismes concurrentiels (supposés naturels) des marchés financiers. Considérés comme intrinsèquement vrais (car émanant d'un hypothétique fonctionnement

Notre hypothèse – qui appellera sans doute des recherches supplémentaires – est que, derrière la continuité apparente de ce postulat (à l'aune duquel les États membres sont censés être évalués et disciplinés), les réformes post-crise, en marquant une évolution dans sa sanction ultime, modifient en réalité la relation entre l'État et le marché et, partant, transforment *in fine* l'acceptation du concept de « marché » dans l'organisation juridique de l'UEM. D'une conception néolibérale du marché (inspirée des travaux de HAYEK), en vertu de laquelle celui-ci n'existe qu'en tant que réalité concrète, l'on serait ainsi passé à une conception plus proche de l'ordolibéralisme des origines, selon laquelle le marché représenterait un idéal-type (une norme hypothétique abstraite) garanti en dernier ressort par la puissance publique elle-même⁶.

I. – L'ARCHITECTURE DE L'UEM : DE L'ASYMÉTRIE ORIGINELLE À LA CONSOLIDATION POST-CRISE DU PILIER ÉCONOMICO-BUDGÉTAIRE

Si l'UEM est une idée qui germa rapidement dans certains cénacles européens⁷, ce n'est qu'à la suite des rapports Delors⁸ et Emerson⁹, et avec leur concrétisation

naturel du marché), ces prix servent alors d'étalon à l'aune duquel juger de la plus ou moins grande conformité des politiques économiques *lato sensu* adoptées par les États. En ce qu'ils sont censés véhiculer la valeur objective de l'État par rapport à un standard hypothétique implicite (une situation économique et financière correspondant au taux d'intérêt nul, voire négatif), les taux d'intérêts des titres de dette publique sont donc censés être porteurs à la fois d'un jugement de fait (sur la situation objective de l'État) et d'une injonction à entreprendre des réformes économiques entendues *lato sensu* (censées amener l'État à une situation économique correspondant à des taux d'intérêts inférieurs, voire nuls ou négatifs). (voy. *infra*, II. La « véridiction » du marché comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite).

⁵ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

⁶ Nous utiliserons dans cette contribution les termes d'« ordolibéralisme des origines », de « conception ordolibérale *originelle* » et d'« ordolibéraux *de première génération* » afin de distinguer ce premier ordolibéralisme (allant schématiquement des années 1930 aux années 1960) de celui ultérieur, qui fut influencé plus fortement par les thèses et théories de HAYEK (voy. *infra*, II.B.1. La comparaison de deux « fondamentalismes du marché » : « marché réel » (néolibéral) v. « marché hypothétique » (ordolibéral), et plus particulièrement les notes infrapaginales 177, 211, 220 et 243).

⁷ Le Rapport Werner du 8 octobre 1970, élaboré sur demande des dirigeants des États membres de la CEE, proposait déjà un plan en trois étapes pour aboutir à une union économique et monétaire à l'horizon 1980 (« Rapport au Conseil et à la Commission concernant la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire dans la Communauté (dit « Rapport Werner ») », *Supplément au Bulletin 11/1970 des Communautés européennes*, 8 octobre 1970.).

⁸ COMITÉ POUR L'ÉTUDE DE L'UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE, *Rapport sur l'union économique et monétaire dans la Communauté européenne (dit « Rapport Delors »)*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1989. Sur le rôle du comité Delors dans la création de l'UEM, voy. not. A. VERDUN, « The role of the Delors Committee in the creation of EMU: an epistemic community? », *Journal of European Public Policy*, janvier 1999, vol. 6, n° 2, p. 308-328.

par le traité de Maastricht de 1992, que ce projet put enfin voir le jour. De ce traité résulte une asymétrie entre les piliers monétaire (centralisé) et économique-budgétaire (décentralisé)¹⁰ de l'UEM (A), que les réformes post-crise des dettes souveraines tentent de combler (B).

A. – L'asymétrie originelle entre les piliers monétaire (centralisé) et économique-budgétaire (décentralisé) de l'UEM

Pour respecter la volonté des États membres de voir leur autonomie économique et budgétaire relativement préservée, les niveaux de compétences des matières monétaire et économique-budgétaire furent découplés lors de la création de l'UEM : le pilier monétaire est, pour ce qui concerne les États ayant adopté l'euro, centralisé au niveau de l'Union (art. 119, § 2 TFUE) – (1) ; le second pilier, économique et budgétaire, demeure quant à lui décentralisé (art. 119, § 1^{er} TFUE) et, quoique coordonné au niveau de l'Union, reste donc théoriquement de la compétence des États membres (2)¹¹.

⁹ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (DGECFIN), « One market, one money. An evaluation of the potential benefits and costs of forming an economic and monetary union (dit "Rapport Emerson") », *European Economy*, octobre 1990, n° 44.

¹⁰ J.-V. LOUIS, « L'UEM et la gouvernance économique », in *L'Union européenne et l'euro : aspects économiques, institutionnels et internationaux, Quatrième conférence ECSA-World, Bruxelles, 17/18 septembre 1998*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 155-164, spéc. p. 156 ; F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne I », *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 17-99, spéc. p. 18. D'autres utilisent le terme de « *fundamental imbalance* » (voy. not. A. DE STREEL, « The evolution of the EU economic governance since the Treaty of Maastricht: an unfinished task », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, n° 3, p. 336-362, spéc. p. 337.

¹¹ Cette asymétrie est justifiée par la Banque centrale européenne comme suit : « *Ce partage des responsabilités s'explique notamment par le fait que, si la politique monétaire est indivisible par nature, les politiques économiques doivent tenir compte des caractéristiques nationales et des cadres institutionnels nationaux, et peuvent ainsi être plus efficacement appliquées au niveau national. En outre, laisser la responsabilité des politiques économiques aux gouvernements nationaux autorise un certain degré de concurrence permettant d'améliorer l'efficacité des politiques et d'encourager les bonnes pratiques* » (BCE, *Numéro spécial du bulletin mensuel pour le 10^e anniversaire de la BCE*, Francfort-sur-le-Main, Banque centrale européenne, mai 2008, p. 11, c'est nous qui soulignons). Comme le note Francesco MARTUCCI, on retrouve dans cette asymétrie fondamentale de l'UEM – et dans le rapport Emerson qui en constitue le fondement théorique – les théories du constitutionnalisme économique et de la Nouvelle macroéconomie classique (F. MARTUCCI, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, vol. 78, n° 1, p. 127-145, spéc. 137-139). Sur cette concurrence entre politiques économiques nationales et sur cette filiation théorique avec le constitutionnalisme économique et la nouvelle macroéconomie classique, voy. *infra*, II.A.1. Le cadre conceptuel de l'UEM : le libéralisme néo-classique et sa logique sous-jacente de « véridiction » du marché.

1. – *Le pilier monétaire centralisé de l'UEM : l'objectif prioritaire de stabilité des prix et son corollaire, l'indépendance de la Banque centrale*

La nouvelle compétence monétaire « européenne » nécessite toutefois des institutions adéquates, c'est-à-dire centralisées, dans la mesure où l'on considère qu'« une monnaie unique exige une politique monétaire unique assortie d'un processus décisionnel centralisé »¹². C'est pour cette raison que de nouveaux organes supranationaux furent établis au niveau européen : le système européen des banques centrales (ci-après, SEBC) et la Banque centrale européenne (ci-après, BCE)¹³. Si le SEBC a en théorie la compétence de mettre en œuvre les fonctions de Banque centrale pour l'euro – politique monétaire, politique de change, gestion de réserves et surveillance du bon fonctionnement du système des paiements¹⁴ –, celui qui assure en réalité ce rôle est l'« Eurosystem » – c'est-à-dire la BCE et les banques centrales nationales des pays ayant adopté l'euro. Par ailleurs, les banques centrales nationales étant hiérarchiquement soumises à la BCE¹⁵, c'est donc à cette dernière – et à ses organes de décision (conseil des gouverneurs et directoire)¹⁶ – qu'est *in fine* confiée la politique monétaire de l'euro¹⁷. Toutefois, quoique centralisée, la marge d'appréciation politique de ce pouvoir monétaire n'en reste pas moins relativement limitée, à tout le moins en théorie¹⁸, puisque celle-ci reste lar-

¹² H. K. SCHELLER, *La Banque Centrale Européenne : histoire, rôle et fonctions*, Francfort, Banque centrale européenne, 2004, p. 31.

¹³ Le SEBC est un système intégré constitué de la BCE et des banques centrales nationales (BCNs) de tous les États membres de l'Union européenne – et donc même ceux qui n'ont pas adopté la monnaie unique. Ce système ne possède cependant ni personnalité juridique, ni organes de décision, contrairement à la BCE (article 282 (3) TFUE et article 9 (1) statuts SEBC et BCE). Par conséquent le SEBC n'a donc en lui-même aucune capacité d'action et c'est donc par l'entremise de ses composantes – BCE et BCNs – que sont remplies, dans le respect des traités, des Statuts du SEBC et de la BCE, ainsi que des décisions prises par la BCE, les tâches du SEBC. Pour reprendre les termes de Hanspeter SCHELLER, « le terme SEBC désigne un cadre institutionnel qui établit un "lien organique" entre la BCE et les BCN. Celui-ci garantit que a) la prise de décision est centralisée, et b) les tâches que le traité a assignées au SEBC sont effectuées conjointement et régulièrement, en conformité avec la répartition des compétences et les objectifs du système. » (*Ibid.*, p. 44).

¹⁴ Articles 127 TFUE et 3 des Statuts du SEBC et de la BCE.

¹⁵ Article 14 (3) des Statuts du SEBC et de la BCE.

¹⁶ Articles 10, 11 et 12 des Statuts du SEBC et de la BCE.

¹⁷ Selon les articles 3 et 8 des Statuts du SEBC et de la BCE, « les missions fondamentales relevant du SEBC consistent [notamment] à (...) définir et mettre en œuvre la politique monétaire de l'Union ». Or, « le SEBC est dirigé par les organes de décision de la BCE ».

¹⁸ La gestion de la crise des dettes souveraines par la BCE et sa validation par la CJUE tend cependant à montrer une émancipation de la BCE vis-à-vis de ce mandat strict (voy. not. T. BEUKERS, « The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: Between central bank independence and central bank intervention », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 6, p. 1579-1620 ; C. FONTAN, « Frankenstein in Europe. The impact of the European Central Bank on the management of the eurozone crisis », *Politique Européenne*, 2013, vol. 4, n° 42, p. 22-45 ; G. GRÉGOIRE, « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *Revue internationale de droit économique*, 2017, n° 3, p. 33-54). Voy. également *infra*. II.B.1. La confrontation de deux « fondamentalismes du marché » : « marché réel » (néolibéral) v. « marché hypothétique » (ordolibéral).

gement encadrée par les traités et par les Statuts du SEBC et de la BCE, qui fixent comme objectif prioritaire absolu la *stabilité des prix*¹⁹, alors que le soutien aux politiques économiques générales de l'Union (comprenant la croissance économique, la compétitivité et la recherche du plein-emploi)²⁰ n'intervient que de manière hiérarchiquement seconde²¹.

Il fut en outre jugé absolument nécessaire, pour garantir cet objectif principal de stabilité des prix, de graver l'indépendance de la BCE dans le marbre des traités et des Statuts du SEBC et de la BCE²². Son indépendance, particulièrement étendue, est ainsi considérée comme le « *corollaire de son objectif principal de maintien de la stabilité des prix et de sa compétence exclusive concernant la politique monétaire* »²³. En conséquence, la BCE et les banques centrales nationales doivent être mises à l'abri des diverses influences politiques – provenant des États membres comme des institutions européennes – susceptibles de contrarier l'objectif principal de stabilité monétaire. Cette indépendance posée comme condition indispensable à la stabilité monétaire trouverait du reste, selon la BCE elle-même, un fondement scientifique dans la théorie économique²⁴.

2. – *Le pilier économique-budgétaire décentralisé de l'UEM : responsabilisation, coordination, coercition*

Une fois posée l'option monétaire de la stabilité des prix²⁵, encore faut-il établir, au niveau des politiques économiques et budgétaires, un cadre juridique cohé-

¹⁹ Définie en 1998 par le Conseil des gouverneurs comme « une progression sur un an de l'indice des prix à la consommation harmonisé (IPCH) 83 inférieure à 2 % dans la zone euro » (BCE, *Rapport annuel*, 2003, p. 16). Cette définition a été complétée en 2003 par ce même Conseil des gouverneurs, qui a précisé que « dans le cadre de la poursuite de la stabilité des prix, il visait à maintenir les *taux d'inflation* à des niveaux inférieurs à, mais proches de 2 % à moyen terme » (*Ibid.*, p. 16-17).

²⁰ Article 127 (1) TFUE lu en combinaison avec l'article 3 (3) TUE.

²¹ Articles 119 (2), 127 (1) et 282 (2) TFUE et article 2 des Statuts du SEBC et de la BCE.

²² Article 130 TFUE et article 7 des Statuts du SEBC et de la BCE.

²³ H. K. SCHELLER, *La Banque Centrale Européenne : histoire, rôle et fonctions*, *op. cit.*, p. 125. L'auteur ajoute du reste que « [l]'indépendance de la BCE n'est (...) pas une fin en soi, mais plutôt un élément indispensable d'un ordre monétaire qui donne la priorité à l'objectif de stabilité des prix » (*Ibid.*).

²⁴ Selon la BCE, « [l]a théorie économique et des exemples tirés des décennies passées tendent à prouver que l'indépendance de la Banque centrale est la condition préalable à la réalisation et au maintien de la stabilité des prix » et, plus particulièrement, « [l]e fait que la baisse de l'inflation au niveau mondial et l'ancrage des anticipations d'inflation au cours des deux dernières décennies aient coïncidé avec un mouvement global d'indépendance des banques centrales témoigne de ce que cette indépendance est une condition préalable à la réalisation et au maintien de la stabilité des prix. Cette analyse est confirmée par des données empiriques formelles » (BCE, *Numéro spécial du bulletin mensuel pour le 10e anniversaire de la BCE*, *op. cit.*, p. 22-24).

²⁵ Sur la conversion des gouvernements à ce choix idéologique, voy. not. W. SANDHOLTZ, « Choosing Union: Monetary Politics and Maastricht », *International Organization*, 1993, vol. 47, n° 1, p. 1-39. Sur le processus de négociation ayant ensuite abouti à la consécration de ce choix, voy. : K.H.F. DYSON et K. FEATHERSTONE, *The Road to Maastricht: Negotiating economic and monetary union*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Quant à

rent et conforme à ce choix²⁶. S'inspirant des thèses de certains courants de la science économique²⁷, reprises implicitement dans le rapport Emerson²⁸, ce cadre juridique a pour objectif la « *convergence* » des politiques économiques et la « *neutralisation* » maximale des politiques budgétaires conjoncturelles nationales, pourtant restées de la compétence des États membres²⁹.

l'utilisation des théories économiques par la Commission afin de faire avancer l'agenda politique de l'unification monétaire, voy. : N. JABKO, « In the name of the Market: how the European Commission paved the way for monetary union », *Journal of European Public Policy*, janvier 1999, vol. 6, n° 3, p. 475-495. M. J. HERDEGEN va jusqu'à dire, sur ce choix monétariste, que « *The Maastricht Treaty makes price stability the very essence, the raison d'être of EMU, a preeminence unparalleled in legal history* » (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*, 1998, vol. 35, n° 1, p. 14, trad. libre : « *Le traité de Maastricht fait de la stabilité des prix l'essence même, la raison d'être de l'UEM, une prééminence inégalée dans l'histoire juridique.* ») Il ajoute du reste que « *The canonization of a single economic parameter dramatically transforms the whole hierarchy of normative values not only within the Community system, but also within the constitutional law of Member States. The spill-over effect of this objective on economic, social, defence and other policies as well as its cohesive impact brings about a conceptual change. It allows us to regard the European treaty system as a kind of coherent "constitutional framework" (despite the European Union still being a long way from statehood). More than any other operable single objective, monetary stability emerges as a kind of "Grundnorm" of the European Union and its Member States. Beyond the grasp of the pure theory of law, it is also a fundamental norm in a meta-constitutional sense.* » (*Ibid.*, p. 21, trad. libre : « *La canonisation d'un seul paramètre économique transforme radicalement toute la hiérarchie des valeurs normatives non seulement au sein du système communautaire, mais aussi dans le droit constitutionnel des États membres. L'effet d'entraînement de cet objectif sur les politiques économiques, sociales, de défense et autres, ainsi que son impact cohésif, entraîne un changement conceptuel. Elle nous permet de considérer le système des traités européens comme une sorte de "cadre constitutionnel" cohérent (bien que l'Union européenne soit encore loin d'être un État). Plus que tout autre objectif unique opérationnel, la stabilité monétaire apparaît comme une sorte de "norme fondamentale" de l'Union européenne et de ses États membres. Au-delà de la théorie pure du droit, c'est aussi une norme fondamentale au sens méta-constitutionnel du terme.* »)

²⁶ E. GROSSMAN et P.-E. MICOLET, « Le nouvel ordre de politique économique européen : Une constitution économique au service de la stabilité monétaire ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2000, n° 437, p. 243-251 ; M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom », *op. cit.* ; C. MONGOUACHON, « Entre théories économiques et volonté politique, la constitution monétaire de l'Union en débat », *op. cit.*

²⁷ Voy. *infra*, II.A.1. Le cadre conceptuel de l'UEM : le libéralisme néo-classique et sa logique sous-jacente de « véridiction » du marché.

²⁸ F. MARTUCCI, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *op. cit.*, p. 137.

²⁹ Cette asymétrie entre les deux piliers trouve sa justification théorique dans le « consensus de Bruxelles » (A. BÉNASSY-QUÉRÉ et B. COEURÉ, *Économie de l'euro*, Paris, La Découverte, 2010, p. 71-73) selon lequel l'UEM constitue une zone monétaire non optimale et doit par conséquent maintenir, en parallèle à une politique monétaire unique permettant de régir les chocs asymétriques (c'est-à-dire qui touchent l'ensemble du territoire de l'UEM), des politiques budgétaires nationales afin d'être capable de contrer d'éventuels chocs asymétriques (autrement dit, qui touchent seulement une partie des territoires étatiques ou régionaux de l'UEM) (F. MARTUCCI, « L'utilisation des faits économiques dans l'Union

Dans cette perspective, quatre critères spécifiques de convergence économique, relatifs à l'évolution des prix, des finances publiques, des taux de change et des taux d'intérêt à long terme – popularisés sous l'appellation de « critères de Maastricht »³⁰ –, furent retenus pour évaluer les États membres aptes à accéder à la monnaie unique³¹. Ces critères permettent néanmoins seulement de déterminer – qui plus est avec une marge d'appréciation politique importante³² – l'adéquation des politiques économique-budgétaires *au moment de l'adhésion* à la monnaie unique, mais sont en revanche insusceptibles, sans cadre juridique adéquat, d'assurer *le maintien et la poursuite sur le long terme*, par les États, des politiques économiques et budgétaires conformes à l'option monétariste. Ils sont par conséquent inaptes à garantir à eux seuls la pérennité de l'UEM, dans la mesure où rien ne permet *a priori* d'affirmer que les États prendront d'eux-mêmes les mesures économiques et budgétaires nécessaires pour rendre viable et opérationnelle une politique monétaire unique.

Afin de se prémunir contre ce risque de « *passager clandestin* »³³, le pilier économique-budgétaire de l'UEM fut dès lors bâti autour d'un « *ordre de stabilité* »³⁴ annoncé dès la première disposition du titre du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacré à « *la politique économique et monétaire* », à savoir l'article 119 TFUE (ex-article 4 TCE). Cette disposition, véritable « *norme matricielle* » de l'Union économique et monétaire³⁵, prévoit certes une « *étroite coordination des politiques économiques des États membres* » au service des *objectifs économiques, sociaux et environnementaux* de l'Union³⁶, mais cette « *étroite coordination* » ne peut en revanche se faire que dans le respect du principe général « *d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* » et des principes directeurs suivants : « *prix stables, finances publiques et conditions*

économique et monétaire : une approche théorique d'un droit de la politique économique », in P. MADDALON (éd.), *Les utilisations des faits économiques dans le droit de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2013, p. 93-125, spéc. p. 107-108).

³⁰ Article 121 du traité instituant la Communauté européenne (aujourd'hui article 140 TFUE).

³¹ Les États ne remplissant pas suffisamment ces critères de convergence font l'objet d'une « dérogation » jusqu'à ce qu'ils remplissent ces critères et puissent par conséquent adopter l'euro (articles 139 et 140 TFUE).

³² M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom », *op. cit.*, p. 27-28.

³³ Pour une analyse de la notion de passager clandestin – ou *free-riding* – dans le cadre de l'Union économique et monétaire, voy. : H. LENOBLE-LIAUD, « L'union monétaire européenne : faut-il avoir peur du passager clandestin ? », *Revue d'économie politique*, 2001, n° 6, p. 861-884.

³⁴ M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom », *op. cit.*, p. 14.

³⁵ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 86-87.

³⁶ L'article 3 TUE, auquel renvoie l'article 119 TFUE, consacre en particulier comme objectifs de l'Union « *le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché³⁶ hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement* » ainsi que « *la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres* ».

monétaires saines et balance des paiements stable ». Les objectifs divers et variés sont donc enserrés dans un ordre de stabilité articulé autour du principe de l'économie concurrentielle de marché³⁷.

Sans l'établissement d'un cadre permettant de l'organiser et de le faire fonctionner, *si nécessaire par la contrainte*, cet ordre de stabilité, certes proclamé par cette disposition matricielle, relèverait seulement d'une déclaration programmatique dépourvue de toute sanction, donc de toute juridicité³⁸ – et le risque de passer clandestin resterait, partant, entier. Ces principes se trouvent en conséquence relayés et traduits par les dispositions matérielles du titre VIII de la troisième partie du traité (consacré à l'Union économique et monétaire)³⁹, dont l'articulation forme un modèle de gouvernance tridimensionnel⁴⁰ articulé autour de la responsabilisation financière individuelle des États membres (a), de la coordination de leurs politiques économiques (b) et, enfin, de l'établissement d'une discipline budgétaire prévoyant des limites aux déficits et dettes publiques des États membres (c).

a. – La responsabilisation financière des États membres par la triple interdiction de solidarité, de financement monétaire et d'accès privilégié aux institutions financières

Afin de se prémunir contre le risque de passager clandestin, fut établie, à travers les articles 123 à 125 TFUE, une triple prohibition destinée à accroître la responsabilité financière individuelle de chaque État membre, en l'obligeant à en passer par les marchés pour financer ses déficits.

La première de ces interdictions, prévue à l'article 123 TFUE (et prolongée par l'article 21 du Protocole des Statuts du SEBC et de la BCE), concerne le financement monétaire des États membres et de l'Union. Cette méthode de financement consiste pour la Banque centrale à prêter directement aux États membres, à des taux nuls ou, à tout le moins, inférieurs aux conditions de marché, de la monnaie qu'elle créerait *ex nihilo*, ce qui engendrerait certes des facilités de financement pour les États membres mais créerait en contrepartie de l'inflation – la masse mo-

³⁷ Comme le note Wolf SAUTER, « [a]lthough the Member States are not legally bound to particular methods in their pursuit of the economic objectives set by the Treaty, in practice they must submit to liberal market policies » (W. SAUTER, « The Economic Constitution of the European Union », *op. cit.*, p. 68, trad. libre : « Bien que les États membres ne soient pas juridiquement liés par des méthodes particulières dans la poursuite des objectifs économiques fixés par le traité, ils doivent en pratique se soumettre aux politiques libérales du marché. »). Par ailleurs, l'adjonction de certains autres objectifs économiques à la suite du traité d'Amsterdam de 1997 ne remet pas en cause l'objectif premier de stabilité des prix et n'est pas couplée à de nouvelles compétences et de nouveaux pouvoirs pour l'Union (M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom », *op. cit.*, p. 19).

³⁸ L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1978, p. 95 et s..

³⁹ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁰ Voy. not. A. DE STREEL, « The evolution of the EU economic governance since the Treaty of Maastricht: an unfinished task », *op. cit.*, p. 337 ; K. HENTSCHELMANN, « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel – Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion », *Europarecht*, 2011, vol. 46, n° 2, p. 282-312, spéc. p. 282.

nétaire en circulation augmentant en proportion de la création monétaire opérée pour l'opération de prêt. Par ailleurs, en union monétaire, la responsabilité de ce procédé – et des risques inflationnistes qu'il engendre – ne pèserait pas seulement sur l'État bénéficiant de ces financements, à l'instar d'un État possédant sa propre monnaie, mais bien sur l'ensemble des États membres participant à la monnaie unique. Ce risque de passager clandestin, combiné à l'option « monétariste » de l'UEM en faveur de la stabilité des prix, a donc justifié l'interdiction de ces financements et l'obligation corrélative, pour les États membres, d'en passer nécessairement par les mécanismes de marché pour couvrir leurs besoins de trésorerie et de financement⁴¹.

Dans le prolongement de cette prohibition du financement public monétaire, les États membres se voient interdire, en vertu de l'article 124 TFUE, d'établir un

⁴¹ Il faut en revanche noter que l'article 123 (1) TFUE et l'article 21 (1) des Statuts du SEBC et de la BCE n'interdisent explicitement que le financement *direct* des dettes publiques par les banques centrales, c'est-à-dire les prêts qui seraient consentis directement aux États membres par la BCE ou les banques centrales nationales. À l'inverse, les acquisitions dites « indirectes » – c'est-à-dire réalisées sur les marchés secondaires (où s'échangent les actifs financiers déjà émis) – de titres de dettes des États membres par ces banques centrales sont, elles, pour autant qu'elles poursuivent des objectifs monétaires et non économiques, autorisées en vertu de l'article 18, § 1^{er} du Protocole sur les Statuts du SEBC et de la BCE. Cette distinction, quelle que soit par ailleurs sa pertinence ou nécessité économique, amène cependant un risque juridico-économique bien connu en droit de l'Union : celui d'« effet équivalent ». En effet, cette interdiction de financement *direct* ne constitue pas, *a contrario*, une autorisation de « financement indirect » des États membres (en ce sens, voy. le considérant n° 7 du règlement (CE) no 3603/93 du Conseil, du 13 décembre 1993, précisant les définitions nécessaires à l'application des interdictions énoncées à l'article 104 et à l'article 104 B paragraphe 1 du traité, JO L 332, 31 décembre 1993, p. 1). Autrement dit, la possibilité, pour la BCE, d'agir sur les marchés *secondaires* est certes maintenue, mais celle-ci ne peut agir que pour des raisons de *politique monétaire* : toute acquisition sur le marché secondaire dictée par des motifs *politiques ou économiques* et non monétaires constituerait une mesure d'effet équivalent à l'acquisition directe de titres de dettes publiques et serait, partant, illégale au regard des articles 123 TFUE et 21 des Statuts du SEBC et de la BCE. Cette interprétation des traités a été confirmée par la CJUE à l'occasion de l'affaire *OMT* (CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. v. Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400). Toutefois, la Cour, pour distinguer entre motif monétaire ou économique d'un programme de rachat d'obligations souveraines, s'en remet principalement – dans la ligne de sa jurisprudence *Pringle* (CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e.a.*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756) –, outre à l'instrument utilisé, à l'objectif *officiellement annoncé* par la BCE, sans examiner et discuter les hypothèses factuelles sous-jacentes à ces objectifs de politique monétaire. Elle laisse ainsi planer, selon le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht*) le risque d'un transfert implicite de la *Kompetenz-Kompetenz* à la BCE qui, se voyant reconnaître une si large marge d'appréciation, serait *de facto* en mesure d'autodéterminer sa compétence en annonçant arbitrairement poursuivre un objectif de politique monétaire pour s'approprier sous ce couvert des politiques proprement économiques (BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, 2 BvR 2728/13, *Rec. BVerfGE* 134, p. 366 et s. ; 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, p. 123 et s.). Pour plus de précisions sur cette controverse, voy. : G. GRÉGOIRE, « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *op. cit.*

accès privilégié aux institutions financières⁴². Autrement dit, les États ne peuvent imposer aux institutions financières l'acquisition de titres de leurs dettes à des conditions imposées par voie d'autorité par le gouvernement – au risque sinon d'être en capacité de contourner la prohibition du financement monétaire et d'emprunter à des taux inférieurs aux conditions du marché. Comme certains ont pu le noter, cette interdiction « *est à rapprocher du principe selon lequel l'action de l'Union et des États membres respecte le principe d'une économie de marché* », dans la mesure où « *les décisions des institutions financières doivent pouvoir être dictées par des impératifs de rationalité économique et permettre une allocation efficace des ressources* »⁴³.

