

Présentation de la thèse

Cérémonie de remise du prix Carbonnier

Merci Madame la Présidente,

Mesdames, Messieurs, en vos titres et qualités,

Cher(e)s collègues,

Cher(e)s amis,

Remerciements

Je m'en voudrais de ne pas commencer par utiliser le temps qui m'est imparti ici pour remercier un certain nombre de personnes.

D'abord, bien sûr, Madame la Présidente et les membres du jury du prix Carbonnier, qui m'ont honoré de cette prestigieuse récompense. Je tiens à leur exprimer mes plus vifs remerciements pour le temps précieux qu'ils ont consacré à la sélection, à la lecture et à l'évaluation des nombreuses thèses qui leur ont été soumises. Plus généralement, il me faut remercier l'IERDJ – et en particulier Vanessa Maquet – pour l'organisation du prix et de ce bel événement qui nous réunit aujourd'hui.

Je remercie évidemment la Faculté de droit, de Science politique et de Criminologie de l'Université de Liège, ainsi que le Fonds belge de la recherche scientifique (FNRS), pour leur inestimable soutien au cours de la thèse et lors de mes séjours de recherche.

Mes remerciements vont encore aux membres du jury de thèse, en particulier à ceux qui ont suivi mes travaux depuis le début, à savoir les Professeurs Roman Aydogdu et Hugues Rabault –qui est d'ailleurs là aujourd'hui. Parmi ces personnes, il y a encore mon directeur de thèse, le Professeur Nicolas Thirion, qui est lui aussi présent dans cette salle. Je ne le remercierai jamais assez pour tout ce qu'il a fait et tout ce qu'il fait encore aujourd'hui pour moi.

Enfin, je ne pourrais conclure ces remerciements sans une pensée pour mes proches : mes collègues et amis, dont certains sont ici présents, ma fratrie et mes parents – qui n'ont malheureusement pas pu faire le déplacement –, ma compagne Sophie et notre fils Baptiste – qui sera rejoint dans quelques mois par un petit frère.

Problématique : la marge de manœuvre du parlement dans l'économie

Après ces remerciements, disons maintenant quelques mots du contenu de la thèse. Je vais tâcher d'être synthétique, ce qui, faut-il le dire, n'est pas ma plus grande qualité.

Pour introduire le sujet, peut-être le mieux est-il de commencer par énumérer quelques questions qui permettront de cerner la problématique en cause. Par exemple : Un Parlement élu peut-il mettre en place un impôt sur la fortune pour lutter contre une concentration jugée excessive des patrimoines les plus riches – ou est-ce là porter une atteinte intolérable au droit de propriété privée ? À l'inverse, le législateur est-il obligé de maintenir un certain niveau d'allocations sociales – ou est-il autorisé à les réduire, voire à les supprimer, pour des raisons budgétaires ?

Ces questions procèdent finalement d'une interrogation plus fondamentale : quelles marges de manœuvre possède encore un Parlement élu lorsqu'il souhaite modifier le cadre juridique qui structure l'économie ? Voilà, en quelque sorte, la question qui s'est trouvée à la base de ma recherche doctorale sur le concept de « Constitution économique ». Et c'est donc de celle-ci que je souhaite vous entretenir brièvement ici.

À cette question, la réponse des juridictions constitutionnelles, mais aussi de la majorité de la doctrine, est celle dite de la « neutralité économique » des normes fondamentales, c'est-à-dire des constitutions nationales ou des traités européens. Autrement dit, ces normes seraient ouvertes à diverses conceptions, plus interventionnistes ou plus libérales, entre lesquelles le législateur serait tout à fait libre de choisir.

