

SYNTHÈSE

LA CONSTITUTION ÉCONOMIQUE : UNE PERSPECTIVE POUR REPENSER LE DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

Par Hugues RABAULT

*Professeur de droit public
CRLD, Université d'Evry
Université Paris-Saclay*

La publication du présent colloque est le fruit d'une entreprise intellectuelle menée entre 2011 et 2016 dans le contexte du Pôle « Droit comparé » du laboratoire lorrain IRENEE. Dans leurs échanges, les membres du groupe de recherche s'entendirent rapidement sur l'idée qu'une faiblesse de la science juridique française tient à l'absence d'une réflexion fondamentale en ce qui concerne le droit public économique. Ce n'est pourtant pas la littérature qui manque en la matière, mais celle-ci comporte souvent trois défauts.

Le principal réside dans l'objectif descriptif de la méthode employée. Les juristes d'université se tiennent, ce qui est plus particulièrement le cas des manuels, pour satisfaits lorsqu'ils ont dressé un tableau de l'état du droit en vigueur dans leur domaine. C'est que les enjeux pratiques de la pédagogie, l'assujettissement de l'université à des objectifs de professionnalisation, tout un contexte en somme, semble devoir rendre inutiles les spéculations proprement scientifiques, les théories explicatives, ou les développements prospectifs.

Le second défaut tient à ce qu'on peut désigner comme le « nationalisme méthodologique », qui prévaut, non seulement en France, mais également dans nombre de droits nationaux. En France, les approches juridiques demeurent ainsi, en général, strictement « hexagonales », et les aperçus de droit comparé restent souvent superficiels, voire artificiels, plaquant sur la réalité française des éléments issus de systèmes juridiques extérieurs, sans une compréhension intime de l'âme du droit étranger exploité.

Le troisième défaut affectant les approches courantes du droit public économique tient à l'étroitesse de la conception de la matière. C'est ainsi que le contenu du droit public économique apparaît, d'abord, variable selon les ouvrages, mais, surtout, construit par soustraction, contingente, des domaines traités dans d'autres branches du droit. Or, comment parler de droit économique, c'est-à-dire de la relation entre droit et économie, abstraction faite, par exemple, des finances publiques

ou de la fiscalité ? Nous disposons, par conséquent, d'un domaine scientifique d'une faible cohérence intellectuelle, affecté, pour ainsi dire, par nombre d'angles morts. Cette situation, si elle peut être déplorée, peut pourtant se révéler riche de potentialités spéculatives, car propice au développement d'un potentiel de critiques, d'interrogations et d'hypothèses. C'est en ne négligeant pas les angles morts évoqués à l'instant que le groupe de recherche entreprend un travail focalisé sur une question, qui n'est aujourd'hui, en France, que partiellement traitée, celle de la « Constitution économique ».