La responsabilisation financière individuelle des États membres est, enfin, bouclée par la clause dite de « non-renflouement » (ou « *no bail-out clause* »), c'est-à-dire d'interdiction de principe de toute solidarité financière entre les institutions de l'UE et les États membres et entre les États membres eux-mêmes. Cette interdiction, prévue à l'article 125 TFUE, est destinée à éviter le risque d'aléa moral⁴⁴ et, partant, à garantir la soumission du financement de l'État à la seule « *logique de marché* »⁴⁵. Deux tempéraments, prévus expressément, viennent néanmoins atté-

⁴² Cette disposition est prolongée par le règlement (CE) n° 3604/93 du 13 décembre 1993 précisant les définitions nécessaires à l'application des interdictions énoncées aux articles 101 et 102 CE, *JO L 332* du 31.12.1993, p. 4-6.

⁴³ P.-E. PARTSCH, « Chapitre VI. - L'Union économique et monétaire », in *Droit bancaire et financier européen*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 214-261, spéc. p. 217.

⁴⁴ » *Kommt dem Schuldnerstaat notfalls eine Haftungsgemeinschaft zu Hilfe, indem sie für seine Schulden einsteht, wirkt sich dies auf die Anreizstruktur sowohl der Marktakteure als auch der politisch Verantwortlichen des begünstigten Schuldnerstaates aus: Die Bonitätsprüfung durch die Märkte wird auf die Haftungsgemeinschaft ausgedehnt und verwässert, so dass disziplinierende Zinsaufschläge für den einzelnen Schuldnerstaat niedriger ausfallen oder ganz unterbleiben. Rechnen die Märkte mit einem Bailout, entstehen zudem Anreize, ökonomisch nicht gerechtfertigte Kredite an Mitgliedstaaten zu vergeben. Die nachlässige Risikobewertung macht die Erforderlichkeit eines späteren Bailouts im Sinne einer self fulfilling prophecy wahrscheinlicher. Auf Seiten des hoch verschuldeten Eurolandes sieht sich dessen Regierung der Versuchung ausgesetzt, die erforderliche Haushaltskonsolidierung aufzuschieben oder zu vernachlässigen, weil sie notfalls auf den finanziellen Beistand anderer Euroländer oder der Union vertraut.* » (K. HENTSCHELMANN, « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel – Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion », *op. cit.*, p. 285, trad. libre : « Si, le cas échéant, l'État débiteur est aidé par une communauté de cautionnement par laquelle ses dettes sont garanties, cela influe sur la structure incitative à la fois des acteurs du marché et des dirigeants politiques de l'État débiteur bénéficiaire : l'évaluation du crédit par les marchés sera étendue et diluée à la communauté de cautionnement, de sorte que les majorations disciplinaires d'intérêt pour l'État débiteur individuel seront inférieures ou totalement supprimées. Si les marchés s'attendent à un renflouement, il y aura en outre des incitations à accorder des prêts économiquement injustifiés aux États membres. L'évaluation négligente du risque rend plus probable la nécessité d'un sauvetage ultérieur dans le sens d'une prophétie auto-réalisatrice. Ce gouvernement très endetté de la zone euro est alors tenté de reporter ou de négliger l'assainissement budgétaire nécessaire parce qu'il compte, si nécessaire, sur l'aide financière d'autres pays de la zone euro ou de l'Union. »)

⁴⁵ Comme le note Kai HENTSCHELMANN, « *Das Bailout-Verbot als normative Verkörperung des fiskalischen Eigenverantwortungsprinzips soll die tatsächlichen Bedingungen für den*

nuer ce principe de responsabilité individuelle. D'une part, les garanties mutuelles pour la réalisation d'un projet commun sont explicitement exclues de l'interdiction – donc permises – par l'article 125 TFUE lui-même. D'autre part, l'article 122 TFUE – parfois improprement appelé « *clause de solidarité* » – prévoit, quant à lui, la possibilité pour l'Union, agissant par l'entremise du Conseil sur proposition de la Commission, d'accorder, *sous certaines conditions*, une assistance financière à l'État membre qui connaîtrait « *des difficultés ou une menace sérieuse de graves difficultés, en raison de catastrophes naturelles ou d'événements exceptionnels échappant à son contrôle* »⁴⁶.

Cette triple interdiction relative au financement des États membres permet ainsi, dans une perspective de responsabilisation et de « disciplinarisation » économique et financière des États membres, de mettre en marché la dette publique. Soumis à la logique de marché, ces États sont alors censés adopter les politiques économiques considérées comme « *saines* »⁴⁷. Toutefois, afin de les guider et

Ablauf des Marktmechanismus sichern und dessen Beitrag zum Stabilitätskonzept der Währungsunion erschließen. Dadurch, dass die Normen der „zweiten Säule“ die Voraussetzungen für restringierende Marktreaktionen schaffen, die an die haushaltspolitische Solidität des einzelnen hoheitlichen Schuldners – und nicht die einer Haftungsgemeinschaft – anknüpfen, entziehen sie zugleich stabilitätszerodierendem moral hazard-Verhalten eines Mitgliedstaates den Boden. » (Ibid., trad. libre : « L'interdiction de renflouement en tant qu'incarnation normative du principe de la responsabilité budgétaire vise à garantir les conditions réelles de fonctionnement du mécanisme de marché et à assurer la contribution de celui-ci au concept de stabilité au sein de l'Union monétaire. En créant les conditions préalables à des réactions restrictives du marché fondées sur la solidité budgétaire du débiteur souverain individuel – et non sur celle d'une communauté de cautionnement – les normes du "deuxième pilier" [(les normes de « disciplinarisation » de l'État par le marché des articles 122 à 125 TFUE)] empêchent en même temps les comportements étatiques relevant de l'aléa moral, qui sape la stabilité. ») Sur cette soumission du financement de l'État à la « logique de marché », voy. *infra*. II. La « véridiction » du marché comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite.

⁴⁶ À noter cependant que nous sommes donc bien dans le cadre d'une assistance *sous conditions* et non d'une véritable solidarité. Si donc le principe de responsabilité individuelle des États membres peut connaître certains tempéraments, des balises assez strictes sont établies pour éviter tout contournement de cette règle au nom d'un hypothétique principe de solidarité (voy. *infra*, I.B.1. L'institution de mécanismes d'assistance financière sous stricte conditionnalité ou la mise sous tutelle des États défaillants). L'assistance prévue à l'article 122 TFUE ne peut ainsi faire obstacle à la logique interne de toute l'architecture de l'UEM, construite sur la « disciplinarisation » et la responsabilisation économiques et budgétaires des États membres à l'aune de la « logique de marché » (voy. *infra*, II. La « véridiction » du marché comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite).

⁴⁷ Article 119 TFUE et Déclaration *ad* article 126 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'adjectif « sain » renvoyant à la fois à un critère à l'aune duquel juger de la normalité et de la rationalité d'un comportement, d'une opinion ou d'une politique et à la naturalité d'un corps nécessitant, en cas de lésion, d'altération ou de contamination, une intervention thérapeutique (voy. les différentes définitions du terme selon le Centre nationale des ressources textuelles et lexicales (CNRTL), disponible sur <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/sain>), consacrer l'exigence de « santé » (conçue comme critère objectif) des politiques économiques et budgétaires des États et instituer le marché comme étalon de cette « santé » revient à reconnaître à ce dernier la capacité *naturelle* d'évaluer, à travers le mécanisme des prix, la rationalité des comportements étatiques. Le marché serait à ce titre

d'accélérer cette convergence des politiques économiques vers l'idéal-type prescrit théoriquement par les mécanismes de marché, ce volet « négatif » de l'Union économique et monétaire, centré sur la prohibition, est complété par un versant « positif », à savoir la mise en place de procédures de coordination des politiques économiques des États membres.

b. – La coordination « indicative » des politiques économiques : les Grandes Orientations de Politiques Économiques (GOPE)

Cette coordination économique relève avant tout de la compétence du Conseil pour les affaires économiques et financières (dit « Conseil ECOFIN »)⁴⁸ qui est notamment chargé, en application de l'article 121, § 2 TFUE, d'élaborer et d'adopter les « grandes orientations des politiques économiques des États membres et de l'Union »⁴⁹ (ci-après, GOPE). Le champ d'application de ces GOPE

intrinsèquement porteur et producteur d'une vérité à l'aune de laquelle mesurer les politiques économiques *lato sensu* des États. L'utilisation du qualificatif « sain » à l'intérieur-même du discours juridique officiel de l'UEM nous semble ainsi constituer une illustration topique de la croyance – qui fonde les théories économiques libérales – dans la capacité naturelle de « véridiction » du marché (*cf.* note infrapaginale 3 ; voy. *infra*, II. La « véridiction » du marché comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite).

⁴⁸ Il faut toutefois noter que celui-ci fut considéré insuffisamment adapté pour prendre les décisions qui concernent la zone euro et non l'ensemble des 28 États membres de l'Union. C'est pour cette raison que, par une résolution du Conseil européen de Luxembourg (Résolution du Conseil européen, du 13 décembre 1997, sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'Union économique et monétaire et sur les articles 111 et 113 du traité CE, *JO C 35* du 02 février 1998), fut constitué l'Eurogroupe, instance informelle ayant pris une place de plus en plus importante dans l'agencement institutionnel européen, au point de devenir, selon certains, « l'épicentre de la gouvernance économique européenne » (O. CLERC, *La gouvernance économique de l'Union européenne: recherches sur l'intégration par la différenciation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, spéc. p. 253 ; L. GRARD, « La gouvernance économique de la zone euro. La troisième voie pour faire l'Europe, après les méthodes intergouvernementale et communautaire : la coordination », *Revue des affaires européennes – Law & european affairs*, 2001 2000 spéc. p. 172) et de voir son existence consacrée par le Protocole n° 14 sur l'Eurogroupe à l'occasion de l'adoption du traité de Lisbonne. Si le Conseil reste bel et bien théoriquement l'organe de décision ultime, les décisions relatives à l'UEM – les GOPE ainsi que la coordination et la surveillance de la discipline budgétaire concernant les États ayant la monnaie unique – sont donc en réalité prises par les seuls États membres de la zone euro – les États *out* prenant part aux délibérations mais sans droit de vote (article 136 TFUE). Ceci équivaut ainsi en quelque sorte à instituer *de facto* l'Eurogroupe – bien que juridiquement dans la peau du Conseil – comme organe de décision central du pilier économique-budgétaire de l'UEM.

⁴⁹ Ces grandes orientations sont à la fois générales – à destination de l'ensemble de l'Union et, depuis le traité de Lisbonne (article 136, § 1^{er} TFUE), de la zone euro – et individualisées – à destination de chaque État membre considéré individuellement, afin de tenir compte de leurs particularités et spécificités. A noter qu'une procédure de recommandations générales et individuelles de politique économique à suivre, dont la mise en œuvre faisait par ailleurs l'objet d'une surveillance, existait déjà auparavant, en application de la décision (74/120/CEE) du Conseil du 18 février 1974 relative à la réalisation d'un degré élevé de convergence des politiques économiques des États membres de la Communauté économique européenne, *JO L 63* du 5 mars 1974, p. 16 (F. ALLEMAND, « Les GOPE », in *L'Union économique et monétaire: origine, fonctionnement et futur*, CVCE, 2013, (disponible sur

est extrêmement vaste puisqu'il couvre notamment le marché du travail, la sécurité sociale, le régime de la fiscalité, la formation et l'enseignement, *etc.*^{50 51}.

L'orientation des réformes structurelles prônées en ces différentes matières depuis l'instauration de ces grandes orientations témoigne par ailleurs de la prééminence de fait de l'objectif de compétitivité et de productivité et d'une focalisation originelle et principale – pour ne pas dire quasi-exclusive – sur la « problématique » du travail *lato sensu* à travers les recommandations de « *modération salariale* », de « *flexibilisation* » du marché du travail, de « *rationalisation* » des systèmes de sécurité sociale et d'assurance-chômage, *etc.*⁵². Les GOPE sont d'ailleurs doublés, en cette matière, des « *lignes directrices pour l'emploi* », dont l'article 148 TFUE prévoit du reste une subordination des secondes aux premières⁵³ – ce qui pourrait ainsi expliquer, selon certains, que « *les "aspects sociaux" ne sont finalement considérés que par le biais des finances publiques, et non comme des objectifs en soi* »⁵⁴. Enfin, ces recommandations annuelles s'insèrent, depuis le Conseil européen des 23 et 24 mars 2000, dans des stratégies décennales – la « *Stratégie de Lisbonne* »⁵⁵ remplacée en 2010 par la « *Stratégie Europe 2020* »⁵⁶ – fixant des objectifs à moyen et long terme non contraignants, car destinés surtout à favoriser l'émulation mutuelle par l'échange de bonnes pratiques⁵⁷.

Malgré l'importance politique de ces recommandations, il faut cependant souligner leur caractère à l'origine non directement sanctionnable par les institutions de

https://www.cvce.eu/content/publication/2013/12/14/ff8436da-9e77-493a-84ea-ca8b4af18fad/publishable_fr.pdf).

⁵⁰ Pour cette raison, d'autres institutions de l'Union interviennent dans la procédure d'adoption des GOPE. Celles-ci sont ainsi adoptées sur recommandation de la Commission et en prenant en compte les conclusions du Conseil européen, avec, en outre, depuis le Conseil européen extraordinaire de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, les contributions des autres formations du Conseil (Affaires sociales, Marché intérieur, Éducation, Environnement) (P. A. DUFRESNE, « Les grandes orientations de politiques (économiques ?) : un tournant institutionnel, quels changements substantiels ? », *Revue belge de sécurité sociale*, 2001, p. 597-620, spéc. p. 597). En tant qu'organe décisionnel central de l'UEM, le Conseil ECOFIN garde toutefois le dernier mot dans l'adoption finale de ces GOPE.

⁵¹ On retrouve ici, selon nous, l'« *aptitude à absorber* » du « *modèle de marché* » telle qu'elle fut mise en évidence par Marie-Anne FRISON-ROCHE (M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1995, vol. 40, p. 286-313, spéc. p. 295-302).

⁵² Voy. déjà : COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (DGECFIN), *Croissance et emploi dans le cadre de stabilité dans l'UEM. Réflexions de politique économique en vue des grandes orientations de 1998*, Bruxelles, Commission européenne, 1998.

⁵³ « *Ces lignes directrices sont compatibles avec les grandes orientations adoptées en application de l'article 121, paragraphe 2* » (art. 148 (2), *in fine* TFUE).

⁵⁴ P.-A. DUFRESNE, « Les grandes orientations de politiques (économiques ?) : un tournant institutionnel, quels changements substantiels ? », *op. cit.*, p. 600.

⁵⁵ Conclusions de la Présidence du Conseil européen, Lisbonne, 23 et 24 mars 2000.

⁵⁶ Conclusions du Conseil européen, Bruxelles, 17 juin 2010 (document EUCO 13/10).

⁵⁷ S. DE LA ROSA, « L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen », *Revue française d'administration publique*, octobre 2016, n° 158, p. 531-543, spéc. p. 533.

l'Union. En effet, si l'article 121 TFUE mettait bel et bien en place, par ses paragraphes 3 et 4, une procédure de « *surveillance multilatérale* » – les États membres devant rapporter à la Commission les « *mesures importantes qu'ils ont prises dans le domaine de leur politique économique* » –, le non-respect des recommandations par un État membre n'impliquait, avant les réformes opérées à la suite de la crise des dettes souveraines⁵⁸, qu'un avertissement de la Commission, voire, tout au plus, l'adoption d'une nouvelle recommandation du Conseil susceptible d'être rendue publique⁵⁹. Toutefois, ce système de surveillance multilatérale est regroupé, dès l'établissement du pacte de stabilité et de croissance en 1997, avec la procédure de prévention des déficits excessifs et sert donc de *point d'appui* à la surveillance de la discipline budgétaire qui, elle, comme nous allons le voir maintenant, fut conçue dès l'origine avec un degré de coercition théoriquement plus important⁶⁰.

c. – La « coercition » par la discipline budgétaire : Le pacte de stabilité et de croissance et la procédure concernant les déficits excessifs

Le budget étant l'un des instruments principaux, sinon le principal, d'application et de mise en œuvre des politiques économiques d'un État, la discipline budgétaire constitue en quelque sorte le lieu de rencontre entre les deux premiers aspects du pilier économico-budgétaire de l'UEM, prohibitif d'une part et coordinateur de l'autre. En effet, dans l'ordre de marché formé par les articles 123 à 125 TFUE, elle est censée favoriser et stimuler, en l'absence d'une centralisation européenne de la gouvernance économique, cette coordination des politiques économiques nationales induite par l'article 121 TFUE dans le sens de la « neutralisation » économique des États membres exigée, en théorie, par le marché. Ce faisant, dans une Union économique conçue comme ordre de stabilité conforme à une économie concurrentielle de marché, cette discipline budgétaire est devenue au fil du temps l'axe central de l'UEM.

La base de la matière réside dans l'article 126 TFUE, qui établit le « *déficit public* » et la « *dette publique* » comme critères de la discipline budgétaire, ainsi que dans le Protocole n° 12 sur la procédure concernant les déficits excessifs – qui fixe la limite du déficit public à 3 % du PIB et de la dette publique à 60 % du PIB^{61 62} –

⁵⁸ Voy. *infra*, I.B. Les réformes post-crise des dettes souveraines : renforcement des mécanismes de surveillance et de contrôle et mise sous tutelle des États défaillants.

⁵⁹ La logique sous-jacente réside dans le fait que la publicité de cette seconde recommandation constituerait alors une information importante à destination des marchés permettant une adaptation de ceux-ci à la situation économique de l'État membre et donc, indirectement, une pression économique sanctionnant l'incurie de l'État membre en question. La sanction est donc ici conçue par le biais des mécanismes de marché (voy. *infra*, II. La « véridiction » du marché comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite).

⁶⁰ Depuis 2011, la procédure pour déséquilibre macro-économique excessif vient corriger ce système de surveillance des politiques économiques des États membres (voy. *infra*, I.B.2. La révolution du cadre de la gouvernance économique de l'UEM : de la coordination-convergence à la coordination-contrôle).

⁶¹ Art. 1^{er} du Protocole n° 12 sur la procédure concernant les déficits excessifs. Par ailleurs, l'article 2 dudit protocole précise ce qu'il faut entendre par déficit et dettes publiques : « *on entend par :*

et le règlement 3605/93/CE du Conseil du 22 novembre 1993⁶³. Ce support de base a été complété, à la suite du Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997, par un ensemble de textes⁶⁴ regroupés sous l'appellation de « *pacte de stabilité et de croissance* » (ci-après, PSC), organisé autour de deux volets, l'un préventif⁶⁵ et l'autre correctif⁶⁶, afin d'étendre et d'assortir de sanctions les normes, conçues comme contraignantes, de surveillance budgétaire et d'endettement public et de prolonger celles-ci après l'accession à la zone euro⁶⁷. Condition *sine qua non* du

« - public : ce qui est relatif au gouvernement général, c'est-à-dire les administrations centrales, les autorités régionales ou locales et les fonds de sécurité sociale, à l'exclusion des opérations commerciales, telles que définies dans le système européen de comptes économiques intégrés ;

« - déficit : le besoin net de financement, tel que défini dans le système européen de comptes économiques intégrés ;

« - investissement : la formation brute de capital fixe, telle que définie dans le système européen de comptes économiques intégrés ;

« - dette : le total des dettes brutes, à leur valeur nominale, en cours à la fin de l'année et consolidées à l'intérieur des secteurs du gouvernement général tel qu'il est défini au premier tiret. »

⁶² Si la limite de 60 % du PIB pour la dette publique n'a pas de raison d'être strictement économique mais constitue un choix politique arbitraire – on aurait opté pour ce ratio car il correspondait à la moyenne des dettes des États candidats au moment de la rédaction de ces dispositions (K. H. F. DYSON et K. FEATHERSTONE, *The road to Maastricht*, *op. cit.*, p. 735, citant un *working paper* du 16 mai 1990 de la Commission (DGECFIN) –, le critère de 3 % du PIB pour la limite des déficits publics est lui cohérent avec ce niveau de dette accepté et avec la cible d'inflation poursuivie par le SEBC (pour autant que soit respectée l'hypothèse de croissance retenue) : un déficit de 3 % permet de stabiliser une dette publique s'élevant à 60 %, sous conditions de taux de croissance réel de 3 % et d'inflation de 2 %. Comme le rapporte Benjamin LEMOINE (B. LEMOINE, *L'ordre de la dette: enquête sur les infortunes de l'État et la prospérité du marché*, Paris, La Découverte, 2016, p. 161), cette absence de raison économique sous-tendant le choix de ces deux critères a pu être critiquée par certains économistes (not. : W. BUITER, G. CORSETTI et N. ROUBINI, « Excessive deficits. Sense and nonsense in the treaty of Maastricht », *Economic Policy*, avril 1993, vol. 8, n° 16, p. 57-100 ; L. PASINETTI, « The myth (or folly) of the 3 % deficit/GDP Maastricht'parameter », *Cambridge Journal of Economy*, 1998, vol. 22, n° 1, p. 103-116).

⁶³ Remplacé entre temps par le règlement n° 479/2009/CE du Conseil du 25 mai 2009. Ce règlement a lui-même été modifié, mais de manière non substantielle, par le règlement (UE) n° 679/2010 du Conseil du 26 juillet 2010 et par le règlement (UE) n° 220/2014 de la Commission du 7 mars 2014.

⁶⁴ Règlement 1466/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *JO L 209*, 2 août 1997, p. 1-5 ; règlement 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *JO L 209*, 2 août 1997, p.6-11 ; résolution du Conseil Européen d'Amsterdam du 17 juin 1997 relative au pacte de stabilité et de croissance, *JO C 236* du 02 août 1997, p.1.

⁶⁵ Règlement 1466/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997, *loc. cit.*

⁶⁶ Règlement 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997, *loc. cit.*

⁶⁷ H. J. HAHN, « The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty », *Common Market Law Review*, 1998, vol. 35, n° 1, p. 77-100.

caractère « sain » des politiques économiques des États⁶⁸, la discipline budgétaire censée procéder de la logique de marché se trouve ainsi prolongée au cœur des mécanismes institutionnels de contrôle de l'UEM.

En établissant une surveillance multilatérale « *des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques* », le règlement 1466/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 – qui constitue ainsi le volet préventif du PSC – joint en quelque sorte les procédures prévues aux articles 121, § 3 et 4 (coordination des politiques économiques) et 126, § 2 TFUE (discipline budgétaire)⁶⁹. Les États doivent présenter des « *programmes de stabilité* » (art. 3 à 6 du règlement 1466/97/CE) – ou « *de convergence* » pour les États non membres de la zone euro (art. 7 à 10 du règlement 1466/97/CE) – dans lesquels ils établissent un objectif budgétaire à l'équilibre ou excédentaire à moyen terme et détaillent les mesures *budgétaires* et *économiques* permettant d'atteindre cet objectif⁷⁰. Sur la

⁶⁸ Voy. en particulier les considérants 1 et 8 du règlement 1466/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *loc. cit.*, et le considérant 2 du règlement 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *loc. cit.*. Le point 1 de la résolution du Conseil européen d'Amsterdam du 17 juin 1997 (relative au pacte de stabilité et de croissance, *loc. cit.*) précise quant à lui l'importance de « *maintenir des finances publiques saines en tant que moyen de renforcer les conditions propices à la stabilité des prix et à une croissance forte et durable génératrice d'emploi* » et « *de veiller à ce que les politiques budgétaires nationales viennent à l'appui de politiques monétaires axées sur la stabilité* », dans la mesure où « *l'adhésion à l'objectif qui consiste à parvenir à une position budgétaire saine proche de l'équilibre ou excédentaire permettra à tous les États membres de faire face aux fluctuations conjoncturelles normales tout en maintenant le déficit public dans la limite de la valeur de référence de 3 % du produit intérieur brut (PIB)* ».

⁶⁹ Si le règlement 1466/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 est juridiquement fondé sur l'article 121, § 5 TFUE pour mettre en œuvre les paragraphes 3 et 4 de ladite disposition, l'article 1^{er} du règlement explique toutefois que « *[l]e présent règlement fixe les dispositions régissant le contenu, la présentation, l'examen et le suivi des programmes de stabilité et des programmes de convergence dans le cadre de la surveillance multilatérale exercée par le Conseil en vue de prévenir, à un stade précoce, l'apparition de déficits excessifs des administrations publiques et de promouvoir la surveillance et la coordination des politiques économiques* » (c'est nous qui soulignons). Cette surveillance prévue pour la coordination des politiques économiques (article 121 TFUE) est donc considérée comme imbriquée dans la discipline budgétaire et comme un instrument de prévention de la procédure concernant les déficits excessifs prévues à l'article 126 TFUE. Nous apercevons donc ici, une nouvelle fois, que la coordination des politiques économiques n'est pas conçue comme ouvrant une réelle marge de manœuvre politique permettant un arbitrage entre objectifs économiques, sociaux et environnementaux, mais, au contraire, comme devant tendre nécessairement et intrinsèquement vers l'ordre de stabilité et de discipline inhérent à l'articulation des dispositions du traité (voy. *infra*, II. La « véridiction » du marché comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite).

⁷⁰ Selon les articles 3 et 4 et 7 et 8, ces programmes (de stabilité ou de convergence) fournissent annuellement les informations suivantes :

« *a) l'objectif à moyen terme d'une position budgétaire proche de l'équilibre ou excédentaire, ainsi que la trajectoire d'ajustement qui doit conduire à la réalisation de cet objectif concernant l'excédent/le déficit des administrations publiques et l'évolution prévisible du ratio d'endettement de l'État ;*

base des évaluations du Comité économique et financier et de la Commission réalisées à partir des informations fournies par les États membres et sur la recommandation de cette dernière, le Conseil ECOFIN peut alors demander à l'État membre, s'il le juge nécessaire, d'adapter son programme (art. 5 et 9 du règlement 1466/97/CE) et il doit par ailleurs, en cas de « *dérapiage significatif de la position budgétaire à moyen terme* », adresser à l'État concerné des recommandations sur les mesures correctrices à apporter, qu'il *peut* rendre publiques⁷¹ (art. 6 et 10 du règlement 1466/97/CE).

En application de l'article 126, § 14, alinéa 2 TFUE, le règlement 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997, qui constitue le volet correctif du PSC, prévoit quant à lui, et sauf circonstances exceptionnelles⁷², un mécanisme de sanctions graduelles lorsqu'un État membre est considéré comme étant « *en déficit excessif* ». La Commission surveille la situation budgétaire des États membres et, lorsqu'elle considère qu'un État est en déficit excessif, elle en informe le Conseil ECOFIN qui est chargé de décider s'il y a effectivement ou non déficit excessif (art. 3 du règlement 1467/97/CE)⁷³. Dans ce cas, sur recommandation de la Commission, le Conseil peut prendre des mesures censées faire pression sur l'État pour le forcer à rétablir sa trajectoire budgétaire. Ces mesures, variées, sont d'intensité croissante⁷⁴ : recommandations, publicité des recommandations, mise en demeure de réduire ses déficits excessifs dans un délai déterminé, obligations d'informations supplémentaires en cas d'émission des obligations et titres de dette, demande de modification de la politique de prêts de la Banque européenne d'investissement, dépôt ne portant pas intérêt auprès de l'UE⁷⁵ et, enfin, conversion du dépôt en amende – si le déficit n'a pas été corrigé dans les deux ans⁷⁶.

« *b) les principales hypothèses concernant l'évolution prévisible de l'économie et les variables économiques importantes qui sont susceptibles d'influer sur la réalisation du programme de stabilité, telles que les dépenses publiques d'investissement, la croissance du produit intérieur brut, en termes réels, l'emploi et l'inflation ;*

« *c) une description des mesures budgétaires et des autres mesures de politique économique qui sont mises en œuvre et/ou envisagées pour réaliser les objectifs du programme et, dans le cas des principales mesures budgétaires, une évaluation de leurs effets quantitatifs sur le budget ;*

« *d) une analyse de l'incidence que tout changement des principales hypothèses économiques aurait sur la situation budgétaire et la dette. »*

⁷¹ La logique sous-jacente réside une nouvelle fois dans la pression économique des marchés qu'impliquerait cette transparence (cf. note infrapaginale 58 ; voy. *infra*, II. La « véridiction » du marché comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite).