Sauf que, ajoutent directement les juges, il est libre... pour autant qu'il respecte les droits individuels consacrés par ces normes fondamentales. Or, par l'ajout de cette clause *a priori* anodine, pour ne pas dire tautologique, la problématique reste entière, puisque, selon l'interprétation donnée à ces droits individuels, les juges suprêmes ont bel et bien là le moyen de censurer l'action du parlement – ce qu'ils n'hésite plus à faire : pensons par exemple, pour le Conseil constitutionnel, à la décision *Nationalisations* de 1982 qui obligea le gouvernement à revoir à la hausse les indemnités compensatoires au nom du droit de propriété ou encore à la décision de 2014 par laquelle le dispositif anti-licenciement boursier de la loi *Florange* fut invalidé au nom de la liberté d'entreprendre, pour ne citer que deux exemples parmi tant d'autres.

Dès lors, la thèse de la neutralité économique des normes fondamentales se révèle quelque peu illusoire : elle dissimule mal l'influence croissante des décisions des juridictions suprêmes sur l'organisation juridique de l'économie. Surtout, elle laisse intacte la question, pourtant cruciale, des bornes précises au-delà desquelles le parlement ne peut s'aventurer en matières économiques.

Généalogie du concept de Constitution économique

La thèse apparaît donc trop formelle. À en rester à cette lecture purement juridique, on aboutit à une impasse. Il était alors nécessaire de reposer le problème autrement – ou plutôt : d'interroger la problématique elle-même. Pourquoi certains défendent-ils l'idée qu'il faille sanctuariser juridiquement certaines règles ou certains principes économiques ? Au sein de quels courants de pensée ces théories sont-elles avancées ? Comment cela s'est-il progressivement imposé comme une solution légitime ?

Pour entrer dans cette démarche de contextualisation du droit, une perspective m'est apparue prometteuse : repartir du concept aujourd'hui si présent de « Constitution économique » et essayer d'en remonter le fil pour comprendre comment il a germé et comment il a évolué jusqu'à atteindre cette place cardinale dans les sciences juridiques et sociales. Pour ce faire, je me suis appuyé sur les travaux du philosophe Michel Foucault et de l'historien Reinhart Koselleck. L'un comme l'autre ont en effet mis en évidence un point essentiel pour l'entreprise que je m'apprêtais à mener : il s'agit du fait que les concepts ne sont pas des notions qui se créent dans l'éther de la science ; ils sont aux prises directes avec le réel, et sont donc toujours indissociables des luttes sociales et intellectuelles au sein desquelles ils émergent. Dans un mouvement de va-et-vient permanent, ils vont formater la manière de penser un problème et, par conséquent, limiter les solutions à lui apporter. Autrement dit, en conditionnant le cadre du dicible et du pensable, les concepts déterminent, aussi, le cadre du faisable.

Si l'on transpose ces enseignements à la « Constitution économique », cela implique de trouver la problématique sociale face à laquelle le concept a émergé, de mettre en lumière les significations concurrentes qui ont pu exister et, surtout, de retracer l'histoire de leurs luttes. C'est cette démarche généalogique que j'ai poursuivie dans la première partie de ma thèse. En voici – en synthèse – les principaux résultats.

D'abord, la problématique sur laquelle s'articule le concept de Constitution économique se révèle en réalité intrinsèquement liée à la modernité libérale ouverte aux XVII^e et XVIII^e siècles. Elle peut s'énoncer comme suit : comment organiser juridiquement un domaine social, l'économie, alors que celle-ci est assimilée à un marché pensé désormais comme naturel et autorégulé ? C'est en réponse à cette question paradoxale qu'apparaît pour la première fois, au milieu du XVIII^e siècle, le concept de « Constitution économique », sous la plume des physiocrates.

Pour le dire rapidement, le XIX^e fut alors celui de l'édification de l'ordre de marché, ce qui nécessita une action législative délibérée des parlements – qui sont à l'époque élus au suffrage censitaire, faut-il le rappeler. Or, l'ordre de marché contribue à produire les conditions de sa propre crise avec la *Question sociale*, qui a rouvert par contrecoup la question de la meilleure garantie juridique du modèle libéral : avec l'extension du droit de vote et l'adoption des premières législations sociales, le parlement représente-t-il toujours le garant le plus efficace du marché ? Ne faut-il pas désormais chercher à protéger le libre-échange au niveau supra-législatif, donc constitutionnel ?

