

Compléments de bibliographie :

J.H.H. Weiler: Transformation of Europe », *Yale L.J.* 100 (1991), p. 2 ; *The Constitution of Europe. Do the new Clothes have an Emperor?* Cambridge 1999, A. Morawscik : *The Choice for Europe. Social Purpose/State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, NY 1998. A.S. Milward : *The European Rescue of the Nation-State*, 2e éd., Londres et New York 1999; J. Baquero Cruz : *Between Competition and Free Movement : The Economic Constitutional Law of The European Community*, Hart, Oxford, 2002; M.E. Streit et W. Mussler : « The Economic Constitution of the European Community. From 'Rome' to 'Maastricht' », *European Law Journal* 1 (1995), p. 5; W. Mussler : *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, Baden-Baden 1998; P. Behrens : « Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft », in G. Brüggemeier (s. la dir.) : *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, p. 73; A. Hatje : « Wirtschaftsverfassung », in A. v. Bogdandy (s. dir.), *Europäisches Verfassungsrecht*, p. 683 . W. Sauter : *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford 1997; D.J. Gerber : « Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *American Journal of Comparative Law* 42 (1994), p. 25

Extraits de Christian JOERGES : Que reste-t-il de la Constitution économique européenne après la constitutionnalisation de l'Europe – Une rétrospective mélancolique, *Les Cahiers européens de Sciences Po.* – n° 01/2005

« (...) Notre point de vue pourrait se résumer familièrement : il ne reste pas grand chose de la *constitution économique*, et il n'y pas grand chose là-dedans qui soit de gauche. Mais, ce résumé ne doit pas se limiter à un exercice de déconstruction(...). Il suffit d'indiquer ici notre perspective générale : selon la théorie de la *constitution économique*, le marché ne peut être qu'accompagné de mesures institutionnelles visant à sa protection. Nous répondons qu'il n'en demeure pas moins que le marché est une institution sociale, et qu'il ne peut donc ni être gouverné par quelque principe objectif, ni répondre simplement à quelque besoin fonctionnel. Le marché n'est, en fin de compte, qu'un ordre politique. Par conséquent, nous devons assortir l'ouverture de nos économies nationales de certaines réponses, à la fois en ce qui concerne l'érosion du pouvoir politique de l'Etat-nation, et en ce qui concerne le risque d'irresponsabilité dans les nouvelles structures de gouvernance transnationale.

C'est un mérite de la théorie de la Constitution Economique que d'offrir des réponses à ces questions. Néanmoins, ses réponses se sont bornées à la proposition en faveur d'une institutionnalisation des critères de rationalité économique au niveau transnational. Or, l'ordre post-national

dans lequel nous évoluons désormais requiert des réponses beaucoup plus complexes, et socialement beaucoup plus sensibles, aux tensions qui se produisent entre l'ouverture des économies nationales d'une part, et le préalable de la solidarité sociale d'autre part. Ces réponses n'existent pas encore. Elles doivent être inventées par une pratique réfléchie. Ainsi, la constitutionnalisation de l'Europe doit être conceptualisée comme un processus dans lequel le droit doit surveiller, encadrer et discipliner les pratiques de la gouvernance. » (...)

« Il suffit ici de répéter une seule chose : les affinités entre l'ordo-libéralisme et le projet d'intégration de 1957 étaient multiples, et ce pour diverses raisons. En tant que concept, l'ordo-libéralisme apparut particulièrement approprié à la légitimation et à l'orientation du projet d'intégration, notamment en Allemagne. Les libertés garanties dans le Traité CEE, l'ouverture des économies nationales, les règles contre la discrimination, ainsi que l'engagement en faveur d'un système de libre concurrence, furent interprétés comme une « décision » qui favorisait une Constitution économique fondée sur la conception ordo-libérale de l'encadrement d'un système économique de marché (au moins dans la mesure où les nombreuses dérogations à ce système pouvaient être analysées comme des exceptions, et qu'on pouvait – puisqu'on devait ! – fermer les yeux sur le péché originel que fut la Politique Agricole Commune). Le fait que l'Europe s'engageait dans la voie de l'intégration dans une perspective purement économique rendait les arguments ordo-libéraux plausibles, voire même nécessaires : selon les ordo-libéraux, la Communauté gagnerait sa légitimité en interprétant les dispositions pertinentes du Traité en tant que fondements juridiques d'un ordre engagé en faveur des libertés économiques et de la protection de la libre concurrence, et mis en œuvre par des institutions supranationales. Cette légitimité serait donc indépendante de la question du caractère démocratique de cet ordre. De même, elle définirait les limites de la CEE, en excluant en tant qu'illégitime et illégale toute politique économique discrétionnaire.

Ainsi, une perspective prometteuse s'ouvrait pour l'institutionnalisation d'une Constitution économique ordo-libérale. Quid de la fameuse économie sociale de marché de l'Allemagne ? Dans une de ses

récentes et pertinentes analyses, F.W. Scharpf¹ propose de s'interroger au sujet de « *la voie qui ne fut pas empruntée dans les années 1950.* » « *Où en serions-nous aujourd'hui* », se demande-t-il, « *si pendant les négociations de 1956 qui menèrent aux Traités de Rome et à la création de la CEE, le Premier Ministre (Socialiste) français Guy Mollet l'eût remporté ? Mollet, avec l'appui des industriels français, tenta de faire de l'harmonisation des réglementations sociales et des mesures fiscales une condition sine qua non de l'intégration de marchés industriels. De telles tentatives d'harmonisation des politiques sociales auraient-elles réellement pu aboutir, ou auraient-elles bloqué le processus d'intégration européenne tout entier ?* »

Comme Scharpf lui-même l'ajoute, cette intéressante question ne peut pas recevoir de réponse. Nous ne pouvons connaître que ce qui fut réellement accompli, c'est-à-dire le «*découplage*» entre la dimension sociale et l'institutionnalisation d'un «*système de libre concurrence*» européenisé. Cela était bien évidemment au goût des ordo-libéraux. Selon eux, le niveau de gouvernance européen ne pouvait pas – pis, ne devait pas – être encombré par des fonctions politiques qui auraient requis une légitimité politique, laquelle ne peut exister qu'en vertu d'institutions propres aux démocraties constitutionnelles. Indépendamment de notre point de vue personnel sur cet argument, l'argument n'en demeure pas moins cohérent et compatible avec l'ordre institutionnel de la Communauté Economique Européenne telle qu'elle fut conçue à l'origine.

L'ordre politique européen proposé par les ordo-libéraux repose sur une double structure: au niveau supranational, il est engagé en faveur de la rationalité économique et de la protection de la libre concurrence ; au niveau national, des politiques redistributives (sociales) peuvent être instituées et développées.

Récapitulons : l'Europe fut constituée comme un ordre politique à deux facettes. Sa «*Constitution économique*» était apolitique, du moins dans le sens qu'elle ne pouvait pas faire l'objet d'interventions politiques. Cela était sa raison d'être constitutionnelle supranationale.

¹ F.W. Scharpf, «*The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*», *Journal of Common Market Studies*, 40 (2002), p. 645

La politique sociale était définie comme un sujet totalement distinct. Elle formait un (ou peut-être le ?) domaine de législation politique et, par conséquent, devait rester nationale. L'«encastrement » social du marché pouvait, et devait, être accompli par les Etats Membres selon des modalités différentes – et, pendant environ une décennie, cette recette créa une sorte d'équilibre qui paraissait stable. » (...)