⁷² Art. 2, § 1 et 3, § 4, *in fine* du règlement 1467/97/CE.

⁷³ Le « *déficit excessif* » n'est donc pas un constat économique automatique mais bien une qualification juridique découlant d'appréciations politiques négociées entre les membres du Conseil ECOFIN.

⁷⁴ Art. 3, § 4 à art. 8 du règlement 1467/97/CE.

⁷⁵ Le montant de ce dépôt est égal à 0,2 % du PIB augmenté d'un dixième de la différence entre le déficit exprimé en pourcentage du PIB de l'année précédente et la valeur de référence de 3 % du PIB, avec comme plafond maximum 0,5 % du PIB (art. 12 du règlement 1467/97/CE).

⁷⁶ Article 13 du règlement 1467/97/CE. Ces amendes étant à l'origine redistribuées aux États membres qui ne sont pas en situation de déficit, selon une clé de répartition basée sur leur

Après une première mise en tension de ce système institutionnel dès 2002, à la suite du non-respect des limites de déficit par la France et l'Allemagne et de la crise politique qui s'est ensuivie⁷⁷, la pérennité de cet édifice économique-juridique fut réellement mise à l'épreuve à l'occasion de la crise économique et financière de 2007-2008, ce qui impliqua l'adoption de réformes substantielles de l'UEM.

B. – Les réformes post-crise des dettes souveraines : renforcement des mécanismes de surveillance et de contrôle et mise sous tutelle des États défaillants

Cette crise financière et économique mondiale s'est en effet transformée en 2010, au sein de la zone euro, en crise des dettes souveraines, c'est-à-dire en risque, pour certains États de cette zone, de ne plus être en mesure de financer leur dette publique sur les marchés financiers au vu des taux d'intérêt prohibitifs exigés et de tomber, de ce fait⁷⁸, en défaut de paiement. Cette crise, partie de Grèce avant de s'étendre au Portugal, à l'Irlande, à l'Espagne et à l'Italie, menaçait ainsi l'intégrité et la viabilité même de l'UEM.

Il fut dès lors jugé nécessaire de réformer l'UEM pour mettre en place une « nouvelle gouvernance économique européenne »⁷⁹ qui permettrait d'assister, quoique sous stricte conditionnalité, les États défaillants (1), tout en prévenant pour l'avenir ce risque de défaillances par l'approfondissement du cadre de surveillance et de contrôle des politiques économiques et budgétaires des États membres (2),

poids respectif dans le produit national brut (PNB) global des États membres éligibles (art. 16 règlement 1467/97/CE). Depuis les réformes de la gouvernance économique, ces amendes sont affectées au mécanisme européen de stabilité (art. 10 du règlement (UE) n° 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, JO L 306 du 23 novembre 2011 ; art. 4 du règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, JO L 306 du 23 novembre 2011, p. 8). Sur ces réformes de la gouvernance économique de l'Union, voy. *infra*, I.B. Les réformes post-crise des dettes souveraines : renforcement des mécanismes de surveillance et de contrôle et mise sous tutelle des États défaillants.

⁷⁷ Voy. not. B. DUTZLER et A. HABLE, « The European Court of Justice and the Stability and Growth Pact — Just the Beginning ? », *European Integration online Papers*, 2005, vol. 9, n° 5, disponible sur <http://eiop.or.at/eiop/texte/2005-005a.htm> (consulté le 17 janvier 2019) ; M. HEIPERTZ, « The SGP before the European Court of Justice », in *The Politics of the Stability and Growth Pact*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 154-173.

⁷⁸ Puisque, d'une part, ni la Banque centrale, ni les États membres et les institutions de l'Union ne sont, en théorie, juridiquement habilités à venir directement en appui à l'État en difficulté, que ce soit par un financement monétaire (article 123 TFUE) ou par le fait pour les États membres de se porter garants des engagements d'un autre État membre (article 125 TFUE) et que, d'autre part, l'État en difficulté ne peut contraindre certaines institutions financières de lui fournir un accès privilégié au crédit (article 124 TFUE) (voy. *supra*, I.A.2. Le pilier économique-budgétaire décentralisé de l'UEM : responsabilisation, coordination, coercition).

⁷⁹ F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne I », *op. cit.* ; F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne II », *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 409-457.

afin de s'assurer que celles-ci restent « saines », c'est-à-dire conformes à la logique de marché⁸⁰.

1. – L'institution de mécanismes d'assistance financière sous stricte conditionnalité ou la mise sous tutelle des États défaillants

Pour renflouer les États défaillants et ainsi assurer l'intégrité de l'UEM, encore fallait-il cependant respecter l'interdiction de principe de solidarité financière entre les institutions de l'UE et les États membres et entre les États membres eux-mêmes (article 125 TFUE). Pour cette raison, la décision fut prise, non sans provoquer au passage de vives controverses juridiques⁸¹, d'en passer par des mécanismes « d'assistance sous stricte conditionnalité »⁸² destinés à compenser artificiellement les conditions et les contraintes du marché censées inciter les États à maintenir une discipline budgétaire – elle-même considérée comme gage de l'ordre de stabilité conforme à une économie concurrentielle de marché tel qu'il ressort du cadre juridique des traités.

Dans l'urgence, le 2 mai 2010, les ministres des finances des États membres de la zone euro, réunis au sein de l'Eurogroupe, décidèrent de fournir à la Grèce des

⁸⁰ Article 119 TFUE et Déclaration *ad* article 126 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (voy. *infra*, II. La « véridiction » du marché comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite).

⁸¹ Voy. not. : K. HENTSCHELMANN, « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel – Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion », *op. cit.* ; M. RUFFERT, « The European debt crisis and European Union law », *Common Market Law Review*, 2011, vol. 48, n° 6, p. 1777-1805, spéc. p. 1785-1787 ; M.C. KERBER, *Union européenne et solidarité financière. Commentaires sur la légalité des aides financières accordées à des États de la Zone Euro au bord de la faillite*, Europolis Occasional Paper 1/2010, 2010, disponible sur <https://www.europolis-online.org/beitraege/wissenschaftliche-beitraege/union-montaire-et-solidarit-financiere/> (Consulté le 30 décembre 2018). Sur ces débats qui animèrent (et animent toujours) la doctrine juridico-économique (principalement allemande), voy. not. C. MONGOUACHON, « Entre théories économiques et volonté politique, la constitution monétaire de l'Union en débat », *op. cit.*, p. 104-108.

⁸² Il existait déjà un mécanisme européen d'assistance sous conditionnalité destiné à remédier aux problèmes de balances de paiement entre États (règlement (CEE) n° 398/75 du Conseil du 17 février 1975, portant application du règlement (CEE) n° 397/75 relatif aux emprunts communautaires (*JO* L 046 du 20/02/1975 p. 3-4), qui se basait lui-même sur l'article 235 du traité instituant la Communauté économique européenne). Depuis le règlement (CE) n° 332/2002 du Conseil du 18 février 2002 établissant un mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances des paiements des États membres (*JO* n° 053 du 23/02/2002 p. 1-3), il existe, en application de l'article 143 TFUE (ex-article 119 TCE) également un « mécanisme de soutien financier à moyen terme » à destination des États membres ne faisant pas partie de la zone euro et éprouvant des difficultés liées à leur balance des paiements ou à leur monnaie (M. IOANNIDIS, « EU Financial Assistance Conditionality after "Two-Pack" », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, vol. 74, p. 61-104, spéc. p. 68-70). Pour une comparaison entre ce mécanisme et les mécanismes d'assistance financière à destination des États membres de la zone euro développés après la crise des dettes souveraines, voy. : S. PIECHA, « Die Europäische Gemeinschaftsanleihe – Vorbild für EFSF, ESM und Euro-Bonds? », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, p. 532-536.

prêts bilatéraux soumis à de « *fortes conditionnalités* »⁸³. La Commission signa, au nom des États de la zone euro, des prêts bilatéraux – à hauteur de 80 milliards d’euros au total – avec la Grèce, gérés par la BCE⁸⁴ et comprenant, à titre de condition d’octroi des prêts, un programme d’assainissement et de réformes très strict. Cette aide européenne a été par ailleurs complétée par un prêt du FMI à hauteur de 30 milliards d’euros⁸⁵. Néanmoins, ces prêts se révélèrent insuffisants pour réellement stabiliser la zone euro en raison de l’extension des attaques spéculatives à l’Irlande et au Portugal. Pendant que la BCE lançait de son côté un programme de rachat sur le marché secondaire d’obligations souveraines (*Securities Market Programme*)⁸⁶, le Conseil ECOFIN décida d’instituer de véritables mécanismes d’assistance financière en constituant, d’une part, le mécanisme européen de stabilisation financière (ci-après, MESF)⁸⁷ et, d’autre part, le Fonds européen de stabilité financière (ci-après, FESF)^{88 89}.

⁸³ « *Dans le cadre d’un accord comprenant une implication financière substantielle du Fonds monétaire international et une majorité de financement européen, nous sommes prêts à contribuer à des prêts bilatéraux coordonnés. (...) Les déboursements des prêts bilatéraux seraient décidés par les États membres de la zone euro à l’unanimité et soumis à de fortes conditionnalités, sur la base d’une évaluation menée par la Commission européenne et la BCE.* » (Déclaration des chefs d’État ou de gouvernement de la zone euro, 25 mars 2010, c’est nous qui soulignons).

⁸⁴ Décision BCE/2010/4 de la BCE du 10 mai 2010, relative à la gestion des prêts bilatéraux coordonnés en faveur de la République hellénique et modifiant la décision BCE/2007/7.

⁸⁵ « Le FMI approuve un prêt de 30 milliards d’euros en faveur de la Grèce au titre de la procédure accélérée », *Bulletin du FMI en ligne*, 9 mai 2010.

⁸⁶ Communiqué de presse de la BCE, « ECB decides on measures to address severe tensions in financial markets », 10 mai 2010.

⁸⁷ Le MESF fut constitué par l’adoption d’un règlement européen (règlement (UE) n° 407/2010 du 11 mai 2010 établissant le MESF, *JO L 118* du 12 mai 2010, p. 1), en application de l’article 122, § 2 TFUE – c’est-à-dire pour cause d’« *événements exceptionnels échappant au contrôle de l’État en difficulté et amenant une menace sérieuse de graves difficultés* ». Toutefois, les prêts étant financés par des emprunts de la Commission sur les marchés financiers, ils ne peuvent être garantis par le budget de l’Union que dans les limites de ses ressources propres, c’est-à-dire à un montant maximum estimé à 60 milliards d’euros (F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne II », *op. cit.*, p. 416).

⁸⁸ Ce mécanisme, que l’on peut qualifier d’« intergouvernemental » (P. KAUFFMANN et O. CLERC, « La gouvernance économique de l’Union européenne à l’épreuve des crises », *Euredia*, 2011, vol. 2, p. 241-271, spéc. p. 267) constitue une « entité *ad hoc* », ou « *Special Purpose Vehicle* » (SPV) regroupant les représentants des États membres de la zone euro (Décision 9614/10 des représentants des gouvernements des États membres de la zone euro réunis au sein du Conseil de l’Union européenne, 10 mai 2010, ECOFIN 265, UEM 179) sous la forme d’une société anonyme de droit luxembourgeois dénommée « *European Financial Stability Facility* ». Puisqu’il n’est pas garanti par le budget de l’Union mais par ses actionnaires (c’est-à-dire les États membres de la zone euro à titre individuel) ce mécanisme peut lever sur les marchés, selon ses statuts, jusqu’à 440 milliards d’euros et possède donc une capacité d’action sans commune mesure avec celle du MESF.

⁸⁹ À ces deux mécanismes s’ajoute en outre un troisième et dernier niveau d’intervention (extra-européen) constitué par le Fonds monétaire international. Celui-ci s’est en effet engagé à apporter une aide, si nécessaire et en étroite collaboration avec la Commission européenne, jusqu’à concurrence de 250 milliards d’euros supplémentaires, ce qui fait donc un

Les statuts du FESF prévoyant qu'il ne pourrait accorder d'assistance financière que jusqu'au 30 juin 2013⁹⁰, les États membres décidèrent de pérenniser ce mécanisme en créant le mécanisme européen de stabilité (ci-après, MES). Par application de la procédure de révision simplifiée des traités (art. 48, § 6 TFUE), le Conseil européen modifia l'article 136 TFUE pour y ajouter un troisième paragraphe prévoyant la création d'un mécanisme d'assistance financière sous stricte conditionnalité pour les États membres dont la monnaie est l'euro⁹¹. Le MES fut, comme prévu par le Conseil européen, « institué par un traité conclu entre les États membres de la zone euro, sous forme d'une organisation intergouvernementale relevant du droit public »⁹². Après plusieurs mois de négociation, le traité instituant le mécanisme européen de stabilité (ci-après, TMES) fut finalement signé par tous les États membres de la zone euro le 2 février 2012 et entra en vigueur le 27 septembre 2012⁹³, créant ainsi le MES⁹⁴, institution financière internationale à part entière qui coexista avec le MESF et le FESF jusqu'en juin 2013⁹⁵, puis les remplaça à partir de cette date.

Le MES dispose de plusieurs instruments d'assistance financière, allant de l'ouverture d'une ligne de crédit à un État dans le but d'agir préventivement à la survenance d'une crise de dette souveraine en cas de risque (art. 14 TMES) à l'achat de titres de dettes souveraines d'États membres en difficulté⁹⁶, en passant par l'assistance financière par l'octroi de prêts aux États membres. Cette dernière

total cumulé de 750 milliards d'euros pouvant être potentiellement mobilisés pour soutenir des États sous pression spéculative. Six mois après sa création, ce nouveau « pare-feu » européen fut activé pour venir en aide, le 21 novembre 2010, à l'Irlande – 85 milliards répartis sur 3 ans – puis, le 17 mai 2011 au Portugal – 78 milliards répartis sur 3 ans également. Le 14 mars 2012, ce dispositif fut par ailleurs de nouveau mis en œuvre dans le cadre d'un second plan d'aide à la Grèce, pour un montant total de 164,5 milliards d'euros.

⁹⁰ Article 4 des statuts du FESF.

⁹¹ Décision 2011/199/UE du Conseil européen du 25 mars 2011, *JO L* 91 du 6 avril 2011, p. 1. Cette « constitutionnalisation » du MES constitue une réponse aux doutes émis par certains quant à la compatibilité de la première version des mécanismes d'assistance financière avec les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'UE relatives à la discipline budgétaire (articles 123 à 125 TFUE) et, en particulier, avec l'article 125 TFUE (voy. *supra*, note infrapaginale 80). Sur cette question, voy. *infra*, II.B.3. Le changement de paradigme du marché au regard des traités.

⁹² Conseil européen, 24 et 25 mars 2011, *Conclusions, Annexe II, Modalités de fonctionnement du MES*.

⁹³ C'est-à-dire lorsqu'il fut ratifié par les États membres représentant 90% des engagements en capital (art. 48 TMES).

⁹⁴ Le capital du MES s'élève à 700 milliards d'euros, dont 80 milliards sous forme de capital libéré et les 620 milliards restant correspondent donc au capital callable composé des garanties des États de la zone euro (article 8 TMES). Ce capital est réparti, comme c'était également le cas pour le FESF, au *pro rata* du capital versé de la BCE (article 11 TMES).

⁹⁵ Conseil européen, 24 et 25 mars 2011, *Conclusions, Annexe II, Modalités de fonctionnement du MES*, point 14.

⁹⁶ Ces achats peuvent être réalisés sur le marché secondaire (art. 18 TMES) mais également, à la différence de la BCE (Voy. *supra*, note infrapaginale 40), sur le marché primaire (art. 17 TMES).

peut se faire aux fins spécifiques de recapitalisation d'institutions financières⁹⁷ ou, plus généralement, pour venir en aide à l'État qui ne serait plus en mesure (ou alors à des taux d'intérêt prohibitifs) de se financer sur les marchés^{98 99}.

Toutefois, ainsi que le prévoit l'ensemble de ces mécanismes, l'assistance financière n'est fournie que sous « *stricte conditionnalité* »¹⁰⁰. Cette notion de conditionnalité est tirée du droit international économique et en particulier des pratiques du FMI¹⁰¹ : un État reçoit une assistance financière à la condition *sine qua non* de prendre les mesures de politique économique fixées, en théorie, en concertation avec les bailleurs de fonds. Afin de s'assurer de la bonne application de ces mesures, l'assistance financière est fournie par tranches successives et est interrompue en cas de non-respect des engagements. Dans la version pérennisée du MES, la « *stricte conditionnalité* » implique que, si le Conseil des gouverneurs octroie un soutien à la stabilité d'un État membre du MES, il « *charge la Commission – en liaison avec la BCE et (...) conjointement avec le FMI – de négocier avec le membre du MES concerné un protocole d'accord définissant précisément la conditionnalité dont est assortie cette facilité d'assistance financière* »¹⁰². Comme dans le cadre des pratiques du FMI, la conditionnalité repose sur des versements par tranches successives¹⁰³ avec, à chaque fois, un contrôle, réalisé sur place, du respect des mesures prévues dans le protocole d'accord – ou *Mémorandum of Understanding* – par ces trois institutions¹⁰⁴ (rassemblées sous l'appellation de « Troïka »). Par la fixation des mesures de politique économique comprises dans ces programmes de réformes, qui constituent la contrepartie de l'assistance financière, et par le contrôle de leur bonne transcription en droit interne, les institutions de l'UE – Commission, BCE et Eurogroupe (quoique, dans ce dernier cas, sous le

⁹⁷ Article 15 TMES. De plus, depuis le sommet de la zone euro du 20 juin 2012, il a été décidé que le MES peut procéder *directement* à la recapitalisation. Toutefois, il n'est pas nécessaire de réviser l'article 15 TMES pour inclure cette possibilité, puisque l'article 19 TMES habilite le Conseil des gouverneurs du MES à modifier la liste des instruments financiers prévus aux articles 14 à 18 TMES.

⁹⁸ Article 16 TMES.

⁹⁹ Le MES eut à connaître, jusqu'à présent, de deux situations nécessitant son intervention, l'une en Espagne (aux fins de recapitalisation de son secteur bancaire à la suite de l'éclatement de la bulle immobilière), l'autre à Chypre, en raison de son secteur bancaire hypertrophié et des liens de ce dernier avec l'économie grecque.

¹⁰⁰ Pour le traité MES, cette conditionnalité est d'ailleurs répétée à quinze reprises, à savoir dans les considérants (2), (6) et (12) et aux art. 3, art. 5, § 6, f) et g), art. 12, § 1^{er}, art. 13, § 3 et 7, art. 14, § 2, art. 15, § 2, art. 16, § 2, art. 17, § 2 et art. 18, § 3 TMES.

¹⁰¹ Voy. not. J. GOLD, « La conditionnalité du FMI », *Brochure du FMI*, 1979, n° 31 ; J.-M. SOREL, « Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I. et leurs conséquences », *European Journal of International Law*, 1996, vol. 7, n° 1, p. 42-66 ; M. GUITIÁN, « Ajustement structurel et conditionnalité », *Revue d'économie financière*, 1994, vol. 4, n° 1, p. 345-353 ; A. DREHER, « IMF Conditionality: Theory and Evidence », *Public Choice*, 2009, vol. 141, p. 233-267.

¹⁰² Considérants (2) et (6) et articles 3 et 12 TMES (en application de ce qui est exigé par le nouveau paragraphe 3 de l'article 136 TFUE).

¹⁰³ Art. 15, § 5 et 16, § 5 TMES.

¹⁰⁴ Art. 13, § 7 TMES.

voile juridique du Conseil des gouverneurs du MES¹⁰⁵) –, rejointe le cas échéant par le FMI, sont par conséquent placés – sinon juridiquement, du moins politiquement – en position de *tutelle* de la politique économique de l'État assisté financièrement¹⁰⁶.

Ces mécanismes d'assistance financière permettent ainsi, par la « *stricte conditionnalité* » qui leur est attachée, de ramener sur le chemin de la discipline budgétaire et des réformes structurelles ceux qui s'en seraient éloignés ou s'en éloigneraient. Ils ne préviennent en revanche pas, en amont, les écarts de conduite des États vis-à-vis de ces contraintes inhérentes à l'ordre de stabilité conforme à l'économie de marché concurrentielle. Il fut donc décidé, à cet effet, de réformer les mécanismes de contrôle des politiques économiques et budgétaires des États membres.

2. La révolution du cadre de la gouvernance économique de l'UEM : de la coordination-convergence à la coordination-contrôle

Cette transformation du cadre de la gouvernance économique de l'UEM passa essentiellement par deux voies juridiques : d'une part, un renforcement de l'arsenal législatif européen et en particulier du PSC – *via* l'adoption du *Six-Pack* et du *Two-Pack* – ; d'autre part, l'établissement d'un traité international – le traité pour la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance (ci-après, TSCG).

Le *Six-Pack* – aussi appelé « *paquet législatif* » – est un ensemble composé de cinq règlements¹⁰⁷ et d'une directive¹⁰⁸ adoptés en novembre 2011 et entrés en

¹⁰⁵ Voy. *infra*, II. B.3. Le changement de paradigme du marché au regard des traités.

¹⁰⁶ M. IOANNIDIS, « EU Financial Assistance Conditionality after “Two-Pack” », *op. cit.*, p. 91-96. Pour un exemple particulièrement éloquent de cette mise sous tutelle de fait, au nom de la rationalité économique, voy. not. F. CHATZISTAVROU, « De la coordination nationale à la supervision supranationale : la Grèce face aux programmes d'ajustement économique de l'Union européenne », *Revue française d'administration publique*, octobre 2016, n° 158, p. 517-530 ; A. MARKETOU, « Greece: Constitutional Deconstruction and the Loss of National Sovereignty », in T. BEUKERS, B. DE WITTE et C. KILPATRICK (éds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 179-198.

¹⁰⁷ Règlement (UE) n° 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, *JO L 306*, 23 novembre 2011, p. 1 ; règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macro-économiques excessifs dans la zone euro, *JO L 306*, 23 novembre 2011, p. 8 ; règlement (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *JO L 306*, 23 novembre 2011, p. 12 ; règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macro-économiques, *JO L 306*, 23 novembre 2011, p. 25 ; règlement (UE) n° 1177/2011 du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *JO L 306*, 23 novembre 2011, p. 33.

¹⁰⁸ Directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres, *JO L 306*, 23 novembre 2011, p. 41.

vigueur le 13 décembre 2011. Il est défini par la Commission européenne comme « *le plus important renforcement de la gouvernance économique de l'UE et de la zone euro depuis le lancement de l'union économique et monétaire* »¹⁰⁹. Ces différentes législations consacrent quatre innovations majeures¹¹⁰: la coordination en amont des politiques macroéconomiques et budgétaires au cours d'un « *semestre européen* », l'élargissement du périmètre de la surveillance macroéconomique, la surveillance renforcée des systèmes statistiques¹¹¹, ainsi que l'établissement d'une certaine automaticité et d'une plus grande rapidité des sanctions institutionnelles en cas de non-respect des trajectoires d'ajustement par les États.

En ce qui concerne le volet préventif du PSC, la principale nouveauté réside ainsi dans l'intégration, en son sein, du « *semestre européen* »^{112/113}. Ce semestre européen « *visé à organiser chronologiquement le déroulement d'un cycle budgétaire annuel et à intensifier l'interaction entre les niveaux européen et national avant la préparation d'un projet de budget pour l'année suivante* »¹¹⁴, en synchronisant l'agenda des différentes procédures de coordination : GOPE et lignes directrices pour l'emploi – formant ensemble les « *Lignes directrices intégrées* » (LDI) –, programmes de stabilité ou de convergence, programmes nationaux de réforme

¹⁰⁹ Communiqué de presse de la Commission, « Gouvernance économique de l'UE : la Commission présente un ensemble complet de propositions législatives », IP/10/1199, Bruxelles, 29 septembre 2010.

¹¹⁰ J. BOURRINET, « Vers une refondation de la gouvernance économique dans la zone euro ? », in *Réalisations et défis de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 131-153, spéc. p. 151.

¹¹¹ Nous n'aborderons pas ce point dans le cadre de cette contribution. Toutefois, sur l'importance des systèmes comptables dans la « disciplinarisation » des finances publiques des États membres de l'UEM, voy. not. D. PIRON, *Des Régions qui comptent. La reconfiguration néolibérale de la Belgique fédérale saisie par les finances publiques*, Liège (Belgique), Université de Liège, 28 septembre 2018, disponible sur <https://orbi.uliege.be/handle/2268/227244> (Consulté le 17 janvier 2019).

¹¹² Le nom de « *semestre européen* » vient du fait que la surveillance des politiques nationales se déroule au premier semestre de l'année, alors que l'exécution par les États membres des recommandations adoptées prend place au second semestre (ou « *semestre national* ») (F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne I », *op. cit.*, p. 49). Le « *semestre européen* » existait déjà depuis le 7 septembre 2010 et l'adoption par le Conseil ECOFIN d'un code de conduite sur le contenu et la présentation des programmes de stabilité et de convergence (Communiqué de presse du Conseil ECOFIN, 3030^e session, Bruxelles, 7 septembre 2010, 13161/10 (Presse 229)). Toutefois, ce semestre européen ne reposait sur aucune base juridique précise, et c'est donc bel et bien le *Six-Pack* qui comble cette lacune en établissant cette assise juridique.

¹¹³ Voy. not. A. VERDUN et J. ZEITLIN, « Introduction: the European Semester as a new architecture of EU socioeconomic governance in theory and practice », *Journal of European Public Policy*, février 2018, vol. 25, n° 2, p. 137-148 ; J.D. SAVAGE et D. HOWARTH, « Enforcing the European Semester: the politics of asymmetric information in the excessive deficit and macroeconomic imbalance procedures », *Journal of European Public Policy*, 2018, vol. 25, n° 2, p. 212-230 ; S. DE LA ROSA, « L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen », *op. cit.*

¹¹⁴ P. KAUFFMANN et O. CLERC, « La gouvernance économique de l'Union européenne à l'épreuve des crises », *op. cit.*, p. 258.

et surveillance des déséquilibres macroéconomiques¹¹⁵. Ce nouveau mode d'agencement temporel n'a pas seulement pour objectif de mieux coordonner les politiques économiques, mais également de permettre que la coordination budgétaire, au niveau de l'UE, prenne place *ex ante*, c'est-à-dire avant l'adoption des décisions à l'échelle nationale. Au niveau du volet correctif, en plus de l'attention déjà portée au déficit, le *Six-Pack* cherche à redonner une efficacité au critère de dette publique en organisant une surveillance spécifique : chaque État membre dont la dette publique dépasse le seuil de 60 % du PIB devra réduire pendant trois ans l'écart entre sa dette et le seuil de 60 % d'un vingtième par an en moyenne¹¹⁶.

Outre ce renforcement de la discipline budgétaire s'est par ailleurs opéré un ré-équilibrage entre l'encadrement des politiques *budgétaires* et celui des politiques *macroéconomiques*, en introduisant un mécanisme de surveillance annuelle des risques de déséquilibres macroéconomiques basé sur une série d'indicateurs économiques¹¹⁷, complété par un volet correctif à travers une « *procédure de déséquilibre macroéconomique excessif* »¹¹⁸ pouvant donner lieu, pour les États membres de la zone euro, à l'application de sanctions financières calquées sur le modèle du PSC¹¹⁹.

La procédure d'adoption de ces sanctions financières, tant dans le cadre du PSC que dans le cadre de la procédure pour déséquilibre macroéconomique, se trouve par ailleurs modifiée en vue de tendre vers la quasi-automatisme de ces sanctions – donc, corrélativement, afin de réduire la marge de manœuvre discrétionnaire des États membres au sein du Conseil ECOFIN¹²⁰. Désormais, la majorité n'est plus requise pour *adopter* la sanction proposée par la Commission, mais pour s'y *opposer* : une proposition ou une recommandation de la Commission est dorénavant *réputée adoptée* par le Conseil, *sauf si* une majorité qualifiée d'États membres s'y oppose dans un délai de dix jours à compter de son adoption par la Commission.

¹¹⁵ Article 2*bis* du règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil, tel que révisé par règlement (CE) n° 1055/2005 du Conseil du 27 juin 2005 et par le règlement (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011.

