

Affrontement entre gardiens de la Constitution économique.

De Karlsruhe à Luxembourg, deux « fondamentalismes de marché »

Guillaume Grégoire

DANS **POLITIQUE EUROPÉENNE** 2023/1 (N° 79), PAGES 32 À 60

ÉDITIONS **L'HARMATTAN**

ISSN 1623-6297

ISBN 9782140497841

DOI 10.3917/poeu.079.0032

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-politique-europeenne-2023-1-page-32.htm>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour L'Harmattan.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

POLITIQUE EUROPÉENNE

N° 79 | 2023

Guillaume Grégoire

p. 32-61

**Affrontement entre gardiens de la Constitution économique.
De Karlsruhe à Luxembourg, deux « fondamentalismes de marché »**

La « constitutionnalisation » des politiques économiques par l'UEM a donné lieu à un déplacement sur le terrain juridictionnel des contestations y afférentes. La crise des dettes souveraines a pu à cet égard servir de catalyseur et de révélateur des référentiels économiques implicites de certaines juridictions suprêmes, au premier rang desquelles figurent la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice de l'UE. Tout en reconnaissant chacune le marché comme instance normative, elles s'affrontent sur ce que celui-ci recouvre et implique réellement. Il en ressort alors une politicisation paradoxale du juge « constitutionnel » comme gardien d'un ordre de marché dépolitisé et objectivé.

Clash Between Guardians of The Economic Constitution. From Karlsruhe to Luxembourg, Two ‘Market Fundamentalisms’

The ‘constitutionalization’ of monetary and budgetary policies by the EMU has led to a judicial shift in the challenges against these economic policies. In this respect, the sovereign debt crisis has catalyzed and revealed the underlying economic rationale behind the legal reasoning of some supreme courts, most notably the German Constitutional Court and the European Court of Justice. They both recognize the market as a normative body, but they clash over what it actually covers and implies. The result is therefore a paradoxical politicization of the ‘constitutional’ judge as guardian of a depoliticized and objectivized market order.

Affrontement entre gardiens de la Constitution économique

De Karlsruhe à Luxembourg, deux « fondamentalismes de marché »

Guillaume Grégoire

Université de Liège

Introduction¹

Longtemps comparée à un « chien qui aboie mais ne mord pas » (Schmid, 2001), la Cour constitutionnelle fédérale allemande (CCF) aura donc finalement donné tort aux spécialistes de l'intégration européenne, parfois trop enclins à prendre pour réalité le mythe de la primauté absolue du droit de l'Union (Constantinesco, 1984). Affirmé par la Cour de justice (CJUE) depuis plusieurs décennies maintenant, ce principe faîtier du droit européen ne repose en réalité sur aucune base textuelle claire dans les traités... d'où le risque de 'guerre du dernier mot' (Supiot, 2019) entre juridictions suprêmes européennes et nationales. Et précisément, c'est bien dans une offensive en règle contre leurs homologues européens que se sont lancés les juges constitutionnels allemands par l'arrêt du 5 mai 2020², en déclarant la décision de la CJUE « intenable », « incompréhensible » et « objectivement arbitraire », donc « non contraignante en Allemagne ». Les mots sont durs, la fracture profonde.

Le jugement est certes à replacer dans le contexte d'un long bras de fer, qui remonte à l'adoption par la Banque centrale européenne (BCE) des politiques monétaires dites « non conventionnelles » destinées, depuis 2010, à endiguer la crise des dettes souveraines (Grégoire, 2018) ; la Cour de Karlsruhe est cependant ici passée à l'étape supérieure, en posant une véritable bombe à fragmentation dans le cœur de l'édifice institutionnel européen : non

-
- 1 Bien que les positions tenues et les arguments développés n'engagent évidemment que l'auteur de ces lignes, nous remercions Benjamin Lemoine, Damien Piron, Clément Fontan et les deux relecteurs externes pour leurs précieux commentaires, qui ont contribué à nourrir nos réflexions.
 - 2 BVerfG, *PSPP II*, arrêt du 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, Recueil BVerfGE 154, p. 17 et s. Cet arrêt fait suite à une première décision de renvoi préjudiciel (18 juillet 2017) et à l'arrêt *Weiss* de la CJUE qui s'ensuivit (11 décembre 2018).

seulement elle désavoua publiquement la CJUE, mais elle enjoignit également indirectement à la BCE de justifier son programme de rachat d'actifs du secteur public (*Public Sector Purchase Programme* ou *PSPP*), faute de quoi celui-ci eût été lui aussi déclaré inapplicable en Allemagne. Par un même geste, deux des institutions européennes phares se trouvaient donc dans le viseur du gardien de la Loi fondamentale.

Pourtant, au-delà du ton véhément et du caractère explosif de la décision, ce qui apparaît le plus significatif n'est peut-être pas tant l'affrontement juridictionnel lui-même que le terrain sur lequel il advint. Car si les tensions actuelles font suite à une longue série de mises en garde face aux tendances des institutions européennes à déborder le champ de leurs compétences, ces avertissements touchaient jusque-là surtout à la protection des droits fondamentaux ou à la question des limites absolues imposées à l'intégration européenne par l'« étatité » de la République fédérale d'Allemagne. Or, voici que c'est finalement sur le champ économique et monétaire qu'éclate ouvertement le conflit. Les questions de répartition des compétences entre l'Union et les États membres ou de 'pouvoir du dernier mot' entre juridictions suprêmes viennent ainsi se greffer et s'articuler sur des problématiques économiques capitales : mandat de la BCE, interdiction du financement monétaire des dettes publiques ou, plus fondamentalement, logique de disciplinarisation des finances publiques par le marché.

La 'constitutionnalisation' des contraintes budgétaires et monétaires au niveau de l'UE a donc laissé place à une 'juridictionnalisation' des controverses de politique économique. Les conflits idéologiques, auparavant censés être tranchés par des institutions assumées comme politiques, se voient désormais transfigurés en litiges juridiques 'techniques' à résoudre judiciairement par les juridictions *supra*-législatives, chargées de contrôler le respect des normes fondamentales dans lesquelles les options de politique économique se trouvent sanctuarisées. Or, par leur interprétation des textes juridiques imprégnés de principes monétaires, budgétaires et financiers, les juridictions suprêmes ne sont elles-mêmes pas sans manifester, quoique le plus souvent implicitement, des postulats et des présupposés économiques spécifiques. La crise des dettes souveraines a pu à cet égard servir de catalyseur et de révélateur des 'référentiels économiques'³ implicites de certaines juridictions suprêmes, au premier

³ Nous empruntons le terme « référentiel » à l'économiste Frédéric Lordon, pour qui « un référentiel est une matrice théorico-idiologique. Il consiste d'abord en l'ensemble des contenus discursifs à la fois positifs et prescriptifs dont sont constitués le modèle du monde dominant et la norme de politique

rang desquelles figurent la CCF et la CJUE. À travers les vives controverses monétaires relatives notamment à la possibilité (ou non) de qualifier certains taux obligataires souverains d'«excessifs» et d'«injustifiés», au caractère «désincitatif» des mesures monétaires de la BCE vis-à-vis de la consolidation des finances publiques ou encore aux «conséquences économiques pertinentes» à prendre en compte dans la proportionnalité d'un programme monétaire, c'est donc tout un imaginaire économique tissé dans le discours juridique et juridictionnel qu'il s'agit de mettre au jour et d'examiner.

C'est cette voie que nous emprunterons au cours de la présente contribution, en retracant la généalogie de la controverse monétaire intense qui a vu s'opposer deux des juridictions les plus puissantes et prestigieuses du continent. À rebours d'une «analyse économique du droit» qui tend à relativiser, voire à nier, le politique en assimilant l'économie à une donnée naturelle, faisant du droit un simple instrument au service de l'ordre de marché objectivé (Posner, 1986), l'approche contextuelle du droit économique ici proposée cherche au contraire à faire ressortir, à partir de l'étude d'une configuration juridique spécifique, les diverses théories économiques sous-jacentes ainsi que les considérations politiques qui les imprègnent, dans une perspective qui se rapproche de la «*Law and Political Economy*» (Wilkinson et Lokdam, 2018 ; Britton-Purdy *et al.*, 2020), quoiqu'en se tenant à distance des implications normatives avancées par les tenants de ce nouveau courant. De la sorte, nous cherchons à prolonger les enseignements de l'économiste français Robert Boyer, selon qui, pour comprendre l'émergence et l'évolution d'une «orthodoxie» économique, il est nécessaire de s'attacher non seulement aux débats scientifiques et aux politiques étatiques menées dans le champ économique, mais également, entre les deux, aux «dispositions hétérogènes des acteurs et [à] la façon dont ils se représentent le fonctionnement du système économique» (Boyer, 2017, p. 5). Tenter de restituer les référentiels économiques des juges de Karlsruhe et de Luxembourg, c'est ainsi contribuer à l'étude de ces représentations dans le chef d'acteurs qui façonnent l'organisation (juridique) de l'économie – et ouvrir, ce faisant, un nouvel angle d'analyse sur l'affaire en cause, qui a déjà donné lieu à de multiples commentaires⁴. De nombreux auteurs ont en effet

économique qui en est tirée. Le référentiel est donc l'ensemble des éléments constitutifs d'un corps de doctrine résument le «fonctionnement de l'économie»» (Lordon, 1997, p. 161). Plus généralement, au-delà de son application à la politique économique, le concept de «référentiel» est un instrument central de l'analyse des politiques publiques (Muller, 2010).