Esquissée dès 1905 dans les décisions de la Cour suprême des États-Unis, c'est finalement dans le contexte trouble de l'entre-deux-guerres – qui voit surgir les alternatives soviétiques et fascistes – que la question du système économique admis ou imposé par l'ordre constitutionnel se trouve explicitement posée en Allemagne, dans la République dite de Weimar.

La notion de « Constitution économique » cristallisa là-bas les aspirations les plus diverses. Les juristes sociaux-démocrates l'ont mobilisée pour revendiquer une démocratisation de l'économie. Les conservateurs, eux, militaient au contraire pour un État fort capable de résister à ces revendications sociales jugées excessives. Entre les deux, les intellectuels libéraux allemands – qu'on appelle les *ordolibéraux* – s'opposèrent à la démocratisation de l'économie, mais ils le firent en se réappropriant le concept. La tâche qu'ils se sont données alors fut de perfectionner le cadre constitutionnel de l'économie de marché, afin d'en assurer le fonctionnement le plus concurrentiel possible.

Par ce geste, les *ordolibéraux* ont posé en fait les bases du *renouvellement* de leur doctrine – c’est en quelque sorte l’acte de naissance de la pensée dite *néolibérale*, qui émerge dans les années 1930 face à la faillite du libéralisme classique. Or, au-delà de leurs divergences, tous les courants néolibéraux aboutissent à la conclusion qu’il faut mettre les principes de l’économie de marché hors de portée du Parlement. Autrement dit, les constitutionnaliser. Le concept de « Constitution économique » concentre de la sorte l’essentiel de leurs analyses et de leurs solutions : immunisation du droit de la concurrence ; indépendance des banques centrales ; règles d’or budgétaire ; etc. Voilà, en quelque sorte, le sens condensé que donnent les néolibéraux au concept de « Constitution économique ». Or, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, c’est ce sens particulier du concept qui s’est imposé de manière quasi-exclusive.

L’apport de la généalogie du concept pour le traitement juridique de la réponse : le référentiel néolibéral des juridictions suprêmes

La « Constitution économique » emporte donc avec elle aujourd’hui une certaine vision du monde – qui se trouve idéologiquement située. On peut dès lors se demander si la manière actuelle de poser le concept n’influence pas, indirectement, les acteurs juridiques – et notamment les juges suprêmes ? Mais comment le vérifier ? On ne leur demande en effet jamais de répondre ouvertement à la question de l’ordre économique induit par la Constitution – on leur demande de trancher des litiges concrets. Mais, dans ces décisions concrètes, ne trouve-t-on pas justement trace d’indices qui suggèrent la présence diffuse de ce que les sciences politiques qualifient de « référentiel », c’est-à-dire un ensemble de principes tenus pour à ce point évidents qu’ils en deviennent une conviction normative partagée et intériorisée par les acteurs institutionnels.

Voilà le nouvel angle par lequel j’ai ré-abordé, par une autre voie, la question juridique qui nous occupe : plutôt que de m’en tenir à l’affirmation évanescence de neutralité économique, traquer au sein du discours juridique, les signes d’un éventuel référentiel économique que l’histoire du concept m’avait permis de dégager.

Cette analyse juridique – instruite désormais du contexte théorique et historique – s’ancre dans trois États d’Europe continentale – la France, l’Allemagne et la Belgique – , avec, en surplomb ou de manière transversale, le droit de l’Union européenne.

L'idée était de comparer les décisions de leurs juridictions suprêmes respectives, avec pour objectif de déceler dans ces décisions comment, concrètement, les juges se figurent l'économie et son fonctionnement. Or, en procédant de la sorte, c'est bien le prisme du marché et de la concurrence qui s'est donné à voir.

Au niveau de l'UE d'abord, la Cour de justice a développé une jurisprudence particulièrement créative qui a eu pour effet d'étendre davantage encore la logique de marché déjà présente dans les traités – pensons, par exemple, à l'arrêt *Cassis de Dijon* de 1979 ou aux arrêts *Viking* et *Laval* de 2007.