¹¹⁶ Article 1*bis* du règlement (CE) n° 1467/97 du Conseil, tel que révisé par le règlement (CE) n° 1056/2005 du Conseil du 27 juin 2005 et par le règlement (UE) n° 1177/2011 du Conseil du 8 novembre 2011.

¹¹⁷ Ces indicateurs économiques sont repris dans un « *tableau de bord* » et comprennent notamment, pour ce qui concerne les déséquilibres internes, les taux de l'endettement public et privé, l'évolution des marchés financiers et des marchés d'actifs (y compris du marché de l'immobilier), l'évolution du flux de crédit dans le secteur privé et l'évolution du chômage, ainsi que, pour les déséquilibres externes, l'évolution de la balance courante et des positions extérieures nettes des États membres, des taux de change réels, des parts de marché à l'exportation, de la compétitivité, *etc.* (art. 4 du règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macro-économiques).

¹¹⁸ Art. 7 et s. du règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macro-économiques.

¹¹⁹ Règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macro-économiques excessifs dans la zone euro.

¹²⁰ Art. 4, § 2, art. 5, § 2, et art. 6, § 2, du règlement (UE) n° 1173/2011 du Conseil ; article 3, paragraphe 3, du règlement (UE) n° 1174/2011 du Conseil.

Comme certains ont pu le relever, « [o]n passe du péché par omission, où l'on se garde de sanctionner les fautifs, au péché par action, où l'on fait le choix d'exonérer les fautifs de leur responsabilité par l'adoption d'une décision, et la différence est politiquement substantielle »¹²¹.

En complément de ce *Six-Pack*, sont venus se greffer, pour les États membres de la zone euro exclusivement, deux nouveaux règlements européens¹²², qui forment le *Two-Pack* et qui ont pour but de clarifier et de formaliser l'agencement des différentes procédures.

D'une part, le *Two-Pack* s'inscrit dans le cadre du renforcement de la surveillance budgétaire et économique existante¹²³. Il établit notamment des règles communes – calendrier budgétaire commun, mise en place d'organismes indépendants chargés du suivi des règles budgétaires, projet de plan budgétaire soumis à la Commission, etc. – pour surveiller et évaluer les projets nationaux de plan budgétaire au titre du cycle du « semestre européen ». Il prévoit en outre des mesures supplémentaires particulières pour les États membres faisant l'objet d'une procédure pour déficit excessif, telle notamment l'obligation de présenter désormais un « Programme de partenariat économique » décrivant « les mesures et les réformes structurelles nécessaires pour assurer une correction effective et durable du déficit excessif et constituant un prolongement de son programme national de réformes et de son programme de stabilité »¹²⁴.

D'autre part, le *Two-Pack* établit un mécanisme de « surveillance renforcée » pour les États membres de la zone euro qui connaîtraient ou risqueraient de connaître des difficultés importantes au niveau de leur stabilité financière, ainsi que pour ceux qui bénéficieraient d'une assistance financière (prêt bilatéral, MESF,

¹²¹ J. GUITTON, *Quel gouvernement économique pour l'Union européenne ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 57. L'idée qui prévaut est que, s'il peut être difficile pour un État de voter une sanction à l'encontre d'un autre – puisqu'il sait que, potentiellement, ce sera lui qui sera sous la menace d'une telle sanction à une autre occasion –, il peut, à l'inverse, être dangereux pour un État de s'opposer directement à une telle sanction – au risque d'être tenu pour responsable des conséquences en terme d'instabilité financière qui peut en résulter pour l'ensemble de la zone euro.

¹²² Règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière, JO L 140, 27 mai 2013, p.1-10 ; règlement (UE) n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro, JO L 140, 27 mai 2013, p. 11-23.

¹²³ Règlement (UE) n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro.

¹²⁴ Article 7 du règlement (UE) n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro.

FESF, MES, FMI)¹²⁵. Le déclenchement de cette « *surveillance renforcée* » a pour conséquence la suspension de tout mécanisme de contrôle déjà en cours (à savoir ceux préventifs du « *semestre européen* » ainsi que les procédures pour déficits budgétaires ou déséquilibres macroéconomiques excessifs) afin d’y substituer un régime *spécifique* de surveillance, tant des politiques budgétaires que macroéconomiques¹²⁶. Cette surveillance a un rôle essentiel puisqu’elle permet d’analyser de manière approfondie le respect ou non du programme d’ajustement, et donc le décaissement ou non des différentes tranches successives de l’aide financière.

De cet ensemble de réformes législatives apparaît alors un nouveau cadre de coordination réellement *intégré* des politiques budgétaires et macroéconomiques des États membres¹²⁷, qui peut se présenter schématiquement sous la forme de trois cercles concentriques.

Premier cercle concentrique : la base de la surveillance intégrée *stricto sensu*, à savoir la détection et la prévention des risques tant de déficits budgétaires (dans le cadre du volet préventif du PSC révisé) que de déséquilibres macroéconomiques (dans le cadre de la nouvelle procédure de surveillance des risques de déséquilibres économiques établie par le *Six-Pack*). Ce niveau est caractérisé par une transparence particulièrement importante des informations transmises¹²⁸, tant des États vers l’Union¹²⁹ que de l’Union vers les États¹³⁰.

¹²⁵ Règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière.

¹²⁶ Cette nouvelle procédure est en réalité la formalisation de celle déjà adoptée lors des programmes d’ajustement économique négociés avec les États de la zone euro ayant bénéficié de l’assistance financière. Sur cette surveillance renforcée et ses liens avec la stricte conditionnalité attachée à l’assistance financière, voy. : M. IOANNIDIS, « EU Financial Assistance Conditionality after “Two-Pack” », *op. cit.*, p. 82-89.

¹²⁷ S. ADALID, « La nouvelle gouvernance économique de l’UE : mesurer et rapprocher les politiques nationales », in S. DORMONT et T. PERROUD (éds.), *Droit et marché*, Paris, LGDJ, 2015, p. 145-177.

¹²⁸ Cette transparence joue un rôle fondamental pour mettre en œuvre la « *logique de marché* » au cœur de cette « *disciplinarisation* » économique des États membres. Voy. *infra*, II.A. La logique de marché dans l’architecture originelle de l’UEM : la « *disciplinarisation* » des États à l’aune d’une réalité concrète quoique construite (le marché) et par elle.

¹²⁹ Parmi les documents qui sont automatiquement rendus publics, citons notamment les plans budgétaires nationaux à moyen terme, les programmes de stabilité ou de convergence et les programmes nationaux de réformes (art. 4, § 1^{er} du règlement (UE) n° 473/2013) ainsi que les projets budgétaires avant soumission aux parlements nationaux (article 6 du règlement (UE) n° 473/2013).

¹³⁰ Citons en particulier l’évaluation globale de la Commission et de l’Eurogroupe vis-à-vis de la situation et des perspectives budgétaires pour la zone euro dans son ensemble (art. 7, §§ 4 et 5 du règlement (UE) n° 473/2013), l’avis de la Commission sur le projet de plan budgétaire des États (art. 7, §§ 1 à 3 du règlement (UE) n° 473/2013), le rapport sur le mécanisme d’alerte (RMA) par la Commission – qui fait le bilan de l’évolution de la situation macro-économique des différents États membres de l’UE – (art. 3 du règlement (UE) n° 1176/2011), les bilans approfondis relatifs aux déséquilibres macro-économiques pour les États membres ayant été jugés en déséquilibres ou en risques de déséquilibres lors du RMA

Ce noyau de base, préventif, de la surveillance macroéconomique et budgétaire intégrée se trouve ensuite doublé d'un deuxième cercle concentrique qui regroupe les volets *correctifs* du PSC (procédure pour déficit excessif¹³¹) et de la surveillance macroéconomique (procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques excessifs¹³²). Ces deux procédures ont pour objectif commun de contraindre les États concernés à entreprendre les réformes économiques structurelles jugées nécessaires¹³³ via l'établissement de « *plans de mesures correctives* » (en cas de déséquilibres macroéconomiques excessifs)¹³⁴ et autres « *programmes de partenariat économique* » (en cas de déficits excessifs)¹³⁵, dont l'application est

(art. 5 du règlement (UE) n° 1176/2011) ou encore les recommandations adressées individuellement aux États sur la base de leurs programmes de stabilité ou de convergence et de leurs programmes nationaux de réformes (art. 4 du règlement (UE) n° 473/2013 lu en combinaison avec les art. 6 et 10 du règlement 1466/97/CE tel que révisé par le règlement (CE) n° 1055/2005 et par le règlement (UE) n° 1175/2011 et avec l'art. 6 du règlement (UE) n° 1176/2011).

¹³¹ Règlement 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 tel que révisé par le règlement (CE) n° 1056/2005 et par le règlement (UE) n° 1177/2011.

¹³² Règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macro-économiques ; règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macro-économiques excessifs dans la zone euro.

¹³³ Ces réformes économiques structurelles sont, *in fine*, celles que l'État est censé entreprendre sous la pression des marchés – institués, dans ce cadre, comme étalon (à travers leur valorisation par les taux d'intérêt) à l'aune duquel on doit juger de la conformité des politiques économiques et budgétaires des États. Les institutions de l'Union se placent donc, dans cette perspective, en exégète de cette vérité (qui constitue tout autant une injonction) du marché censée s'exprimer au travers des taux d'intérêt des obligations souveraines de l'État (voy. *infra*, II. La « véridiction » comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite).

¹³⁴ Art. 8 du règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macro-économiques.

¹³⁵ Art. 9, § 1^{er} du règlement (UE) n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro. Cette disposition ajoute que ce programme de partenariat économique constitue « *un prolongement de son programme national de réformes et de son programme de stabilité, tout en tenant pleinement compte des recommandations du Conseil sur la mise en œuvre des orientations intégrées pour les politiques économiques et en matière d'emploi* ». Le paragraphe 2 ajoute quant à lui que ce programme de partenariat économique « *définit et sélectionne plusieurs priorités spécifiques afin de renforcer la compétitivité et la croissance durable à long terme et de remédier aux faiblesses structurelles dans l'État membre concerné* » et que « *ces priorités sont cohérentes avec la stratégie de l'Union pour la croissance et l'emploi* ». On voit donc bien ici « *la vocation "globalisante" du semestre européen, qui favorise une forme de dilution des catégories propres aux compétences, dans la mesure où il agrège, derrière un discours global sur la croissance et l'emploi, un suivi de mesures qui se rattachent à des politiques et à des catégories distinctes de compétences* » (S. DE LA ROSA, « L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen », *op. cit.*, p. 537, cf. note infrapaginale 154).

soumise à une surveillance et un contrôle approfondis pouvant mener à l'imposition de sanctions institutionnelles¹³⁶.

Enfin, si tous ces mécanismes ne suffisent pas à contenir, maîtriser et enserrer les politiques macroéconomiques et budgétaires étatiques, il reste encore la possibilité de soumettre l'État membre, s'il fait partie de la zone euro, à une « *surveillance renforcée* » (troisième cercle concentrique), lorsque celui-ci connaît ou risque de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de sa stabilité financière ou de la soutenabilité de ses finances publiques¹³⁷. Cette « *surveillance renforcée* » s'applique en particulier à tout État qui bénéficie d'une assistance financière, qu'elle qu'en soit la provenance institutionnelle (prêts bilatéraux, MESF, FESF, MES ou FMI)¹³⁸. Le déclenchement de cette « *surveillance renforcée* », véritable tutelle matérielle et organique des institutions européennes sur l'État défaillant¹³⁹ dans la continuité de la « *stricte conditionnalité* » imposée par les mécanismes d'assistance¹⁴⁰, a pour conséquence la suspension de tout mécanisme de contrôle relevant des deux premiers cercles de contrôle¹⁴¹ afin d'y substituer un régime *spécifique* de surveillance¹⁴². Ce régime spécifique, particulièrement intrusif, combine, dans une perspective intégrative, les politiques budgétaires et macroéconomiques¹⁴³ par l'adoption d'un « *Programme d'ajustement macroéconomique* »¹⁴⁴,

¹³⁶ Outre la publicité des procédures conçue en elle-même comme répressive (art. 10, § 4 du règlement (UE) n° 1176/2011; art. 4 du règlement 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 tel que révisé par le règlement (CE) n° 1056/2005 et par le règlement (UE) n° 1177/2011), l'État s'expose à diverses sanctions financières désormais adoptées à la majorité qualifiée inversée (art. 4, § 2, art. 5, § 2, et art. 6, § 2, du règlement (UE) n° 1173/2011 ; article 3, § 3, du règlement (UE) n° 1174/2011). Ces sanctions financières peuvent être indirectes dans le cadre du PSC – notamment en invitant la Banque européenne d'investissement à revoir sa politique de prêts à l'égard de l'État membre concerné ou en exigeant que ce dernier fasse, auprès de l'Union, un dépôt ne portant pas intérêt, d'un montant approprié, jusqu'à ce que, de l'avis du Conseil, le déficit excessif ait été corrigé (art. 126, § 11 TFUE ; art. 6, § 2, art. 7 et art. 8 du règlement 1467/97/CE tel que révisé par le règlement (CE) n° 1056/2005 et par le règlement (UE) n° 1177/2011) –, ou directes par le biais de dépôt portant intérêts ou même d'amendes annuelles – de 0,1 % dans le cadre de la procédure pour déséquilibres macro-économiques excessifs (art. 3 du règlement (UE) n° 1174/2011) et entre 0,2 et 0,5 % pour la procédure de déficit budgétaire excessif (art. 11 et art. 12 du règlement 1467/97/CE tel que révisé par le règlement (CE) n° 1056/2005 et par le règlement (UE) n° 1177/2011).

¹³⁷ Art. 2, § 1^{er} du règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière.

¹³⁸ Art. 2, § 2 du règlement (UE) n° 472/2013.

¹³⁹ C. GUILLERMINET, « Du mythe de la contrainte budgétaire », in E. CALZOLAIO et P. SERRAND (éds.), *La contrainte en droit. The constraint in law*, Münster, Lit Verlag, 2017, p. 123-138, spéc. p. 132.

¹⁴⁰ M. IOANNIDIS, « EU Financial Assistance Conditionality after “Two-Pack” », *op. cit.*

¹⁴¹ Art. 10 à 13 du règlement (UE) n° 472/2013.

¹⁴² Art. 3 du règlement (UE) n° 472/2013.

¹⁴³ Art. 10 à 13 du règlement (UE) n° 472/2013.

¹⁴⁴ Art. 3, § 7 et art. 7 du règlement (UE) n° 472/2013. En cas de demande d'assistance financière, ce Programme d'ajustement macro-économique, qui se substitue alors à l'éventuel programme de partenariat économique établi dans le cadre de la procédure pour

révisable en cas d'écart significatif entre les prévisions macroéconomiques et les résultats obtenus¹⁴⁵ et dont le non-respect est sanctionné par la suspension du versement des tranches successives de l'assistance financière¹⁴⁶.

Ce nouveau cadre global et intégré de coordination, de surveillance et de contrôle économico-budgétaire des États membres est par ailleurs complété par l'adoption d'un traité additionnel de droit international conventionnel (le TSCG)¹⁴⁷, qui vise à la *transcription en droit positif interne* de ce resserrement normatif des marges de manœuvre budgétaires étatiques et de cette automatisation des mécanismes de correction des écarts budgétaires des États membres. Le cœur de cette logique réside dans l'article 3 du traité qui contient le principe dit de la « règle d'or budgétaire » (bien que cette expression ne soit jamais utilisée dans le traité). Celle-ci consiste en l'obligation pour les administrations publiques des États parties de présenter, sauf circonstances exceptionnelles¹⁴⁸, une *situation budgétaire en équilibre ou en excédent*¹⁴⁹ – c'est-à-dire, plus précisément, un « solde

déficit excessif (art. 7, § 1^{er}, al. 1^{er} du règlement (UE) n° 472/2013 et art. 13 règlement (UE) n° 473/2013) est obligatoire et reprend les mesures de politique économique qui constituent la conditionnalité attachée à cette assistance financière (art. 7, § 1^{er}, al. 1^{er} du règlement (UE) n° 472/2013). L'objectif de ce programme d'ajustement macro-économique est de « remédie[r] aux risques spécifiques que cet État membre fait peser sur la stabilité financière de la zone euro et vise à rétablir rapidement une situation économique et financière saine et durable ainsi qu'à restaurer la capacité de l'État membre à se financer intégralement sur les marchés financiers » (art. 7, § 1^{er}, al. 2 règlement (UE) n° 472/2013, c'est nous qui soulignons). Sur ce caractère « sain » de la situation économique et financière des États et ce qu'il révèle implicitement, voy. *infra*, II. La « véridiction » comme rationalité de l'UEM et sa transformation tacite ; sur cet objectif de financement intégral par les marchés financiers, voy. *infra*, II.A. La logique de marché dans l'architecture originelle de l'UEM : la « disciplinarisation » des États à l'aune d'une réalité concrète quoique construite (le marché) et *par elle*.

¹⁴⁵ Art. 7, § 5 règlement (UE) n° 473/2013.

¹⁴⁶ Art. 16, § 5 TMES lu en combinaison avec l'art. 13, § 7 TMES.

¹⁴⁷ Traité pour la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, signé le 2 mars 2012 au départ par 25 États membres, le Royaume-Uni ayant opposé son *veto*, la République tchèque étant restée à l'écart mais ayant décidé d'y adhérer le 25 avril 2014. Si le TSCG, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, a été adopté sous forme de traité international pour des raisons politiques – le Royaume-Uni ayant opposé son *veto* à toute modification du droit primaire de l'Union européenne –, il n'en reste pas moins extrêmement lié à l'UE, dans la mesure où les États parties au traité le sont en qualité d'« États membres de l'Union européenne » et que le TSCG contient une clause de subordination au droit de l'UE (article 2 TSCG). L'article 16 TSCG prévoit même que le contenu du traité doit intégrer, à terme, le cadre juridique de l'UE (voy. en ce sens la proposition de directive du Conseil établissant des dispositions en vue du renforcement de la responsabilité budgétaire et de l'orientation budgétaire à moyen terme dans les États membres COM (2017) 824 final 2017/0335 (CNS), 6 décembre 2017).

¹⁴⁸ Ces circonstances exceptionnelles étant entendues comme des « faits inhabituels indépendants de la volonté de la partie contractante concernée et ayant des effets sensibles sur la situation financière des administrations publiques ou à des périodes de grave récession économique telles que visées dans le pacte de stabilité et de croissance révisé, pour autant que l'écart temporaire de la partie contractante concernée ne mette pas en péril sa soutenabilité budgétaire à moyen terme » (art. 3, § 3, b) TSCG).

¹⁴⁹ Art. 3, § 1^{er}, a) TSCG.

structurel annuel des administrations publiques [qui] correspond à l'objectif à moyen terme spécifique à chaque pays, tel que défini dans le pacte de stabilité et de croissance révisé, avec une limite inférieure de déficit structurel¹⁵⁰ de 0,5 % du produit intérieur brut aux prix du marché » ou, pour les États dont la dette publique est « *sensiblement inférieure à 60 % du PIB* », d' « *au maximum 1 % du produit intérieur brut aux prix du marché* »¹⁵¹. Cette obligation doit du reste être garantie par la mise en place, au niveau interne, d'un *mécanisme de protection automatique* en cas d'écart constaté par rapport à l'objectif à moyen terme ou à la trajectoire d'ajustement propre à permettre sa réalisation, permettant de déclencher la mise en œuvre de mesures visant à corriger ces écarts sur une période déterminée¹⁵².

Au-delà de ce resserrement normatif et statistique et de cette automatisation des mécanismes de correction en cas de déviation vis-à-vis de la trajectoire économico-budgétaire consacrée, la particularité de cette règle d'équilibre des finances publiques réside dans le mécanisme de transposition prévu – qui lui vaut ce surnom de « *règle d'or* » –, à savoir l'obligation d'introduire ces règles au niveau *constitutionnel ou équivalent*¹⁵³. Cette obligation de (quasi)constitutionnalisation peut en

¹⁵⁰ Ce « *déficit structurel* » est défini comme « *le solde annuel corrigé des variations conjoncturelles, déduction faite des mesures ponctuelles et temporaires* » (art. 3, § 3, a) TSCG).

¹⁵¹ Art. 3, § 1^{er}, b) et d) TSCG.

¹⁵² Art. 3, § 1^{er}, e) TSCG.

¹⁵³ L'article 3, § 2 TSCG prévoit en effet que « *les règles énoncées au paragraphe 1 prennent effet dans le droit national des parties contractantes au plus tard un an après l'entrée en vigueur du présent traité, au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles, ou dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon* ». A noter que, grammaticalement, cette disposition porte à confusion dans la mesure où l'ajout d'une virgule après « *de préférence constitutionnelles* » a pour conséquence de poser l'alternative (les deux termes reliés par le « *ou* ») non pas au niveau de la constitutionnalisation ou non de ces dispositions devant rester juridiquement « *contraignantes et permanentes* » (autrement dit de distinguer entre les « *dispositions contraignantes et permanentes constitutionnelles* » et les « *dispositions contraignantes et permanentes dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon [que par la constitutionnalisation]* »), mais bien de l'aspect contraignant et permanent des dispositions consacrant cette règle d'équilibre budgétaire (autrement dit, de distinguer entre les « *dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles* » et les dispositions (non nécessairement contraignantes mais) « *dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon* »). C'est d'ailleurs, notamment, en se fondant sur cette pirouette interprétative – qualifiée par la doctrine de « *constructive* » (E. OLIVA, « Les finances publiques vues par les constitutionnalistes », *Revue française de finances publiques*, 2016, n° 133, p. 97, spéc. p. 1050 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire : Busiris, rue de Montpensier », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 855-876, spéc. p. 875), « *audacieuse* » (E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance : comparaison avec la situation en France », *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 2017, p. 330-346, spéc. p. 338), voire « *périlleuse* » (A. LEVADE, « TSCG et Constitution française : quand l'interprétation fait la compatibilité! », *Constitutions*, 2012, n° 4, p. 575-580, spéc. p. 579) – que le Conseil constitutionnel français a validé la constitu-

outre faire l'objet d'un contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne avec, le cas échéant, pour les États en infraction, l'adoption de sanctions financières pouvant aller jusqu'à 0,1 % du PIB de l'État en cause¹⁵⁴.

L'ensemble de ces réformes de la gouvernance économique de l'UEM adoptées à la suite de la succession des crises économiques, financières et des dettes souveraines témoignerait alors d'une transformation profonde de la conception même du concept de « coordination » qui caractérise le pilier économique-budgétaire de l'UEM. On serait ainsi passé d'une conception originelle de la coordination comme entreprise de convergence des politiques nationales autour d'objectifs communs par la diffusion des meilleures pratiques¹⁵⁵ à une acception de la coordination en tant que dispositif technique de surveillance et de contrôle des politiques nationales destiné à s'assurer de leur conformité à des canons budgétaires et macroéconomiques de plus en plus précis et sanctuarisés juridiquement dans les traités européens¹⁵⁶. Par ailleurs, l'élargissement du champ d'application de cet encadrement des politiques et la « vocation “globalisante” du semestre européen »¹⁵⁷ – dont les différents programmes (de stabilité, de convergence, de partenariat économique ou d'ajustement macroéconomique) constituent l'illustration topique – étendent ce contrôle de l'UE au cœur des politiques économiques dites « redistributives » de l'État, tels la protection sociale (retraites, santé, chômage), la fiscalité ou encore

tionnalité du TSCG (Cons. const., n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, JORF, 11 août 2012, p. 13283, voy. spéc. les considérants 17 à 28).

¹⁵⁴ Article 8 TSCG. Sur les risques de conflit juridictionnel entre la CJUE et les juridictions constitutionnelles nationales que peut engendrer un tel contrôle, voy. not. G. GRÉGOIRE, « Crise des dettes souveraines et risque de conflit juridictionnel : retour sur l'affaire Outright Monetary Transactions », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2018, p. 147-182, spéc. p. 172-180.

¹⁵⁵ S. DE LA ROSA, « L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen », *op. cit.*, p. 533-535. Pour reprendre les termes de l'auteur, lors de l'introduction de cette coordination-convergence, « quatre critères principaux la caractérisaient : la définition de lignes directrices et d'objectifs à atteindre par les États, l'établissement d'indicateurs qualitatifs et quantitatifs afin de comparer les meilleures pratiques, la traduction des lignes directrices en politiques nationales dont les États rendent compte dans des plans nationaux d'action, l'évaluation collective afin de tirer des enseignements de ce processus itératif. Ainsi que cela a été justement souligné, cet instrument envisageait “une autre manière de concevoir la convergence européenne, reposant sur la valeur de l'exemple, plus que sur l'autorité de la norme” [(M. BLANQUET, « Le système communautaire à l'épreuve de la « gouvernance européenne » – Pour une nouvelle gouvernance raisonnée », Mélanges en l'honneur de Guy Isaac, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 239)] ; son développement s'inscrivait en cohérence avec la diffusion de la rhétorique de la nouvelle gouvernance, qui porte une idéologie centrée sur l'inflexion des formes traditionnelles d'exercice de l'autorité et sur le développement de processus généralement périphériques à l'ordre juridique [(J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », in Mélanges Paul Amselek, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189)] » (*Ibid.*, p. 534).

¹⁵⁶ S. DE LA ROSA, « L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen », *op. cit.*, p. 535-537.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 537.

l'éducation et l'enseignement¹⁵⁸. Cette « *dilution des catégories propres aux compétences* » questionne alors l'existence d'une « *compétence économique générale de l'Union* »¹⁵⁹ qui marquerait alors une réelle mutation constitutionnelle de la gouvernance économique de l'UEM elle-même. Il reste alors à préciser les contours de cette mutation constitutionnelle.

II. – LA « VÉRIDICTION » DU MARCHÉ COMME RATIONALITÉ DE L'UEM ET SA TRANSFORMATION TACITE

De cette architecture juridique complexe, il nous semble pouvoir déduire, par une interprétation « *systémique* »¹⁶⁰ et « *holistique* »¹⁶¹ des traités, la rationalité spécifique sous-jacente à l'organisation juridique de l'Union économique et monétaire – et, peut-être d'ailleurs, plus largement, à l'Union européenne dans son ensemble¹⁶² – : l'institution du « *marché* » comme « *lieu de* » *véridiction* » et de « *disciplinarisation* » des États.

¹⁵⁸ Ainsi que le note S. DE LA ROSA, « *la vocation "globalisante" du semestre européen interroge la nature des compétences qui font l'objet de la surveillance inhérente à ce processus. Les champs d'action couverts sont rattachables pour l'essentiel (mais non exclusivement) à des politiques telles que la politique économique, la politique sociale (incluant les retraites et la politique de soins), la protection sociale ou encore l'éducation. [...] L'intégration, dans un seul dispositif, du suivi des politiques nationales liées à ces compétences soulève des interrogations, non seulement sur la notion même de compétence coordonnée [...], mais aussi sur l'existence d'une compétence économique générale de l'Union, dans la mesure où le semestre européen couvre également le suivi d'engagements contraignants dans le cadre du PSC. Le semestre européen favorise ainsi une forme de dilution des catégories propres aux compétences, dans la mesure où il agrège, derrière un discours global sur la croissance et l'emploi, un suivi de mesures qui se rattachent à des politiques et à des catégories distinctes de compétences [...].* » (Ibid.). Cette « *vocation globalisante* » et cette extension à l'ensemble des politiques publiques de la logique de marché fait ainsi écho à la « *aptitude à absorber* » du modèle de marché (M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le modèle du marché* », *op. cit.*, p. 295-302, cf. note infrapaginale 50) et à la perception de la logique de marché comme instrument de « *vérification-falsification* » de l'ensemble des « *pratiques gouvernementales* » (M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 33-34, cf. note infrapaginale 162).

¹⁵⁹ S. de la ROSA, « *L'élaboration des positions nationales dans le cadre du semestre européen* », *op. cit.*, p. 537.

¹⁶⁰ F. MARTUCCI, « *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 nov. 2012, Pringle* », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, vol. 49, n° 2, p. 239-266, spéc. p. 259.

¹⁶¹ Selon l'expression de l'ancien juge de la Cour de justice des Communautés européennes Pierre PESCATORE rapportée par Antoine VAUCHEZ (A. VAUCHEZ, « *L'Union par le droit. Cour de Justice et constitutionnalisme du marché* », *Savoir/Agir*, 2013, n° 23, p. 27-32, spéc. p. 29).