4 Parmi l'abondante littérature juridique (majoritairement critique) sur larrêt de la CCF, voyez notamment les dossiers spéciaux du *German Law Journal* (2020, vol. 21, n° 5) et de la *Revue trimestrielle de droit européen* (2020, n° 4).

proposé une critique méthodologique de la position du juge constitutionnel allemand, avançant alternativement l'hypothèse d'une interprétation « key-nésienne » des traités (Adalid, 2020), l'impossibilité de délimiter précisément le mandat de la BCE (Martucci, 2020), le caractère incohérent et paradoxal de la décision au regard de la propre jurisprudence de la CCF (Wendel, 2020) ou encore les menaces qu'un tel arrêt ferait peser sur l'indépendance de la BCE (Louis, 2020) ; d'autres ont parfois mis en avant certaines perspectives, jugées positives, qu'ouvrirait la confrontation (Schneider, 2020), notamment en termes de « politisation des processus technocratiques » (Violante, 2020, p. 1046) ou d'avènement d'un nouveau « paradigme politique » orienté vers un « libéralisme intégratif » (Goldmann, 2020). Mais peu, à notre connaissance, s'interrogent réellement sur les présupposés économiques à partir desquels la CCF et la CJUE ont développé leur interprétation des traités européens.

Pour ce faire, il conviendra d'abord d'exposer brièvement l'ordonnancement juridique des politiques monétaires, financières et budgétaires par l'Union économique et monétaire (UEM), qui fut, faut-il le rappeler, constitutionnellement avalisé par la CCF (I.). Il s'agira alors, dans un deuxième temps, d'examiner comment cette sanctuarisation juridique a donné lieu, à la suite de la crise des dettes souveraines, à un déplacement sur le terrain juridictionnel des contestations relatives à ces politiques économiques, amenant les juges de Karlsruhe à s'opposer ouvertement à la doctrine monétaire du '*whatever it takes*' de la BCE, afin d'imposer au contraire leur *Wirtschaftsanschauung*, leur 'vision du monde économique' (II.). Il en ressort une configuration paradoxale de politisation du juge 'constitutionnel' comme gardien d'un ordre de marché objectivé et dépolitisé, dans laquelle l'invocation du principe constitutionnel de démocratie voile le processus de technocratisation économique à l'œuvre (III.).

Ordonner les politiques économiques par le droit (du marché) : l'avènement de l'UEM et l'endossement juridique du libéralisme néo-classique par Karlsruhe

Pour comprendre la querelle juridictionnelle qui oppose les cours suprêmes respectives des ordres juridiques allemand et de l'UE, il faut remonter au projet initial d'ordonnancement des politiques économiques et monétaires que constitue l'avènement de l'UEM (A.), entériné par la CCF à l'occasion de l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993, à partir d'une grille théorique implicitement néo-classique (B.).

Le cadre conceptuel de l'UEM et le découplage entre « politiques économiques » et « politique monétaire »

L'architecture originelle de l'UEM repose sur un cadre conceptuel assez précis, quoiqu'implicite, issu d'un brassage de théories développées par certains courants de la discipline économique au cours des années 1970-1990 (monétarisme, école du *Public Choice*, Nouvelle macroéconomie classique, catallaxie hayekienne, etc.) (Colliat, 2012), que l'on peut conventionnellement rassembler, en termes de référentiel économique, sous le qualificatif de « libéralisme néo-classique ». En bref, et de manière très schématique, l'approche libérale néo-classique repose sur l'hypothèse d'un équilibre optimal de l'allocation des ressources, atteint lorsque les agents économiques du système, placés en situation de concurrence la plus complète possible, recherchent à satisfaire au maximum leurs besoins individuels sur le marché, lui-même considéré comme « efficient », c'est-à-dire sur lequel les prix reflètent à tout moment l'ensemble des informations disponibles⁵. Adapté à l'échelle macroéconomique des États, ce référentiel libéral néo-classique implique 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 global des ordres juridiques mis en concurrence. L'idée est donc que « les marchés jugent les politiques économiques et monétaires conduites par les États, comme ils le feraient des résultats d'une entreprise » (Martucci, 2016, p. 58). Cette concurrence nécessite dès lors la mise en marché de l'État aux fins de sa valorisation, ce qui est rendu possible par le développement d'un instrument financier approprié : les titres de dette publique. Dans cette

⁵ Nous prions le lecteur de garder à l'esprit qu'un « référentiel », en tant que matrice théorico-idiologique, a pour propriété de surmonter les divergences qui peuvent exister en son sein dans le milieu spécifiquement académique. Par les différentes médiations qui permettent sa diffusion comme vision du monde tendanciellement partagée dans les diverses sphères sociales (médiatique, éducative, politique *sensu stricto*, etc.), un « référentiel économique » se révèle un corpus doctrinal assurément plus malléable que les théories scientifiques qui en constituent le soubassement, et qui peuvent sur certains points s'opposer. Au-delà des grands désaccords, voire oppositions, entre les courants mentionnés, qui rendent difficile de les subsumer aussi facilement sous une même catégorie au seul niveau de la science économique (Lawson, 2013), il est possible, sur le plan de leur influence concrète vis-à-vis des configurations et des acteurs juridico-institutionnels, de les concevoir comme participant d'une même galaxie, d'un même univers intellectuel. N'eût été la connotation péjorative qui lui est le plus souvent attachée, nous aurions éventuellement pu mobiliser le concept de « néolibéralisme(s) » (Audier, 2012). Nous avons cependant préféré opter ici pour un terme axiologiquement moins chargé, celui de « libéralisme néo-classique ».

configuration, « [I]l 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 » (Lemoine, 2016, p. 67).

Or, c'est précisément à la production et à l'agencement de ce cadre juridique plaçant le marché comme instance de *véridiction* (Foucault, 2004, p. 18-35) et de *disciplinarisation* des États membres (Grégoire, 2019) que répond, dès sa formulation originelle, le projet d'UEM avec le découplage qu'il prévoit entre les piliers monétaire (centralisé) et économico-budgétaire (décentralisé)⁶. Au niveau monétaire, l'indépendance du Système européen des banques centrales (SEBC) et de la BCE⁷ a pour corollaire un mandat strictement délimité, fixant comme objectif prioritaire (quasi absolu) la *stabilité des prix*, alors que le soutien aux politiques économiques générales dans l'Union (comprenant la croissance économique, la compétitivité et la recherche du plein emploi)⁸ n'intervient que de manière hiérarchiquement seconde (Herdegen, 1998)⁹. Au niveau économico-budgétaire, l'article 119 TFUE prévoit certes une « étroite coordination des politiques économiques des États membres » au service des objectifs économiques, sociaux et environnementaux de l'UE (cf. en particulier l'article 3 TUE), 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 monétaires saines et balance des paiements stable ». Les objectifs divers et variés de l'article 3 TUE se retrouvent donc enserrés dans un ordre de stabilité articulé autour du principe d'économie concurrentielle de marché (Martucci, 2022). En conformité avec le rapport Emerson (DGECFIN, 1990), qui en constitue en quelque sorte la matrice intellectuelle, et ainsi que le confirment les travaux préparatoires (EC Commission, 1991), cet ordre de stabilité est du reste garanti par un modèle de gouvernance tridimensionnel structuré autour de la responsabilisation financière individuelle des États membres (articles 123 à 125 TFUE), de la coordination de

⁶ Si d'autres conditions historiques et politiques ont évidemment contribué à l'édification de l'UEM (Dyson et Featherstone, 1999), le retourment qui s'est opéré en théorie économique au tournant des années 1970-1980 (à la suite des chocs pétroliers et du phénomène inédit de *stagflation*) et qui a vu l'avènement du libéralisme néo-classique comme nouvelle « orthodoxie économique » (Boyer, 2017), constitue un évènement prépondérant pour comprendre non tant l'avènement de l'UEM que son contenu spécifique et l'architecture singulière qui la caractérise (Sandholtz, 1993 ; Jabko, 1999).

