The Idea of Economic Constitution in Europe

Legal History Library

Series Editors

C.H. (Remco) van Rhee, *Maastricht University*
Dirk Heirbaut, *Ghent University*
Matthew C. Mirow, *Florida International University*

Editorial Board

Hamilton Bryson, *University of Richmond*
Thomas P. Gallanis, *University of Iowa*
James Gordley, *Tulane University*
Richard Helmholz, *University of Chicago*
Michael Hoeflich, *University of Kansas*
Neil Jones, *University of Cambridge*
Hector MacQueen, *University of Edinburgh*
Paul Oberhammer, *University of Vienna*
Marko Petrak, *University of Zagreb*
Jacques du Plessis, *University of Stellenbosch*
Mathias Reimann, *University of Michigan*
Jan M. Smits, *Maastricht University*
Alain Wijffels, *Université Catholique de Louvain, Leiden University, CNRS*
Reinhard Zimmermann, *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg*

VOLUME 61

The titles published in this series are listed at *brill.com/lhl*

The Idea of Economic Constitution in Europe

Genealogy and Overview

Edited by

Guillaume Grégoire and Xavier Miny



BRILL
NIJHOFF

LEIDEN | BOSTON





Published with the support of the University Foundation of Belgium and of the Research Unit Cité of the University of Liege. The realization of this project was possible also thanks to the David-Constant Foundation.

Cover illustration: Frontispiece to Voltaire's interpretation of Isaac Newton's work, *Elémens de la philosophie de Newton* (1738).



This is an open access title distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license, which permits any non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided no alterations are made and the original author(s) and source are credited. Further information and the complete license text can be found at https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

The Library of Congress Cataloging-in-Publication Data is available online at https://catalog.loc.gov

Typeface for the Latin, Greek, and Cyrillic scripts: "Brill". See and download: brill.com/brill-typeface.

ISSN 1874-1793
ISBN 978-90-04-51933-6 (hardback)
ISBN 978-90-04-51935-0 (e-book)

Copyright 2022 by Guillaume Grégoire and Xavier Miny. Published by Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.
Koninklijke Brill NV incorporates the imprints Brill, Brill Fink, Brill Hotei, Brill mentis, Brill Nijhoff, Brill Schöningh, Böhlau, Vandenhoeck & Ruprecht and V&R unipress.
Koninklijke Brill NV reserves the right to protect this publication against unauthorized use. Requests for re-use and/or translations must be addressed to Koninklijke Brill NV via brill.com or copyright.com.

This book is printed on acid-free paper and produced in a sustainable manner.

Contents

Acknowledgment IX
Notes on Contributors X

Introduction: La "Constitution économique" : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires 1
Guillaume Grégoire and Xavier Miny

PART 1
Genealogy of the Concept
Historical and Theoretical Perspectives

SECTION 1
The Emergence of the Concept
From the Physiocrats to the Weimar Republic

Les Physiocrates, l'économie politique et l'Europe 37
Philippe Steiner

The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles 53
Guillaume Grégoire

Discussion
Le Concept de Constitution économique : émergence et fonctions 94
Hugues Rabault

Discussion
The Concept and Politics of the Economic Constitution 119
Peter C. Caldwell

SECTION 2
The (Neo)Liberal Recapture of the Concept

An Economic Constitution – Neoliberal Lineages 157
Thomas Biebricher

Economic Constitution and Authoritarian Liberalism: Carl Schmitt and the Idea of a Sound Economy 182
Werner Bonefeld

Discussion
Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? 204
Serge Audier

Discussion
L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire 237
Vincent Valentin

PART 2
The European Economic Constitution
From Micro to Macro

SECTION 3
The Microeconomic Constitution of the European Union
Fundamental Economic Freedoms and Competition Law

The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market 263
Pieter Van Cleynenbreugel and Xavier Miny

Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? 298
Frédéric Marty

Discussion
Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne 344
Claire Mongouachon

Discussion
Society, Private Law and Economic Constitution in the EU 380
Hans-Wolfgang Micklitz

SECTION 4
The Macroeconomic Constitution of the European Union
The Advent of Economic and Monetary Union

Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire 427
Francesco Martucci

The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? 458
Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson

Discussion
The Evolving Economic Constitution of the European Union: Eulogy to Stability? 487
Susanna Cafaro

Discussion
The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance 507
Peter Lindseth and Cristina Fasone

PART 3
National Economic Constitutions and Global Governance

SECTION 5
National Economic Constitutions
A Legal Analysis

Constitution et économie en Belgique 543
Pierre Nihoul

La constitution économique de la France et la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel 567
François Colly

The Idea of an Economic Constitution (*Wirtschaftsverfassung*) in German Law 617
Peter-Christian Müller-Graff

The United Kingdom's Economic Constitution 638
Tony Prosser

SECTION 6
Global Governance and New (Economic) Constitutionalism Federalism and Competition between Jurisdictions

The Special Financing Law: Tax Competition and Fiscal Consolidation at the Heart of Belgium's Material Economic Constitution 659
Damien Piron

La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique 687
M. Mahmoud Mohamed Salah

Discussion
Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism 718
Thibault Biscahie and Stephen Gill

Discussion
De la constitution économique à la constitution écologique : l'avènement de la 'méta-politique' 755
Sébastien Adalid

Overall Conclusions

Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" 789
Christian Joerges

Index of Subjects 821
Index of Names 825

Acknowledgment

Nous n'aurions pu mener à bien ce projet sans la confiance et l'aide du comité académique qui nous a conseillés. Nous remercions par conséquent sincèrement les Professeurs Frédéric Bouhon, Marc Bourgeois, Pieter Van Cleynenbreugel, Wim Decock, Quentin Detienne et Nicolas Thirion.

Notre gratitude va également à la Faculté de droit, de science politique et de criminologie de l'Université de Liège, à l'Unité de recherche CITÉ, au Fonds David-Constant, à la Fondation universitaire de Belgique et au Fonds belge de la Recherche Scientifique (F.R.S.-FNRS). Un merci spécial à Mathilde Franssen, Sabine Garroy, Léna Geron, Nicolas Henry, Andy Jousten, Louise Laperche, Aymeric Nollet, Marie Servais, Antoine Vandenbulke, Fanny Voisin et Zoé Vrolix pour leur relecture minutieuse.

Nous remercions en outre sincèrement l'ensemble des contributeurs qui ont pris part, avec enthousiasme, à ce projet collectif et à la maison d'édition Brill pour sa confiance et son soutien.

Enfin, ce livre n'aurait pu être possible sans la présence de nos proches. Merci à eux pour leur patience et leur soutien.

We could not have achieved this project without the trust and help of the academic committee who advised us. We therefore sincerely thank Professors Frédéric Bouhon, Marc Bourgeois, Pieter Van Cleynenbreugel, Wim De Cock, Quentin Detienne and Nicolas Thirion.

Our gratitude also goes to the Faculty of Law, Political Science and Criminology of the University of Liege, as well as the CITÉ Research Unit, the David-Constant Fund, the University Foundation of Belgium and the Belgian Fund for Scientific Research (F.R.S.-FNRS). Special thanks to Mathilde Franssen, Sabine Garroy, Léna Geron, Nicolas Henry, Andy Jousten, Louise Laperche, Aymeric Nollet, Marie Servais, Antoine Vandenbulke, Fanny Voisin and Zoé Vrolix for their careful proofreading.

Moreover, we thank all the contributors who enthusiastically took part in this collective project and Brill Publishers for its trust and its support.

Finally, this book would not have been possible without the presence of our loved ones. We thank them for their patience and support.

Guillaume Grégoire and Xavier Miny

Notes on Contributors

Sébastien Adalid
is *Agrégé des Facultés de Droit* and Professor of Public Law, specialized in European Union law, at the University of Rouen Normandie. He is the author of a PhD thesis on the European Central Bank and the Eurosystem and of contributions on economic and monetary union and, more generally, on the contemporary evolution of European integration.

Serge Audier
is Associate Professor of Moral and Political Philosophy at the University Paris-Sorbonne. His publications include *Le Colloque Walter Lippmann. Aux Origines du néo-libéralisme*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2008 and 2012; *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2015; *Penser le "néolibéralisme". Le moment néolibéral, Foucault et la crise du socialisme*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2015.

Thomas Biebricher
is a political theorist. He is currently Associate Professor for the History of Economic Governance at the Department of Management, Philosophy and Politics at the Copenhagen Business School. His latest publications include *The Political Theory of Neoliberalism* (Stanford University Press, 2019).

Thibault Biscahie
is a PhD Candidate in the Department of Politics at York University, Toronto. He holds a master's degree in International Relations from Sciences Po Lille. His work focuses on the presidency of Emmanuel Macron and its impact on French political economy and society. He is interested in French and European Politics and has taught courses in Global Political Economy and International Relations. He has presented his work in Canada, the United States, Britain, Switzerland and Greece.

Werner Bonefeld
is Professor at the Department of Politics at the University of York in the UK. His recent book publications include *Critical Theory and the Critique of Political Economy* (Bloomsbury 2016) and *The Strong State and the Free Economy* (Rowman and Littlefield 2017). With Beverley Best and Chris O'Kane he is co-editor of *The Sage Handbook of Frankfurt School Critical Theory* (three volumes, Sage 2018). His current book publications include a *Handbook on*

Ordoliberalism that he co-edits with Thomas Biebricher and Peter Nedegaard for Oxford University Press (2022) and he is currently completing a co-edited volume with Chris O'Kane, entitled *Adorno and Marx* for Bloomsbury (2022).