¹⁶² Nous entendons par là l'ensemble des traités européens *tels qu'interprétés par la CJUE*. Voy. not., pour l'application de cette rationalité spécifique au niveau de l'articulation entre libertés économiques fondamentales et droits sociaux : E. CHRISTODOULIDIS, « *The European Court of Justice and "Total Market" Thinking* », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 10, p. 2005-2020. Plus généralement, sur la place du marché dans la jurisprudence de la Cour de justice : P. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de*

L'UEM repose en effet, selon nous, sur le postulat de « véridiction » du marché, c'est-à-dire sur la croyance dans la capacité naturelle du marché d'énoncer la vérité (*véri-diction* : dire le vrai) à l'aune de laquelle se mesure la conformité des politiques économiques *lato sensu* adoptées par les États – ou, plus précisément encore, sur la croyance dans le fait que le marché constitue un *étalon de vérité* permettant de discerner, distinguer et discriminer les pratiques et politiques gouvernementales conformes de celles erronées sur la base d'une vérité qui lui serait intrinsèque et qui se manifesterait à travers la formation des prix lorsque les mécanismes naturels du marché (lois de l'offre et de la demande, principe de concurrence, *etc.*) s'appliquent pleinement¹⁶³. Ce postulat s'articule en particulier, en droit de l'Union, autour du caractère « sain » des politiques économiques et budgétaires des États : l'imposition, par le cadre juridique de l'UEM, de la logique de marché aux États membres¹⁶⁴ est supposée amener ces derniers à adopter les politiques économiques considérées comme « saines », pour reprendre la terminologie utilisée dans les traités¹⁶⁵ et le droit dérivé¹⁶⁶ et par la CJUE¹⁶⁷. Autrement dit, le caractère « sain » des politiques économiques et budgétaires des États se mesure à l'aune du marché conçu comme étalon de vérité¹⁶⁸. Or, la crise des dettes souve-

Justice des Communautés européennes, Bibliothèque de droit public. Thèses, 253, Paris, LGDJ, 2007. Pour une analyse du rôle du « marché » (et de ses différentes acceptions) comme mode de justification de l'intégration européenne et comme stratégie d'approfondissement économique et politique de l'Union, voy. : N. JABKO, « Une Europe politique par le marché et par la monnaie », *Critique internationale*, 2001, n° 4, p. 81-101 ; N. JABKO, *L'Europe par le marché : Histoire d'une stratégie improbable*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

¹⁶³ Comme l'explique Michel FOUCAULT, « les prix, dans la mesure où ils sont conformes aux mécanismes naturels du marché, vont constituer un étalon de vérité qui va permettre de discerner dans les pratiques gouvernementales celles qui sont correctes et celles qui sont erronées. Autrement dit, c'est bien le mécanisme naturel du marché et la formation d'un prix naturel qui vont permettre – quand on regarde, à partir d'eux, ce que fait le gouvernement, les mesures qu'il prend, les règles qu'il impose – de falsifier et de vérifier la pratique gouvernementale. Le marché [...] constitue en ce sens un lieu de « véridiction », je veux dire un lieu de vérification-falsification pour la pratique gouvernementale » (M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 33-34). À noter que cette vérité du marché par la formation des prix trouve ainsi son origine dans le fonctionnement *naturel* des mécanismes de marché. Autrement dit, c'est de la naturalité du processus concurrentiel de marché qu'émerge la vérité des prix – ou encore, c'est parce que les mécanismes de marché sont naturels qu'ils sont porteurs d'une vérité intrinsèque (qui s'expriment par la formation des prix). Sur ces liens entre la naturalité du fonctionnement du marché, la vérité des prix qui émane de ce marché et les conséquences de ceux-ci sur les pratiques gouvernementales, voy. : *ibid.*, p. 18-25.

¹⁶⁴ Voy. *supra*, I.A.2. Le pilier économique-budgétaire décentralisé de l'UEM : responsabilisation, coordination, coercition.

¹⁶⁵ Article 119 TFUE et Déclaration *ad* article 126 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁶⁶ Voy. not., au sein du PSC : cons. 1 et 8 du règlement n° 1466/87 du Conseil (du 7 juillet 1997, *loc. cit.*) ; cons. 2 du règlement n° 1467/87 du Conseil (du 7 juillet 1997, *loc. cit.*).

¹⁶⁷ CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e.a.*, *loc. cit.*, points 135 à 137 et 143 ; CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. v. Deutscher Bundestag*, *loc. cit.*, points 61, 100 et 109 à 123.

¹⁶⁸ *cf.* note infrapaginale 46.

raines étant analysée officiellement – à tort ou à raison –, comme une crise des finances publiques¹⁶⁹, les réformes de l'UEM prolongent cette recherche d'« assainissement » des politiques économiques et budgétaires des États membres¹⁷⁰ par l'approfondissement de la logique de marché¹⁷¹.

Ce postulat de « véridiction » du marché nous semble ainsi marquer la continuité du projet d'intégration économique-juridique que constitue l'UEM¹⁷². La logique de « disciplinarisation » des États membres à l'aune du marché, présente dès l'origine (A), pourrait néanmoins avoir subi une mutation fondamentale avec les réformes post-crise, qui révèlent, à travers la question de la *sanction ultime* de cette logique de marché (par le marché lui-même ou par la puissance publique

¹⁶⁹ Le vocabulaire utilisé au cours de cette période de crise des dettes souveraines démontre par ailleurs la prééminence des références issues du champ lexical de la « santé » des politiques économiques et budgétaires consacrée par le droit de l'Union – et des phénomènes de naturalisation et de médicalisation qui accompagnent ces débats et ces controverses politiques et juridiques – : le « *malade* » grec fut mis sous « *perfusion* » financière et reçut un « *traitement de choc* » afin d'« *assainir* » les finances publiques, de « *revitaliser* » l'économie du pays et d'éviter le risque de « *contagion* » à d'autres États membres. Jamais ou presque n'est cependant explicité l'étalon à l'aune duquel ces jugements sont émis. Or, il semble que celui-ci réside bel et bien dans l'institution du marché en tant que producteur naturel d'un hypothétique jugement objectif sur le caractère « *sain* » des comportements étatiques. On retrouve donc de nouveau ici, selon nous, cette logique (implicite) de « véridiction » du marché mis en évidence par FOUCAULT (cf. notes infrapaginales 3 et 162). Ces références issues de ce champ lexical rentrent du reste particulièrement en résonance avec la « *conception organistique* », imprégnant le « *modèle de marché* » et pointée par Marie-Anne FRISON-ROCHE (M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *op. cit.*) : « *L'on a développé du marché une conception organistique, celle-là même que Michel Foucault dénonçait dans la conception classique du « corps social » (Surveiller et punir. Naissance de la prison, Gallimard « Bibliothèque des histoires », 1972, rééd. « Tel », 1993). Ainsi, l'entreprise et l'agent économique [y compris l'État, ravalé « d'une façon dérisoire au statut économique de l'entreprise » (M.-A. Frison-Roche, « Le modèle de marché », *op. cit.*, p. 307)] sont des cellules, nourries et actives sur le marché, dont les interactions assurent la vitalité du tissu économique. À cette conception organistique du marché, s'ajoute un anthropomorphisme naïf. Il est particulièrement avéré concernant les marchés financiers : le marché est morose, frémit, s'impatiente, s'inquiète, s'interroge, exige, etc. Si on veut critiquer son mode de fonctionnement, on dira aisément qu'il est "cruel" (...) Les marchés doivent se défendre contre les agressions métaphoriquement microbiennes. Le droit des marchés réagit en conséquence sur un mode répressif pour éliminer les cellules nocives et développer des prophylaxies. L'intervention des autorités de marché relevant d'une sorte de santé publique avec laquelle on ne saurait badiner en raison des risques de contamination – dont le risque systémique constitue un exemple – doit prendre la forme la plus radicale possible » (*Ibid.*, p. 312).*

¹⁷⁰ Cons. 1 du règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 ; cons. 3 du règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 ; cons. 1, 2, 17 et 32 du règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 ; art. 7 règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013.

¹⁷¹ Voy. I.B.2. Les réformes post-crise des dettes souveraines : renforcement des mécanismes de surveillance et de contrôle et mise sous tutelle des États défallants.

¹⁷² Voy. not. C. ROMMERSKIRCHEN, « Debt and Punishment: Market Discipline in the Eurozone », *New Political Economy*, septembre 2015, vol. 20, n° 5, p. 752-782.

quoiqu'au nom du marché), une transformation dans la relation entre celui-ci et l'État et, partant, dans l'acception même du concept de marché (B).

A. – *La logique de marché dans l'architecture originelle de l'UEM : la « disciplinarisation » des États à l'aune d'une réalité concrète quoique construite (le marché) et par elle*

Comme il a pu l'être déjà exposé par divers auteurs¹⁷³, l'architecture originelle de l'UEM repose sur un cadre conceptuel assez précis, quoiqu'implicite, issu de théories développées par certains courants néolibéraux de la théorie économique (1). De cette architecture il nous semble pouvoir en déduire non pas, comme il l'est généralement présenté, une double « disciplinarisation » des États – par le marché, d'une part, et par les institutions européennes, d'autre part – mais bien, *in fine*, une « disciplinarisation » exclusivement opérée par les seuls marchés financiers quoique soutenue et facilitée par les procédures de contrôle institutionnel (2).

1. – *Le cadre conceptuel de l'UEM : le libéralisme néoclassique et la logique sous-jacente de « véridiction » du marché*

L'institution du marché comme autorité de « véridiction », certes contemporaine de l'émergence de l'économie politique au XVIII^e siècle¹⁷⁴, fut en particulier développée et affinée théoriquement aux cours des dernières décennies par un courant spécifique de la théorie économique : le libéralisme néoclassique, entendu *lato sensu*¹⁷⁵, qui repose sur l'hypothèse d'un équilibre optimal de l'allocation des

¹⁷³ Voy. not. F. MARTUCCI, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *op. cit.* ; M. CARON, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2016, n° 2, p. 557-595 ; R. COLLIAT, « Généalogie critique de la gouvernance macro-économique européenne », in F. SNYDER, A. SONNTAG et W. SHEN (éds.), *La main visible/ The visible hand*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 293-340.

¹⁷⁴ Voy. not. G. DOSTALER, « Les lois naturelles en économie. Émergence d'un débat », *L'Homme et la société*, 2008, n° 170-171, p. 71-92.

¹⁷⁵ Nous regroupons notamment, sous cette appellation générique, l'École de Chicago (George STIGLER, Frank KNIGHT, Ronald COASE, *etc.*) – et notamment le courant monétariste (Milton FRIEDMAN) –, l'École du *Public Choice* de Virginie (James M. BUCHANAN, Gordon TULLOCK, *etc.*) et la Nouvelle macroéconomie classique (John MUTH, Neil WALLACE, Thomas S. SARGENT, Robert LUCAS Jr, Finn E. KYDLAND et Edward C. PRESCOTT, *etc.*). Voy. not. J. F. MUTH, « Rational Expectations and the Theory of Price Movements », *Econometrica*, 1961, vol. 29, n° 3, p. 315-335 ; T. J. SARGENT et N. WALLACE, « The Stability of Models of Money and Growth with Perfect Foresight », *Econometrica*, 1973, vol. 41, n° 6, p. 1043-1048 ; T.J. SARGENT et N. WALLACE, « “Rational” Expectations, the Optimal Monetary Instrument, and the Optimal Money Supply Rule », *Journal of Political Economy*, 1975, vol. 83, n° 2, p. 241-254 ; J.B. LONG et C.I. PLOSSER, « Real Business Cycles », *Journal of Political Economy*, 1983, vol. 91, n° 1, p. 39-69 ; B.T. MCCALLUM, « On “Real” and “Sticky-Price” Theories of the Business Cycle », *Journal of Money, Credit and Banking*, 1986, vol. 18, n° 4, p. 397-414 ; F.E. KYDLAND et E.C. PRESCOTT, « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, 1977, vol. 85, n° 3, p. 473-491 ; P. R. MASSON et M. P. TAYLOR, « Fiscal Policy within Common Currency Areas », *Journal of Common Market Studies*, 1993, vol. 31, n° 1, p. 29-44 ; M. FRIEDMAN, « A Monetary and Fiscal

ressources (*Pareto-optimum*), assimilé au bien-être global de la société, atteint lorsque les agents économiques du système, placés en situation de concurrence pure et parfaite, recherchent la maximisation de leurs richesses (hypothèse de rationalité des agents économiques) sur le marché considéré comme « efficient » (hypothèse d'efficacité des marchés), c'est-à-dire sur lequel les prix reflètent à tout moment l'ensemble des informations disponibles – en ce sens, ces prix expriment donc la valeur intrinsèque et objective de l'objet sur lequel ils portent ou, autrement dit, en dégageant sa vérité essentielle¹⁷⁶.

Adaptées à l'échelle macroéconomique des États, ces théories impliquent que la mise en concurrence des systèmes normatifs, économiques et sociaux permettra, par le processus de sélection du marché (supposé naturel), de dégager les politiques les plus efficaces, d'éliminer les plus néfastes et dommageables et de maximiser ainsi le bien-être général global des ordres juridiques mis en concurrence^{177 178}.

Framework for Economic Stability », *The American Economic Review*, 1948, vol. 38, n° 3, p. 245-264 ; J. BUCHANAN et G. TULLOCK, *The Calculus of Consent : Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962 ; J. BUCHANAN, *Constitutional Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1991 ; R.E. LUCAS, « Econometric policy evaluation: A critique », *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, janvier 1976, vol. 1, p. 19-46 ; R.H. COASE, « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law & Economics*, 1960, vol. 3, p. 1-44 ; G. CALABRESI, « Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts », *Yale Law Journal*, 1961, vol. 70, n° 4, p. 499-553 ; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1973.

¹⁷⁶ Cf. notes de bas de page 3 et 162.

¹⁷⁷ Voy. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *op. cit.*, p. 305-307 ; J. CHEVALLIER, « État et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, p. 59-72 ; J. CHEVALLIER, « Introduction. Ordre juridique et logique de marché », in S. DORMONT et T. PERROUD (éds.), *Droit et marché*, Paris, LGDJ, 2015, p. XIII-XXIV, spéc. p. XXIV ; M.M. SALAH, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *Revue internationale de droit économique*, 2001, n° 3, p. 251-302 ; F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 57-60.

¹⁷⁸ C'est, du reste, cette logique qui sous-tend l'analyse économique du droit fondée par les économistes néo-classiques Ronald COASE et Guido CALABRESI : R.H. COASE, « The Problem of Social Cost », *op. cit.* ; G. CALABRESI, « Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts », *op. cit.*. Voy. également : R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, *op. cit.* Sur les fondements épistémologiques du mouvement *Law & Economics*, voy. : R. LANNEAU, *les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Université de Nanterre - Paris X, 10 décembre 2009. Il faut par ailleurs noter que les ordolibéraux des deuxième et troisième générations, inspirés davantage par Friedrich HAYEK (titulaire entre 1962 et 1968 de la chaire d'économie de l'Université de Fribourg, berceau du mouvement ordolibéral) que par les ordolibéraux de la première génération, se sont beaucoup penchés sur cette question de la concurrence entre systèmes normatifs et institutionnels. Voy. not. G. SCHWARZ, « Wettbewerb der Systeme. Eine ordnungspolitische Sicht », in SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR AUSLANDFORSCHUNG (éd.), *Europäische Antagonismen*, Chur/Zurich, Rüegger, 1994, p. 59 et s. ; M.E. STREIT, « Competing among systems as a defense of liberty », in H. BOUILLON (éd.), *Libertarians and Liberalism, Essays in Honour of Gerard Radnitsky*, Aldershot, Avebury, 1996, p. 236-252. Pour une analyse de cette conception ordolibérale de la concurrence entre systèmes, voy. : L. SIMONIN, « Ordolibéralisme et intégration écono-

Comme le note Francesco MARTUCCI, l'idée est que « *les marchés jugent les politiques économiques et monétaires conduites par les États, comme ils le feraient des résultats d'une entreprise* »¹⁷⁹.

Pour que cette sélection opère cependant, encore faut-il que les États soient réellement mis en concurrence et que les informations les concernant soient véritablement disponibles pour les agents économiques agissant sur le marché, afin que ces informations puissent être intégrées dans le prix et que les marchés soient ainsi en capacité de se prononcer sur la plus ou moins grande conformité des politiques économiques menées avec la logique de marché – c'est-à-dire avec la vérité dégagée par les mécanismes concurrentiels du marché. Autrement dit, cela nécessite l'établissement d'un *cadre juridique permettant la mise en marché de l'État aux fins de sa valorisation*. Cette mise en marché se réalise à travers le développement d'un instrument financier approprié : les titres de sa dette publique¹⁸⁰. Dans cette configuration, « *[l]e marché, en énonçant la réalité de la valeur et du prix des choses (les taux d'intérêt des emprunts d'État) serait le seul dispositif capable de faire advenir un régime de vérité* »¹⁸¹.

mique européenne », *Revue d'Allemagne*, 2001, vol. 1, p. 65-88, spéc. p. 78-87 ; L. SIMONIN, *La doctrine ordolibérale et la politique économique allemande de 1948 à 1966*, Nancy 2, 1 janvier 1999, p. 181-197.

¹⁷⁹ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 58. (c'est nous qui soulignons). L'auteur cite par ailleurs M. TIETMEYER, alors président de la *Bundesbank*, qui résume particulièrement bien cette idée de concurrence entre systèmes normatifs : « *les marchés financiers assument le rôle de contrôleur. Ils peuvent sanctionner une politique monétaire laxiste ou une politique budgétaire indisciplinée. Ils retirent les capitaux d'un tel pays et exigent un supplément élevé en ce qui concerne les taux d'intérêt pratiqués sur le marché des capitaux [...]* Tout compte fait, pour la politique nationale, la mondialisation signifie ce qui suit : – l'ensemble de l'économie, c'est-à-dire les systèmes sociaux, les réglementations concernant les marchés des biens et du travail, la politique fiscale, l'ordre juridique, tout cela entre en jeu dans la concurrence des emplacements ; – la politique monétaire et financière est testée en permanence par les marchés financiers » (H. TIETMEYER, « L'économie européenne entre marchés globaux et défis internes », Dix-neuvième conférence Jean Monnet, Florence, Institut universitaire européen, 28 novembre 1996, cité in F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 58., c'est nous qui soulignons). Pour figurer ce pouvoir de départage du marché vis-à-vis des ordres juridiques, politiques et sociaux, GAYON et LEMOINE utilisent le concept de « nomothète » (V. GAYON et B. LEMOINE, « Maintenir l'ordre économique. Politiques de désancastrement et de réencastrement de l'économie », *Politix*, août 2014, n° 105, p. 7-35, spéc. p. 16) renvoyant, dans l'Antiquité à Athènes, à la « *commission chargée de statuer définitivement sur les propositions de loi élaborées par l'Assemblée et le Conseil* » (définition du Centre national de ressources textuelles et linguistiques : <http://www.cnrtl.fr/definition/nomothete>).

¹⁸⁰ B. LEMOINE, *L'ordre de la dette*, *op. cit.*.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 67. À cet égard, le rôle des « agences de notation » est primordial pour les agents économiques qui agissent sur les marchés financiers. Sur cette fonction d'objectivation de la valeur des États par les agences de notations, voy. not. B. LEMOINE, « Quantifier et mettre en crise la dette souveraine. Agences de notation, techniques comptables et constructions privées de la valeur des États », *Politique européenne*, septembre 2014, n° 2, p. 24-51. Comme le note l'auteur, « *les agences de notation produisent une échelle du risque pour différencier entre émetteurs souverains d'emprunts et jauger leur capacité à rembourser les dettes con-*

Dans la théorie néoclassique, cette « disciplinarisation » des politiques économico-budgétaires des États par la dette nécessite la réunion de quatre conditions¹⁸². D'abord, des marchés financiers ouverts et libres. Ensuite, une transparence maximale permettant la transmission des informations adéquates aux institutions financières concernant les dettes de l'État emprunteur, les perspectives de remboursement et, par extension, l'ensemble de l'environnement économique de l'État¹⁸³. Troisièmement, la responsabilité individuelle des États, qui ne peuvent, en théorie, être renfloués en cas de défaillance. Enfin, la réponse conforme des institutions étatiques aux signaux du marché ou, en d'autres mots, la réaction concordante et en temps utile – c'est-à-dire avant d'en être exclus – des États aux mécanismes de contrôle du marché constitués par la volatilité des taux d'intérêt des obligations souveraines.

2. – La transcription juridique du cadre conceptuel néoclassique dans l'UEM

C'est précisément à la production et à l'agencement de ces quatre conditions que répond le cadre juridique de l'Union économique et monétaire dès sa formula-

tractées auprès des créanciers. Disposant de ces informations, les acteurs des marchés obligataires – les investisseurs qui détiennent la dette, qu'il s'agisse de compagnies d'assurance, de fonds de pension, de banques commerciales ou de banques centrales étrangères – attribuent une valeur financière, un prix, aux titres souverains qui se matérialise par le taux d'intérêt de l'emprunt. » (*Ibid.*, p. 25). Sur ces agences et les implications théoriques de ces processus de notation censés évacuer (ou à tout le moins, minimiser) le risque au sein des marchés financiers, voy. également : A. OUROUSSOFF, *Triple A - Une anthropologie dans les agences de notation*, Paris, Belin, 2013.

¹⁸² T.D. LANE, « Market Discipline », *IMF Staff Papers*, mars 1993, vol. 40, n° 1, p. 53-88. Comme le résume l'auteur, « *Market discipline needs four general conditions to be effective. One is that financial markets be free and open. A second is that adequate information must be available about the borrower's existing debts and the prospects of repayment. A third is that there be no possibility that lenders will be bailed out in the case of an impending default. A fourth is that the borrower respond to market signals before being excluded from the markets.* » (*Ibid.*, p. 61, trad. libre : « *La discipline de marché requiert la réunion de quatre conditions générales pour être opérante. La première est que les marchés financiers soient libres et ouverts. Deuxièmement, les informations adéquates relatives aux dettes existantes des emprunteurs et à leurs perspectives de remboursement doivent être rendues disponibles. Troisièmement, qu'il n'y ait aucune possibilité pour les prêteurs d'être renfloués en cas de défaut imminent. Quatrièmement, que l'emprunteur réagisse aux signaux du marché avant d'en être exclu.* »)

¹⁸³ Décrivant la logique sous-jacente à cette transparence, lorsqu'elle est appliquée aux entreprises, Ève CHIAPELLO explique : « *Le projet politique, plus communément appelé "transparence", est une communication totale des bonnes et mauvaises nouvelles et la valorisation de tous les risques, engagements et avantages futurs connus. Le but est d'améliorer au maximum l'information des investisseurs pour les aider à déterminer la valeur de l'entreprise et donc le cours de l'action* » (E. CHIAPELLO, « Les normes comptables comme institution du capitalisme. Une analyse du passage aux normes IFRS en Europe à partir de 2005 », *Sociologie Du Travail*, 2005, vol. 47, n° 3, p. 362-382, spéc. p. 370, cité in B. LEMOINE, « Quantifier et mettre en crise la dette souveraine. Agences de notation, techniques comptables et constructions privées de la valeur des États », *op. cit.*, p. 31). Appliquée aux États, cela revient donc à améliorer au maximum l'information des investisseurs pour les aider à déterminer la valeur de l'État et donc le cours des *taux d'intérêt*.

tion originelle¹⁸⁴. Tout d'abord, le parachèvement, avec l'Acte unique européen, de la libre circulation des capitaux permet d'*ouvrir et de libéraliser pleinement les marchés financiers* (actuels articles 63 à 66 TFUE)¹⁸⁵ et d'ainsi remplir la condition première de fonctionnement efficient des mécanismes de marché¹⁸⁶. La triple interdiction de financement monétaire, d'accès privilégié aux institutions financières et de solidarité interétatique (articles 123 à 125 TFUE) institue ensuite les marchés financiers comme source exclusive de financement des États et consacre dans le même temps la *responsabilité individuelle des États membres*. Ceux-ci ne peuvent plus, dans ces conditions, être renfloués ni monétairement par la Banque centrale, ni financièrement par des institutions bancaires que l'État contraindrait, ni budgétairement par d'autres États membres ou institutions de l'UE¹⁸⁷. Enfin, la coordination des politiques économiques et la discipline budgétaire – rassemblées dès le Conseil européen d'Amsterdam des 16 et 17 juin 1997 au sein du Pacte de stabilité et de croissance – ont vocation à remplir les deux dernières conditions¹⁸⁸ : d'une part, elles sont censées mettre en œuvre la *transparence nécessaire à l'intégration de l'ensemble des informations pertinentes* dans les « prix » des emprunts publics de l'État (les taux d'intérêt) – et contribuent donc à exprimer leur « vérité » objective à travers leur valorisation ; d'autre part, elles prolongent et traduisent les injonctions du marché envoyées, par l'évolution et la variation de ses taux d'intérêt, à cet État, afin que celui-ci *intériorise ces signaux par l'adoption des réformes « structurelles »* conformes aux attentes du marché.

Dans cette perspective, l'UEM n'apparaît, selon nous, pas tant fondée et articulée, dès l'origine, sur une double et distincte discipline, l'une « *par le marché* »

¹⁸⁴ J. YIANGOU, M. O'KEEFFE et G. GLÖCKLER, « 'Tough Love': How the ECB's Monetary Financing Prohibition Pushes Deeper Euro Area Integration », *Journal of European Integration*, avril 2013, vol. 35, n° 3, p. 223-237, spéc. p. 226-227. Voy. également la position du *Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (Comité consultatif scientifique du ministère fédéral de l'économie et de la technologie) dans son rapport du 20/21 janvier 1989 dans le cadre des négociations concernant l'établissement de l'EMU : BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE, « Gutachten vom 20./21. Januar 1989. Thema: Europäische Währungsordnung », in *Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Sammelband der Gutachten von 1987 bis 1997*, De Gruyter, Berlin, 2000, p. 1437 et s., spéc. p. 1462-1472.

¹⁸⁵ Les modalités de cette libre circulation sont détaillées dans la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JO L 178 du 8 juillet 1988, p. 5-18.

¹⁸⁶ Cette efficience est du reste renforcée par l'introduction de la monnaie unique qui permet d'éliminer l'opacité des prix et les coûts de transaction inhérents à la pluralité de monnaies nationales (COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (DGECFIN), « One market, one money. An evaluation of the potential benefits and costs of forming an economic and monetary union (dit "Rapport Emerson") », *European Economy*, octobre 1990, n° 44, p. 63 et s.).

¹⁸⁷ Voy. *supra*, I.A.2.a). La responsabilisation financière des États membres par la triple interdiction de solidarité, de financement monétaire et d'accès privilégié aux institutions financières.

¹⁸⁸ Voy. *supra*, I.A.2.b) La coordination « indicative » des politiques économiques : les Grandes Orientations de Politiques Économiques (GOPE) et I.A.2.c) La « coercition » par la discipline budgétaire : Le pacte de stabilité et de croissance et la procédure concernant les déficits excessifs.

(représentée par le triptyque des articles 123 à 125 TFUE) et l'autre « *par le droit* »¹⁸⁹ ou « *par les règles* »¹⁹⁰ (reposant sur les dispositions de discipline budgétaire), mais plutôt sur l'idée d'une seule et unique discipline, à savoir la *discipline par le marché*, quoique celle-ci ne soit rendue pleinement opérante que par l'adjonction de procédures institutionnelles qui en relaie la logique. L'adhésion, à tort à ou à raison, au postulat de « véridiction » du marché, inhérent au libéralisme néoclassique – et à la logique subséquente de « disciplinarisation » des États par ledit marché –, se retrouve en effet, comme armature théorique, *en amont* de l'ensemble de l'ordonnement juridique spécifique établi par les traités, et pas seulement de la triple interdiction des articles 123 à 125 TFUE¹⁹¹. Le marché se trouve également *en aval* de la structure de l'UEM, puisque ce n'est que par cet ordonnement spécifique établi *de jure* que les marchés de dettes publiques existent et se trouvent *de facto* placés pleinement en position de formuler aux États, à travers les taux d'intérêt des obligations souveraines, les injonctions tendant à les discipliner et à les enjoindre de réformer leurs politiques économiques et monétaires pour se conformer à la logique de marché.