⁷ Art. 130 TFUE et art. 7 statuts du SEBC et de la BCE.

⁸ Art. 127 (1) TFUE et art. 3 (3) TUE.

⁹ Art. 119 (2), 127 (1) et 282 (2) TFUE et art. 2 des Statuts du SEBC et de la BCE.

leurs politiques économiques (article 121 TFUE) et de l'établissement d'une discipline budgétaire (article 126 TFUE) prévoyant des limites aux déficits et dettes publiques des États membres (Hentschelmann, 2011).

La justification « scientifique » de l'indépendance des banques centrales ou l'endossement juridique des arguments néo-classiques par Karlsruhe

Le découplage entre politiques économique et monétaire et le transfert de cette dernière à une banque centrale indépendante au mandat strictement délimité et prioritairement orienté vers la stabilité des prix constituent ainsi la clé de voûte de l'architecture juridique de l'UEM. Or, la CCF ne s'est pas contentée de valider cette répartition des compétences fondée sur un choix discrétionnaire de délimitation entre politiques monétaire et économique ; elle a avalisé, dans son arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993, cette autonomisation de la politique monétaire *en raison* précisément de la justification réputée « scientifiquement prouvée » de l'indépendance des banques centrales (§ 153-154).

Elle témoigne, ce faisant, de l'imprégnation du discours économique néo-classique sur sa propre grille de lecture de l'articulation entre sphères économique, politique et juridique, puisque les prémisses « scientifiques » sur lesquelles Karlsruhe fait reposer son raisonnement sont les suivantes : d'un côté, les limites d'une démocratie représentative minée par les groupes d'intérêts particuliers et l'électoralisme court-termiste de mandataires politiques intéressés avant tout par leur réélection ; de l'autre, la nécessité d'autonomiser la politique monétaire des politiques économiques et budgétaires de l'État, seul moyen de garantir la valeur de la monnaie, elle-même indispensable tant au maintien de finances publiques saines qu'à l'exercice de la liberté individuelle. Or ces deux affirmations « scientifiques » constituent le cœur des thèses du *public choice* de l'école de Virginie et de la nouvelle macroéconomie classique de l'école de Chicago, qui représentent deux des versants du programme scientifique néo-classique regroupé sous le qualificatif de *constitutional economics* (McKenzie, 1984).

Le premier courant cité vise à appliquer la rationalité économique néo-classique aux mandataires politiques et aux fonctionnaires, qui ne chercheraient donc qu'à maximiser leur utilité individuelle (pouvoir, richesses, etc.). Étant donné que, dans une démocratie représentative, le pouvoir passe par des élections, les décideurs publics auraient dès lors intérêt, à des fins électoralistes, à

augmenter les dépenses sociales pour combler les attentes de groupes d'intérêts particuliers (spécialement en fin de mandat, à la veille des nouvelles élections). Pour lutter contre cette tendance, il s'agirait dès lors de contraindre les choix discrétionnaires de ces décideurs politiques par une ingénierie normative spécifique, caractérisée par la sanctuarisation (si possible constitutionnelle) de règles précises qui s'imposeraient juridiquement à ces mandataires politiques. Il ne suffirait pas de confier ces domaines économiques à des autorités indépendantes – qui, en dernier ressort, ont toujours un certain lien de dépendance vis-à-vis des mandataires politiques –, mais il conviendrait surtout d'imposer aux décideurs (élus ou indépendants) un mandat juridique contraignant pour s'assurer de leur orthodoxie économique (Brennan et Buchanan, 1985).

Le second versant, celui de la nouvelle macroéconomie classique, cherche quant à lui à étendre les hypothèses microéconomiques néo-classiques pour en déduire des modèles macroéconomiques descriptifs – qui, à leur tour, induisent des positions normatives sur le cadre institutionnel et juridique nécessaire au bon fonctionnement de l'ordre économique. Sur la base notamment des travaux de Milton Friedman sur la stabilité monétaire et de John F. Muth sur le modèle des anticipations rationnelles des agents économiques, les auteurs de ce courant s'efforcent en particulier de disqualifier les politiques discrétionnaires, tant budgétaires que monétaires. À ce dernier niveau, ils défendent notamment l'idée que toute politique monétaire expansionniste, utilisée à des fins de politiques économiques discrétionnaires (lutte contre le chômage, stimulation de la croissance, etc.), se révèlerait inévitablement inefficace en raison des anticipations rationnelles des agents économiques (Lucas, 1972). Sur cette base, ils prescrivent l'adoption de règles s'imposant aux mandataires politiques, afin de restreindre leurs marges discrétionnaires (Kydland et Prescott, 1977), ainsi que l'autonomisation de la politique monétaire vis-à-vis du processus politique, laquelle serait confiée à une banque centrale indépendante « conservatrice », c'est-à-dire axée sur la stabilisation de l'inflation – et non sur d'autres objectifs « économiques » comme la lutte contre le chômage (Rogoff, 1986).

Si ces raisonnements et prescrits libéraux néo-classiques entrent en résonance avec bien des positions juridico-institutionnelles ordolibérales (Dehay, 1995), il apparaît cependant que c'est sans doute le succès théorique international du monétarisme à partir des années 1970 qui a influencé les conceptions monétaires allemandes, gagnant les cercles académiques et se prolongeant au sein de la *Bundesbank* jusqu'à faire de la stabilité des prix l'unique objectif

de politique monétaire (Richter, 1999). Comme on le voit ici, cette quasi-hégémonie intellectuelle a également infusé au niveau gouvernemental le plus haut – comme en témoigne la position allemande dans les négociations relatives à l'UEM visant à imposer ce schéma « monétariste » en transposant à la BCE le modèle de la banque centrale allemande (Fricke, 1993) –, mais aussi au niveau juridictionnel le plus élevé, puisque les juges de Karlsruhe endossent dans cet arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993 l'argumentaire néo-classique du clientélisme électoraliste des décideurs politiques (*public choice*) et de la neutralité de la politique monétaire pour justifier l'indépendance des banques centrales (nouvelle macroéconomie classique) – considérée comme « scientifiquement prouvée ».

Contester les politiques économiques par le droit : la crise des dettes souveraines et la remise en cause juridictionnelle de la doctrine monétaire du « whatever it takes »

Toutefois, la crise des dettes souveraines et, surtout, les réactions qui s'ensuivirent ont fait voler en éclat cette communauté de vues entre la CCF et les institutions de l'Union économique et monétaire (au premier rang desquelles figure la BCE), révélant ainsi à quel point la stabilité de cette sanctuarisation juridique des politiques économiques (y compris monétaires) se trouve *in fine* tributaire des juridictions suprêmes chargées de garantir les principes économiques constitutionnalisés – et du référentiel économique qu'elles adoptent. Censées sauvegarder l'ordonnancement juridique de l'économie, celles-ci peuvent devenir les vecteurs de contestation des politiques économiques menées, comme en témoigne la remise en cause juridictionnelle, par la CCF, de l'évolution des politiques monétaires menées par la BCE, depuis l'affaire *OMT* (A.) jusqu'à l'affrontement ouvert à l'occasion de l'affaire *PSPP* (B.). Au-delà des querelles juridiques émerge alors une véritable confrontation entre différentes conceptions de l'ordre de marché.

Le programme OMT contre la logique disciplinaire du marché ? La politique monétaire entre deux « fondamentalismes de marché »

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 s'élèveront, débouchant sur de nombreux recours

juridictionnels, tant au plan national qu'européen (Hinarejos, 2015). Si une partie importante de ces controverses tourne autour de l'articulation entre ces interventions et les droits sociaux consacrés par les constitutions nationales ou la Charte des droits fondamentaux, celles qui cristallisèrent le plus l'attention – notamment des marchés financiers – 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. À cet égard, le bras de fer qui a vu s'opposer la CCF et la CJUE autour de la réaction monétaire de la BCE à la crise représente sans aucun doute l'illustration archétypale de cette juridictionnalisation des controverses économico-politiques¹⁰.