Susanna Cafaro
is Professor of European Union Law at Università del Salento (Lecce, Italy) where she holds a Jean Monnet Chair whose title is "Legal theory of European Integration: a Supranational Democracy Model?". She has authored and edited numerous books and more than 50 scholarly journal articles and book chapters about the EU's institutional frame, the European economic and monetary union, the EU's external relations, the law of international organizations and the global governance.

Peter C. Caldwell
is Samuel G. McCann Professor of History at Rice University in Houston, USA. His work has focused on the history of German constitutionalism, the transformation of the disciplines of law, economics and philosophy under East German state socialism, and theories of the West German welfare state.

François Colly
is Professor Emeritus of the University Paris-Saclay and Honorary Dean of the Faculty of Law of Evry. He was assistant and Associate Professor at the University Paris Panthéon-Sorbonne, Professor at the Faculty of Law of the University of Metz, and then at the Faculty of Law and Political Science of Evry-Val d'Essonne (renamed Paris-Saclay). His areas of specialization include Public Economic Law, Administrative Law, Constitutional Law, and Public Finance. His doctoral dissertation focused on *Les emprunts publics de l'État* (*Public borrowing by the State*). He is the author of numerous books and articles, notably on Constitution and economy, freedom of trade and industry, equal competition, property rights, public procurement contracts, independent administrative authorities, public domain, housing rights and cultural law.

Cristina Fasone
is Associate Professor of Comparative Public Law at LUISS University, in Rome, and Visiting Professor at Nicolaus Copernicus University of Toruń, Faculty of Law. A member of the steering committee of the ECPR Research Network on Differentiated Integration, she has held a Jean Monnet Module 2016–2019 on "Parliamentary accountability and technical expertise: Budgetary Powers, Information and Communication Technologies and Elections" (PATEU) and has been Max Weber Post-doctoral Fellow in Law at the European University

Institute, Florence. Cristina has been a Visiting Scholar at the Victoria University of Wellington, Georgetown Law Center, Uppsala University, Complutense University, the University of Copenhagen, Durham Law School. Her research interests include parliamentary democracy in Europe, legislative studies, differentiated integration, independent fiscal institutions, constitutional adjudication.

Stephen Gill
is Distinguished Research Professor of Political Science at York University, Toronto. He is a Fellow of the Royal Society of Canada and Senior Associate Member of St. Anthony's College, Oxford University. In 2009 Professor Gill was named as one of the top 50 all-time thinkers in his field in Martin Griffiths, *et. al.* (eds), *Fifty Key Thinkers in International Relations* (New York Routledge 2009). In 2021 he was elected as the Canada Council Killam Laureate in the Social Sciences – Canada's most prestigious academic prize.

Guillaume Grégoire
is pursuing a doctoral research in Economic Law and Legal Theory at the University of Liège (Belgium). He holds a double master's degree in law and management. He has been appointed as Research Fellow of the Belgian Fund for Scientific Research (F.R.S.-FNRS) from 2017 to 2021 and was invited as visiting scholar at the University Paris Panthéon-Assas (2018) and at the Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb of Munich (2019). He is the author of *L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand* (CRISP, 2021).

Christian Joerges
is Professor Emeritus of Law and Society at the Hertie School of Berlin. His research focuses on economic ordering through law and on European integration and globalization. His current projects include the European crisis and economic transnational governance. He is also a Co-Director of the Centre of European Law and Politics at the University of Bremen. Until 2007, he held the Chair for European Economic Law at the European University Institute Florence. He was a Visiting Professor in the Faculty of Legal Science at the University of Trento, the University of Toronto Faculty of Law, the Hauser Global Law School at New York University, Columbia Law School and the Birkbeck College of Law, University of London. He has been a fellow at the Institutes for Advanced Study in Berlin and Wassenaar, NL. In 2009, he was awarded an honorary doctorate from the University of Fribourg.

Peter L. Lindseth
teaches at the University of Connecticut School of Law (USA), where he is the Olimpiad S. Ioffe Professor of International and Comparative Law. He is a legal scholar and historian with strong interests in the comparative origins and evolution of governance structures and public law. His books include a reinterpretation of the history of European integration, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State* (Oxford University Press), as well as three co-edited volumes on comparative administrative law (from Elgar and Oxford University Press), which have redefined that field. His articles have appeared in the Columbia Law Review, Contemporary European History, the European Law Journal, and the Yale Law Journal, among other publications.

Hjalte Lokdam
is LSE Fellow of International Political Economy at London School of Economics's Department of International Relations. Prior to this he has been affiliated with the LSE's European Institute, the European University Institute of Florence, Copenhagen Business School, the New School for Social Research and Sciences Po, Paris.

Francesco Martucci
is *Professeur Agrégé des Facultés de droit* at the University Paris Panthéon-Assas (European College of Paris) where he teaches European and French Economic Law since 2013, and where he heads the Master's degree of European Law and Market Regulation since 2019. He is also a member of the 'Conseil National des Universités' and of the 'Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris'. He is specialized in European Law and focuses on the Economic and Monetary Union, Competition Law (State Aids), Services of General Interest, Regulation and Common Market Law. Before serving as Professor at the University of Strasbourg (Centre d'Etudes Internationales et Européennes) and as Senior Lecturer (Maître de conférence) at the University Paris Est Créteil, he studied law and European law at the University of Panthéon-Sorbonne, where he also obtained his PhD degree in 2007. He also graduated in European Studies from the Institut d'Etudes Politiques de Paris (Sciences Po) and from the Freie Universität Berlin.

Frédéric Marty
is an alumnus of ENS Paris Saclay and holds a PhD in economics. He is a Senior research fellow at the CNRS (French National Center for Scientific Research)

within the Research Group on Law, Economics and Management (Université Côte d'Azur). Since 2019, he has been a member of the College of the French Competition Authority as a qualified expert for regulated professions. His work focuses on the history of competition policies and on the analysis of anti-competitive practices in the digital sector.

Hans-Wolgang Micklitz
is Finland Distinguished Professor at the University of Helsinki, Part-Time Professor at the Robert Schuman Centre for Advanced Studies at the European University Institute of Florence (Italy) and member of the ERC research team headed by Professor Giovanni Sartor (Bologna/EUI Florence) on the regulation of computations (processes and systems) (2019–2024). His research interests involve Transnational and European (private) law, digitization and legal theory.

Xavier Miny
is pursuing a doctoral research at the Faculty of Law, Political Science and Criminology of the University of Liege (Belgium). He holds a master's degree in public and administrative law and a complementary master's degree in tax law. His doctoral project focus on the relations between some aspects of globalisation and the federal structure of States. He was awarded a FRESH grant from the Belgian Fund for Scientific Research (F.R.S.-FNRS) from 2018 to 2021. He is the co-author of the handbook *Introduction au droit public. Considérations générales et particularités belges* (Larcier, 2021).

Mohamed Mahmoud Mohamed Salah
is *Agrégé des facultés de droit*, Professor of law at the University of Nouakchott since 1989 and lawyer. He is also a member of the Research Group in Law, Economics and Management (GREDEG – UMR – CNRS) and author of numerous publications in economic law and international law, including: *Les contradictions du droit mondialisé* (Presses Universitaires de France, 2002) and *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international: Mythe ou réalité?* (LGDJ – Lextenso, 2012).

Claire Mongouachon
is Associate Professor of Public Law at the University of Paris Nanterre. She is a member of the Centre de recherches en droit public (CRDP) and co-director of the double degree in law and economics. She is specialized in competition law and EU economic law and develops in her work a comparative approach

(of German law) and a reflection on economic philosophy, especially ordoliberalism.

Peter-Christian Müller-Graff
is Senior Professor for Private Law, Economic Law and European Law at the Heidelberg University Law Faculty, Member of Academia Europaea, President of the German Association of European Communities Studies, member of the Comité Directeur of Fédération Internationale pour le Droit Européen and Honorary Chair of the Association of the German Law Faculties. He has been awarded several honorary doctorates (Universities of Athens, Bergen, Budapest ELTE, Kiew Mohyla, Kraków). He pursued his studies at the universities of Göttingen, Berlin (FU), Tübingen and Cornell, N.Y. (USA), passed the State Exams in Law in Baden-Württemberg, earned his doctorate (Dr.iur.) and habilitation (Dr.iur.habil.) at Tübingen University. Prior to his appointment at Heidelberg in 1994 he was professor of law at the universities of Köln (Cologne) and Trier. He has been a judge at the Court of Appeals in Cologne. Professor Müller-Graff has held several visiting professorships in other European countries (in particular in France, Belgium – Collège d'Europe –, Austria, Switzerland, Poland and Hungary), in the USA (Cornell, Georgetown) and in Asia (Nihon, Tokyo; Tongji, Shanghai).

Pierre Nihoul
is Professor at the Faculty of Law of UCLouvain, President of the Constitutional Court of Belgium and honorary member of the Belgian Conseil d'État. He has written several monographs and edited several collective books on public economic law. He has been teaching public economic law at the Faculty of Law of UCLouvain for over ten years. He has also published numerous contributions in various fields of constitutional law, administrative law and constitutional litigation.