Les marchés financiers se trouvent donc, au travers de l'architecture juridique de l'UEM elle-même, en position d'émettre de véritables commandements assortis de mécanismes potentiels de sanction – ou, pour le dire autrement, de créer un véritable *droit du et par le marché*, quoique ce droit du marché fasse l'objet, en l'espèce, d'une réappropriation par un ordonnement juridique essentiellement (inter)étatique¹⁹². Les règles de coordination et d'encadrement des politiques économiques et les dispositions de discipline budgétaire ne viennent dans cette perspective pas dédoubler ou concurrencer cette discipline par le marché, mais

¹⁸⁹ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 750 et s..

¹⁹⁰ F. ALLEMAND, « La dette en partage. Quelques réflexions juridiques sur le traitement de la dette publique en droit de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, 2015, p. 235-292, spéc. p. 256-270.

¹⁹¹ La triple interdiction contenue aux articles 123 à 125 TFUE ne met en œuvre qu'une seule des quatre conditions nécessaires pour instaurer la discipline des marchés : la responsabilité individuelle des États. Les règles de coordination des politiques économiques et d'encadrement de politique budgétaire sont donc partie intégrante de cette discipline par le marché, dans la mesure où elles sont établies parce qu'elles sont censées permettre la transparence et l'intériorisation par les États et la transcription en droit positif des injonctions du marché. Ces règles de discipline économique-budgétaire trouvent donc, elles aussi, leur fondement dans cette « logique de marché » tournée vers la concurrence entre systèmes normatifs économiques et sociaux censés être départagés par les mécanismes « véridictionnels » du marché.

¹⁹² Dans une conception pluraliste du droit, le fait que le marché (ou plus exactement, certains de ses acteurs) émette des impératifs accompagnés de menaces de sanction – ce qui suffit, selon certains, à caractériser le phénomène juridique (L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, *op. cit.*) – implique que l'institution du marché peut constituer une source de droit à part entière. Pour une analyse de ce *droit du et par le marché*, et des liens qu'il entretient avec le droit proprement étatique, bien que dans un champ disciplinaire distinct (en l'occurrence le droit des sociétés), voy. : R. AYDOGDU, *La sanction des sociétés par l'État et le Marché, Une analyse microscopique de la "régulation" dans le droit des affaires contemporain*, Université de Liège, Liège, Belgique, 14 juin 2017, disponible sur <https://orbi.uliege.be/handle/2268/212273>.

contribuent exclusivement à développer l'ensemble des potentialités du pouvoir disciplinaire du marché. Elles viennent s'y plier et s'y articuler pour perfectionner les injonctions du marché en établissant cette transparence des informations et cette intériorisation des réformes structurelles jugées nécessaires à l'aune du marché^{193/194}.

B. – *La logique de marché à la suite des réformes post-crise des dettes souveraines : la « disciplinarisation » des États au moyen d'une norme hypothétique (le marché) garantie en dernière instance par les États eux-mêmes ?*

La question est alors de savoir si les réformes de la gouvernance économique européenne consécutive à la crise des dettes souveraines ne font que prolonger cette logique originelle ou si elles en modifient en réalité profondément le sens. Cette question peut être éclairée, selon nous, à la lumière de la confrontation entre les deux lectures de la crise qui se sont développées à l'intérieur même de l'ordre juridique de l'Union et qui, bien qu'elles se rejoignent toujours sur le postulat de base de « véridiction » du marché, divergent cependant profondément quant à la conception même de ce marché. Cette divergence marque en réalité un antagonisme entre une conception du marché comme instance réelle et positive (dans le sens de « *posé, établi comme un fait* »), d'ascendance néolibérale (et plus précisément hayékienne), et une appréhension, plus proche de l'ordolibéralisme des origines, du marché comme norme hypothétique (car représentant un idéal-type) abstraite garantie, en dernière instance, par une autorité externe au marché positif, à savoir les institutions étatiques elles-mêmes (1). Au regard de cette distinction, il apparaît alors que, si une partie des réformes du cadre juridique de l'UEM renforce, approfondissent et prolongent la « disciplinarisation » des États par les marchés réels, l'institution des mécanismes d'assistance financière sous stricte conditionnalité peut en revanche manifester un changement de paradigme en plaçant comme instance suprême chargée d'appliquer la « logique de marché » (comprise cette fois comme « *norme hypothétique abstraite* ») non pas les marchés positifs eux-mêmes, tels qu'ils fonctionnent réellement, mais, en dernier ressort, les institutions étatiques elles-mêmes (2). Il reste alors à examiner si cette mutation de la logique sous-jacente à l'organisation juridique de l'UEM s'est réalisée en conformité avec le droit primaire de l'UE (3).

¹⁹³ Voy. *supra*, II.A.1. Le cadre conceptuel de l'UEM : le libéralisme néo-classique et sa logique sous-jacente de « véridiction » du marché.

¹⁹⁴ Il faut à cet égard bien analyser les sanctions prévues par les traités (*cf.* note infrapaginale 135) qui, toutes, prennent sens par leur articulation avec les mécanismes de marché qui s'appliquent aux États. La première sanction réside dans la publicité des recommandations, dont la logique sous-jacente est d'envoyer aux marchés l'information de la non-conformité des politiques poursuivies (au regard de ce qui est théoriquement attendu par les marchés), afin que ceux-ci, adaptant les taux d'intérêt exigés à la situation économique de l'État membre, sanctionnent l'incurie de cet État. C'est cette même logique qui sous-tend l'obligation d'informations supplémentaires en cas d'émission de titres de dette. De même, les sanctions pécuniaires (et en particulier les dépôts, portant intérêts ou non) peuvent s'analyser non pas tant comme une sanction à part entière que comme un *incitant aux sanctions du marché*, dans la mesure où ce dépôt l'obligera à creuser son déficit, donc à empirer sa situation économique et budgétaire et donc *in fine*, en théorie, à augmenter les taux d'intérêts exigés par les marchés.

1. – *La comparaison de deux « fondamentalismes du marché » : « marché réel » (néolibéral) v. « marché hypothétique » (ordolibéral)*¹⁹⁵

Face aux mesures monétaires et aux réformes de la gouvernance économique prises en vue de contrer la crise des dettes souveraines, de multiples controverses juridiques émergent, débouchant sur de nombreux recours juridictionnels, tant sur le plan national que sur celui de l'UE¹⁹⁶. Si une partie importante de ces controverses concernent l'articulation entre ces interventions et les droits sociaux consacrés par les constitutions nationales¹⁹⁷ et la Charte des droits fondamentaux¹⁹⁸, celles qui cristallisèrent le plus l'attention – notamment des marchés financiers¹⁹⁹ – concernent la compatibilité de ces mesures avec les dispositions qui constituent le socle de l'UEM en établissant la « disciplinarisation » des États par le marché.

En ce qui concerne les réformes de la gouvernance économique, et en particulier la mise sur pied des mécanismes d'assistance financière sous stricte conditionnalité, la controverse fut tranchée par la Cour de justice à l'occasion de l'arrêt *Pringle* du 27 novembre 2012²⁰⁰. Quant aux politiques monétaires adoptées par la BCE, et spécialement les programmes de rachat sur le marché secondaire des titres de dette publique des États membres, l'affaire *OMT* – à l'occasion de laquelle deux arrêts du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht*) et une décision de la CJUE furent rendus²⁰¹ – constitue le centre de la matière²⁰².

¹⁹⁵ Nous reprenons ici les expressions de Harm SCHEPEL : H. SCHEPEL, « The Bank, the Bond, and the Bail-out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone », *Journal of Law and Society*, mars 2017, vol. 44, n° 1, p. 79-98, spéc. p. 96-97.

¹⁹⁶ Voy. not. A. HINAREJOS, « The Courts and the Crisis », in *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, p. 121-154 ; J.-H. REESTMAN, « Legitimacy through Adjudication: The ESM Treaty and the Fiscal Compact before the National Courts », in T. BEUKERS, B. DE WITTE et C. KILPATRICK (éds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 243-278.

¹⁹⁷ Voy. not. : C. KILPATRICK, « Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry », in *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge UK ; New York, Cambridge University Press, 2017, p. 279-326.

¹⁹⁸ Voy. not. A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux face à la crise », *Revue de l'OFCE*, 2014, n° 3, p. 89-100 ; D. GHAILANI, « Violations of fundamental rights: collateral damage of the Eurozone crisis? », in B. VANHERCKE, D. NATALI et D. BOUGET (éds.), *Social Policy in the European Union: State of Play 2016*, Bruxelles, European Trade Union Institute/Observatoire social européen, 2017, p. 157-188.

¹⁹⁹ Ce qui justifia d'ailleurs de soumettre l'affaire *Pringle* à la procédure accélérée conformément aux articles 23bis du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et 105, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour (F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 nov. 2012, *Pringle* », *op. cit.*, p. 242).

²⁰⁰ CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e.a.*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756.

²⁰¹ BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, 2 BvR 2728/13, *Rec. BVerfGE* 134, p. 366 et s. ; CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. v. Deutscher Bundestag*, C-62/14, 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, p. 123 et s..

Dans l'affaire *Pringle*, la question était notamment de savoir si ces mécanismes d'assistance financière ne constituaient pas une violation de la règle de non-renflouement contenue dans l'article 125 TFUE ; dans l'affaire *OMT*, si les programmes de la BCE ne présentaient pas des effets équivalents à des achats de dettes publiques sur le marché primaire et, de ce fait, ne transgressaient pas l'interdiction de financement monétaire contenue à l'article 123 TFUE²⁰³. Toute-

²⁰² A noter que la réponse de la CJUE à la nouvelle question préjudicielle du *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, 18 juillet 2017, *QE*, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16 et 2 BvR 1651/15, *Rec. BVerfGE* 146, p. 216 et s.) quant à la compatibilité des mesures monétaires de la BCE – en l'occurrence du programme de rachats d'actifs du secteur public (*Public Sector Asset Purchase Programme* (PSPP)) – au droit primaire de l'Union avalise pleinement ces mesures en se plaçant dans la continuité directe de la jurisprudence *Gauweiler* (CJUE, 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000). Pour une analyse de cette question préjudicielle du *Bundesverfassungsgericht* à la CJUE, voy. not. J. GERMAIN, « Karlsruhe met à nouveau Luxembourg sous pression : le *quantitative easing* devant la Cour constitutionnelle allemande », *Revue de l'Union européenne*, 2018, n° 620, p. 453-458.

²⁰³ Dans chacun des cas, la question était également de savoir si les mesures prévues ne relevaient pas des compétences de l'autre pilier de l'UEM, à savoir de la politique monétaire pour les mécanismes d'assistance financière (dans la mesure où ils peuvent notamment acheter des obligations souveraines sur le marché primaire, ce qui pourrait d'ailleurs constituer une violation de l'article 125 TFUE) et de la politique économique pour les programmes de la BCE (dans la mesure où ils auraient pour objectif implicite de faire baisser les taux d'intérêt des États membres afin de faciliter leur refinancement, ce qui outrepasserait le mandat prévu aux articles 119 (2), 127 (1) et 282 (2) TFUE et à l'article 2 des Statuts du SEBC et de la BCE). Pour l'affaire *Pringle*, voy. not. F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 nov. 2012, *Pringle* », *op. cit.* ; O. CLERC, « L'arrêt *Pringle* ou la validation juridictionnelle des approfondissements passés, présents, et à venir de la gouvernance économique de la zone euro », *Journal d'actualité des droits européens*, janvier 2013, disponible sur <https://revue-jade.eu/article/view/363> (Consulté le 17 janvier 2019) ; P. CRAIG, « *Pringle* and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance », *European Constitutional Law Review*, septembre 2013, vol. 9, n° 2, p. 263-284 ; P. CRAIG, « *Pringle*: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, mars 2013, vol. 20, n° 1, p. 3-11. Pour l'affaire *Gauweiler*, voy. not. F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l'arrêt *Gauweiler* entre droit et marché : Commentaire de l'arrêt CJ, GC, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a.*, C-62/14 (1) », *Cahiers de droit européen*, 2015, vol. 51, n° 2, p. 493-534 ; G. GRÉGOIRE, « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *op. cit.* ; C. JOERGES, « *Pereat Iustitia, Fiat Mundus*: What is Left of the European Economic Constitution after the *Gauweiler* Litigation? », *op. cit.* ; S. BARONCELLI, « The *Gauweiler* Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence: Between Substance and Form », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, vol. 23, n° 1, p. 79-99 ; A. HERVÉ, « *Europarechtsfreundlich* » oder « *Deutschlandrechtsfreundlich* » ? - CJUE, gde ch., 16 juin 2015, *Gauweiler*, aff. C-62/14 », *Revue des affaires européennes*, 2015, vol. 2015, n° 2, p. 439-450 ; T. TRIDIMAS et N. XANTHOULIS, « A Legal Analysis of the *Gauweiler* Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, vol. 23, n° 1, p. 17-40 ; F.C. MAYER, « Zurück zur Rechtsge-

fois, au-delà de ces controverses techniques, d'importance certes fondamentale, c'est une question plus *essentielle* encore qui semble traverser ces deux affaires²⁰⁴. Si elle est présente déjà en germes dans l'affaire *Pringle*, ce sont les débats entre le *Bundesverfassungsgericht* et la CJUE à l'occasion de l'affaire *OMT* qui expliciteront cette interrogation cruciale. Celle-ci peut se résumer comme suit : les marchés positifs (ou réels), tels qu'ils fonctionnent *de facto*, peuvent-ils, à l'intérieur du cadre juridique de l'UEM, être considérés comme défailants ?²⁰⁵

Selon le raisonnement de la BCE, avalisé par la CJUE, les taux d'intérêt exigés par les marchés en contrepartie des prêts octroyés à certains États membres de la zone euro étaient « *injustifiés* » au regard des situations économiques et budgétaires « *réelles* » de ces États²⁰⁶, ce qui autorisait notamment l'adoption de programmes de politique monétaire spécifiques ayant pour conséquence de réduire ces taux d'intérêt – officiellement seulement de manière indirecte et seconde, puisque l'objectif annoncé était de préserver une transmission appropriée de la politique monétaire ainsi que l'unicité de cette politique²⁰⁷. Implicitement, ce sont également ces raisons qui fondent le recours aux mécanismes d'assistance financière qui se substituent « *artificiellement* », bien que temporairement et non complètement²⁰⁸,

meinschaft : das OMT-Urteil des EuGH », *Neue Juristischen Wochenschrift*, 2015, p. 1999-2003.

²⁰⁴ L'adjectif « essentiel » renvoie ici non pas seulement à l'importance relative de l'objet sur lequel porte la question, mais au caractère relevant de l'*essence*, de la substance, de la nature constitutive de cet objet, en l'occurrence la conception du marché à l'intérieur de l'ordre juridique de l'UE.

²⁰⁵ La controverse entre la *Bundesbank* et la BCE est une question au départ économique, mais ce qui nous intéresse ici est l'appropriation juridique de cette question. Le débat entre le *Bundesverfassungsgericht* et la CJUE consiste en effet à décider quelle théorie économique est considérée comme juridiquement valide à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Union.

²⁰⁶ Pour reprendre les termes de la Cour de justice, les « *écarts extrêmes* » entre les taux d'intérêt des obligations souveraines des différents États membres de la zone euro « *trouv[er]aient, en partie, leur origine dans l'exigence de primes de risque excessives pour les obligations émises par certains États membres, destinées à couvrir un risque d'éclatement de la zone euro* » (CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. v. Deutscher Bundestag*, *loc. cit.*, point 72, c'est nous qui soulignons) – risque d'éclatement de la zone euro qui aurait été « *injustifié* » (*ibid.*, point 76). Voy. également l'argumentation de la BCE : BCE, « *Éditorial* », *Bulletin mensuel*, septembre 2012, p. 5-11 ; BCE, « *Compliance of Outright Monetary Transactions with the Prohibition on Monetary Financing* », *Bulletin mensuel*, octobre 2012, p. 7-9.

²⁰⁷ Cette lecture est par ailleurs soutenue par certaines études économiques empiriques (voy. not. P. DE GRAUWE et Y. Ji, *Mispricing of Sovereign Risk and Multiple Equilibria in the Eurozone*, Bruxelles, CEPS Working Document No 361, janvier 2012).

²⁰⁸ En effet, contrairement au FMI qui reçoit les fonds, pour ses prêts aux États en difficulté, des banques centrales de ses États membres, le MES lève lui les fonds sur les marchés financiers – à des taux certes extrêmement avantageux en raison de la garantie constituée par les 720 milliards de capital souscrit (dont 80 milliards de capital libéré) par les États membres du MES et de la notation extrêmement favorable qui découle de cette garantie – avant de prêter ces fonds aux États sous assistance financière, à des taux avantageux par rapport à ceux auxquels ces derniers auraient accès sur le marché, mais néanmoins supérieurs à ceux auxquels le MES a levé ces fonds. Ainsi, le MES ne court-circuite pas totale-

aux marchés afin de financer les États en difficulté tout en maintenant, voire en renforçant, par le truchement de la « *stricte conditionnalité* », la « disciplinarisation » de leurs politiques économiques et budgétaires. En effet, le considérant 13 du traité MES stipule que le mécanisme « *fournira un soutien à la stabilité à ceux de ses membres qui ne peuvent plus, ou risquent de ne plus pouvoir, accéder normalement au financement par le marché* »²⁰⁹. Selon cette lecture, il serait donc possible de distinguer entre des conditions « *normales* » et « *anormales* » de financement par le marché, ce qui n'est *in fine* qu'une autre façon d'exprimer la possibilité de différencier les taux d'intérêt du marché selon qu'ils sont « *justifiés* » ou non au regard des situations économiques et budgétaires « *réelles* » des États.

À l'inverse, la *Bundesbank* et, à sa suite, le *Bundesverfassungsgericht* estimaient, contrairement aux institutions européennes, que « *ces écarts de taux d'intérêt ne font que refléter le scepticisme des acteurs du marché quant au fait que les différents États membres feront preuve d'une discipline budgétaire suffisante pour rester solvables en permanence* »²¹⁰ et, plus fondamentalement, que les taux d'intérêt (et par extension les écarts entre ceux-ci) ne peuvent être objectivement divisés en une partie « *justifiée* » (*gerechtfertigte Bestandteile*) et une partie « *irrationnelle* » (*irrationale Bestandteile*)²¹¹. Dans ces conditions, ni la BCE, ni les États membres – individuellement ou collectivement (par l'entremise des mécanismes d'assistance financière) – ne seraient aptes, et encore moins autorisés, à juger de la rationalité des marchés et à agir pour corriger d'hypothétiques réactions irrationnelles de ces derniers²¹². Plus encore, intervenir – monétairement dans

ment le marché par le biais des banques centrales, mais le détourne et le réoriente en se substituant à lui dans la fixation des taux d'intérêts des prêts aux États sous assistance.

²⁰⁹ C'est nous qui soulignons.

²¹⁰ *Ibid.*, § 71 (trad. libre). Pour le détail des arguments avancés par la *Bundesbank*, voy. not. son rapport mensuel de juin 2011 : DEUTSCHE BUNDESBANK, « Renditedifferenzen von Staatsanleihen im Euro-Raum », *Monatsbericht*, juin 2011, p. 29-47. Selon la *Bundesbank*, « *die kräftige Ausweitung der Renditeaufschläge in einigen Peripherieländern aus Sicht der Investoren vor allem auf ein erhöhtes landesspezifisches Kreditrisiko zurückzuführen ist, worin sich ungünstige Fundamentaldaten wie die Schuldenquote, das Haushaltsdefizit, der Leistungsbilanzsaldo, die preisliche Wettbewerbsfähigkeit und die Verfassung des Finanzsektors spiegeln.* » (*Ibid.*, p. 29, trad. libre : « *la forte augmentation des écarts de taux dans certains pays périphériques est principalement imputable, du point de vue des investisseurs, à l'augmentation du risque de crédit spécifique à chaque pays, reflétant des données fondamentales défavorables tels que le ratio d'endettement, le déficit budgétaire, la balance courante, la compétitivité des prix et la situation du secteur financier* »).

²¹¹ *Ibid.*, § 13 et 71. Le *Bundesverfassungsgericht* s'appuie également, pour faire prévaloir cette position, sur les analyses du « Conseil allemand des experts en économie » : SACHVERSTÄNDIGENRAT ZUR BEGUTACHTUNG DER GESAMTWIRTSCHAFTLICHEN ENTWICKLUNG, « Geldpolitik und fiskalische Konsolidierung im Euro-Raum », *Jahresgutachten 2013/14*, novembre 2013, p. 98-155.

²¹² S'il peut paraître au premier abord paradoxal que ce soient des institutions allemandes (y compris la *Bundesbank* connue pourtant pour sa proximité avec les thèses ordolibérales) qui se dressent contre une vision du marché proche de l'ordolibéralisme des origines (défendue par les autorités européennes), il faut néanmoins préciser que les deuxième et troisième générations d'ordolibéraux se sont en réalité majoritairement rapprochés des conceptions néolibérales hayékiennes au détriment des thèses originelles de l'ordolibéralisme (cf. note infrapaginale 177). Par ailleurs, mise à part cette explication d'origine scientifique, une

l'affaire *OMT* en cause, mais également, *mutatis mutandis*, via une assistance financière institutionnelle – contreviendrait respectivement à l'interdiction de financement monétaire des États (art. 123 TFUE)²¹³ et à la clause de non-renflouement (art. 125 TFUE)²¹⁴. Ces assistances monétaires et financières annihileraient de fait, selon les partisans de cette lecture, la responsabilité individuelle des États membres et, partant, neutraliserait l'ensemble de l'architecture juridique qui établit une communauté de stabilité conforme à l'économie concurrentielle de marché et fondée, à ce titre, sur une « disciplinarisation » des États par le marché. Toujours selon cette interprétation, c'est précisément la croyance des marchés dans le fait que les États impécunieux seraient renfloués *de facto* quoique *contra legem* par les autres États membres qui aurait permis à ces États d'emprunter à des taux avantageux pendant la première décennie de la monnaie unique et les aurait ainsi incités à adopter et à entreprendre des politiques économiques et budgétaires « malsaines », c'est-à-dire non conforme à la logique de marché (conçue ici non plus comme réalité concrète mais comme norme hypothétique abstraite). L'augmentation de leurs taux d'intérêt traduirait alors simplement l'intégration dans le logiciel des marchés de la résolution des États membres de s'en tenir à leurs engagements juridiques. L'exclusion d'un des États membres du financement des marchés serait alors la conséquence du processus darwinien de sélection « naturelle » du marché et permettrait à l'avenir à ceux-ci d'évaluer à leur véritable valeur les politiques économiques et budgétaires des États membres, puisqu'excluant enfin définitivement un hypothétique renflouement de ceux-ci par les autres membres de la zone euro.

Dans cette controverse juridique et juridictionnelle concernant le programme *OMT* – mais pouvant être étendu, *mutatis mutandis*, aux mécanismes d'assistance sous stricte conditionnalité –, deux « fondamentalismes de marché » paraissent s'opposer²¹⁵ : d'une part, celui des marchés « tels qu'ils se comportent réellement », représenté par le *Bundesverfassungsgericht* et, par extension, la *Bundesbank* ; d'autre part, celui de la Cour de justice qui, endossant la position de la BCE, reste loyale « non au comportement réel du marché, mais à un mystérieux équilibre atteint par d'hypothétiques marchés » à l'aune duquel se mesurerait précisément le

raison plus politique est sans doute en cause : la crainte du risque d'aléa moral (voy. not. F. ALLEMAND et F. MARTUCCI, « La nouvelle gouvernance économique européenne II », *op. cit.*, p. 413).

²¹³ Voy. not. M. RUFFERT, « The European debt crisis and European Union law », *op. cit.*, p. 1787-1788 ; J.H. KLEMENT, « Der geldpolitische Kompetenzmechanismus », *JuristenZeitung*, 2015, p. 754-760 ; R. SCHMIDT, « Die entfesselte EZB », *JuristenZeitung*, 2015, p. 317-327 ; C. MANGER-LESTLER et R. BÖTTNER, « Ménage à trois ? Zur gewandelten Rolle der EZB im Spannungsfeld zwischen Geldpolitik, Finanzaufsicht und Fiskalpolitik », *Zeitschrift Europarecht (EuR)*, 2014, p. 612-637 ; U. HÄDE, « Haushaltsdisziplin und Solidarität im Zeichen der Finanzkrise », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2009, p. 399-403.

²¹⁴ Voy. not. K. HENTSCHELMANN, « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel – Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion », *op. cit.* ; M. SEIDEL, *Europäische Währungsunion und rule of law*, ZEI-Working Paper, n° B 05, 2012 (cité par C. MONGOUACHON, « Entre théories économiques et volonté politique, la constitution monétaire de l'Union en débat », *op. cit.*, p. 115).

²¹⁵ H. SCHEPEL, « The Bank, the Bond, and the Bail-out », *op. cit.*, p. 94-98.

« degré d'austérité légalement exigé des États débiteurs »²¹⁶. Ainsi, ces quatre institutions prestigieuses se rejoignent, conformément au cadre juridique forgé pour l'UEM, sur l'utilisation du marché comme norme à l'aune de laquelle mesurer et juger les politiques économiques et budgétaires des États – autrement dit, sur la capacité « véridictionnelle » du marché –, mais divergent sur l'acception précise de ce qu'il faut entendre par « marché » : les deux institutions (juridictionnelle et monétaire) allemandes s'en remettent au marché positif (ou réel), en ce que nulle autre institution – et en particulier nulle institution étatique ou interétatique (y compris donc l'UE) – ne pourrait s'approcher plus près de la perfection d'un hypothétique marché parfait ; la BCE et la CJUE admettent, quant à elles, la possibilité pour une autorité publique d'agir plus conformément à la logique de marché (comprise cette fois comme norme hypothétique abstraite) que le marché réel lui-même.

Implicitement, ces deux conceptions conçoivent certes les marchés « réels » comme le résultat des infrastructures sociales et juridiques qu'il convient de tou-

²¹⁶ Harm SCHEPEL note en effet : « *The Bundesverfassungsgericht, in other words, has no difficulty at all in conceiving of markets as social and political institutions consisting of operators and participants with hopes, fears, and interests. It may be 'market fundamentalist', but its faith and loyalty is to markets as they actually behave. What the Court of Justice does is altogether more insidious: this is market fundamentalism loyal not to actual market behaviour, but to some mysterious equilibrium reached by hypothetical markets that we have never actually witnessed in real life, that we have no particularly compelling theoretical reason to believe could ever materialize, and that we have to accept on the force of our faith in the expertise of the ECB. By accepting the theory of 'excessive' interest rates, the Court also embraces the concept of 'right' and 'proper' interest rates that can be discerned and engineered by technicians. This is not just an academic exercise: this elusive equilibrium is the dividing line between admissible monetary policy and prohibited economic policy, and the exact measure of how much austerity is legally required of debtor states. (...) By accepting the ECB's objective of 'repairing' a 'disrupted' monetary policy transmission mechanism, and by demanding that OMT cease 'as soon as these objectives have been achieved', the magical moment when 'the market' will be restored to its purified 'logic' is the precise boundary of the legality of the programme.* » (Ibid., p. 96-97, trad. libre : « *En d'autres termes, le Bundesverfassungsgericht n'a aucune difficulté à concevoir les marchés comme des institutions sociales et politiques composées d'opérateurs et de participants ayant des espoirs, des craintes et des intérêts. C'est peut-être un "fondamentaliste du marché", mais sa foi et sa loyauté vont aux marchés tels qu'ils se comportent réellement. Ce que fait la Cour de justice est tout à fait plus insidieux : il s'agit d'un fondamentalisme de marché loyal non pas au comportement réel du marché, mais à un mystérieux équilibre atteint par des marchés hypothétiques dont nous n'avons jamais réellement été témoins dans la vie réelle, dont nous n'avons aucune raison théorique particulièrement convaincante de croire qu'ils pourraient jamais se matérialiser et que nous devons accepter sur le fondement de notre foi en l'expertise de la BCE. En acceptant la théorie des taux d'intérêt "excessifs", la Cour adopte également le concept de taux d'intérêt "corrects" et "appropriés" qui peuvent être distingués et conçus par des techniciens. Il ne s'agit pas seulement d'un exercice académique : cet équilibre difficilement concevable est la ligne de démarcation entre la politique monétaire admissible et la politique économique interdite, et la mesure exacte du degré d'austérité légalement exigé des États débiteurs. (...) En acceptant l'objectif de la BCE de "réparer" un mécanisme de transmission de la politique monétaire "perturbé" et en exigeant que l'OMT cesse "dès que ces objectifs auront été atteints", le moment magique où "le marché" retrouvera sa "logique" purifiée est la limite précise de la légalité du programme.* »)

jours perfectionner pour les faire tendre vers un hypothétique marché parfait, mais sans pour autant que ces deux marchés ne se rejoignent nécessairement – voire en considérant ce marché hypothétique comme asymptotique. Elles s’opposent en revanche sur la possibilité pour une autorité tierce d’agir plus conformément au marché hypothétique parfait que le marché réel. Pour les institutions européennes, les marchés réels peuvent ne pas agir de la manière optimale et peuvent finalement adopter des comportements autodestructeurs. De même que le processus de concurrence peut mener à l’élimination de celle-ci (par le phénomène de concentration oligopolistique, voire monopolistique), le processus de valorisation et de « disciplinarisation » de l’État par le marché peut mener à l’élimination des vertus « véridictionnelle » et « disciplinante » du marché (par le phénomène des anticipations autoréalisatrices²¹⁷). De là découle la possibilité d’une disjonction entre les taux d’intérêt exigés réellement des États et ce qu’ils devraient être sur cet hypothétique marché parfait. Dans cette hypothèse de disjonction, les taux réels peuvent alors, comme le revendiquent la BCE et la CJUE, être qualifiés d’« injustifiés » – sous-entendu « *au regard des taux qui auraient cours sur un hypothétique marché parfait* ». Ce qui importe le plus n’est donc pas tant que les marchés se comportent réellement parfaitement, mais que les institutions intériorisent la logique de marché et agissent *comme si* les marchés fonctionnaient parfaitement – c’est-à-dire *comme si* les ordres juridico-économiques des États étaient parfaitement mis en concurrence. On retrouve ici l’approche du marché qui prévaut chez les ordolibéraux (en particulier ceux de la première génération) pour la politique de concurrence et qui fut théorisée par MIKSCH en tant qu’« *als-ob Politik* » ou « *politique du comme si* »²¹⁸. Des autorités publiques peuvent donc, dans cette perspective, agir d’une manière plus conforme au marché (compris comme norme hypothétique abstraite)²¹⁹ que les marchés positifs eux-mêmes.