Durant les dix premières années de son existence, la BCE s'est cantonnée au respect strict de son mandat monétariste prioritairement orienté vers le contrôle de la stabilité monétaire (BCE, 2008, p. 40-49). Elle a en revanche infléchi de manière importante son action depuis l'éclatement de la crise. Outre sa participation à l'élaboration et au contrôle des programmes d'ajustement macroéconomique établis dans le cadre des mécanismes d'assistance financière, elle a également adopté les mesures dites non conventionnelles, dont le programme d'Opérations Monétaires sur Titres (OMT), chargé de traduire en acte la doctrine monétaire du « *whatever it takes* » de Mario Draghi (Wilsher, 2013). Décidé en septembre 2012, le programme OMT prévoit en particulier la possibilité pour l'Eurosystème de racheter, si besoin est en quantité illimitée et sans limite de temps, les dettes souveraines des États attaqués par les mouvements spéculatifs, sous réserve de respect de la « conditionnalité stricte et effective attachée à un programme approprié » des différents mécanismes européens de stabilité, qui constituent l'habillage juridique de la fameuse ‘Troïka’ (BCE, Commission européenne et FMI) chargée de négocier, au nom de l'UE ou des États membres de la zone euro, les programmes d'ajustement structurel imposés en échange de l'assistance financière.

Pour justifier cette mesure monétaire particulièrement forte, la BCE a mis en avant les « graves distorsions » affectant les marchés des obligations d'États, qui seraient dues à des craintes « infondées » des investisseurs quant à la réversibilité de l'euro, de sorte que l'accroissement des écarts de valorisation des titres de dettes souveraines serait dès lors « injustifié » au regard des

¹⁰ Pour une mise en perspective juridique des controverses en cause, voyez notamment les dossiers spéciaux du *German Law Journal* (2014, vol. 15, n° 2), consacré à l'ordonnance de renvoi préjudiciel de la CCF, et du *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2016, vol. 23, n° 1), dédié à la réponse de la CJUE.

situations économiques et budgétaires « réelles » de ces États (BCE, 2012a, 2012b). Il s'agirait ainsi de contrer tout phénomène d'anticipation ou de prophétie autoréalisatrice, c'est-à-dire l'hypothèse d'une spirale négative par laquelle les marchés réclament des taux d'intérêt plus importants pour couvrir les risques financiers accrus qu'ils perçoivent, mais concourent ce faisant à la détérioration des conditions de refinancement de l'État déjà en difficulté, et contribuent donc paradoxalement à la matérialisation du risque de défaut de paiement qu'ils anticipent. Dans la perspective de la BCE, il serait donc possible de distinguer entre des conditions « normales » et « anormales » de financement par le marché, et de différencier les taux d'intérêt du marché selon qu'ils sont « justifiés » ou non au regard des situations économiques et budgétaires « réelles » et objectives des États. Autrement dit, c'est la rationalité même des marchés qui est dès lors *jugée*, au sens tant scientifique que juridique du terme, par les institutions publiques : le constat « scientifique » du caractère « injustifié » des taux d'intérêt entraîne l'habilitation « juridique » à intervenir pour infléchir le fonctionnement réel des marchés dans un sens réputé plus conforme à la logique de marché.

Or c'est contre cette possibilité même que s'est élevée la CCF dans son ordonnance de renvoi préjudiciel *OMT I* du 14 janvier 2014. Prenant une nouvelle fois appui sur l'*« expertise convaincante »* de la *Bundesbank*, non sans illustrer les interactions entre savoir et droit dans l'instance du juge (Jasanoff, 2007), elle y déclare que « les majorations de taux d'intérêt sur les obligations d'État » reposent bel et bien sur le « « développement économique plus mauvais » de certains États membres et que, en tout état de cause, ces écarts de taux d'intérêt ne peuvent jamais « être divisés en composantes justifiées et irrationnelles » (§ 13 et 71 de l'ordonnance de renvoi).

À la lecture de l'ordonnance, on comprend dès lors que, pour les juges de Karlsruhe (et les experts de la *Bundesbank*), ni la BCE, ni les États membres, ni aucune autre institution publique ne sont aptes, et encore moins autorisés, à juger de la rationalité des marchés et à agir pour corriger d'hypothétiques réactions irrationnelles de ces derniers. Selon cette conception, 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 conformes à la logique de marché. L'augmentation de leurs taux d'intérêts 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'éviction 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 ces marchés d'estimer 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.

En revendiquant ainsi l'impossibilité de distinguer les taux d'intérêts entre partie « justifiée » (*gerechtfertigte Bestandteile*) et partie « irrationnelle » (*irrationale Bestandteile*), la *Bundesbank* et la CCF rejoignent en réalité une conception du marché que nous pourrions rapprocher de l'ordre de marché (ou 'cataallaxie') développé par Friedrich Hayek (2013, p. 529-575 et 727-780). 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. Le marché étant, dans 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 (en l'occurrence, les taux d'intérêt des obligations d'État) –, nul ne peut, par nécessité logique, posséder une connaissance plus grande que le marché lui-même (Hayek, 1975 ; Streit, 1992). Les prix ne peuvent donc en aucun cas être « irrationnels » ou « injustifiés », puisqu'ils reflètent à tout moment l'ensemble des informations disponibles et qu'aucune personne ou autorité ne peut par définition 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 par l'intervention d'une autorité externe, aux connaissances par nature moindres que celles du marché (Hayek, 2013, p. 562). Comme le défend la CCF à la suite de la *Bundesbank*, il apparaît par conséquent *logiquement impossible, et juridiquement inadmissible*, d'émettre un jugement (scientifique ou juridique) sur la rationalité du comportement des marchés.

Dans sa réponse à la question préjudiciale de la Cour constitutionnelle allemande, la CJUE a rejeté cette lecture 'cataallactique' du marché, pour avancer au contraire la position de la BCE, plus proche des thèses développées

par les premiers ordolibéraux¹¹. En effet, selon les juges de Luxembourg, les « écarts extrêmes » entre les taux d'intérêt des obligations souveraines des différents États membres de la zone euro « trouvaient, 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, *Gauweiler*, point 72) – risque d'éclatement de la zone euro qui aurait été « injustifié » (point 76). Dans cette perspective, les marchés réels peuvent donc ne pas agir de manière optimale et peuvent finalement adopter des comportements autodestructeurs. De même que le processus de concurrence peut mener à son élimination (par le phénomène de concentration oligopolistique, voire monopolistique), le processus de valorisation et de disciplinarisation de l'État par le marché pourrait mener à la destruction des vertus véridictionnelle et disciplinarisante du marché (par le phénomène des anticipations autoréalisatrices). De là découle la possibilité d'une disjonction entre les taux d'intérêts exigés réellement des États et ce qu'ils eussent été sur un hypothétique marché parfait. Dans cette hypothèse de disjonction, les taux réels peuvent alors, comme le revendent 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 États étaient parfaitement mis en concurrence¹². 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

11 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 (allant schématiquement des années 1930 aux années 1960), il faut néanmoins garder à l'esprit que les ordolibéraux de deuxième (Ernst-Joachim Mestmäcker, Hans Willgerodt, Fritz W. Meyer, etc.) et troisième générations (Lars Feld, Viktor Vanberg, Manfred E. Streit, Willi Meyer, etc.) se sont en réalité majoritairement rapprochés des conceptions hayékiennes au détriment des thèses originelles de l'ordolibéralisme.

12 Cette intériorisation de la ‘logique de marché’ est ce qui empêche de considérer comme ‘keynésienne’ l'action de la BCE depuis l'éclatement de la crise, contrairement à ce qui est parfois avancé (van't Klooster, 2022). L'on ne peut en effet analyser la politique monétaire expansive de la BCE sans considérer ses efforts simultanés pour faire réformer la gouvernance macroéconomique dans un sens plus disciplinaire visant à ‘rationaliser’ les dépenses publiques au profit d'une politique dite de l'offre, loin des prés-crits keynésiens axés sur le soutien de la demande par les investissements publics.

qui fut théorisée par l'économiste Leonhard Miksch (1949) en tant qu'"*als-ob Politik*" ou 'politique du comme si'. Des autorités publiques peuvent donc, dans cette perspective, agir d'une manière plus conforme à la logique de marché que les marchés positifs eux-mêmes.