Damien Piron
is Assistant Professor in Public Finance Law at the UCLouvain (Belgium). He obtained a PhD in Political and Social Sciences at the University of Liège (2018) and held several visiting positions at the KULeuven, the London School of Economics and Political Science, the School for Advanced Studies in the Social Sciences (EHESS), Paris Dauphine University, and the University of Oxford. His research focuses on public finance management in Belgium. He is the author of *Gouverner les régions par les finances publiques – Européanisation, fédéralisation et néolibéralisme en Belgique* (Larcier, 2019) and several articles

and book chapters on Belgian fiscal federalism, European fiscal governance, public-private partnerships and administrative reforms in Belgium.

Tony Prosser
is Professor of Public Law at the University of Bristol. Previously he was John Millar Professor of Law at the University of Glasgow, taught at the universities of Sheffield and Hull and was visiting professor at the University of Rome La Sapienza, the College of Europe in Bruges and the University of Paris Dauphine. He is a Fellow of the British Academy.

Hugues Rabault
is Professor of Public Law at the University Paris-Saclay, member of the Léon Duguit Research Center of the University of Evry-Val-d'Essonne (Univ Evry, CRLD). His publications include *La constitution financière de la France. Sources fondamentales du droit des finances publiques*, Paris, L'Harmattan, 2020, and *L'ordolibéralisme, aux origines de l'École de Fribourg-en-Brisgau* (dir.), Paris, L'Harmattan, 2016.

Philippe Steiner
is Professor of Sociology at the University Paris-Sorbonne, and honorary member of the Institut universitaire de France. His researches are mainly devoted to the history of social sciences and economic sociology.

Vincent Valentin
is Professor of Public Law at Sciences-Po Rennes and a member of the Center for Theory and Analysis of Law at the University Paris Nanterre. His publications include Les *conceptions néo-libérales du droit* (Economica, 2003) and *Les Penseurs libéraux* (with Alain Laurent, Les Belles Lettres, 2012).

Pieter Van Cleynenbreugel
is Professor of European Union law at the University of Liège, where he teaches EU substantive law. His research focuses on EU internal market law, EU competition law and EU administrative law, fields in which he has published widely. He previously lectured at Leiden University and obtained an LL.M. at Harvard University and a PhD at KU Leuven.

Michael A. Wilkinson
is Associate Professor of Law at LSE. He has held visiting professorships at Cornell University, Paris Panthéon-Assas, the National University of Singapore and the University of Keio, Tokyo. He is the author of *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe* (Oxford University Press, 2021).

Introduction
La "Constitution économique" : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires

Guillaume Grégoire and Xavier Miny

Un concept au carrefour des « sciences de la culture »

Les 16, 17 et 18 décembre 1970 eut lieu à l'Université de Liège, à l'initiative de l'Institut d'Études Juridiques Européennes (IEJE), un colloque international rassemblant des scientifiques et intellectuels de différentes origines autour du thème de « la constitution économique européenne »[1]. Trois domaines furent alors abordés à l'occasion de cette rencontre dans l'ancienne capitale de la principauté épiscopale éponyme : la répartition des responsabilités et des pouvoirs de décision économique, les rapports entre la politique de concurrence et la politique économique de la nouvelle structure européenne et, enfin, la place des entreprises publiques au sein de l'économie européenne intégrée. Cet évènement marqua, parmi quelques autres, l'entrée de la notion de « constitution économique », désormais classique, dans le lexique juridique européaniste[2]. Que ce soit pour qualifier les libertés de circulation et le caractère économiquement ordonnateur du droit de la concurrence (le « constitutionnalisme du marché intérieur »)[3] ou pour caractériser la mise en place de

1 Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne : actes du cinquième colloque sur la fusion des communautés européennes organisé à Liège les 16,17 et 18 décembre 1970*, Liège/La Haye, Martinus Nijhoff, 1971.

2 Voy. notamment F. Martucci, « Constitution économique, quelques fragments de doctrine française », in F. Martucci et C. Mongouachon (dir.), *La constitution économique. En hommage au Professeur Guy Carcassonne*, Paris, La Mémoire du droit, 2015, pp. 27–53, spéc. p. 34 ; L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, n° 20–21, pp. 445–482, spéc. p. 472–473.

3 Voy. notamment L.-J. Constantinesco, « La constitution économique de la C.E.E. », *Revue trimestrielle de droit européen,* 1977, vol 13, n°2, pp. 244–281 ; M. Poiares Maduro, « Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights », *European Law Journal*, 1997, vol. 3, n° 1, pp. 55–82 et spéc. pp. 61–70 ; M.E. Streit et W. Mussler, « The economic constitution of the European community: From Rome to Maastricht », *Constitutional Political Economy*, 1994, vol. 5, n°3, pp. 319–353. W. Sauter, « The economic constitution of the European Union », *Columbia Journal of European Law*, 1998, vol. 4, n°1, pp. 27–68 ; H. Schepel et W. Sauter, *State and Market in European Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; S. Griller, B. Kneihs, V. Mader

© GUILLAUME GRÉGOIRE AND XAVIER MINY, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_002
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

l'Union économique et monétaire (la « constitution macro-économique de l'Union »)[4], cette catachrèse « constitutionnelle » joue en effet, depuis lors, un rôle structurant au sein de la recherche en droit européen.

La diffusion croissante de l'expression « constitution économique » dans les travaux relatifs à l'intégration européenne se trouve du reste renforcée par un double mouvement doctrinal. D'une part, ce syntagme s'est vu transposé et appliqué à différents ordres juridiques étatiques[5] ainsi qu'à certaines organisations internationales (GATT, OMC, OIT, *etc.*)[6]. D'autre part, une partie de la littérature en sciences juridiques s'est attachée à remettre en perspective historique et théorique plusieurs aspects de ce concept générique[7]. De surcroît, ces tendances ont pu se renforcer et se consolider mutuellement : les études généalogiques ramènent parfois à certaines controverses spécifiquement

---

et M. Potacs (dir.), *Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt. Festschrift für Heinz-Peter Rill zum 70. Geburtstag*, Vienne/New York, Springer, 2010 ; A. Hatje, « The Economic Constitution within the Internal Market », in A. von Bogdandy et J. Bast (dir.), *Principles of European constitutional law*, Oxford/Munich, Hart Publishing/C.H. Beck, 2010, pp. 589–622; K. Tuori, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011, vol. XXV, n°4, pp. 559–599.

4 Voy. notamment E. Grossman et P.-E. Micolet, « Le nouvel ordre de politique économique européen : Une constitution économique au service de la stabilité monétaire ? », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2000, n° 437, pp. 243–251 ; P. Van Cleynenbreugel et W. Devroe, « Observations on Economic Governance and the Search for a European Economic Constitution », in D. Schiek, U. Liebert et H. Schneider (dir.), *European Social and Economic Constitutionalism after Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 95–120 ; K. Tuori et K. Tuori, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, spec. pp. 13–60.

5 F. Casesse, *La nuova costituzione economica*, Rome/Bari, Editori Laterza, 1995 ; H. Rabault, « La constitution économique de la France », *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, pp. 707–745 ; T. Prosser, *The Economic Constitution*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014 ; N. von Stralendorff, *Die spanische Wirtschaftsverfassung aus rechtsvergleichender Sicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016.

6 H. Gröner et A. Schüller, « Grundlagen der internationalen Ordnung: GATT, IWF und EG im Wandel – Euckens Idee der Wirtschaftsverfassung des Wettbewerbs als Prüfstein », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1989, vol. 40, pp. 429–463 ; F. Fuders, *Die Wirtschaftsverfassung des MERCOSUR: Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

7 D.J. Gerber, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, n° 1, pp. 25–84 ; K. W. Nörr, « "Economic Constitution": On the Roots of a Legal Concept », *Journal of Law and Religion*, 1994, vol. 11, n° 1, pp. 343–354 ; L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *op. cit.* ; H. Rabault, « La notion de constitution économique : éléments d'introduction », *Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, 2018, n° 34, pp. 207–235.

nationales[8], alors que l'analyse d'un ordre juridico-économique particulier nécessite, le plus souvent, une contextualisation historique ou théorique[9]. L'extension graduelle de l'usage du concept a dès lors progressivement conduit à l'éclosion d'une nouvelle branche du droit économique : le « constitutionnalisme économique »[10], qui s'attache tant à l'analyse des théories économiques qui ont pu imprégner certaines normes supra-législatives[11] qu'à celle des jurisprudences des cours suprêmes y afférentes[12].

---

8 K. W. Nörr, « Auf dem Weg zur Kategorie der Wirtschaftsverfassung: wirtschaftliche Ordnungsverstellungen im juristischen Denken vor und nach dem Ersten Krieg », in K. W. Nörr, B. Schefold et F. Tenbruk (dir.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert*, Stuttgart, Steiner, 1994, pp. 423–452 ; C. Mongouachon, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, n° 90, pp. 303–337.

9 M. Tuan Luong, *Wirtschaftsverfassungsrecht im Wandel. Zugleich ein Beitrag zum Verfassungswandel*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 1999 ; H. Rabault, « La constitution économique de la France », *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, pp. 707–745 ; D. Jungbluth, *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeurteil*, Wiesbaden, Springer, 2018 ; C. Mongouachon, « Entre théories économiques et volonté politique, la constitution monétaire de l'Union en débat », in T. Perroud, G. Kalflèche et M. Ruffert (dir.), *L'avenir de l'UEM: une perspective franco-allemande*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 75–110 ; G. Grégoire, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire : des théories économiques aux cadres juridiques », *Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, 2019, vol. 35, pp. 53–119.