²¹⁷ Ce phénomène signifie que, en anticipant un événement futur (en l’occurrence l’éventuel non remboursement par un État en mauvaise situation financière), les marchés peuvent – par l’adaptation des primes de risques à cet événement potentiel (*via* l’augmentation des taux d’intérêt auxquels ils octroient des prêts à cet État) – contribuer à réaliser cet événement (l’augmentation des taux d’intérêt contribuant à alourdir la charge financière de l’État et donc le risque de le voir faire finalement défaut sur ses dettes). Voy. *infra*, II.B.2.b) Le nouveau cadre ordolibéral de l’UEM : perfectionnement de la discipline de marché par la puissance publique instituée comme garant en dernier ressort de la logique de marché.

²¹⁸ L. MIKSCH, *Wettbewerb als Aufgabe : die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, 2^e éd., Stuttgart-Berlin, W. Kohlhammer, 1937 ; L. MIKSCH, « Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1949, vol. 105, p. 310-338. Pour paraphraser François BILGER, la « *main invisible* » est remplacée, dans la pensée ordolibérale des origines, par la main bien « *visible* » de l’État (F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l’Allemagne contemporaine*, *op. cit.*, p. 173), puisque l’important n’est pas tant d’avoir une économie de concurrence parfaite – ce qui serait utopique – mais bien que l’économie se comporte *comme si* elle l’était. Sur cette *als-ob Politik*, voy. not. L. SIMONIN, *La doctrine ordolibérale et la politique économique allemande de 1948 à 1966*, *op. cit.*, p. 157-159 ; C. MONGOUACHON, « Pour une concurrence régulée : l’apport de Leohnard Miksch », in H. RABAULT (éd.), *L’ordolibéralisme, aux origines de l’École de Fribourg-en-Brisgau*, Paris, L’Harmattan, 2016, p. 161-187.

²¹⁹ Dans le sens où « [l]’économie de marché parfaite [n’est] qu’un modèle scientifique (“*heuristisches Mittel*”) indiquant “les points d’intervention nécessaires de la direction

À l'inverse, en revendiquant l'impossibilité de distinguer les taux d'intérêt entre partie « justifiée » (*gerechtfertigte Bestandteile*) et partie « irrationnelle » (*irrationale Bestandteile*) – sans pour autant affirmer que les marchés ont fait preuve d'une rationalité théorique parfaite –, la *Bundesbank* et le *Bundesverfassungsgericht* rejoignent plutôt une conception néolibérale du marché que nous pourrions rapprocher de l'ordre de marché (ou « *catallaxie* ») développé par HAYEK²²⁰. Selon cette conception, le fonctionnement réel du marché ne sera pas nécessairement un fonctionnement parfait – celui d'un marché avec une concurrence parfaitement libre et atomistique et une transparence totale des informations –, mais il sera en tout état de cause optimal (quoique d'une optimalité relative), dans le sens où aucune intervention extérieure n'est susceptible d'atteindre un meilleur résultat que celui du marché positif. Le marché étant, selon cette théorie, la mise en réseau des savoirs et connaissances de tous les agents économiques – savoirs et connaissances cristallisés dans les prix des biens et services échangés spontanément sur ce marché –, nul ne peut, par nécessité logique, posséder une connaissance plus grande que le marché lui-même : les prix ne peuvent donc pas être « irrationnels » ou « injustifiés » puisqu'ils reflètent à tout moment l'ensemble des informations disponibles et qu'aucune personne ou autorité ne peut dès lors posséder plus d'informations que l'ensemble des informations disponibles. Si le marché n'est donc peut-être jamais parfait, on ne peut en tout cas jamais faire mieux que le marché réel par l'intervention d'une autorité externe, aux connaissances par nature moindres que celles du marché²²¹. Comme le note HAYEK, « *le système tout entier est conditionné par les incitations qu'il fournit pour que chacun s'emploie de son mieux à observer les circonstances où il se trouve, afin de prévoir le plus exactement possible les changements imminents* » et « *[c]e genre d'incitation disparaîtrait si à chaque décision n'était attaché un risque de perte, ou si une autorité avait à décider si telle ou telle erreur de pronostic était ou non excusable* »²²². Ainsi, la rationalité (en l'occurrence scientifique, en tant que con-

étatique" » (F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, op. cit., p. 173).

²²⁰ F. A. HAYEK, « L'ordre de marché ou catallaxie », in *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 529-575 ; F. A. HAYEK, « Politique gouvernementale et marché », in *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 727-780.

²²¹ À noter que cette conception hayékienne est reprise et développée par les ordolibéraux des deuxième et troisième génération, qui, se basant sur le postulat du « manque constitutionnel de connaissance de tous les acteurs » économiques, défendent l'idée que « *la concurrence entre systèmes est alors une procédure de découverte fondée sur la connaissance subjective, non sur une adaptation à des données objectives* », d'où il découle que « *la concurrence entre systèmes peut se révéler un processus innovant, évolutionniste, (...) laissé au marché pour garantir que l'harmonisation aura lieu précisément dans la mesure souhaitée par les demandeurs* » (L. SIMONIN, « Ordolibéralisme et intégration économique européenne », op. cit., p. 80-82).

²²² Avant d'arriver à cette conclusion, HAYEK note par ailleurs : « *La concordance des anticipations qui rend possible aux diverses parties de réaliser ce qu'elles recherchent est en fait engendrée par un processus d'apprentissage par essais et erreurs qui implique nécessairement que certaines anticipations soient déçues. Le processus d'adaptation opère, comme les ajustements de n'importe quel système auto-organisé, par ce que la cybernétique nous a appris à appeler le « feedback négatif », ou rétroaction ; à savoir le fait que les*

naissance d'un hypothétique marché parfait) ne peut pas intervenir comme contrôle des dérives de la concurrence – ce qui suppose son antériorité –, puisque la rationalité elle-même (toujours imparfaite car considérée dans un sens dynamique de procédure et de découverte²²³) provient justement de la concurrence des marchés réels²²⁴.

Le *Bundesverfassungsgericht* s'étant *in fine* rallié à la position de la CJUE – non sans toutefois maintenir de « *sérieuses objections* » à l'encontre du raisonnement de la Cour²²⁵ –, c'est donc la conception ordolibérale originelle du marché et de la fonction tutélaire de l'État par rapport à cet ordre de marché qui a, en fin de compte, été juridiquement consacrée au sein de l'Union : le marché réel peut défaillir et les autorités publiques (y compris européennes) sont donc habilitées à agir pour assurer la logique « *idéale* » d'un hypothétique marché parfait, au besoin à contre-courant de la réalisation concrète de celui-ci.

réponses aux différences entre le résultat escompté et le résultat effectif des actions tendent à diminuer ces écarts. Il en découlera une coïncidence croissante dans les anticipations des diverses personnes, pour autant que les prix courants fournissent quelque indication sur ce que seront les prix futurs – c'est-à-dire aussi longtemps que dans un cadre connu et assez stable, un petit nombre de données de fait se modifieront à chaque moment – et aussi longtemps que le mécanisme des prix opérera comme instrument de communication des informations, assurant que les faits connus par quelques-uns influent sur les décisions des autres, à travers l'effet sur les prix des opérations des premiers informés.

*« Il peut sembler d'abord paradoxal que, pour procurer le maximum de certitude possible, il soit nécessaire de laisser incertains les termes dans lesquels les biens pourront être achetés et vendus, termes qui sont un élément si important dans les anticipations. Le paradoxe disparaît, toutefois, lorsque l'on réfléchit à ceci : nous ne pouvons viser qu'à fournir la meilleure base possible pour juger de ce qui est incertain par nature, et pour provoquer une adaptation continue à ce qui n'a pas été connu auparavant : nous ne pouvons prétendre qu'à utiliser au mieux notre connaissance partielle de ce qui est en changement constant, connaissance communiquée principalement par des mouvements de prix ; notre problème n'est pas la meilleure utilisation d'un stock de connaissances donné et permanent. Le mieux que nous puissions atteindre dans une telle situation n'est pas la certitude, mais l'élimination des incertitudes évitables ; et cela, nous ne pouvons l'obtenir en empêchant les changements imprévisibles d'engendrer de proche en proche leurs conséquences, mais seulement en facilitant l'adaptation à ces changements » (F.A. HAYEK, « L'ordre de marché ou catallaxie », *op. cit.*, p. 561-562). HAYEK avance donc ici l'impossibilité d'aboutir à un résultat meilleur et plus conforme à un hypothétique marché parfait par une intervention extérieure entravant les conséquences du fonctionnement réel du marché. Appliqué à la crise des dettes souveraines, cela revient à dire que court-circuiter les réactions du marché (supposées être des « *prophéties auto-réalisatrices* ») par l'intervention publique (monétaire ou financière) ne peut arriver qu'à des résultats économiques sub-optimaux par rapport à l'absence de cette intervention, considérée comme artificielle.*

²²³ F.A. HAYEK, « Politique gouvernementale et marché », *op. cit.*, p. 732-735 (sous-section « La concurrence, procédure de découverte »).

²²⁴ F.A. HAYEK, « Politique gouvernementale et marché », *op. cit.* spéc. p. 745-746 (sous-section « Concurrence et rationalité »)

²²⁵ Voy. sur ce point : G. GRÉGOIRE, « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *op. cit.*, p. 44-45.

2. – *Les réformes de la gouvernance économique européenne : un retour à l'ordolibéralisme des origines ?*

En défendant une certaine conception du marché, la BCE et la CJUE reposent donc implicitement leur lecture de la crise sur une grille d'analyse ordolibérale du fonctionnement du marché. Cette grille d'analyse permet ainsi de valider tant les modalités de gestion de la crise (a) que le cadre juridique final, issu des réformes post-crise, particulièrement conforme à la logique de marché telle qu'elle prévaut chez les ordolibéraux de première génération (b).

a. – *L'UE face à la crise : interventions régulatrices et réformes ordonnatrices*

L'une des thèses cardinales des ordolibéraux consiste à distinguer le *cadre* – c'est-à-dire l'ensemble des structures et institutions sociales et juridiques – et le *processus économique* – qui recouvre les mécanismes de marché formant les choix individuels et les coordonnant : la concurrence et le mécanisme des prix²²⁶. Comme l'aurait montré l'expérience historique, pour que les mécanismes de marché soient aptes à réguler les comportements individuels, il faudrait avoir des institutions et des règles (un *cadre*) qui assurent que la concurrence et la coordination par les prix (les mécanismes du *processus*) soient effectives et qu'elles ne puissent être faussées, que ce soit par des puissances publiques ou privées.

Dans cette conception, il faut dès lors que l'État intervienne avec vigueur sur le cadre afin de garantir le bon fonctionnement du processus. Il doit, pour reprendre le vocable ordolibéral classique, mener des *politiques ordonnatrices*²²⁷, c'est-à-dire établir les règles grâce auxquelles les mécanismes de marché pourront pleinement se déployer et bâtir les institutions aptes à contrôler le respect de ces règles²²⁸. Cependant, bien qu'en principe l'État n'ait pas vocation à intervenir dans le processus économique – au risque sinon de fausser la libre concurrence –, les ordolibéraux allemands – en particulier de la première génération – considèrent que le marché, en tant qu'institution humaine, est susceptible d'engendrer des erreurs et abus²²⁹. Dans cette hypothèse, ils acceptent alors que l'État puisse intervenir dans le processus pour corriger ces erreurs et sanctionner ces abus ; il mène alors ce que les théoriciens de l'École de Fribourg appellent des *politiques régulatrices*²³⁰. Néanmoins, pour nécessaires qu'elles puissent être, ces politiques régulatrices doivent, d'une part, être « *dynamiquement conformes* » au modèle du marché (entendu donc comme norme théorique abstraite)²³¹ et, d'autre part, rester subsidiaires

²²⁶ Pour plus de précision, en doctrine française, sur cette distinction entre le *cadre* et le *processus* économiques, voy. : F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, op. cit., p. 58 et 174-206 ; L. SIMONIN, *La doctrine ordolibérale et la politique économique allemande de 1948 à 1966*, op. cit., p. 144-157.

²²⁷ Sur cette « *Ornungspolitik* », voy. not. V.J. VANBERG, « *Ornungspolitik*, The Freiburg School and the reason of rules », *i-lex*, 2014, n° 21, p. 2015-220.

²²⁸ W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern-Tübingen, UTB, 1952, p. 254-290.

²²⁹ M. DESCHAMPS, *L'articulation économie, droit et politique dans la pensée ordolibérale*, Working Paper GREDEG No 31, 2013, p. 22 et 24.

²³⁰ W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, op. cit., p. 291-304.

²³¹ Cette conformité « dynamique » joue en double sens : une intervention peut sembler *a priori* en adéquation avec la pureté des préceptes ordolibéraux, mais avoir des effets médians et indirects négatifs pour le fonctionnement du marché – cette intervention sera alors

– c'est-à-dire être (matériellement et temporellement) limitées²³² et n'être menées que si l'intervention sur le *cadre* ne suffit pas²³³.

Or, il apparaît que la gestion de la crise par les institutions de l'UE et les États membres semble particulièrement coïncider avec ce cadre théorique. D'une part, l'ensemble des réformes adoptées (*Six-Pack*, *Two-Pack*, TSCG et TMES), en ce qu'elles refaçonnent profondément le cadre juridique du marché pour le faire tendre, par l'établissement de cette nouvelle structure de coordination intégrée à un triple niveau²³⁴, vers l'optimum du marché hypothétique parfait, ressortissent des « *politiques ordonnatrices* » ordolibérales. D'autre part, si les politiques monétaires dites « *non conventionnelles* »²³⁵ s'écartent bel et bien de l'orthodoxie des

considérée comme non conforme ; à l'inverse, une mesure contraire *a priori* à certains principes théoriques abstraits peut être en réalité utile aux objectifs ordolibéraux de plus long terme – et elle sera alors considérée comme conforme (F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, *op. cit.*, p. 191). Cette conformité dynamique recoupe la distinction, théorisée par Walter EUCKEN, entre le « *principe* » et le « *moment* » (W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit.*, p. 250-253), destinée à dépasser la tendance de la politique économique « *à tomber soit dans une doctrinalisme irréaliste qui ne tient pas compte de la situation historique, soit dans un ponctualisme circonstanciel qui fait de la politique économique un chaos de mesures incohérentes ou contradictoires* » (*Ibid.*, p. 251, trad. libre).

²³² Elle doivent donc, d'une part, être ciblées sur le dysfonctionnement, sur l'erreur du marché et, d'autre part, être temporaires, le temps de pouvoir régler le problème plus profond en remaniant le cadre juridico-institutionnel pour le conformer de nouveau aux nécessités du marché.

²³³ Voy. not. W. RÖPKE, *Die Gesellschaftskrise der Gegenwart*, Erlenbach-Zurich, Eugen Rentsch Verlag, 5^e éd., 1948, p. 259. Pour une présentation plus détaillée de cette « *Marktkonforme Lehre* », voy. en particulier : F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, *op. cit.*, p. 190-192 ; L. SIMONIN, *La doctrine ordolibérale et la politique économique allemande de 1948 à 1966*, *op. cit.*, p. 149-152. A noter que cet interventionnisme ordolibéral est à distinguer nettement d'un autre interventionnisme libéral, à savoir celui *keynésien*. Si tous deux se rejoignent sur la possibilité pour une autorité publique d'intervenir dans le processus économique dans la mesure où celui-ci peut se comporter de manière sous-optimale, l'interventionnisme ordolibéral se conçoit, *in fine*, comme une exception parfois nécessaire mais toujours appliquée dans le sens de la logique de marché – pour tendre vers l'équilibre optimal correspondant à la norme hypothétique abstraite (le marché en situation de concurrence pleine et entière) –, alors que les keynésiens dénie cette possibilité d'équilibre et théorisent la nécessité (et non la possibilité exceptionnelle) d'une intervention publique pour arbitrer entre différents objectifs économiques incompatibles et pour compenser cette tendance au déséquilibre du marché – nécessitant alors un arbitrage entre objectifs économiques incompatibles au lieu de s'en tenir, en principe, à une application automatique des principes consacrés juridiquement.

²³⁴ Voy. *supra*, I.A.1. Le pilier monétaire centralisé de l'UEM : l'objectif prioritaire de stabilité des prix et son corollaire, l'indépendance de la Banque centrale.

²³⁵ Celles-ci sont définies selon la BCE comme les « *mesures temporaires prises par le Conseil des gouverneurs afin de soutenir l'efficacité de ses décisions en matière de taux d'intérêt et leur transmission à l'économie de la zone euro dans son ensemble, en raison des dysfonctionnements constatés sur certains comportements des marchés financiers et, plus largement, au sein du système financier* » (BCE, *Rapport annuel*, 2012, p. 254). Les mesures sont donc, comme le note Francesco MARTUCCI, « *définies négativement comme toutes les mesures adoptées par une Banque centrale ne consistant pas à fixer les taux d'intérêt* »

principes²³⁶ (en particulier de celui de neutralité de la politique monétaire) – et peuvent ainsi apparaître comme statiquement non conformes au modèle de marché –, elles apparaissent « *dynamiquement conformes* » aux conditions d'interventions régulatrices ordolibérales. En particulier, pour le programme *OMT* – qui engendra les controverses économiques et juridiques les plus vives –, le respect de la conditionnalité attachée aux programmes d'ajustement structurel²³⁷ renforce la pression réformatrice, dans le sens du modèle de marché, sur les États défailants²³⁸. Cette intervention monétaire fut par ailleurs « *subsidaire* », puisqu'elle n'a été réalisée que parce que l'intervention sur le seul cadre – *via* les réformes de la gouvernance économique de l'UEM – n'était pas suffisante pour garantir la stabilité financière de la zone euro dans son ensemble, le risque systémique²³⁹ menaçant toujours d'emporter la monnaie unique. Elle fut enfin « *limitée* », c'est-à-dire, d'une part, « *ciblée* » sur les États les plus en difficulté – ceux recourant à l'assistance financière sous stricte conditionnalité²⁴⁰ – et, d'autre part, temporellement délimitée, quoique cette limite temporelle ne soit pas nécessairement annoncée par avance²⁴¹.

Cette combinaison d'interventions régulatrices de la BCE et de réformes ordonnatrices par les États membres et les institutions de l'UE apparaît ainsi en phase avec la politique ordolibérale – à tout le moins issue de l'ordolibéralisme des origines – de (re)façonnage permanent et de perfectionnement perpétuel du cadre du

(F. MARTUCCI, « *Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union* », *op. cit.*, p. 142). Sur ces mesures monétaires non conventionnelles adoptées par la BCE, voy. not. BCE, « Les mesures non conventionnelles de la BCE, leur incidence et leur suppression », *Bulletin mensuel de la BCE*, juillet 2011, p. 55-69 ; E. CARRÉ, « Les politiques monétaires non conventionnelles de la BCE : théories et pratiques », *L'Économie politique*, mai 2015, n° 2, p. 42-55.

²³⁶ Voy. en ce sens : T. BEUKERS, « The new ECB and its relationship with the eurozone Member States », *op. cit.*

²³⁷ Communiqué de presse de la BCE, « Technical Features of Outright Monetary Transactions », 6 septembre 2012.

²³⁸ Ceci est du reste renforcé par le fait que la BCE joue un rôle fondamental dans l'élaboration, la négociation et le contrôle de ces programmes d'ajustement structurel (G. GRÉGOIRE, « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *op. cit.*, p. 47-48 ; C. MANGERLESTLER et R. BÖTTNER, « Ménage à trois ? Zur gewandelten Rolle der EZB im Spannungsfeld zwischen Geldpolitik, Finanzaufsicht und Fiskalpolitik », *op. cit.* ; T. TRIDIMAS et N. XANTHOULIS, « A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict », *op. cit.*).

²³⁹ Le risque systémique est défini, par la BCE, comme le « *risque que l'incapacité d'un intervenant à faire face à ses obligations dans un système empêche, à leur tour, les autres intervenants de remplir les leurs lorsqu'elles deviendront exigibles. Cette situation peut avoir des effets de contagion, et entraîner notamment d'importants problèmes de liquidité ou de crédit compromettant la stabilité du système financier ou la confiance qu'il inspire* » (BCE, *Rapport annuel*, *op. cit.*, p. 257).

²⁴⁰ Communiqué de presse de la BCE, « Technical Features of Outright Monetary Transactions », 6 septembre 2012.

²⁴¹ CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. v. Deutscher Bundestag*, *loc. cit.*, point 106.

marché, le cas échéant complétés par des interventions ponctuelles, strictement conditionnées, dans le processus du marché lui-même²⁴².

Plus encore, le nouveau cadre de la gouvernance économique de l'UEM, issu de ces réformes, se trouve être particulièrement conforme à la vision, chère aux ordolibéraux de la première génération, du rôle et de la fonction tutélaire de la puissance publique vis-à-vis de la logique de marché (conçue comme norme hypothétique abstraite), *le cas échéant contre le fonctionnement réel du marché positif*.

b. – Le nouveau cadre ordolibéral de l'UEM : perfectionnement de la discipline de marché par la puissance publique instituée comme garant en dernier ressort de la logique de marché

Les réformes « législatives » (*Six-Pack* et *Two-Pack*), « constitutionnelles » (article 136, § 3 TFUE) et « conventionnelles » (traités MES et SCG) peuvent schématiquement s'analyser en deux volets : premièrement, une entreprise de perfectionnement du cadre juridique du marché réel afin de le faire tendre vers le marché hypothétique parfait ; deuxièmement, l'institution de la puissance publique comme garant en dernier ressort de la logique de marché (en tant que norme hypothétique abstraite à l'aune de laquelle juger la conformité des politiques économiques et budgétaires des États), lorsque le marché positif lui-même échoue à imposer cette logique.

Les réformes du Pacte de stabilité et de croissance, l'adjonction d'un contrôle macroéconomique à la surveillance budgétaire et la mise en cohérence chronologique des différentes procédures à l'intérieur du « semestre européen » affinent en effet le cadre juridique produisant et instituant ce marché comme instance « véridictionnelle » et sanctionnatrice des politiques économiques et budgétaires des États membres, dans la mesure où elles améliorent deux des quatre conditions nécessaires, selon la théorie néoclassique, à la discipline du marché²⁴³. La mise en place du dispositif intégré de surveillance et de contrôle que forme désormais le « semestre européen » contribue effectivement à la *publicité* et à la *transparence* des informations relatives aux politiques économiques et budgétaires des États membres et donc au perfectionnement de leur valorisation par les marchés réels, à travers l'affinement des taux d'intérêt exigés en contrepartie des obligations souveraines – cette précision des taux constituant du même coup une amélioration des mécanismes d'injonction et de sanction. Elle concourt également à une meilleure *intériorisation en temps utile* – c'est-à-dire avant d'être exclu des mécanismes de financement des marchés – des réformes macroéconomiques et d'assainissement budgétaire conformes aux injonctions du marché par l'extension des mécanismes de pressions tant préventifs (recommandations, obligations de justification, soumission des projets budgétaires, etc.) que correctifs (*via* les plans de mesures correctives en cas de déséquilibres macroéconomiques excessifs ou les programmes de partenariat économique en cas de déficits excessifs).

²⁴² En ce sens, voy. également : J. WHITE, « Policy Between Rules and Discretion », in J. HIEN et C. JOERGES (éds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford, London, Hart Publishing, 2017, p. 289-300.

²⁴³ Voy. *supra*, II.A.1. Le cadre conceptuel de l'UEM : le libéralisme néo-classique et sa logique sous-jacente de « véridiction » du marché.

La possibilité de substituer temporairement aux marchés les mécanismes d'assistance financière sous stricte conditionnalité pour le refinancement des États défaillants risquant d'être exclus de ces marchés apparaît en outre comme la consécration de la conception ordolibérale originelle d'une puissance publique garante en dernier ressort de la logique de marché²⁴⁴. Par cette substitution temporaire, en apparence paradoxale, l'objectif est en réalité de relier deux problématiques antinomiques : d'une part, le risque d'aléa moral dans le chef des États impécunieux – c'est-à-dire la négation du principe de responsabilité individuelle des États ; d'autre part, le risque d'anticipations autoréalisatrices des marchés, inhérentes à la double face des taux d'intérêt (à la fois vecteur de la valorisation des États et instrument d'injonction et de sanction vis-à-vis de ces derniers). L'augmentation des taux d'intérêt des obligations d'un État au-dessus d'un certain seuil, due en théorie à la non-conformité des politiques économique-budgétaires de cet État vis-à-vis des attentes des marchés, engendre en effet des problèmes de renchérissement des coûts de financement. À politique économique-budgétaire inchangée, ce renchérissement grève alors de nouveau les déficits, renforçant du même coup les doutes sur la soutenabilité des finances publiques et justifiant alors une augmentation des taux d'intérêt. Ceci aboutit ainsi, à moins d'une intervention extérieure, à une spirale auto-entretenu (le fameux « *effet boule de neige* ») qui ne peut mener qu'à la

²⁴⁴ Elle se rapproche à ce titre de la vision qui sous-tend la politique de concurrence (sur laquelle se sont prioritairement penchés les ordolibéraux) selon laquelle il faut certes établir les normes juridiques permettant un maximum de concurrence entre acteurs économiques mais également instituer une autorité publique indépendante chargée d'éviter la création de monopoles (et de cartels) ou, à défaut, de contraindre ces monopoles à agir comme s'ils étaient en situation de concurrence – autrement dit, de procéder à un « *assujettissement des monopoles à une concurrence hypothétique* » (C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, 2011, p. 70-78 spéc. p. 77). On peut noter à ce titre la divergence, une nouvelle fois, avec la conception hayékienne du marché qui ne conçoit pas les monopoles comme un problème nécessitant une intervention extérieure mais comme une possibilité parmi d'autres d'état temporaire d'optimalité relative issu du processus de concurrence (F. A. HAYEK, « Politique gouvernementale et marché », *op. cit.*). HAYEK distingue certes entre les monopoles par les mérites (monopoles « *qui ne se maintiennent qu'en servant leurs clients mieux que quiconque* » (*Ibid.*, p. 740)) et les monopoles par l'exclusion (monopoles qui se maintiennent « *en empêchant ceux qui pensent pouvoir faire mieux de s'y essayer* » (*Ibid.*)) et recoupe par là une distinction chère aux ordolibéraux de première génération (C. MONGOUACHON, « L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique », *op. cit.*, p. 76-77) et en particulier à Franz Böhm (F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2010 (éd. originale : 1933), p. 178). Toutefois, s'il prône certains mécanismes pour lutter contre les « *monopoles par l'exclusion* » (F. A. HAYEK, « Politique gouvernementale et marché », *op. cit.*, p. 761-764), il n'en maintient pas moins un désaccord de principe sur l'opportunité d'appliquer aux monopoles « *par les mérites* » – et on pourrait étendre cela à tout état de fait issu des mécanismes de marché (donc notamment aux taux d'intérêt des obligations souveraines) – une hypothétique norme de marché abstraite, car, « *si les conditions concrètes d'une concurrence "parfaite" ne sont pas réunies, il n'est pas possible de faire (...) "comme si" elles existaient* » (*Ibid.*, p. 735). Autrement dit, il est impossible, selon une lecture hayékienne, qu'une intervention extérieure (en l'occurrence publique) soit opportune sur le marché, même au nom d'un hypothétique marché parfait.

sanction ultime du marché : l'exclusion de l'État des mécanismes de financement du marché. Or, cette sanction ultime risque de pousser *de facto* l'État à entreprendre les politiques économiques, monétaires et budgétaires les moins conformes à cette logique de marché²⁴⁵.