La notion de Constitution économique est mal comprise par la doctrine juridique française, parce qu'elle se heurte à une puissante tradition d'administration de l'économie. Le droit public économique est conçu, et les manuels les plus récents en témoignent encore, comme droit de « *l'intervention publique dans l'économie* ». Le droit public économique apparaît de la sorte analysé comme un outil de « pilotage » de l'économie. La doctrine de droit public économique restitue ainsi, et cela tient à l'hégémonie, évoquée plus haut, de ses méthodes descriptives et du « nationalisme méthodologique », l'idéologie de la haute bureaucratie d'État, dont on trouve l'expression, par exemple, dans la vision économique qui ressort des travaux du Conseil d'État. Le vocabulaire de la politique économique française, naguère les notions d'« économie dirigée » et d'« économie concertée », plus récemment l'idée d'un « État stratège », contient encore une théorie de la relation entre État et économie, et plus généralement une philosophie économique, tout à fait particulière, qui remonte aux années cinquante, à l'époque dite des Trente Glorieuses, aux grandes heures de la planification indicative, selon laquelle l'État doit animer, dynamiser, une économie mise sous surveillance étroite. L'État reste en ce sens, en vertu d'une vision très aristotélicienne de la politique, l'âme de la société. La notion de « Constitution économique » met en revanche l'accent sur un autre aspect de la fonction économique de l'État, à savoir la dimension de structuration de l'économie par le droit public. Réduit à l'idée d'une intervention dans l'économie, le droit public apparaît comme une succession de décisions, comme un empilement de mesures ponctuelles, telles que des incitations, des taux réduits, des subventions, des contrôles, *etc.*, dont les gouvernants attendent un effet économique. Les théoriciens de la Constitution économique ont pu souligner que cette conception de la politique économique aboutit au paradoxe d'une anarchie d'État. L'économiste Walter EUCKEN avait critiqué ce travers de l'économie allemande sous la République de Weimar, en dénonçant le « ponctualisme » de la politique économique. Ce vice, à examiner l'actualité, entache encore largement la politique économique nationale. L'autorité gouvernementale, selon le modèle théorisé par James M. BUCHANAN du « despote bienveillant », n'a nullement renoncé, quoiqu'en disent les détracteurs du néolibéralisme, à agir sur l'économie, à tenter d'en orienter le cours. C'est ainsi que la politique économique nationale, loin de répondre à ce besoin essentiel de l'économie que constitue la stabilité, la continuité du fonctionnement, à cette attente de l'entreprise d'un cadre déterminé et prévisible, en un mot à une sécurité juridique systémique, garante d'une confiance des agents économiques, contribue à l'instabilité d'un système économique, déjà sous forte contrainte externe, par une politique ponctuelle imprévisible, assujettie aux aléas des alternances politiques. La notion de Constitution économique, notre colloque l'a montré, focalise les enjeux du droit public économique, répétons-le, sur la

nécessité d'une structuration de l'économie par le droit public, sur l'exigence, préalable à toute ambition de « direction », d'un cadre juridique stable pour l'économie.

Mais pour atteindre cet objectif, pour mettre en évidence la fonction de structuration du droit public économique, la recherche nécessitait, comme il a été dit, l'apport de nouvelles perspectives, d'angles latéraux, d'approches orthogonales. Cela explique le recours au comparatisme. Le Pôle « Droit comparé » avait posé des bases théoriques à travers une journée d'étude consacrée à l'ordolibéralisme allemand. Il s'était agi de montrer, au-delà de la vulgate critique contemporaine qui dénonce l'ordolibéralisme comme la légitimation théorique de l'austérité, d'une part, comment, d'un point de vue technique, ce mouvement avait contribué à repenser le lien entre économie et droit, et, d'autre part, la façon dont les auteurs relevant de cette école avaient théorisé l'idée d'une structuration de l'économie par le droit public. Ce colloque fut publié en 2016 aux éditions L'Harmattan, sous le titre : *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, et a connu un écho non seulement parmi les juristes, mais également dans le domaine de la science économique française. La démarche entreprise à travers le colloque ici publié est plus empirique. Il était naturel d'inviter dans le débat des spécialistes allemands et italiens, car la théorie juridique du droit économique de ces pays est plus avancée que la nôtre. Le colloque n'a pas dispensé une vision exhaustive des effets de la Constitution économique, mais il a permis d'aborder le concept à travers des éclairages spécifiques.

C'est donc en premier lieu la dimension comparatiste du colloque qui en a fait la richesse. Le comparatisme ne constitue pas un simple mode de description, mais représente une véritable méthode, qui permet, pour ainsi dire, de sortir d'un système de pensée, pour voir ce que ce système ne voit pas. Ici, les approches issues du droit allemand ou du droit italien sont particulièrement instructives, et cela tient au fait qu'il existe une intense circulation d'idées entre les cultures juridiques allemande et italienne. Une semblable circulation d'idées entre l'Allemagne et la France a certes existé, mais elle s'est estompée après la Seconde Guerre mondiale. La dimension comparatiste ne s'entend toutefois pas comme visant seulement la comparaison entre des droits nationaux.