Dans cette controverse juridique et juridictionnelle concernant le programme OMT, deux « fondamentalismes de marché » (Schepel, 2017, p. 96-97) s'opposent dès lors : d'une part, celui des marchés « tels qu'ils se comportent réellement », représenté par la CCF et 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 « degré d'austérité légalement exigé des États débiteurs ». 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 évaluer les politiques économiques et budgétaires des États, mais divergent sur l'acception précise à donner juridiquement au 'marché' : dans une perspective hayéenne, les deux institutions allemandes s'en remettent au marché réel, en ce que nulle autre institution – en particulier publique – ne pourrait s'approcher plus d'un hypothétique marché parfait ; avec une approche que l'on pourrait qualifier d'"ordolibérale", les deux institutions européennes 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.

Le programme OMT n'ayant jamais été activé, la CCF s'est certes finalement rangée à la position de la CJUE – en déclarant donc la mesure conforme au droit européen et à la Loi fondamentale –, mais elle n'en maintint pas moins de « sérieuses objections » à l'encontre du raisonnement de la CJUE – et, indirectement, de l'action de la BCE (BVerfG, 21 juin 2016, *OMT II*, § 181-189). Surtout, cette validation critique n'induit guère d'évolution dans la contestation progressive, par les juges de Karlsruhe, des politiques monétaires menées au niveau européen : loin de marquer le début d'une ère de 'retenue judiciaire' en matière économique, cette décision fut directement suivie du déclenchement de l'affaire PSPP, qui a vu la CCF opposer de manière plus manifeste encore sa *Wirtschaftsanschauung* aux politiques économique et monétaire européennes.

Le programme *PSPP* et la défense « quoi qu'il en coûte » du paradigme néo-classique par Karlsruhe

Cette affaire *PSPP* résulte d'un nouveau recours constitutionnel introduit par le groupe de requérants majoritairement eurosceptiques déjà à la base des précédentes affaires (de Cabanes et Fontan, 2019), cette fois contre la batterie de mesures qui remplacèrent le programme OMT, au bénéfice d'une politique dite d'assouplissement quantitatif (*quantitative easing*). Par celle-ci, l'Eurosystème se trouva habilité à racheter massivement des actifs financiers (*Asset Purchase Programme* - APP) sur le marché secondaire, y compris des titres de dette publique des États membres (*Public Sector Purchase Programme* - PSPP), afin, officiellement, de lutter contre le risque de déflation, conformément à son mandat prioritairement orienté vers la stabilité des prix.

Dans sa réponse à l'ordonnance de renvoi préjudiciel, la CJUE a confirmé, le 11 décembre 2018 (*Weiss*), les positions déjà exprimées dans l'affaire *OMT*, d'après lesquelles la BCE doit certes agir dans le cadre de la logique de disciplinisation des politiques économico-budgétaires par le marché, mais possède en revanche un large pouvoir d'appréciation, qui s'apparente (ici plus implicitement que dans l'affaire *OMT*) à une reconnaissance de la capacité du banquier central à juger du comportement rationnel ou non des marchés – et qui se décline sur le plan juridictionnel par un contrôle restreint, et pour ainsi dire purement formel et abstrait, de l'action de la BCE (Van Der Sluis, 2019). C'est assez logiquement que la CCF réitera donc ici encore ses critiques. À l'issue de cette nouvelle saga judiciaire, il faut alors bien constater que la montée en puissance d'un référentiel économique spécifique dans la jurisprudence constitutionnelle de la CCF, loin de constituer un épiphénomène, s'inscrit au contraire dans la durée : l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 donne à voir les thèses libérales néo-classiques des juges de Karlsruhe s'exprimer avec plus de vigueur encore, jusqu'à entraîner la confrontation ouverte, mentionnée en introduction, avec les juges de Luxembourg.

Comme nous l'avons déjà relevé, l'analyse de l'architecture juridique de l'UEM révèle une conception spécifique du marché, appréhendé et institué comme instance de *disciplinisation* des politiques économiques et budgétaires des États membres. Il n'est donc en soi guère critiquable, d'un point de vue strictement juridique, que la CCF prenne acte de cette ingénierie institutionnelle particulière et développe son raisonnement à l'intérieur de cette structure normative précise. Ce qui apparaît néanmoins plus questionable touche au fait que cette conception du marché émerge, dans le discours jurisprudentiel

des juges de Karlsruhe, comme une vérité scientifique préexistante à l'ordre juridique et social dans lequel s'inscrit cette institution du marché. De ce fait, cette conception s'en trouve objectivée, naturalisée – et, par contrecoup, constitutionnellement consacrée. Les § 170 et 171 de l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 illustrent à cet égard très clairement l'intériorisation d'une grille d'analyse économiquement située :

« Le PSPP améliore les conditions de financement des États membres, car ces derniers peuvent emprunter sur le marché des capitaux à des conditions nettement plus avantageuses. [...] L'abaissement des taux d'intérêt généraux favorisé par le PSPP réduit indubitablement la pression pesant sur les budgets des États membres [...]. *Dès lors*, le risque est réel [...] que les efforts d'assainissement et de réforme nécessaires ne soient plus poursuivis ou mis en œuvre [...]. Malgré les garanties indiquées par la CJUE, l'étendue et la durée du PSPP peuvent conduire à ce que *même des effets conformes aux dispositions du droit primaire deviennent excessifs, dès lors qu'ils dissuadent les États membres de mener une politique budgétaire saine* et qu'ils conduisent d'une manière générale à ce que des considérations monétaires dictent la conduite politique (« dominance monétaire »), ce qui, à son tour, conduit à ce que la BCE détermine la politique budgétaire des États membres [...]. Dans ces conditions, il était prévisible dès le moment où la décision (UE) 2015/774 [établissant le PSPP] fut adoptée que plusieurs États membres de la zone euro procéderaient plus à de nouveaux emprunts, afin de relancer leur économie au moyen de programmes d'investissements¹³. »

Ce passage de l'arrêt manifeste un affermissement et un approfondissement des racines libérales néo-classiques déjà en germe dans l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993. D'un côté, on retrouve de nouveau, dans l'enchaînement logique opéré par Karlsruhe, la critique implicite issue de l'école du *public choice* sur l'incapacité des acteurs politiques à poursuivre des politiques économiques et budgétaires adéquates et sur la nécessité corrélative de soumettre ces acteurs politiques (et, par extension, les politiques économiques et budgétaires qu'ils mettent en œuvre) à des contraintes « externes », à la fois juridiques (par la constitutionnalisation de règles précises) et économiques (par la mise en marché de la dette publique et l'instrument des taux d'intérêt) – les deux étant du reste complémentaires.

13 BVerfG, 5 mai 2020, *PSPP II*, § 170-171 (nous soulignons).

De l'autre côté, on retrouve une fois encore les thèses de la nouvelle macroéconomie classique discréditant, à partir des postulats de la ‘neutralité’ de la monnaie et des anticipations rationnelles des agents économiques, toute politique discrétaire tant budgétaire que monétaire. Ici, les juges de Karlsruhe ne dissimulent d'ailleurs pas leur source d'inspiration théorique, puisque ce sont précisément les analyses monétaristes de Thomas J. Sargent et Neil Wallace (1981), leur remobilisation par les économistes Ansgar Belke et Thorsten Polleit (2010) et leur réappropriation par le juriste Florian Sander (2018) que citent ouvertement les juges de Karlsruhe à l'appui de leur raisonnement (§ 171, *in fine*), endossant dès lors explicitement ces thèses néo-classiques comme fondement scientifique objectif à partir duquel développer leur argumentation juridique¹⁴. Si les théories néo-classiques se trouvent certes bien à la base de l'architecture de l'UEM, la CCF ne se contente donc pas de prendre acte de cette structure juridique spécifique pour en proposer une lecture systémique et exégétique ; elle intériorise ces thèses néo-classiques en en faisant des vérités scientifiques démontrées qui préexisteraient à l'armature juridique et à l'ordre politique de la société, dont elle se fait le *gardien en dernier ressort*.