10 H. Rabault, « L'ordolibéralisme : vers un constitutionnalisme économique ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, vol. 120, n° 4, pp. 91–101 ; G. Gerapetritis, « New Economic Constitutionalism : The Concept », in *New Economic Constitutionalism in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 6–43.

11 A. Krölls, *Grundgesetz und kapitalistische Marktwirtschaft. Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik*, Francfort-sur-le-Main, Haag & Herchen, 1994 ; J. Drexl, « La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2012, vol. XXV, n° 4, pp. 419–454 ; M. Caron, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2016, n° 2, pp. 557–595 ; F. Martucci, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, vol. 78, n° 1, pp. 127–145 ; J. Garcia, « Les théories économiques et le pouvoir constituant », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, vol. 78, n° 1, pp. 99–109.

12 R. Jurion, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, Thèse, Université de Lorraine, Metz, 2017 ; J. Martinez, *Conseil constitutionnel et économie*, Paris, L'Harmattan, 2022 ; H. Schepel, « The Bank, the Bond, and the Bail-out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone », *Journal of Law and Society*, 2017, vol. 44, n° 1, pp. 79–98 ; G. Grégoire, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021, vol. 2490–2491, n°s 5–6, pp. 5–96. De l'autre côté de l'Atlantique, voy. également A.

En parallèle, et au-delà du seul champ juridique, cette notion a par ailleurs été mobilisée par d'autres disciplines des sciences humaines et sociales[13]. À la suite des travaux séminaux des ordolibéraux allemands et de leurs compagnons de route[14], de nombreux courants des sciences économiques ont développé leur interprétation du concept, le cas échéant sous le vocable renversé d'« économie constitutionnelle » (*constitutional economics*)[15] ou dans

R. Rutten, *The Supreme Court and the search for an economic Constitution, 1870–1990*, Washington, Washington University, 1991.

13 Pour une analyse historique récente, voy. notamment Q. Slobodian, *Globalists – The end of Empire and the birth of neoliberalism*, Cambridge (MA)/Londres, Harvard University Press, 2018, pp. 182–217.

14 Voy. notamment A. Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1932 ; W. Eucken, F. Böhm et H. Großmann-Doerth, « Unsere Aufgabe. Beleitwort der Herausgeber zur Schriftenreihe „Ordnung der Wirtschaft" », in F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart/Berlin, Kohlhammer, 1937, p. VII–XXI ; W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Iena, Gustav Fischer, 1940, pp. 52–54 ; L. Miksch, *Wettbewerb als Aufgabe: Die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, Ordnung der Wirtschaft. H. 4, Stuttgart/Berlin, Kohlhammer, 1937 ; L. Miksch, « Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1949, vol. 105, pp. 310–338. Sur le sujet, voy. également H. Rabault, *L'Ordolibéralisme, aux origines de l'École de Fribourg-En-Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016 ; J. Hien et C. Joerges (dir.), *Ordoliberalism, law and the rule of economics*, Oxford/Londres, Hart Publishing, 2017 ; H. Canihac, « Walter Eucken à Paris? L'introduction de l'ordolibéralisme allemand dans les débats économiques français (1945–1965) », *Revue européenne des sciences sociales*, 2017, vol. 55, n°2, pp. 237–263 ; H. Rabault, « L'ordolibéralisme : vers un constitutionnalisme économique ? À propos de Josef Hien, Christian Joerges (direction), Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2017 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, vol. 120, n° 4, pp. 91–101.

15 Nous pouvons ranger sous cette catégorie tant l'école du *Public Choice* (notamment : R. McKenzie (dir.), *Constitutional Economics : Containing the Economic Powers of Government*, Lexington (Mass.), Lexington Books, 1984 ; J.M. Buchanan, « The Domain of Constitutional Economics », *Constitutional Political Economy*, 1990, vol. 1, n° 1, pp. 1–18 ; J. Buchanan, *Constitutional Economics*, Oxford, Blasil Blackwell, 1991 ; V. Vanberg, « Ordnungstheorie as Constitutional Economics: The German Conception of a "Social Market Economy" », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1988, n° 39, pp. 17–31.) que la Nouvelle macroéconomie classique (notamment T. J. Sargent et N. Wallace, « The Stability of Models of Money and Growth with Perfect Foresight », *Econometrica*, 1973, vol. 41, n° 6, pp. 1043–1048 ; T. J. Sargent et N. Wallace, « "Rational" Expectations, the Optimal Monetary Instrument, and the Optimal Money Supply Rule », *Journal of Political Economy*, 1975, vol. 83, n° 2, pp. 241–254 ; R. E. Lucas, « Econometric policy evaluation: A critique », *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, 1976, vol. 1, pp. 19–46 ; F. E. Kydland et E. C. Prescott, « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, 1977, vol.

une perspective d' « économie politique constitutionnelle » (*Constitutional Political Economy*)[16].

Les études sociologiques ne sont pas en reste : sous la figure tutélaire d'un auteur aussi commenté que Niklas Luhmann[17], Gunther Teubner s'est attelé, dans une perspective elle aussi plutôt libérale[18], à penser l'articulation entre systèmes politique, économique et juridique à partir de la notion de « constitution économique »[19]. À l'inverse, quoique toujours au départ de cette notion

---

85, n° 3, pp. 473–491 ; J. B. Long et C. I. Plosser, « Real Business Cycles », *Journal of Political Economy*, 1983, vol. 91, n° 1, pp. 39–69 ; B. T. McCallum, « On "Real" and "Sticky-Price" Theories of the Business Cycle », *Journal of Money, Credit and Banking*, 1986, vol. 18, n° 4, pp. 397–414 ; P. R. Masson et M. P. Taylor, « Fiscal Policy within Common Currency Areas », *Journal of Common Market Studies*, 1993, vol. 31, n° 1, pp. 29–44).

16 Programme de recherche initié par James Buchanan (G. Brennan et J. Buchanan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985) sur la base des travaux de Friedrich Hayek (F. A. Hayek, « Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1967, vol. 18, pp. 11–33 ; F. A. Hayek, « Die Verfassung eines freien Staates », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1968, vol. 19, pp. 3–11 ; F. A. Hayek, « Reflections on constitutional economics », in R. B. McKenzie (dir.), *Constitutional economics: containing the Economic Powers of Government*, Lexington, Lexington Books, 1984, pp. 235–237 ; F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013 (éd. originale : 1973 (vol. 1), 1976 (vol. 2) et 1979 (vol. 3)) ; F. A. Hayek, *La Constitution de la liberté* (1960), Paris, Institut Coppet, 2019) et développé, en particulier, par Viktor Vanberg (V. Vanberg, « A Constitutional Political Economy Perspective on International Trade », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1992, vol. 43, pp. 375–392 ; V. Vanberg, « Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy », *Journal of Institutional Economics*, 2005, vol. 1, pp. 23–49).

17 N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1984 ; N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1988 ; N. Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1990 ; N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1993 ; N. Luhmann, *Die Kunst der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1995 ; N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft. Bd.1*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1997 ; N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft. Bd.2*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1997 ; N. Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2000.

18 H. Rabault, « Sens et portée de l'œuvre de Niklas Luhmann : un libéralisme désenchanté ? », *Droit et Société*, 2007, vol. 65, pp. 175–188.

19 G. Teubner, « Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, vol. 74, pp. 733–761 ; G. Teubner, « La question constitutionnelle au-delà de l'État-nation : pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2017, n° 6, pp. 1603–1624 ; G. Teubner, « Von „Wirtschaftsverfassung I, II" zum „selbstgerechten Rechtsverfassungsrecht": Zur Kritizität von Rudolf Wiethölters kritischer

cardinale, d'autres auteurs ont cherché à proposer une approche sociologique plus critique des relations entre droit, pouvoir et ordre de marché, en s'inspirant notamment des travaux de Karl Polanyi et de Max Weber[20]. Critiquant les paradigmes économico-politiques qui se sont affirmés depuis une cinquantaine d'années, certains auteurs ont ainsi identifié un nouvel âge de la biopolitique[21] et relevé un « retrait de l'État »[22] dans un contexte global où « [l]es États ont des racines et les investisseurs des ailes », selon la formule d'Ulrich Beck[23], et où le décideur politique serait rabaissé par la rationalité néolibérale au rang de *manager*[24].

Tous ces débats doctrinaux impliquent chacun, directement ou indirectement, la question éminemment politique du degré de liberté laissé au législateur, pour ne pas dire au souverain, dans la sphère économique[25]. Se dessine ce faisant une opposition qui traverse autant qu'elle structure le concept de « constitution économique » : l'organisation et l'ordonnancement juridiques des rapports de production, de distribution et de propriété au sein de la société doivent-ils se faire autour d'un idéal de démocratie (fût-elle représentative) – c'est-à-dire en poursuivant une autonomie théoriquement maximale du corps politique y compris en matière économique – ou, au contraire, cette sphère économique se révèle-t-elle hors de portée de l'agir collectif et doit-elle par conséquent être régie par des principes hétéronomes et transcendants

---

Systemtheorie », *Kritische Justiz*, 2019, vol. 52, n° 4, pp. 601–625. Voy. également J. Broquet, « Une approche épistémologique de la notion de couplage structurel : l'exemple de la Constitution économique », in L. K. Sosoe (dir.), *Le droit – un système social. Law as a Social System*, Hildesheim/Zürich/New York, Georg Olms, 2015, pp. 157–175.