Cela explique, en second lieu, la forte présence du droit de l'Union européenne dans le colloque. L'irruption du droit de l'Union dans le droit public économique ne signifie pas seulement une modification du contenu juridique du droit national, mais bien la rencontre entre deux visions divergentes de la politique économique, pour reprendre un vocabulaire issu de l'histoire de la pensée économique allemande, entre deux « styles » ou deux « ordres » économiques, profondément différents. Si la politique économique française est marquée, comme il a été dit, par les idées de « direction » de l'économie, ou d'« intervention » publique dans l'économie, l'esprit du droit de l'Union vise à une coordination des économies nationales, ce qui suppose la fondation d'une économie commune sur la base d'une structure de principes et de règles. Or la disparité des systèmes économiques nationaux a obligé à des efforts intellectuels considérables. Comment unifier les règles relatives aux marchés publics par-delà la diversité des régimes nationaux, alors, par exemple, que ce type de conventions sont en France considérées comme des con-

trats administratifs et en Allemagne comme des contrats régis par le droit privé ? Le droit de l'Union européenne fut donc contraint, de par sa nature même, de penser les questions économiques non en termes de direction d'une économie préexistante, mais en termes de structuration, ou, selon le lexique de la politique européenne, de construction. C'est ainsi que la politique économique européenne a dû revêtir une dimension proprement « constituante ». C'est pourquoi aussi l'émergence de l'interrogation autour de la Constitution économique doit beaucoup, en France, au poids croissant de la contrainte issue du droit de l'Union.

En troisième lieu, la question de la constitution économique est présentée sous l'éclairage de ce qu'on désigne comme la « Constitution financière ». Les spécialistes du droit public économique laissent traditionnellement de côté les questions financières et fiscales, parce qu'elles relèvent d'autres disciplines juridiques spécialisées. Cependant, il va de soi que, lorsqu'il est question d'intervention dans l'économie, de direction de l'économie, la politique budgétaire entre immédiatement dans le champ d'investigation. Le droit des subventions et autres incitations financières, par exemple, peut être examiné tantôt sous l'angle du droit économique, à travers le contentieux administratif, tantôt sous l'angle du droit budgétaire et comptable. C'est pourquoi les enjeux contemporains de politique économique lient étroitement la notion de « Constitution économique » à celles de « Constitution financière » ou de « Constitution monétaire ». Ici encore le renforcement de la contrainte européenne signifie de façon univoque le passage d'une logique de direction, où les autorités publiques étaient libres, en vertu des théories relatives aux politiques contracycliques, d'utiliser la monnaie ou le budget dans le cadre de politiques nationales, à une logique de structuration de la politique économique, à travers un cadre monétaire et budgétaire stabilisé. S'agissant de la pertinence de chacune des deux logiques, le colloque fut le lieu d'échanges aussi vifs que stimulants. La contrainte de l'Union est-elle un rempart contre les dérives financières d'États menaçant de déstabiliser l'ensemble de l'économie européenne ? Ou bien la contrainte budgétaire constitue-t-elle un frein excessif aux politiques de relance ? Nous laisserons le lecteur se faire une opinion à partir des contributions qui lui sont proposées.

Le principal apport de la notion de Constitution économique est donc, pour ce qui est du droit français, de nous sortir, en somme, d'habitudes de pensée, de routines conceptuelles. Il ne s'agit pas de déduire de cette notion, que nous avons voulu mettre en valeur, un dogme, ou de se rallier à une quelconque école. L'enjeu du colloque fut, insistons-y, d'ouvrir de nouvelles perspectives, de contribuer à renouveler la théorie du droit public économique. Le lecteur pourra, à n'en pas douter, en lisant les diverses contributions, mesurer le bénéfice issu des efforts, réalisés par les organisateurs, pour réunir et se faire rencontrer les meilleurs esprits, représentants de diverses traditions juridiques, et c'est pourquoi il convient, en conclusion, de témoigner de l'infinie gratitude que nous devons aux premiers, pour leur travail si fructueux, et aux seconds, pour la présence dont ils nous ont fait l'honneur et le souci qui fut le leur de faire partager leur savoir.