Ce qui apparaît encore plus significatif est que cette conception du marché est étendue aux acteurs économiques privés, pourtant non directement régis par les dispositions européennes relatives à l'UEM. Cela transparaît assez clairement dans la suite du raisonnement de la CCF, qui prolonge ses analyses en insistant, de manière tout à fait cohérente avec ces présupposés néo-classiques, sur les impacts économiques jugés néfastes de cette politique monétaire :

« Les conséquences pertinentes du PSPP en matière de politique économique comprennent également le risque de bulles immobilières et boursières ainsi que des effets économiques et sociaux pour la quasi-totalité des citoyens, qui en sont, du moins indirectement, affectés en leur qualité d'actionnaires, de locataires, de propriétaires d'immeubles, d'épargnants ou encore de preneurs d'assurance. Ainsi, des risques de pertes considérables pèsent-ils sur les épargnes. Il en découle des conséquences directes en ce qui concerne les retraites (privées) et

¹⁴ On peut certes remarquer que la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'emmèle quelque peu dans la mobilisation des arguments développés par cette littérature d'ascendance monétariste, puisqu'elle confond les deux types de « domination » mis en évidence par T.J. Sargent et N. Wallace et repris par A. Belke et T. Polleit, à savoir la domination « budgétaire » (*fiscal dominance*), d'une part, et la domination « monétaire » (*monetary dominance*), d'autre part. L'analyse de cette ‘erreur’ dépasse ici le cadre de notre contribution, mais relevons qu'elle s'en trouve en réalité encore plus révélatrice des postulats économiques néo-classiques qui sous-tendent les raisonnements des juges de Karlsruhe (Grégoire, 2021, p. 62-72).

la rentabilité des plans d'épargne retraite [...]. Grâce aux taux d'intérêt généraux abaissés, le PSPP permet également aux entreprises qui ne sont en principe économiquement plus viables de demeurer sur le marché, puisque de telles entreprises ont accès à des prêts à des conditions favorables¹⁵. »

Encore une fois, on retrouve ici un condensé de raisonnement néo-classique présupposant le caractère véridictionnel et disciplinarisant du marché, puisque c'est de nouveau le marché qui constitue *l'étalon de vérité* permettant de discriminer les pratiques et les politiques des agents économiques (ici les entreprises ou les citoyens, et non plus les États) sur la base d'une vérité qui leur serait intrinsèque et qui se manifesterait à travers la formation des prix lorsque les mécanismes du marché s'appliquent pleinement. En l'occurrence, la « viabilité » (*Lebensfähigkeit*) des entreprises constitue en quelque sorte ici l'équivalent fonctionnel de la « santé » (*Gesundheit*) des politiques budgétaires et des finances publiques, toutes deux projetant sur le plan lexical le processus de naturalisation (et de pathologisation) de la thématique du comportement « rationnel » ou « soutenable » des agents économiques (privés ou publics). La logique sous-jacente réside donc dans le fait qu'il existerait un taux naturel du marché, mais que ce taux serait (artificiellement) abaissé par la politique monétaire non conventionnelle de la BCE et que dès lors des entreprises qui, dans les conditions naturelles du marché, n'eussent pas résisté à la concurrence seraient désormais en capacité de déroger (artificiellement) à cette sélection naturelle.

En cohérence avec la logique libérale néo-classique, les « effets économiques et sociaux » de cette politique pour ainsi dire contre-nature sont évidemment considérés négatifs pour la « quasi-totalité » des citoyens (c'est-à-dire des agents économiques) par la CCF. Les « conséquences pertinentes » ciblées par les juges de Karlsruhe sont une fois encore des plus éloquentes. Nulle trace, par exemple, des quelques citoyens qui se trouveraient être des « travailleurs » ou des « emprunteurs » et qui (dans les théories keynésiennes du moins) profiteraient des effets économiques de cette politique expansionniste. Sont pris en compte les « actionnaires », les « propriétaires », les « épargnants », etc., ainsi que les « régimes de retraites privés et leur rentabilité » (c'est-à-dire les systèmes de pensions par capitalisation). La CCF ajoute certes qu'« il n'est pas nécessaire de décider ici du poids à accorder à ces préoccupations dans le cadre d'une décision de politique monétaire ; ce qui est décisif, c'est que ces effets, qui sont soit causés, soit au moins amplifiés par le PSPP, ne peuvent

15 BVerfG, 5 mai 2020, *PSPP II*, § 173-174.

être complètement ignorés» (§ 174). Néanmoins, en ne considérant les (éventuels) effets positifs du programme monétaire qu'en termes de stabilité des prix et en n'observant les autres effets que dans leurs versants «négatifs» à partir d'un raisonnement monétariste (alors qu'un raisonnement keynésien pourrait amener à les estimer positifs), la Cour de Karlsruhe maintient donc un référentiel néo-classique particulièrement affirmé.

On voit ainsi à quel point l'ordonnancement des politiques économiques au niveau juridique le plus élevé, censé les objectiver et les dépolitisier, peut mener à une (ré)appropriation des questions politico-économiques par les juridictions suprêmes chargées de garantir les normes fondamentales de leurs ordres juridiques respectifs. Loin de la fiction du juge ‘bouche de la loi’ et de l’‘interprétation authentique’ comme acte de connaissance, l'affrontement entre Karlsruhe et Luxembourg – et la confrontation entre référentiels économiques qu'il induit – témoigne au contraire du caractère irréductiblement politique de ces questions.

Enseignements et perspectives : la politicisation paradoxale du juge ‘constitutionnel’ comme gardien d'un ordre de marché objectivé et dépolitisé

Le caractère irréductiblement politique des choix économiques nous mène d'ailleurs à l'un des motifs fondamentaux avancés par la CCF pour justifier son acte de résistance, à savoir la défense de la ‘démocratie’ comme principe régulateur de l'ordre politique de la République fédérale d'Allemagne, qui relève de l’‘identité constitutionnelle’ allemande protégée par la ‘clause d'éternité’ de l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale – qui immunise de toute révision les principes constitutionnels jugés essentiels. Selon Karlsruhe, les réactions européennes à la crise des dettes souveraines mettraient en effet non seulement en danger la ‘responsabilité budgétaire générale’ du *Bundestag*, reconnue par la CCF comme l’emanation économique du ‘principe démocratique’, mais elles témoigneraient qui plus est d'une révision tacite des traités au profit d'une ‘extension rampante’ des attributions de l'UE, alors qu'une telle révision relève théoriquement de la compétence des États membres en tant que ‘maîtres des traités’, dépositaires de la légitimité démocratique (BVerfG, 5 mai 2020, *PSPP II*, § 157) – révision qui serait elle-même susceptible d'être contrôlée par la Cour constitutionnelle allemande.

L'on se trouve cependant alors dans une situation pour le moins kafkaïenne sur le plan de la légitimité démocratique (de Boer et van't Klooster, 2020) : une ‘institution non majoritaire’ (Thatcher et Stone Sweet, 2002), en l'occurrence le juge constitutionnel allemand, sermonne, au nom du principe démocratique, une autre ‘institution non majoritaire’ (à savoir le juge européen) pour ne pas avoir suffisamment contrôlé une troisième ‘institution non majoritaire’ (c'est-à-dire le banquier central). Cette tension est en réalité révélatrice de la renégociation en cours des rapports de pouvoirs et des équilibres institutionnels qui traversent et structurent les ordres juridico-politiques européens, au profit d'organes et d'institutions fondés non plus tant sur une légitimation démocratique (directe ou indirecte) que sur une légitimation par le savoir – c'est-à-dire sur une logique dite technocratique.

Si la littérature scientifique a bien mis en évidence la montée en puissance de la BCE depuis la crise des dettes souveraines (Fontan, 2013), l'exploration des soubassements économiques sur lesquels se fondent les juges de Karlsruhe et de Luxembourg permet alors de souligner une autre face de cette technocratisation du pouvoir politique en matière économique, à savoir l'émergence des juridictions suprêmes comme garant d'un ‘savoir’ ou d'une ‘sagesse économique’ (Herdegen, 1998). Le constitutionnalisme économique tel que défendu par les divers courants (néo)libéraux ne vise en effet pas seulement à consacrer des libertés économiques fondamentales et des principes macroéconomiques réputés scientifiquement prouvés dans les normes juridiques hiérarchiquement les plus hautes, ainsi qu'à confier la gestion technique de l'ordre économique à des institutions indépendantes composées d’experts’. Encore faut-il, à côté (ou plutôt en surplomb) de ces *agents* de l'ordre de marché, un ‘gardien de la constitution économique’¹⁶ susceptible d'intervenir, en dernier ressort, pour faire prévaloir l'ordre de marché constitutionnalisé. Et c'est à la figure tutélaire du ‘juge constitutionnel’ que revient cette tâche. Néanmoins, par ce que l'on pourrait qualifier de ruse de la raison juridique, le caractère ultimement politique et idéologique de ces questions économiques, fussent-elles transfigurées sous les traits techniques du lexique juridique, ressurgit précisément dans l'affrontement entre les deux ‘gardiens de la constitution économique’ que sont Karlsruhe et Luxembourg.