20 S. Frerichs, « The Rule of the Market: Economic Constitutionalism Understood Sociologically », in P. Blokker et C. Thornhill (dir.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 241–264.

21 B. Stiegler, *« Il faut s'adapter » : sur un nouvel impératif politique*, Paris, Gallimard, 2019, p. 13.

22 S. Strange, *Le Retrait de l'État. La dispersion du pouvoir dans l'économie mondiale* (1996), Paris, Temps présent, 2011. Voy. toutefois P. Dardot et C. Laval, *Dominer – Enquête sur la souveraineté de l'État en Occident*, Paris, La Découverte, 2020, pp. 660–664.

23 U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Champs, 2003, p. 155.

24 W. H. Brown, *Murs : Les murs de séparation et le déclin de la souveraineté étatique*, Paris, Les Prairies Ordinaires, 2009, p. 19.

25 J.-Y. Chérot, « Constitution et économie », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel, tome 3*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 530–561 ; B. du Marais, « Constitution économique ou constitutionnalisation de l'économie ? », in C. Mongouachon et F. Martucci (dir.), *La constitution économique. En Hommage au Professeur Guy Carcassonne*, *op. cit.*, pp. 3–18.

(les « lois naturelles de l'économie ») – à opposer, si les circonstances l'exigent, à la volonté de la majorité du corps politique ?[26]

C'est cette seconde branche de l'alternative que réclament les tenants d'une « démarchie » hayekienne[27] et d'un État de droit prolongé à la sphère économique pour consolider l'ordre (réputé « naturel ») de marché – et le préserver des *desiderata* de la pseudo « démocratie de masse »[28] de nature à

26 L. Fontaine (dir.), *Capitalisme, libéralisme et constitutionnalisme*, Paris, Mare & Martin, 2021.

27 C'est-à-dire un régime dans lequel la volonté du peuple se trouve limitée par les règles de droit privé (F. A. Hayek, *The Confusion of Language in Political Thought*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1968, pp. 35–36). Voy. également P. Dardot et C. Laval, *Ce cauchemar qui n'en finit pas : Comment le néolibéralisme défait la démocratie*, Paris, La Découverte, 2016, pp. 55–59.

28 Au cours du colloque Walter Lippmann organisé à Paris du 26 au 30 août 1938, Louis Rougier distingue ainsi la « démocratie libérale » de la « démocratie fondée sur la souveraineté populaire » en ces termes : « [l]e mot de démocratie renferme une terrible équivoque. Il y a deux conceptions de la démocratie. La première est l'idée de la démocratie libérale fondée sur la limitation des pouvoirs de l'État, le respect des droits de l'individu et du citoyen, la subordination du pouvoir législatif et exécutif à une instance juridique supérieure. La seconde est l'idée de la démocratie socialisante fondée sur la notion de la souveraineté populaire. La première procède des théoriciens du droit des gens, des publicistes protestants, des déclarations américaines et françaises et affirme le principe de la souveraineté de l'individu ; la seconde procède de Rousseau et affirme le principe de la souveraineté de la masse. La seconde est la négation de la première. Elle aboutit fatalement à la démagogie, et, par la démagogie, à l'État totalitaire. Lorsque les masses, grâce à l'instruction obligatoire, ont compris que, par le mécanisme du suffrage universel, fondé sur la loi du nombre, elles peuvent, étant le nombre, s'emparer du pouvoir de l'État, elles se donnent au parti qui les mène à l'assaut des pouvoirs publics et elles substituent au problème de la production des richesses l'exigence de leur distribution immédiate entre les classes les moins pourvues. L'État sombre dans l'appauvrissement et l'anarchie, et on ne peut l'en tirer en apparence qu'en recourant à un gouvernement dictatorial. Les meilleurs pourvoyeurs des États totalitaires, ce sont les démagogues socialistes » (cité par S. Audier, *Le Colloque Lippmann. Aux origines du "néo-libéralisme"*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2012, pp. 481–482). En gardant à l'esprit les débats qui animèrent la République de Weimar au tournant des années 1930, on relèvera également un passage analogue sous la plume de Friedrich A. Hayek, dans son essai *La route de la servitude* de 1944, trente-sept ans avant sa fameuse *interview* au journal chilien *El Mercurio* où l'auteur austro-britannique avouait préférer le dictateur militaire au gouvernement démocratique manquant de libéralisme : « La règle de la loi (N.d.A. : il s'agit selon nous d'une traduction contestable de la formule "rule of law", voy. récemment X. Miny, « "Au nom de l'État de droit" obs. sous Tribunal civil francophone Bruxelles (référés), 05/08/2020 », *Administration Publique : Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*, 2021, 3–4, pp. 635–637) n'a bénéficié que pendant l'époque libérale d'une évolution consciente ; en fait c'est la réalisation la plus importante de cette période. […] Elle n'a jamais été aussi sérieusement menacée qu'aujourd'hui. La souveraineté populaire et les gouvernements démocratiques sont en

générer un régime collectiviste et dirigiste[29]. Invité par l'Assemblée des professeurs du Collège de France à commenter les débats qui se tiennent en Allemagne autour de l'Union européenne et de son déficit démocratique, Dieter Grimm a ainsi largement dépassé le contexte européen dans sa conférence du 29 mars 2017 pour opposer *in fine* démocratie et constitutionnalisme[30], dès lors qu'« [u]ne fois inventée, la constitution pouvait être utilisée pour des buts différents des buts originaux [à savoir garantir la démocratie et les droits fondamentaux][31]. Il devenait possible d'utiliser la forme de la constitution sans utiliser le contenu ; mais un tel détournement porte préjudice à l'acquis constitutionnel »[32]. C'est bien entendu une telle réorientation – démophobe pour quelques-uns de ses commentateurs[33] – du cadre constitutionnel qui a inspiré les tenants du néolibéralisme.

Cette antinomie entre « constitutionnalisme économique » et « démocratie », pour latente qu'elle apparaisse au premier abord, fut (re)mise au jour de manière plus explicite à la suite de la « Grande Récession » de 2008–2010 et

---

partie responsables de la propagation de la croyance dans le pouvoir illimité du législateur. À son origine se trouve une conception selon laquelle la règle de la loi serait préservée aussi longtemps que tous les actes de l'État sont couverts par une législation régulière : conception entièrement erronée. Les mesures du gouvernement peuvent être parfaitement légales du point de vue juridique sans se conformer pour cela à la règle de la loi » (« *This rule has little to do with the question whether all actions of government are legal in the juridical sense. They may well be and yet not conform to the Rule of Law* ») (F. A. Hayek, *La route de la servitude* (1946), Paris, Quadrige/Presses Universitaires de France, 2010, pp. 64–65).

29 Cette façon d'opposer les principes démocratiques à la préservation du « droit » n'est pas foncièrement neuve. Dans son essai *La Loi* de 1850 (rééd. Nancy, Marc Baronnet, 2008), Frédéric Bastiat, par exemple, oppose de « graves objections au suffrage universel » (p. 22), constatant « l'omnipotence de la Loi » (p. 70), censée préserver la Personne, la Liberté et la Propriété et pourtant devenue véhicule d'une « spoliation légale » (p. 31) et « champ de bataille de toutes les rêveries et de toutes les cupidités » (p. 92).

30 D. Grimm, « Moins de constitution pour plus de démocratie en Europe ? », Paris, Collège de France, 29 mars 2017 ; voy. également D. Grimm, « Quand le juge dissout l'électeur », *Le Monde diplomatique*, juillet 2017, p. 19.

31 Voy. également D. Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

32 Pour une analyse des différentes conceptions de la constitution, de ses objectifs depuis les théorisations opérées par Thomas Jefferson et de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué, voy. E. Zoller et W. Mastor, *Droit constitutionnel*, 3e, Paris, Presses universitaires de France, 2021, pp. 13–106.

33 Voy. notamment J. Solchany, « Le problème plus que la solution : la démocratie dans la vision du monde néolibérale », *Revue de philosophie économique*, vol. 17, no 1, 2016, pp. 135–169 et P. Dardot, H. Guéguen, C. Laval et P. Sauvêtre, *Le choix de la guerre civile – Une autre histoire du néolibéralisme*, Montréal, Lux Editeurs, 2021, pp. 55–72.

de la crise des dettes souveraines qui s'ensuivit. Les réformes européennes et nationales adoptées pour y faire face ont en effet réactualisé, avec plus de vigueur encore, cette tension[34] – en attestent les réactions à la désormais célèbre sentence de Jean-Claude Juncker, alors Président de la Commission, face à la perspective d'une victoire législative de Syriza en Grèce: « [i]l ne peut y avoir de choix démocratiques contre les traités européens »[35]. Évidemment, l'essoufflement du projet d'intégration, la crise de légitimité que traversent les parlements, la défiance à l'égard des structures décisionnelles et des partis traditionnels[36], la valorisation des appartenances et solidarités communautaires, l'émergence d'idées et de courants décrits, à tort ou à raison[37], comme *populistes*[38], la demande de renforcement des frontières physiques, qui projettent l'illusion rassurante du contrôle des flux humains[39], et, enfin, les succès électoraux des formations situées davantage aux extrémités du spectre politique ne sont pas non plus sans rapport avec le sentiment d'impuissance publique[40]. Si ce dernier interroge dès lors tout particulièrement les rapports

34 W. Bonefeld, « European Economic Constitution and The Transformation of Democracy: On Class and The State of Law », *European Journal of International Relations*, 2015, vol. 21, n° 4, pp. 867–886 ; A. J. Menéndez, « The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance », *Journal of Law and Society*, 2017, vol. 44, n° 1, pp. 56–78 ; J. van t' Klooster, « Democracy and the European Central Bank's Emergency Powers », *Midwest Studies In Philosophy*, 2018, vol. 42, n° 1, pp. 270–293.