Au niveau des ordres juridiques étatiques, d'autres indices existent encore. Chacune des juridictions constitutionnelles (belge, allemande et française) consacre il est vrai, à côté du droit de propriété privée, de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle – c'est-à-dire des libertés classiques qui sont au fondement de l'économie de marché –, d'autres droits, les droits économiques et sociaux, qui sont censés atténuer les défauts allégués de cette économie de marché. Toutefois, si l'on y regarde de plus près, l'impression d'équilibre se dissipe – car la protection des droits sociaux, si elle est loin d'être nulle, contraste fortement avec les garanties attachées aux libertés économiques.

Pour les premiers, les juges constitutionnels avalisent l'existence d'une « réserve du possible », qui consiste à dire que le niveau de prestations sociales dépend inévitablement de la situation financière de l'État, donc qu'il est susceptible de diminuer pour des raisons budgétaires. Or, pour les atteintes aux libertés du marché, l'argument du « contexte économique » n'existe tout simplement pas. L'obligation du parlement, ici, n'est pas une obligation de moyen, c'est une obligation de résultat. Au nom du droit de propriété, des « seuils-limites » aux prélèvements fiscaux sur les revenus sont « découverts », alors le patrimoine déjà acquis, autrement dit le capital constitué, se trouve lui carrément immunisé. De même, au nom de la liberté d'entreprendre furent censurés en 2002 le durcissement des critères des « licenciements économiques » décidé par le gouvernement Jospin ou en 2014 le dispositif « anti-licenciements boursiers » instauré par la loi « Florange », chaque fois au nom de la liberté du chef d'entreprise de « procéder à des arbitrages économiques », dans une conception purement actionnariale de l'institution juridique qu'est l'entreprise et sans aucune considération pour le contexte de crise sociale dans lesquels ces projets étaient portés.

Soit dit en passant, là où le juge ordinaire ne peut donc se substituer à l'entrepreneur dans ses choix financiers, le juge suprême semble lui avoir moins de scrupules à s'immiscer dans les orientations économiques décidées par le législateur – et c'est tout un imaginaire institué qui se laisse voir en creux...

Ultime ruse de la raison juridique, non seulement l'État social se trouve donc enserré dans une « réserve du possible » qui lui est imposée par les juridictions suprêmes, mais ces mêmes juges concourent en réalité activement à former cette contrainte économique. Les bornes très concrètes qu'ils imposent à l'intervention de l'État, notamment au niveau fiscal, participent en effet à entretenir et à renforcer, au niveau budgétaire, une telle « réserve du possible ».

Conclusion

Dès lors – et pour conclure –, il apparaît qu'une approche plus contextuelle de la « Constitution économique » permet de battre en brèche la thèse de la neutralité. Contrairement à cette lecture, ce qui transparaît est bien une tendance à la clôture économique des normes fondamentales. Non pas clôture complète et définitive certes ; ni même encore moins clôture nécessairement consciente – il n'est nullement question ici d'y voir une intrigue orchestrée. Il s'agit seulement d'analyser comment des discours externes au droit peuvent influencer, de manière diffuse, sur le discours juridique lui-même, en tant que communauté de pensée, en tant que conviction normative partagée.

Disant cela, il n'est pas question, non plus, de nier la contrainte que le marché fait aujourd'hui effectivement peser sur les ordres juridiques. Il s'agit seulement de montrer que cette contrainte économique est aussi, en dernière analyse, une contrainte façonnée par le droit lui-même.

C'est dans cette perspective que le travail de généalogie du concept contribue à réinterroger un processus qui se donne parfois à voir comme objectif ou naturel, celui d'autonomisation et de dépolitisation de l'économie par le droit. L'analyse proposée tend à dévoiler, au contraire, sa part de conditionnement historique et politique.

Voilà, en tout cas, l'ambition que j'ai poursuivie à travers ma recherche doctorale.