16 Nous faisons ici référence aux débats qui ont animé les milieux juridiques sous la République de Weimar (1919-1933) relatifs à l'organe censé être le « gardien de la Constitution » (l'exécutif, une juridiction suprême, etc.) – débats qui ont donné lieu à une célèbre controverse entre les juristes Carl Schmitt et Hans Kelsen.

Il s'agit alors de ne pas se faire d'illusion sur ce qu'implique réellement l'invocation juridictionnelle du principe démocratique dans ces conflits entre 'gardiens de la constitution économique'. En dernière analyse, elle ne recouvre que ce que le juge définit comme tel, comme en témoigne l'objection symétriquement 'démocratique' de Luxembourg, qui avance que la ratification des traités procède *in fine* des citoyens européens, par référendum ou par le truchement des parlements nationaux.

Au-delà de cette invocation démocratique, il faut alors bien constater que la marge de manœuvre législative laissée aux parlements ou gouvernements élus reste fondamentalement tributaire des conceptions interprétatives du juge constitutionnel, et notamment du référentiel qu'il adopte pour appréhender le fonctionnement de l'économie. On peut d'ailleurs observer que les positions économiques de Karlsruhe semblent à cet égard évoluer assez radicalement. De l'affirmation originelle d'une 'neutralité économique' (certes relative) de la Loi fondamentale laissant le choix du système économique au législateur¹⁷, la CCF se dirige, avec sa jurisprudence relative à l'UEM, vers une objectivation du marché comme lieu de vérédiction et instance de disciplinarisation des politiques économiques et budgétaires des États, mais aussi des agents économiques privés. Autrement dit, d'une position niant la 'conformité au marché' comme condition de constitutionnalité, on se retrouve désormais face à une CCF postulant le marché comme ordre objectif préexistant, et pré-déterminant l'ordre politique et juridique. Reste à savoir si cette orientation se confirmera à l'avenir, mais une chose est néanmoins certaine : la Cour de Karlsruhe a eu et aura encore l'occasion de se positionner sur des controverses économiques et monétaires fondamentales. La loi d'approbation du plan *Next Generation EU* a récemment été validée par la CCF¹⁸, non sans mettre en doute les motivations juridiques avancées par les institutions de l'UE et en fixant des balises strictes pour éviter la mise en place d'union fiscale larvée (Ruffert, 2022), tout en refusant, au grand dam du juge dissident Müller, de poser une question préjudicielle à la CJUE, sans doute pour esquiver une réponse qui l'aurait amenée à adopter une position encore plus ferme, au risque d'une nouvelle crise institutionnelle. Le programme monétaire *Pandemic emergency purchase programme* (PEPP), adopté par la BCE pour lutter contre les effets

¹⁷ BVerfG, 20 juillet 1954, *Investitionshilfe*, 1 BvR 459/52 e.a., Rec. BVerfGE, 4, p. 7, § 37-39 ; BVerfG, 1^{er} mars 1979, *Mitbestimmung*, 1 BvR 532/77 e.a., Rec. BVerfGE 50, p. 290, § 140.

¹⁸ BVerfG, 6 décembre 2022, *Eigenmittelbeschluss*, 2 BvR 547/21, non encore publié au recueil (disponible sur : <http://www.bverfg.de/e/rs20221206_2bvr054721.html>).

économiques de la crise de Covid-19, se trouve lui toujours au cœur d'une plainte constitutionnelle, non sans arguments à faire valoir (Ruffert, 2020), d'autant que l'annonce par la BCE, le 21 juillet 2022, d'un nouveau programme monétaire, l'*« instrument de protection de la transmission »* (IPT), censé contrer la fragmentation des taux d'intérêt dans la zone euro, en particulier pour le cas de l'Italie, est appuyée sur l'existence d'une « dynamique de marché injustifiée, désordonnée », c'est-à-dire exactement le type d'argument qui se trouve dans le viseur de la CCF. Quoique la situation ait pu un temps sembler apaisée¹⁹, comme le laisse entendre d'ailleurs le président de la CJUE Koen Lenaerts (Chatignoux et De Meyer, 2021), la problématique demeure dès lors toujours sur le fond particulièrement vivace, et les risques d'une nouvelle confrontation sont loin d'être nuls.

Conclusion

Si l'on prend alors un peu de hauteur par rapport à la situation spécifique ici analysée, une conclusion s'impose. À la question de savoir comment garantir politiquement un ordre de marché théorisé comme objectif et autorégulé, certains courants de la science économique proposent de 'dépolitisier' l'économie en la sanctuarisant juridiquement par sa constitutionnalisation. Mais cette substantialisation économique des normes hiérarchiquement les plus hautes engendre par contrecoup une juridictionnalisation des questions économiques – manifestation spécifique du phénomène plus général de 'juridification' du politique. Loin de 'détrôner le politique' (Hayek, 2013, p. 831-874), la constitutionnalisation de l'ordre de marché ne fait en réalité que recoder les choix économiques fondamentaux en questions techniques et juridiques, sans pour autant en évacuer leur caractère idéologique et conflictuel, donc proprement politique. Elle déplace en revanche le centre de gravité du pouvoir décisionnel vers des institutions non majoritaires, au sommet desquelles figurent les juridictions suprêmes.

19 La CCF a rejeté le 29 avril 2021 les demandes d'exécution de l'arrêt du 5 mai 2020, en déclarant que le gouvernement et le Parlement allemands avaient bel et bien répondu aux injonctions d'évaluation de la proportionnalité de l'action de la Banque centrale européenne (BVerfG, *PSPP III*, ordonnance du 29 avril 2021, 2 BvR 1651/15, 2BvR 2006/15) ; à l'inverse, la procédure en manquement contre l'État allemand, initiée par la Commission en juin 2021, a été suspendue le 2 décembre de la même année (Procédure INFRI(2021)2114), après que le gouvernement allemand a réaffirmé sa reconnaissance de la primauté du droit de l'UE et a pris des engagements pour éviter à l'avenir une telle situation.

Dans ce contexte, recourir aux voies judiciaires pour tenter de subvertir l'ordonnancement juridique spécifique (en l'occurrence, des politiques économiques) que les juridictions ont la charge de garantir peut certes s'avérer stratégiquement utile pour certains acteurs, notamment afin de (re)politiser et de médiatiser certaines problématiques. La question reste néanmoins ouverte de savoir si le fait de s'en remettre à une institution indépendante et non majoritaire pour contester, au nom du principe démocratique, l'ordre (juridique et économique) établi n'est pas déjà, en soi, abdiquer cet idéal démocratique.

Bibliographie

Adalid, Sébastien (2020), « Les actes de la BCE face à la justice constitutionnelle allemande : Entre dénonciation légitime et motifs hasardeux », *Association Française d'Études Européennes*, 14 mai, <<https://afee-cedece.eu/les-actes-de-la-bce-face-a-la-justice-constitutionnelle-allemande-entre-denonciation-legitime-et-motifs-hasardeux/>>.

Audier, Serge (2012), *Néo-libéralisme(s) : une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset.

BCE (2008), *10^e anniversaire de la BCE* (numéro spécial), *Bulletin mensuel*, mai, Francfort-sur-le-Main, Banque centrale européenne.

BCE (2012a), « Éditorial », *Bulletin mensuel*, septembre, p. 5-11.

BCE (2012b), « Compliance of Outright Monetary Transactions with the Prohibition on Monetary Financing », *Bulletin mensuel*, octobre, p. 7-9.

Belke, Ansgar et Polleit, Thorsten (2010), « How much fiscal backing must the ECB have? The euro area is not (yet) the Philippines », *Économie internationale*, vol. 124 (4), p. 5-30.

Boer, Nik de et Klooster, Jens van't (2020), « The ECB, the Courts and the Issue of Democratic Legitimacy After Weiss », *Common Market Law Review*, vol. 57 (6), p. 1689-1724.

Boyer, Robert (2017), « Orthodoxie, hétéodoxies et capitalismes contemporains », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, vol. 22 (2), p. 1-33.

Brennan, Geoffrey et Buchanan, James (1985), *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press.

Britton-Purdy, Jedediah ; Grewal, David Singh ; Kapczynski, Amy et Rahman, K. Sabeel (2020), « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis », *The Yale Law Journal*, vol. 129, p. 1784-1835.

Cabanes, Antoine de et Fontan, Clément (2019), « La Cour de Justice face à Gauweiler. La mise en récit de l'indépendance de la BCE », in Antoine Bailleux, Elsa Bernard et Sophie Jacquot (dirs), *Les récits judiciaires de l'Europe : concepts et typologies*, Bruxelles, Bruylant, p. 169-191.