Le seul moyen d'éviter ces (més)aventures économiquement hétérodoxes, consiste donc à court-circuiter de l'extérieur – c'est-à-dire par la puissance publique – ces anticipations autoréalisatrices²⁴⁶, ce qui nécessite alors pour l'Union – et, plus précisément, pour les États qui la constituent – de se substituer aux marchés financiers. Toutefois, ceci poserait un problème en termes de responsabilité des États (articles 123 à 125 TFUE), ceux-ci risquant alors de ne plus se sentir contraints par la discipline des marchés (problème de l'aléa moral). Les mécanismes d'assistance financière établis sur le modèle du FMI permettent alors le dépassement de ces deux risques antithétiques (aléa moral *v.* anticipations autoréalisatrices) par le truchement de la « *stricte conditionnalité* » qui permet d'appliquer, dans une perspective ordolibérale originelle, cette logique de marché même en dehors de la réalisation effective de ce marché²⁴⁷. Ceci préserve alors, matériellement à tout le

²⁴⁵ Pour éviter la paralysie économique, l'État pourrait en effet se sentir contraint de prendre certaines mesures hétérodoxes telles que : un défaut sur sa dette ; le retour à une monnaie nationale et l'abolition de l'indépendance de la Banque centrale nationale pour être en capacité de refinancer monétairement le déficit et de procéder à une dévaluation monétaire afin de reconquérir – « *artificiellement* » et vainement selon les théories néo-classiques – la compétitivité-prix des entreprises nationales vis-à-vis des entreprises étrangères (au lieu de s'en tenir à une « *dévaluation interne* » par la compression des salaires) ; des politiques budgétaires contra-cycliques et expansionnistes (nécessairement inflationnistes selon les théories néo-classiques) pour relancer – toujours « *artificiellement* » et vainement selon les théories néo-classiques – la croissance ; *etc.* Dans cette perspective, si la crainte des conséquences de l'absence d'un renflouement par un autre État peut constituer un incitant plus grand à la discipline budgétaire, eu égard aux conséquences sociales et politiques de l'exclusion de l'État des marchés de la dette publique (P. CRAIG, « Pringle », *op. cit.*, p. 7-9 ; K. HENTSCHELMANN, « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel – Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion », *op. cit.*), cette absence de renflouement *au moment critique de l'exclusion elle-même* risque d'aggraver la situation économique et budgétaire de l'État et constitue ainsi un risque sans doute plus grand encore de voir ce dernier s'écarter définitivement de ces politiques économiques et budgétaires « *saines* » au centre de l'architecture de l'UEM (C. ROMMERSKIRCHEN, « Debt and Punishment », *op. cit.*, p. 753).

²⁴⁶ Ce qui peut donc être rapproché de la volonté ordolibérale de court-circuiter la tendance monopolistique du marché en instaurant une autorité de la concurrence chargée de prévenir ce risque ou, en cas de monopole, de l'obliger « *artificiellement* » à se comporter *comme si* l'entreprise monopolistique était en situation de concurrence.

²⁴⁷ Cette conception ordolibérale originelle de la fonction tutélaire de l'État vis-à-vis de la logique de marché nous semble d'ailleurs reconnue de manière relativement explicite par la Cour de justice de l'Union européenne elle-même, à l'occasion des arrêts *Gauweiler* (CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. v. Deutscher Bundestag*, *loc. cit.*) et *Pringle* (CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e.a.*, *loc. cit.*). Elle déclare en effet, sur la base des travaux d'élaboration du traité de Maastricht, que « *l'interdiction énoncée à l'article 125 TFUE garantit que les États membres restent soumis à la logique de marché lorsqu'ils contractent des dettes, celle-ci devant les inciter à maintenir une discipline budgétaire* » (*Ibid.*, § 135, c'est nous qui soulignons) mais que, « *[e]n revanche,*

moins, la condition de responsabilité individuelle des États membres telle qu'elle résulte de l'articulation de la triple interdiction des articles 123 à 125 TFUE et, en particulier, de la clause de non-renflouement (art. 125 TFUE). En effet, les États qui se seraient révélés impécunieux et en arriveraient à (risquer d') être exclus des marchés se voient contraints d'accepter les « réformes structurelles » – supposées conformes à la logique de marché (entendue comme norme hypothétique abstraite) – exigées en contrepartie de l'assistance financière et contenues dans les « Programmes d'ajustement macroéconomique ».

l'article 125 TFUE n'interdit pas l'octroi d'une assistance financière par un ou plusieurs États membres à un État membre qui demeure responsable de ses propres engagements à l'égard de ses créanciers et pourvu que les conditions attachées à une telle assistance sont de nature à inciter ce dernier à mettre en œuvre une politique budgétaire saine » (Ibid., § 137) – c'est-à-dire à respecter la logique de marché –, dans la mesure où « la stricte conditionnalité à laquelle est soumis tout soutien à la stabilité fourni par le MES a pour objet d'assurer le respect, par le MES et les États membres bénéficiaires, des mesures prises par l'Union en particulier dans le domaine de la coordination des politiques économiques des États membres qui, quant à elles, visent notamment à garantir la poursuite par les États membres d'une politique budgétaire saine » (Ibid., § 143). L'assistance financière sous stricte conditionnalité vient donc garantir l'imposition aux États de la logique disciplinaire de marché lorsque les marchés institués par le cadre juridique de l'UEM n'y parviennent plus (Ibid., § 58 et 59). Par ailleurs, comme le note Francesco MARTUCCI dans son commentaire de l'arrêt *Gauweiler* du 16 juin 2015 de la CJUE : « Plus intéressante s'avère ensuite la précision selon laquelle l'objectif secondaire de la politique monétaire – le soutien aux politiques économiques générales dans l'Union – signifie que l'Eurosystème doit contribuer à inciter les États membres à mener une politique budgétaire saine. La Cour de justice retient ainsi une conception restrictive de l'objectif de soutien aux politiques économiques générales dans l'Union. Celui-ci doit être interprété en ce sens que la politique monétaire de la zone euro doit contribuer à la discipline budgétaire des États membres (...) Il s'agit ainsi d'éviter que le rachat de titres souverains ne neutralise les effets disciplinaires du marché sur les finances publiques. En ce sens, la Cour de justice ajoute que le rachat de titres souverains ne doit pas permettre "aux États membres ni d'adopter une politique budgétaire qui ne tiendrait pas compte du fait qu'ils seront conduits, en cas de déficit, à chercher des financements sur les marchés ni d'être protégés contre les conséquences que peut avoir, à cet égard, l'évolution de leur situation macro-économique ou budgétaire" (point 114). (...) L'arrêt Gauweiler reflète ainsi pleinement l'esprit des dispositions du traité relatives à la discipline budgétaire. En principe, les États membres doivent se financer en recourant aux marchés financiers (articles 123 à 125). Lorsqu'ils rencontrent des difficultés financières de nature à affecter la stabilité de la zone euro, ils peuvent faire l'objet d'une assistance financière dans le respect d'une stricte conditionnalité (article 136, paragraphe 3, TFUE). Les mesures adoptées au titre de la politique monétaire ne doivent ni dévoyer les États membres des marchés financiers comme source de financement ni fausser le fonctionnement des marchés financiers. » (F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l'arrêt Gauweiler entre droit et marché : Commentaire de l'arrêt CJUE 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a.*, C-62/14 (1) », *op. cit.*, p. 532-533, c'est nous qui soulignons). La CJUE avalise donc, par ces deux arrêts, ces mécanismes d'assistance financière (et les mesures monétaires prises en parallèle par la BCE) pour la raison qu'ils prolongent, par la stricte conditionnalité, l'objectif de politiques budgétaires et macro-économiques « saines » censées émaner de la logique de marché. Les institutions publiques se voient donc reconnaître le rôle de garantir, en dernier ressort, ladite logique de marché.

Cette substitution est néanmoins conçue comme exceptionnelle et temporaire et le principe reste la « disciplinarisation » des États par les marchés réels. Ceci ressort d'ailleurs explicitement de l'objectif officiellement reconnu de ces programmes d'ajustements macroéconomiques, à savoir celui de « *remédie[r] aux risques spécifiques que cet État membre fait peser sur la stabilité financière de la zone euro et [de] rétablir rapidement une situation économique et financière saine et durable*²⁴⁸ *ainsi qu[e de] restaurer la capacité de l'État membre à se financer intégralement sur les marchés financiers* »²⁴⁹.

Il nous semble ainsi que la nouvelle gouvernance économique européenne marque un changement dans la sanction de la logique de marché et, indirectement, dans la conception du marché au sein du cadre juridique de l'UEM. Néanmoins, ce changement de paradigme s'est opéré, sinon à traité constant, du moins sans recourir à la procédure classique de révision et il reste donc à analyser la conformité de cette mutation au regard du droit primaire de l'Union.

3. – Le changement de paradigme du marché au regard des traités

Il faut en effet relever que, juridiquement, ce travail de perfectionnement du cadre juridique des marchés ne peut se faire que par les institutions habilitées à modifier cet ordonnancement juridique – en l'occurrence les dispositions du titre VIII de la troisième partie du TFUE et leurs prolongements (Statuts du SEBC et de la BCE, Pacte de Stabilité et de Croissance, etc.). En effet, comme le note A. J. MENÉNDEZ, « *the fact that the crises have revealed the limits of some rules does not result in a licence to reshape the European constitution at will in the name of an underlying emergency, thus bypassing not only the processes of constitutional reform, but also any requirement of consistency* »²⁵⁰.

Dans cette perspective, l'auto-institution de la BCE (ratifiée prétoriennement par la CJUE²⁵¹) en tant qu'arbitre de la rationalité des marchés financiers – et donc, *de facto*, de « juge d'appel » des politiques économiques et budgétaires des États membres –, s'il est conforme à l'idée de politique régulatrice développée par les ordolibéraux de la première génération, apparaît néanmoins, sans révision expresse des traités, pour le moins contestable sur le plan strictement juridique, compte tenu de la conception du rôle des marchés financiers à l'origine de l'UEM²⁵². À l'inverse, l'approfondissement des procédures de surveillance et de contrôle des

²⁴⁸ À noter que la « santé » et la « durabilité » de cette « *situation économique et financière* » ne peuvent s'exprimer que de manière relative, c'est-à-dire à l'aune d'un modèle de référence – en l'occurrence le marché (pris comme norme abstraite). Or, c'est donc ici les institutions publiques (et non les marchés positifs) qui se trouvent, *in fine*, les juges de la conformité (la « santé » et la « durabilité ») de la situation économique et financière des États au regard de cette norme du marché.

²⁴⁹ Art. 7, § 1^{er}, al. 2 règlement (UE) n° 472/2013, c'est nous qui soulignons.

²⁵⁰ A. J. MENÉNDEZ, « The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance », *Journal of Law and Society*, mars 2017, vol. 44, n° 1, p. 56-78, spéc. p. 63.

²⁵¹ CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. v. Deutscher Bundestag*, *loc. cit.*

²⁵² G. GRÉGOIRE, « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *op. cit.*

politiques économique-budgétaires des États membres se révèle, quant à lui, à la fois cohérent avec une politique ordonnatrice du cadre du marché et conforme aux principes de sécurité juridique et d'État de droit sous-tendant l'ordre juridique de l'Union. Si la nouvelle gouvernance économique de l'UEM renforce le passage d'une coordination-convergence à une coordination-contrôle et aboutit, il est vrai, à une « *dilution des catégories propres aux compétences* » des institutions de l'UEM, ceci est toutefois réalisé sur des bases juridiques relativement solides, à savoir les articles 121 et 126 TFUE, et en respectant les procédures de modification prévues à cet effet par le droit primaire.

En ce qui concerne l'institution du mécanisme européen de stabilité, cette conformité au droit primaire de l'Union est reconnue explicitement par la CJUE à l'occasion de l'arrêt *Pringle*²⁵³. Cette conformité, basée sur l'absence d'extension de compétences de l'Union et, partant, sur l'applicabilité de la procédure simplifiée de l'article 48, § 6 TUE, ne se conçoit cependant qu'à l'intérieur d'une lecture littérale et formelle des traités. En effet, pour ne pas étendre les compétences de l'Union en matière de politique économique, le nouveau paragraphe 3 de l'article 136 TFUE, adopté pour répondre aux doutes quant à la légalité des premiers mécanismes d'assistance financière (FESF et MESF)²⁵⁴, se présente comme suit : « *Les États membres dont la monnaie est l'euro peuvent instituer un mécanisme de stabilité qui sera activé si cela est indispensable pour préserver la stabilité de la zone euro dans son ensemble. L'octroi, au titre du mécanisme, de toute assistance financière nécessaire, sera subordonné à une stricte conditionnalité.* » Ce n'est donc pas directement l'Union qui est habilitée à établir, à l'intérieur de son ordre juridique, le mécanisme européen de stabilité – sinon les compétences de cette dernière seraient étendues et, partant, la procédure de révision illégale –, mais bien les « *États membres dont la monnaie est l'euro* », par application de leur souveraineté externe de conclure des traités dans les matières qu'ils souhaitent.

Or, le traité international adopté en application de cet article (le traité instituant le mécanisme européen de stabilité) prévoit, en son article 5, que l'organe décisionnel du mécanisme, à savoir le Conseil des gouverneurs, est composé des ministres des finances de chaque État membre du MES. Autrement dit, c'est bel et bien le Conseil ECOFIN dans sa version Eurogroupe, quoique sous le voile juridique du MES, qui se trouve être institué en tant qu'organe décisionnel de ce mécanisme d'assistance financière. Si donc la procédure de révision simplifiée prévue à l'article 48, § 6 TUE a bien été formellement respectée grâce à ce subterfuge procédural, il n'en reste pas moins que la distinction entre les institutions de l'Union et du MES possède un caractère relativement fictionnel et que l'on peut considérer que, à tout le moins *de facto*, c'est bien l'Union qui voit ses compétences étendues. Cette extension des compétences n'est du reste pas anodine, puisque, comme nous venons de l'exposer, elle refonde l'ensemble de la logique sous-jacente à l'architecture de l'UEM en substituant, comme instance garante en ultime ressort de la logique de marché, la puissance publique – et plus précisément le Conseil ECOFIN dans sa version Eurogroupe (fût-ce sous le voile juridique du MES) – aux marchés réels, marquant de ce fait un changement de paradigme dans

²⁵³ CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e.a.*, loc. cit..

²⁵⁴ Voy. *supra*, note infrapaginale 80.

la conception du marché, initialement néolibérale (de tendance hayékienne) et désormais d'ascendance ordolibérale – et plus précisément de l'ordolibéralisme des origines.

*
* *

À travers l'étude de l'évolution de la « disciplinarisation » des politiques économiques et budgétaires des États membres par le marché et, plus précisément, du cadre juridique de l'UEM qui institue ce marché comme instance disciplinaire des États, il ressort ainsi de notre analyse que les réformes post-crise ne modifient certes pas le postulat de « véridiction » du marché (qui se trouve au fondement de l'UEM), ni la logique, qui découle de ce postulat, d'évaluation et de « disciplinarisation » des États à l'aune de ce marché, mais que, en marquant un changement dans la sanction ultime de cette logique disciplinaire de marché, ces réformes transforment en réalité de l'intérieur le paradigme du marché tel qu'institué au sein de l'UEM.

En effet, la logique de « disciplinarisation » des États membres par et à l'aune du marché, présente dès l'origine, demeure au cœur de l'approfondissement du pilier économique-budgétaire de l'UEM. Reposant sur l'idée selon laquelle le marché – en tant qu'il serait producteur (par la formation du prix résultant des mécanismes naturels du marché) d'une vérité intrinsèque quant à la valeur des objets qu'il évalue – constitue l'étalon objectif du caractère « *sain* » des politiques économiques et budgétaires des États, cette logique de « disciplinarisation » par et à l'aune du marché se trouve renforcée par l'établissement du nouveau cadre global et intégré de coordination, de surveillance et de contrôle des États. Celui-ci permet ainsi, d'une part, d'assurer et d'améliorer la transparence des informations relatives aux politiques économiques et budgétaires de ces États – transparence qui est nécessaire à leur juste valorisation par les marchés – et, d'autre part, de formaliser et de traduire en droit positif les réformes structurelles supposées exigées par le marché (à travers l'évolution des taux d'intérêt des obligations souveraines de l'État). Toutefois, l'établissement de mécanismes d'assurance financière sous stricte conditionnalité a pour conséquence logique d'instituer les autorités étatiques en instance ultime de protection, de garantie et d'application de la logique de marché (comprise comme norme hypothétique abstraite) en lieu et place des marchés positifs (tels qu'ils fonctionnent réellement).

Ce prolongement de la logique de marché en dehors même de celui-ci lève alors, du même coup, le voile sur la nature de ce pouvoir de « véridiction » d'un hypothétique marché parfait qu'il conviendrait de faire advenir réellement, à savoir celle de voile recouvrant des jugements de valeurs et des projets politiques (consciemment ou inconsciemment) naturalisés. Dans cette perspective, le recours à la « *logique de marché* » constitue, plus encore peut-être qu'un mécanisme réel de valorisation, d'injonction et de sanction de l'État par le marché²⁵⁵, un instrument

²⁵⁵ Mécanisme qui, pour réel qu'il soit, procède donc d'abord et avant tout d'une volonté politique (consciente ou inconsciente, directe ou indirecte) transposée en un ordonnance-

discursif permettant de nimber de neutralité et d'objectivité les volontés politiques et idéologiques bien réelles qui imprègnent nécessairement le contenu des politiques économiques et budgétaires spécifiques poursuivies et les « réformes structurelles » adoptées²⁵⁶. Néanmoins, ce voile de naturalité et d'objectivité du marché²⁵⁷, conçu comme lieu de « véridiction » et de « disciplinarisation » des États membres²⁵⁸, procède sans doute moins d'une tentative de dissimulation des volontés politiques (nécessairement arbitraires) inhérentes à la sanctuarisation juridique par les traités de l'Union de certaines théories économiques²⁵⁹ que d'une

ment juridique qui crée et institue cette contrainte des marchés. Comme le note Benjamin LEMOINE, « [p]lus qu'une mesure passive de la réalité ou un simple miroir tendu, les techniques de mesure de la dette publique façonnent la valeur de l'État – son prix et ce qu'il vaut sur un plan comptable, financier et économique – lui attribuent des causes politiques à défendre en priorité – sacraliser le remboursement des créanciers – et contribuent à fixer le débat autour d'un diagnostic alarmant sur la "crise" des comptes publics et sociaux, dont les causalités et les solutions sont définies en des termes strictement budgétaires (l'excès de dépense et la nécessité de le réduire) qui demeurent indiscutables » (B. LEMOINE, « Quantifier et mettre en crise la dette souveraine. Agences de notation, techniques comptables et constructions privées de la valeur des États », *op. cit.*, p. 26). Ainsi, « Loin de refléter de façon neutre la réalité préexistante de l'État, les instruments de mesure contribuent à redéfinir son rôle et à circonscrire ses prérogatives de politiques économiques au maintien de l'ordre financier ». (*Ibid.*, p. 49).

²⁵⁶ Voy. not. S. ADALID, « La nouvelle gouvernance économique de l'UE : mesurer et rapprocher les politiques nationales », *op. cit.*, p. 165-177.

²⁵⁷ Voy. not. B. LEMOINE, *L'ordre de la dette*, *op. cit.*, p. 106-107 et 113 ; M. CARON, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *op. cit.*, p. 561.

²⁵⁸ Comme il l'a été précisé *supra*, le pouvoir « véridiction »nel du marché semble en effet reposer, *in fine*, sur le caractère supposément naturel des mécanismes concurrentiels de marché (*cf.* notes infrapaginales 3 et 162). À noter que la conception ordolibérale (originelle) du marché comme norme hypothétique abstraite nécessitant l'élaboration, par l'État, d'un cadre social et juridique (et même, le cas échéant, l'intervention des autorités publiques à l'intérieur du processus de marché lui-même) n'est pas nécessairement exempt de cette conception naturaliste du marché. De même que la loi du mouvement rectiligne uniforme en physique (première loi de Newton) n'est jamais parfaitement observable dans la réalité concrète (aucun mouvement n'étant lancé à une vitesse constante sans aucune force qui viendrait modifier sa vitesse ou sa trajectoire) mais reste non moins considérée comme une loi naturelle accessible par construction abstraite à partir d'une observation de la réalité concrète, le marché est conçu, dans la théorie ordolibérale, comme une norme hypothétique abstraite connaissable néanmoins par un raisonnement hypothético-déductif appliquant la méthode dite de l'« abstraction isolante » (W. EUCKEN, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Iena, Gustav Fischer, 1940, p. 69 et s.) et qui permet de dégager des « lois économiques universellement vraies » (voy. sur ces questions méthodologiques et épistémologiques : L. SIMONIN, *La doctrine ordolibérale et la politique économique allemande de 1948 à 1966*, *op. cit.*, p. 22-38). Ainsi, si l'on veut se rapprocher au maximum de la réalisation concrète de cette norme abstraite, il est nécessaire de mettre en place tout un dispositif « artificiel » permettant de tendre vers les conditions parfaites que requiert ces lois pour déployer pleinement leurs effets – sans jamais peut-être pouvoir atteindre cette réalisation parfaite de cette norme abstraite. Dans cette perspective, la conception du marché chez les ordolibéraux réclame certes un cadre social et juridique construit, mais ceci afin de déployer l'ensemble des effets de cette loi naturelle (quoique abstraite) du marché.

²⁵⁹ F. MARTUCCI, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *op. cit.*.

conviction normative intériorisée et partagée, à un degré plus ou moins élevé, au niveau des organes et institutions qui ont établi et développé le cadre juridique de l'UEM²⁶⁰. Autrement dit, la croyance dans la naturalité des axiomes et des hypothèses à la base de ces théories – et, par extension, des principes qui en découlent –, qui implique le postulat de leur irréfutabilité, pourrait expliquer leur consécration juridique, si possible dans les normes hiérarchiquement les plus hautes donc les plus difficilement révisables.

Plus encore, cette conviction normative partagée dépasse et déborde le simple voile discursif pour révéler un véritable caractère performatif²⁶¹ : par la consécration de ces théories et l'application de ces principes, elle fait advenir réellement – quoique toujours incomplètement et imparfaitement – cette contrainte du marché²⁶². Le cadre juridique et ses réformes sont certes établis et adoptés au nom d'une norme abstraite théorique (le « marché »), mais celle-ci advient cependant réellement et concrètement – quoique toujours imparfaitement – par la poursuite et l'approfondissement de ces politiques ordonnatrices et régulatrices. Cette *réalisation* du marché implique par contrecoup que celui-ci devient non plus seulement un modèle théorique mais bel et bien une véritable contrainte factuelle (quoique construite et non naturelle) restreignant le pouvoir discrétionnaire des législateurs quant aux choix politiques ultérieurs relatifs à l'encadrement juridique de l'économie. Ce

²⁶⁰ À cet égard, le Conseil ECOFIN (dans sa version UEM ou MES) ne constitue pas tant, derrière le voile juridique de la primauté du droit de l'Union, un organe hiérarchiquement supérieur imposant des volontés politiques (cristallisée dans des normes juridiques) extrinsèques aux entités inférieures – en l'occurrence, les États membres – qui lui seraient donc soumises et se verraient ainsi imposer des commandements « *hétéronomes* », mais bien plutôt un « *cercle d'exigence mutuelle* » entre entités hiérarchiquement égales (les États membres) – à tout le moins *de jure* – et qui se trouve construit et articulé autour de cette conviction normative partagée dans la logique « véridictionnelle » et disciplinaire du marché. À travers les procédures de disciplines budgétaire et macro-économique, celles-ci se trouvent alors, le cas échéant, soutenues, à l'intérieur de ce « *cercle d'exigence mutuelle* », par des menaces de sanction émises transversalement et réciproquement par les États envers un éventuel membre défaillant. Cette conviction normative partagée rend ainsi la menace de sanction (réelle ou hypothétique mais à tout le moins figurée comme réelles par les membres de ce cercle d'exigence mutuelle construit autour de cette conviction normative partagée) efficace – à tout le moins partiellement – quelle que soit l'existence réelle de cette sanction ; autrement dit, quelle que soit l'adéquation réelle entre l'éventuelle sanction des marchés (l'augmentation des taux d'intérêts) et la situation objective de l'État – si tant est que l'État puisse se trouver dans une situation économique « objective » – et, par ailleurs, même lorsque le dispositif de sanction n'est plus présent qu'à l'état purement abstrait (c'est-à-dire lorsque les États ne se financent plus sur les marchés mais *via* les mécanismes d'assistance sous stricte conditionnalité, qui agissent *comme si* ces sanctions du marché étaient toujours présentes).

²⁶¹ F. MUNIESA et M. CALLON, *La performativité des sciences économiques*, Papiers de la recherche du CSI - CSI Working Papers Series, n° 10, 2008.

²⁶² Comme le note Benjamin LEMOINE, « [l]a mise en marché de la dette a été patiemment construite et a pris de la consistance dans le dénouement de ces épreuves politiques et techniques qui ont, dans le même temps, façonné la réalité économique et financière avec laquelle il faut ensuite composer » (B. LEMOINE, *L'ordre de la dette*, *op. cit.*, p. 116).

« *rapport de conditionnement réciproque* »²⁶³ mène alors à un phénomène de *path-dependence*²⁶⁴ qui complique toute possibilité de changement du cadre juridico-politique de l'UEM et d'inflexion de la rationalité économique qui lui est sous-jacente.

Toutefois, il n'en reste pas moins que, si cette réalisation du marché rend malaisée une potentielle modification du cadre juridique et de sa logique interne, celui-ci reste lui-même, *in fine*, le fruit de choix politiques (conscients ou inconscients, directs ou indirects) cristallisés dans ces normes juridiques. Loin d'être une donnée factuelle objective, ce cadre demeure un institué contingent toujours théoriquement susceptible d'être défait et remodelé autour d'une rationalité alternative. La question de la nécessité ou de la légitimité (ou non) de cette (ou de ces) alternative(s) demeure certes un cap que le chercheur en science juridique doit se garder de franchir²⁶⁵. La naturalisation du choix de la « logique de marché » pour justifier l'ordre juridique existant et dénier toute possibilité d'alternative l'est en revanche symétriquement. Fondée *ab initio* sur un choix idéologique et non sur d'hypothétiques principes économiques naturels censément irréfutables, l'UEM reste et demeure ainsi un projet politique, par définition contestable, modifiable et réversible.

²⁶³ F. MARTUCCI, « L'utilisation des faits économiques dans l'Union économique et monétaire : une approche théorique d'un droit de la politique économique », *op. cit.*, p. 125.

²⁶⁴ P. PIERSON, « The Path to European Integration: A Historical Institutional Analysis », *Comparative Political Studies*, avril 1996, vol. 29, n° 2, p. 123-163 ; P. PIERSON, « Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics », *The American Political Science Review*, 2000, vol. 94, n° 2, p. 251-267. Voy. également, pour une application du concept de *path-dependence* aux réformes post-crise des dettes souveraines : J. YIANGOU, M. O'KEEFFE et G. GLÖCKLER, « "Tough Love": How the ECB's Monetary Financing Prohibition Pushes Deeper Euro Area Integration », *op. cit.*.

²⁶⁵ M. WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Union Générale d'Éditions, 1963.