35 J.-J. Mével, « Jean-Claude Juncker : "La Grèce doit respecter l'Europe" », *Le Figaro*, 28 janvier 2015.

36 Sur la crise de la politique traditionnelle et l'acception moderne de politique, voy. récemment J.-M. Guéhenno, *Le premier XXI^e siècle. De la globalisation à l'émiettement du monde*, Paris, Flammarion, 2021, pp. 85–136.

37 Voy. J.-W. Müller, *Qu'est-ce que le populisme ?*, Paris, Folio essais, 2018 (éd. originale : 2016), spéc. p. 169 : « [y] a-t-il aujourd'hui, en Europe tout particulièrement, beaucoup de populistes ? Oui. Le concept de populisme est-il étiré à l'excès (consciemment ou inconsciemment) par les élites européennes de façon à pouvoir ignorer les critiques qu'elles jugent malvenues ? La réponse, là encore, doit être ici fermement affirmative ».

38 Voy. P. Rosanvallon, *Le siècle du populisme – Histoire, théorie, critique*, Paris, Seuil, 2020, pp. 11–13 et 59–61.

39 Voy. W. H. Brown, *Murs : Les murs de séparation et le déclin de la souveraineté étatique*, *op. cit.*, p. 24 : « [e]n répondant à la remise en cause et à l'érosion de la souveraineté étatique, les nouveaux murs projettent l'image du pouvoir juridictionnel souverain ainsi que l'aura de la nation sécurisée dans ses frontières, soit cela même qu'ils contribuent à affaiblir par leur existence. Malgré leur massive présence physique, les nouveaux murs fonctionnent souvent sur un mode spectaculaire projetant un pouvoir et une efficacité qu'ils ne sauraient exercer concrètement et qu'ils contredisent dans les faits ».

40 J. Faniel, « Crise du politique : les deux visages de Janus », in G. Matagne et V. Van Ingelgom (dir.) *Politiques de crise, crises du politique*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2017, pp. 23–33.

qui se sont progressivement noués entre les sphères politique et économique, empêchant de plus en plus la première de soumettre la seconde, la thématique ici retenue n'en reste pas moins également connectée à d'autres objets d'étude, relevant du droit public, de la théorie de l'État ou de la philosophie politique, qui partent du constat selon lequel l'État *post-moderne*[41] se trouve structurellement en crise.

Dans ce contexte, le constitutionnalisme économique entre dans une période charnière. Il s'affirme certes de plus en plus en tant que branche majeure du droit public, mais il reste cependant tributaire de nombreuses controverses théoriques fondamentales touchant à la signification même du concept de « constitution économique » et, partant, au champ d'investigation spécifique de cette discipline située au confluent du droit, de l'économie, de la philosophie politique et de la sociologie. Un demi-siècle après le colloque fondateur de l'IEJE, il apparaît ainsi utile et opportun de procéder à un état des lieux de la question, tant diachroniquement, par l'étude de l'évolution et des déplacements de significations dont le concept a pu faire l'objet, que synchroniquement, par l'analyse de son actualité au sein des ordres juridiques européen et nationaux.

Objectifs de l'ouvrage et présupposés épistémologiques

L'objectif de l'ouvrage est donc double. Il s'agit, d'une part, d'expliciter les présupposés aussi bien théoriques qu'idéologiques des thèses relatives à la « constitution économique ». Cette attention aux rapports entre « savoir » et « idéologie », loin de trouver sa source dans une conception négative et réductrice de la science comme système de représentations faussées servant à voiler les rapports de domination qui traversent la société[42], puise au contraire aux sources de l'épistémologie historique[43]. Celle-ci enseigne en effet que les sciences – en particulier humaines et sociales – se trouvent inévitablement prises et imbriquées dans le jeu des relations de pouvoir et

41 Voy. sur cette notion J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2017.

42 Un fondement important de cette réduction de la science à l'idéologie provient, semble-t-il, de la tradition marxiste, nonobstant les décalages opérés par Althusser (voy. en particulier L. Althusser, *Pour Marx*, Paris, La Découverte, 2007, pp. 105–151 ; L. Althusser, « Idéologie et appareils idéologiques d'État (Notes pour une recherche) », in *Sur la reproduction*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 263–306).

43 F. Taylan, *Concepts et rationalités. Héritages de l'épistémologie historique, de Meyerson à Foucault*, Paris, Éditions matériologiques, 2018.

des luttes idéologiques qu'elles tentent pourtant de saisir, pour ainsi dire, de l'extérieur[44]. Un tel postulat ne leur enlève évidemment en rien l'importance qu'elles ont pour appréhender le réel, ni ne permet de les réduire à de simples justifications théoriques de rapports de pouvoir empiriques, c'est-à-dire à de pures et simples légitimations idéologiques[45]. Cette perspective implique néanmoins, sinon la nécessité, du moins la possibilité d'analyser la part de conditionnement qu'ont joué (et que jouent encore) ces relations de pouvoir vis-à-vis de l'édification progressive d'un savoir ou, plus modestement, pour

44 M. Foucault, « Science et savoir », in *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, pp. 249–252. Foucault met en garde contre une lecture trop étroite de ces liens entre « idéologie » et « sciences » : « si la question de l'idéologie peut être posée à la science, c'est dans la mesure où celle-ci, sans s'identifier au savoir, mais sans l'effacer ni l'exclure, se localise en lui, structure certains de ses objets, systématise certaines de ses énonciations, formalise tels de ses concepts et de ses stratégies ; c'est dans la mesure où cette élaboration scande le savoir, le modifie et le redistribue pour une part, le confirme et le laisse valoir pour une autre [...] » (*ibid.*, pp. 250–251). Autrement dit, « l'idéologie n'est pas exclusive de la scientificité » (*ibid.*, p. 251), car « les conditions politiques, économiques d'existence ne sont pas un voile ou un obstacle pour le sujet de connaissance, mais ce à travers quoi se forment les sujets de connaissance, et donc les relations de vérité ; il ne peut y avoir certains types de sujets de connaissance, certains ordres de vérité, certains domaines de savoir qu'à partir de conditions politiques qui sont le sol où se forment le sujet, les domaines de savoir et les relations de vérité » (M. Foucault, « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et Écrits, Tome I*, Paris, Gallimard, 2001, pp. 1406–1421, spéc. 1420–1421).

45 Ceci recoupe les enseignements épistémologiques de Max Weber (M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965). Loin de la caricature qui est parfois faite de la « neutralité axiologique », Weber défend en effet à la fois, au niveau méta-, une vérité objective *conditionnelle et hypothétique* dans le monde des faits (M. Weber, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociale », in *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, pp. 117–213) et, au niveau individuel, une *Wertfreiheit* – autrement dit une prise de distance par rapport aux jugements de valeur – comme *ethos* du chercheur, ce qui ne constitue *in fine* rien d'autre qu'un appel à la réflexivité et à l'autocritique du scientifique sur ses propres recherches, mais non une croyance en une objectivité absolue et atteignable. La place importante à accorder, dans les sciences sociales, à ce que nous avons qualifié d'« idéologie » se trouve d'ailleurs, chez Weber, sous le concept de « relations aux valeurs » (*Wertbeziehung* ou *Beziehung auf Wertideen*). Weber reconnaît lui-même que les valeurs conditionnent, en amont, l'objet de recherche et la méthode du chercheur. Il reconnaît également, et peut-être plus fondamentalement, que l'évaluation sur la base de valeurs est une caractéristique fondamentale de l'homme et que toute société est pétrie et gorgée de ces jugements de valeur, de sorte que ceux-ci constituent, pour la recherche en « sciences de la culture » (*Kulturwissenschaften*), un objet d'investigation essentiel. Voy. également sur le sujet L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », in *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 15–71.

ce qui nous concerne ici, d'un concept central situé au carrefour des diverses sciences de la culture, et en particulier de la science du droit. Autrement dit, plus qu'une *histoire* linéaire du concept de « constitution économique », c'est sa *généalogie* polémique qu'il s'agit ici d'esquisser[46].

D'autre part, l'ouvrage nourrit l'ambition de mettre au jour, au-delà d'une analyse strictement positive du droit en vigueur, qui garde toute son importance, quelques effets et conséquences extra-juridiques (en particulier politiques) du processus de constitutionnalisation économique et des théories qui s'y rapportent. Puisque les entreprises de conceptualisation sont elles-mêmes imbriquées dans des relations de pouvoir et autres luttes idéologiques, elles affectent, par effet retour, la réalité sociale qu'elles tentent de saisir et de restituer. Comme l'enseigne Koselleck et son histoire des concepts (*Begriffsgeschichte*)[47], « un concept n'est pas seulement l'indice des rapports qu'il saisit, il est aussi l'un de leurs facteurs [; c]haque concept ouvre certains horizons, comme il en ferme d'autres, d'[autres] expériences possibles et [d'autres] théories pensables »[48]. Le travail d'abstraction, les problématisations scientifiques et les débats théoriques qui les entourent influencent donc, dans le présent et pour l'avenir, les équilibres de pouvoirs au sein de la société, dans la mesure où ils définissent le cadre du pensable, du dicible et du faisable[49]. En d'autres

46 M. Foucault, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », in S. Bachelard *et al.* (dir.), *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, pp. 145–172.