Chatignoux, Catherine et De Meyer, Karl (2021), « Koen Lenaerts : « L'UE ne peut fonctionner que si le droit national cède le pas au droit commun européen » », *Les Échos*, 28 octobre.

Colliat, Rémi (2012), « Généalogie critique de la gouvernance macroéconomique européenne », in Francis Snyder, Albrecht Sonntag et Wei Shen (dirs), *La main visible/The visible hand*, Bruxelles, Bruylant, p. 293-340.

Commission des Communautés européennes (DGECFIN) (1990), *One market, one money. An evaluation of the potential benefits and costs of forming an economic and monetary union* [“Rapport Emerson”], Bruxelles, European Economy, n° 44.

Constantinesco, Vlad (1984), « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in Gerhard Lüke, Georg Ress et Michael R. Will (dirs), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration – Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne, Heymans, p. 109-123.

Dehay, Éric (1995), « La justification ordo-libérale de l'indépendance des banques centrales », *Revue française d'économie*, vol. 10 (1), p. 27-53.

Dyson, Kenneth H.F. et Featherstone, Kevin (1999), *The Road to Maastricht: Negotiating economic and monetary union*, Oxford, Oxford University Press.

EC Commission (1991), *Intergovernmental Conferences: Contributions by the Commission, Bulletin of the European Communities*, Supplement 2/91, Luxembourg, Office for official publications of the European Communities.

Fontan, Clément (2013), « Frankenstein in Europe. The impact of the European Central Bank on the management of the eurozone crisis », *Politique Européenne*, vol. 42 (4), p. 22-45.

Foucault, Michel (2004), *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Gallimard/Le Seuil.

Fricke, Thomas (1993), « D'une Bundesbank à l'autre ? La Banque centrale allemande comme modèle pour l'Europe », *Revue de l'OFCE*, vol. 44 (1), p. 155-180.

Goldmann, Matthias (2020), « The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism? », *German Law Journal*, vol. 21 (5), p. 1058-1077.

Grégoire, Guillaume (2018), « Crise des dettes souveraines et risque de conflit juridictionnel : retour sur l'affaire *Outright monetary Transactions* », *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 95 (1), p. 147-181.

Grégoire, Guillaume (2019), « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire : des théories économiques aux cadres juridiques », *Politeia*, vol. 35, p. 53-119.

Grégoire, Guillaume (2021), « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 2490-2491 (5-6), p. 5-96.

Hayek, Friedrich August (1975), « Die Anmaßung von Wissen », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 26, p. 12-21.

Hayek, Friedrich August (2013), *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France.

Hentschelmann, Kai (2011), « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel – Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion », *Europarecht*, vol. 46 (2), p. 282-312.

Herdegen, Matthias J. (1998), « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom », *Common Market Law Review*, vol. 35 (1), p. 9-32.

Hinarejos, Alicia (2015), *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford et New York, Oxford University Press.

Jabko, Nicolas (1999), « In the name of the Market: how the European Commission paved the way for monetary union », *Journal of European Public Policy*, vol. 6 (3), p. 475-495.

Jasanoff, Sheila (2007), « Making Order: Law and Science in Action », in Edward Hackett, Olga Amsterdamska, Michael Lynch et Judy Wajcman (dirs), *Handbook of Science and Technology Studies*, Cambridge, MIT Press, p. 761-786.

Klooster, Jens van't (2022), « Technocratic Keynesianism: a paradigm shift without legislative change », *New Political Economy*, vol. 27 (5), p. 771-787.

Kydland, Finn E. et Prescott, Edward C. (1977), « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, vol. 85 (3), p. 473-491.

Lawson, Tony (2013), « What is this ‘school’ called neoclassical economics? », *Cambridge Journal of Economics*, vol. 37 (5), p. 947-983.

Lemoine, Benjamin (2016), *L'ordre de la dette : enquête sur les infortunes de l'État et la prospérité du marché*, Paris, La Découverte.

Lordon, Frédéric (1997), « Les apories de la politique économique à l'époque des marchés financiers », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 52 (1), p. 157-187.

Louis, Jean-Victor (2020), « L'indépendance de la Banque centrale européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 56 (4), p. 797-830.

Lucas, Robert E. (1972), « Expectations and the neutrality of money », *Journal of Economic Theory*, vol. 4 (2), p. 103-124.

Martucci, Francesco (2016), *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant.

Martucci, Francesco (2020), « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : comprendre l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande » [article de blog], *Le Club des Juristes*, 11 mai, <<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/la-bce-et-la-cour-constitutionnelle-allemande-comprendre-larret-du-5-mai-de-la-cour-constitutionnelle-allemande/>>.

Martucci, Francesco (2022), « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire », in Guillaume Grégoire et Xavier Miny (dirs), *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Leiden, Brill p. 427-457.

McKenzie, Richard (dir.) (1984), *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government*, Lexington, Lexington Books.

Mikscha, Leonhard (1949), « Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 105 (2), p. 310-338.

Muller, Pierre (2010), « Référentiel », in Laurie Boussaguet, Sophie Jacquot et Pauline Ravinet (dirs), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, p. 555-562.

Posner, Richard (1986), *Economic Analysis of Law*, 3^e édition, Boston, Little, Brown and Company.

Richter, Rudolf (1999), *Deutsche Geldpolitik 1948-1998*, Tübingen, Mohr Siebeck.

Rogoff, Kenneth (1986), « Social institutions for overcoming monetary policy credibility problems », Paper présenté to the American Economic Association, Annual Meetings, New Orleans, décembre.

Ruffert, Matthias (2020), « Le bouleversement de l'Union économique et monétaire dans la crise pandémique », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 56 (4), p. 915-930.

Ruffert, Matthias (2022), « Nikolaus 2.0: Zum NGEU-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Dezember 2022 », *Verfassungsblog*, 9 décembre, <<https://verfassungsblog.de/nikolaus-2-0/>>.

Sander, Florian (2018), « “Gestörte geldpolitische Transmission” – eine kompetenzrechtliche Sackgasse », *JuristenZeitung*, vol. 73 (11), p. 525-534.

Sandholtz, Wayne (1993), « Choosing Union: Monetary Politics and Maastricht », *International Organization*, vol. 47 (1), p. 1-39.

Sargent, Thomas J. et Wallace, Neil (1981), « Some Unpleasant Monetarist Arithmetic », *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review*, vol. 5 (3), p. 1-17.

Schepel, Harm (2017), « The Bank, the Bond, and the Bail-out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone », *Journal of Law and Society*, vol. 44 (1), p. 79-98.

Schmid, Christoph U. (2001), « All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court’s ‘Banana Decision’ », *European Law Journal*, vol. 7 (1), p. 95-113.

Schneider, Karsten (2020), « Gauging “Ultra-Vires”: The Good Parts », *German Law Journal*, vol. 21 (5), p. 968-978.

Streit, Manfred E. (1992), « Wissen, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung – Zum Gedenken an Friedrich August von Hayek – », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 43, p. 1-30.

Supiot, Alain (2019), « La guerre du dernier mot », in Collectif (dir.), *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, p. 489-503.

Thatcher, Mark et Stone Sweet, Alec (2002), « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *West European Politics*, vol. 25 (1), p. 1-22.

Van Der Sluis, Marijn (2019), « Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in Weiss (C-493/17) », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 46 (3), p. 263-284.

Violante, Teresa (2020), « Bring Back the Politics: The PSPP Ruling in Its Institutional Context », *German Law Journal*, vol. 21 (5), p. 1045-1057.

Wendel, Mattias (2020), « Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception », *German Law Journal*, vol. 21 (5), p. 979-994.

Wilkinson, Michael A. et Lokdam, Hjalte (2018), « Law and Political Economy », *LSE Law, Society and Economics Working Papers*, vol. 7, Londres, London School of Economics and Political Science.

Wilsher, Daniel (2013), « Ready to Do Whatever it Takes? The Legal Mandate of the European Central Bank and the Economic Crisis », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 15, p. 503-536.

Guillaume Grégoire est docteur en sciences juridique et assistant en droit économique à l'Université de Liège, ancien aspirant du Fonds belge pour la recherche scientifique (2017-2021) et chercheur invité à l'Université Paris-Panthéon-Assas (2018) et au Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb de Munich (2019). Ses recherches portent sur le phénomène de constitutionnalisation de l'économie.

guillaume.gregoire@uliege.be