47 Voy. notamment R. Koselleck, *Le règne de la critique*, Paris, Editions de Minuit, 1979 ; R. Koselleck, *Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2016. Voy. également F. Dosse, « Reinhart Koselleck entre sémantique historique et herméneutique critique », in C. Delacroix, F. Dosse et P. Garcia (dir.), *Historicités*, Paris, La Découverte, 2009, pp. 115–129 ; M. Werner, « "Les Mots de l'histoire" et la *Begriffsgeschichte*/sémantique historique », *Revue de l'IFHA. Revue de l'Institut français d'histoire en Allemagne*, 2012, n° 4, pp. 187–194 ; A. Escudier, « "Temporalisation" et modernité politique : penser avec Reinhart Koselleck », *Revue germanique internationale*, 2017, n° 25, pp. 37–67 ; E. Palti, « Koselleck-Foucault: The Birth and Death of Philosophy of History », in C. Roldán, D. Brauer et J. Rohbeck (dir.), *Philosophy of Globalization*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2018, pp. 409–422.

48 R. Koselleck, « Histoire des concepts et histoire sociale », in *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, *op. cit.*, pp. 127–148, spéc. p. 140. Koselleck ajoute : « [l]es concepts politiques et sociaux deviennent des instruments de commande de l'orientation du mouvement historique. Ils ne sont pas simplement des indices, mais tout autant des facteurs de tous ces changements qui ont bouleversé, depuis le XVIII^e siècle, la société bourgeoise » (R. Koselleck, « La sémantique des concepts de mouvement dans la modernité », in *ibid.*, pp. 311–356, spéc. p. 353).

49 Koselleck précise par ailleurs, en prenant appui sur l'exemple du concept de démocratie que « [p]lus les concepts sont généraux, plus nombreux sont les partis qui peuvent en faire usage. [...] Ainsi naît une véritable lutte autour du sens exact, plus encore, du maniement exact des concepts. Le terme "démocratie" est devenu un concept

termes, les effets d'une conceptualisation relèvent bel et bien du domaine du réel, en (rétro)agissant sur sa perception.

Il convient dès lors non seulement d'analyser les débats théoriques dans leur rapport au contexte historique, politique et idéologique dans lequel ils émergent, mais également de comprendre comment ces luttes d'interprétation influent sur l'évolution des équilibres institutionnels – transformant de la sorte ce contexte historique et politique.

Cette position épistémologique qui cherche à prendre au sérieux la dialectique qui s'opère entre l'entreprise de conceptualisation des sciences humaines et sociales et la réalité empirique de la société (et des relations de pouvoir qui la traversent et la structurent) entraîne alors inévitablement des conséquences méthodologiques, qui irriguent et inspirent le travail collectif à l'origine du présent ouvrage. Au premier rang de ces exigences de méthode figure la nécessité de développer une approche *contextuelle* et *interdisciplinaire* du droit, en l'occurrence économique.

La méthode : approche contextuelle et ouverture interdisciplinaire

Dans son ouvrage majeur sur « Le concept de droit » (*The Concept of Law*)[50], Herbert Hart distingue entre deux approches possibles du phénomène juridique : la première se propose d'examiner le droit positif de l'intérieur (en adoptant le point de vue des acteurs des systèmes juridiques étudiés) ; la seconde tente de cerner les influences extra-juridiques qui permettent de comprendre les choix posés en droit positif. Cette dernière approche part ainsi du principe que les choix précités ne sont pas déterminés par les seules contraintes internes au système juridique proprement dit. Schématiquement, on peut donc dire que l'approche interne du droit consiste à se placer dans la logique endogène d'un ordre juridique, de ses fictions, de sa hiérarchie des normes, de ses constructions jurisprudentielles, *etc.* Autrement dit, elle reste

---

constitutionnel universel que chaque camp revendique pour soi, de façon différente. Cela implique que les mêmes concepts se chargent de contenus liés à des perspectives différentes. En tant que concepts généraux, ils requièrent une attribution de sens, indépendamment des expériences concrètes ou des attentes qu'ils recèlent. Ainsi naît une rivalité pour déterminer l'authentique interprétation politique [et] des techniques d'exclusion destinées à empêcher l'adversaire de dire ou de vouloir autre chose que ce que l'on dit ou veut soi-même » (*ibid.*, p. 355).

50 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 88–91.

au sein du discours *du* droit, à l'intérieur des limites posées par la « théorie pure » du droit[51]. En revanche, l'approche externe cherche quant à elle à mettre en évidence les liens entre le phénomène juridique et son environnement (son « contexte »), en étudiant comment le second conditionne le premier. Elle produit, en ce sens, un discours *sur* le droit en explicitant les influences exogènes qui le déterminent.

On considère parfois que la première approche renvoie à la science du droit, là où la seconde échoit aux sciences sociales prenant pour objet d'étude le phénomène juridique. Cependant, à rebours de cette conception pour ainsi dire orthodoxe, différents courants juridiques estiment que ces deux approches – interne et externe –, loin de s'exclure, se soutiennent mutuellement ou, ce qui revient au même, qu'une étude *interne* au droit ne peut faire l'économie de considérations extra-juridiques[52], tout comme une étude de sciences sociales prenant le droit pour objet (approche *externe* du droit) peut difficilement faire l'impasse sur la logique interne des phénomènes juridiques étudiés[53]. Pour appréhender pleinement un phénomène juridique, il convient dès lors, selon cette conception – que nous partageons entièrement –, de faire dialoguer dialectiquement ces deux approches et, plus généralement, les diverses disciplines *intra-* et *méta*juridiques. Comme le notent Antoine Bailleux et François Ost, « [l]e droit se présente à la fois comme intrinsèquement *distinct* de son environnement (il ressortit à l'univers du *Sollen* par opposition au monde du *Sein*) et inextricablement *lié* à ce dernier, qui en constitue l'alpha (le droit *émerge* de la société) et l'oméga (le droit *influe* sur la société) »[54]. Dans ce contexte, « [j]oindre à une analyse strictement juridique des enseignements des sciences sociales, c'est reconnaître que le droit ne peut être adéquatement saisi que dans cette double dimension (simultanément *dans* et *hors* le contexte) »[55]. Cette « approche contextuelle du droit » appelle alors nécessairement une certaine pratique interdisciplinaire.

---

51 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienne, Deuticke, 1960.

52 Voy. ainsi H. Dumont et A. Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, 2010, vol. 75, n°2, pp. 275–293.

53 Quoique nous n'endossions pas sa critique du positivisme juridique, les travaux d'Alain Supiot constituent un exemple important de cette voie méthodologique. Voy. notamment ses considérations méthodologiques et épistémologiques dans A. Supiot, *La gouvernance par les nombres : cours au Collège de France (2012–2014)*, Paris, Fayard, 2015, pp. 9-24.

54 A. Bailleux et F. Ost, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 70, n° 1, pp. 25–44, spéc. p. 35 (ce sont les auteurs qui soulignent).

55 *Ibid.*

En partant du présupposé qu'une discipline scientifique n'étudie pas un objet naturel qui lui serait en quelque sorte donné, mais au contraire *construit* son objet d'étude par la mobilisation d'hypothèses, de méthodes et de concepts qui constituent autant de limites conventionnelles posées entre l'objet et son environnement social, il appert que les autres disciplines scientifiques ont autant à dire sur le phénomène juridique que la science juridique a à dire sur le contexte social dans lequel émerge du droit et sur lequel influe, en retour, ce droit. Partant, « [l]a science du droit en contexte que nous appelons de nos vœux est donc celle qui, s'enracinant dans le discours juridique et dans les mythes qu'il charrie (qui sont en quelque sorte l'ADN du droit), parvient à s'en dégager partiellement (réflexivement) à la faveur d'une confrontation aux sciences sociales et à leurs propres analyses du droit »[56].

Dans ce cadre, l'interdisciplinarité que nous revendiquons implique de confronter dialectiquement les discours *du* droit (science du droit) et *sur* le droit (sciences sociales) pour mieux appréhender tant le phénomène juridique en tant que tel que ce que révèle le phénomène juridique étudié sur la société dans laquelle il est situé. De la sorte, on opère un certain décalage disciplinaire à la fois sur les méthodes et sur l'objet qui caractérisent ces disciplines scientifiques, ce qui aboutit alors à un décloisonnement partiel – et à un certain rapprochement – des sciences juridique et sociales.

Parmi les approches *externes* du droit, le mouvement « *Law and Economics* », aussi connu sous le qualificatif d'« analyse économique du droit »[57], fait figure, depuis son éclosion en 1960 avec la publication de l'article de Ronald Coase intitulé « *The Problem of Social Cost* »[58], de parangon. Cette approche se donne pour projet d'appliquer les concepts, les outils et les méthodes des sciences économiques – en particulier « néo-classiques » – pour appréhender, expliquer et évaluer les phénomènes juridiques. Cette démarche

56 A. Bailleux et F. Ost, « Droit, contexte et interdisciplinarité », *op. cit.*, p. 42. Les auteurs notent par ailleurs : « [i]l s'agit là sans conteste d'une posture difficile et risquée, sans cesse menacée de rester captive du discours juridique – on pense notamment à la théorie kelsénienne du droit, qui réifie et absolutise ce discours – et exposée au "risque" inverse de s'en abstraire complètement – on pense par exemple à l'approche marxienne du droit » (*ibid.*).

57 Quoique, selon certains, et malgré leur grande proximité, l'analyse économique du droit ne puisse être totalement confondue avec le mouvement « *Law and Economics* », dans la mesure où la première serait propre à l'École de Chicago alors que le second constituerait un mouvement plus large (voy. notamment T. Kirat, « Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, 1998, vol. 49, n° 4, p. 1058).

58 R.H. Coase, « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law & Economics*, 1960, vol. 3, pp. 1–44.

d'économicisation du droit aboutit alors, comme c'est le cas notamment chez Friedrich Hayek, à l'idée que les normes juridiques constituent certes le cadre dans lequel les processus de marché peuvent s'épanouir et s'étendre à l'ensemble des conduites humaines, mais qu'elles sont également elles-mêmes « spontanément » l'objet des mécanismes de sélection inhérents à ces processus et logiques de marché[59]. Autrement dit, les règles abstraites permettant la mise en concurrence des comportements individuels devraient elles-mêmes être soumises au marché – c'est-à-dire soumises au principe de concurrence – afin d'assurer l'efficience maximale du système[60]. Cette approche induit alors la primauté de l'« économique » sur le « juridique » et la marginalisation du « politique ».

En opposition à cette analyse économique du droit qui relativise, voire nie, le politique en assimilant l'économie à une donnée naturelle et en faisant du droit positif un simple instrument au service de l'ordre de marché objectivé[61], l'approche contextuelle du droit économique cherche alors, quant à elle, à faire ressortir, à partir de l'étude du droit positif, les diverses théories économiques sous-jacentes aux institutions juridiques ainsi que les considérations politiques qui imprègnent ces institutions et ces théories. En restaurant la place essentielle de la politique et la question fondamentale du « pouvoir » au sein de la société, on pourrait ainsi, à l'instar de Michael A. Wilkinson et d'Hjalte Lokdam, qualifier cette approche de « *Law and* Political *Economy* »[62]. Celle-ci, comme le résument les auteurs, adopte une « perspective interdisciplinaire, considérant les marchés comme des champs de pouvoir social qui ne sont pas spontanés mais créés et reproduits dans la rencontre des normes juridiques, de l'action politique et de l'activité économique [: p]ar la régulation des relations économiques, l'ordre politico-juridique constitue et reconstitue les rapports de pouvoir qui composent la société [; c]eci, à son tour, est conduit par la formation d'intérêts de classe, sectoriels et géopolitiques, ainsi

59 F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.* Sur les liens entre les théories juridico-économiques de Hayek et l'approche économique du droit, voy. en particulier R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, LGDJ/Fondation Varenne, 2010.

60 Voy. notamment R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1973.

61 A. Vandenbulke, « La Legal Origins Theory : droit, économie, idéologie », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2017, pp. 79–130.

62 M.A. Wilkinson et H. Lokdam, « Law and Political Economy », *LSE Law, Society and Economics Working Papers*, n° 7/2018, disponible à l'adresse: http://eprints.lse.ac.uk/87544/ (dernière consultation le 12 février 2022) (c'est nous qui soulignons).

que par des convictions idéologiques, qui exploitent l'autorité politique et juridique »[63].

Au fondement de cette approche critique affleurent les analyses et thèses développées par Karl Polanyi dans son ouvrage majeur consacré à *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*[64]. L'ensemble du propos du penseur hongrois tend en effet à mettre en évidence, d'une part, le caractère socialement enchâssé de tout système de production et de distribution de biens et services – l'économique est, en ce sens, *encastré* dans la société – et, d'autre part, le caractère juridiquement construit et socio-historiquement conditionné de l'économie de marché. Cette dernière est alors comprise non comme un donné naturel, mais comme une entreprise politique de « désencastrement » de l'économie vis-à-vis de la société, notamment à travers l'adoption délibérée de normes législatives[65]. L'intérêt d'un tel désencastrement réside, selon cette conception, dans l'idée d'établir, précisément, une *société de marché*, c'est-à-dire une communauté humaine soumise à l'ordre concurrentiel du marché. Le marché, considéré comme « autorégulateur », devrait du reste s'imposer, dans ce projet politique, à tous les phénomènes sociaux, y compris aux activités humaines (marchandisation du travail), aux échanges (marchandisation de la monnaie), ainsi qu'à la nature (marchandisation de la terre)[66]. La démarche de Karl Polanyi, insistant sur l'architecture institutionnelle rendant possible l'ordre de marché, tend donc à *dénaturaliser* l'économie telle qu'elle se présente dans sa forme historique et constitue donc, termes à termes, la réfutation des hypothèses de l'analyse économique du droit et de ses fondements épistémologiques hayekiens[67]. Cela induit alors, *a contrario*, la nécessité d'une approche plus

63 *Ibid*., p.1.

64 K. Polanyi, *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps* (1944), Paris, Gallimard, 2011.

65 Et quoique cette entreprise volontaire soit également, partiellement, le fruit de décisions et d'évolutions contingentes.

66 Non sans engendrer, par réaction, un contre-mouvement d'autoprotection de la société par un réencastrement de l'économique dans la société, c'est-à-dire par une *repolitisation* des questions économiques, dont témoigneraient notamment les législations de protection sociale obtenues par les mouvements de contestation, notamment syndicaux. Les mouvements fascistes et soviétiques constitueraient quant à eux des tentatives (anti-démocratiques) de réencastrement volontariste et violent de l'économique dans le social et le politique.

67 Voy. aussi le travail inachevé de Karl Polanyi entre 1947 et 1964 , mais publié à titre posthume sous la supervision de Harry W. Pearson : K. Polanyi, *La subsistance de l'homme. La place de l'économie dans l'histoire et la société*, Paris, Flammarion, 2011 (éd. originale : *The livelihood of Man*, New York, Academic Press, 1977).

globale et compréhensive des objets étudiés, prenant au sérieux l'« encastrement » social des phénomènes économiques, mais aussi juridiques ; autrement dit, d'une approche contextuelle et interdisciplinaire du droit économique et, en l'occurrence, du constitutionnalisme économique.

Présentation de l'ouvrage : une esquisse généalogique du concept

C'est dans le cadre de cette approche que se placent résolument les travaux rassemblés dans le présent ouvrage collectif. En s'appuyant sur les disciplines méta-juridiques (histoire du droit, théorie du droit, droit comparé) et sur une interdisciplinarité plus large (sociologie, science économique, philosophie politique, histoire des idées, *etc.*) pour éclairer les débats internes au droit positif (des États et de l'Union européenne), il s'agit de mettre au jour, à partir de l'étude d'un concept juridico-économique particulier, la « constitution économique », certaines problématiques et certains phénomènes sociaux qui traversent les sociétés occidentales. Pour ce faire, l'ouvrage est réparti en trois parties, chacune consacrée à un axe de recherche spécifique. Ces trois parties sont à leur tour subdivisées en deux sections correspondant à des thèmes complémentaires mais distincts. Ces deux sections sont discutées par quatre chercheurs spécialisés : deux premiers contributeurs ont l'occasion de présenter de manière détaillée leurs points de vue, arguments et conclusions sur le sujet ; ces deux contributions sont ensuite mises en perspective par deux 'discutants', qui développent leurs propres positions sur le sujet en créant des liens (concordants ou discordants) et en établissant des ponts avec les contributions discutées.

La première partie est dédiée à la généalogie du concept de « constitution économique », c'est-à-dire à l'étude diachronique de l'*apparition* et de l'*évolution* de la notion, depuis les débuts de l'autonomisation scientifique de la discipline économique, avec la Physiocratie, jusqu'aux doctrines néolibérales contemporaines, en passant par l'entre-deux-guerres, caractérisé par la contestation (socialiste et fasciste) de l'ordre constitutionnel et libéral « bourgeois ».

La première section est consacrée à l'émergence du concept en se focalisant, d'une part, sur l'école physiocratique (1757–1776) et, d'autre part, sur les débats doctrinaux ayant animé la République de Weimar (1919–1933). Dans un premier temps, Philippe Steiner nous propose une étude relative au mouvement intellectuel précurseur de la science et du libéralisme économiques, à savoir la Physiocratrie, qui est traditionnellement considérée comme la première école de pensée à avoir explicitement développé, à partir

de fondements épistémologiques jusnaturalistes, l'idée d'une « constitution économique », entendue alors comme ordre juridico-économique naturel – à retranscrire idéalement en droit positif – qui s'imposerait, et donc limiterait, les pouvoirs du monarque absolu. L'auteur dévoile en particulier « la vision irénique d'un fondement économique pacifique au niveau des échanges entre l'Europe et le reste du monde » que développent les physiocrates, préfigurant à certains égards le projet d'intégration européenne de la seconde moitié du XX^e siècle.

Si le concept semble toutefois avoir traversé une période de reflux au cours du XIX^e siècle, la question de la « neutralité économique de la constitution » – et, à travers elle, de la possibilité ou de la nécessité de limiter les pouvoirs du législateur dans la sphère économique – a néanmoins connu un nouvel essor au début du XX^e siècle. Dans un contexte de prolongement de la « question sociale », de constitution du prolétariat en force politique de premier plan et de démocratisation institutionnelle progressive du parlement – avec qui plus est, en toile de fond, l'avènement du communisme soviétique et du corporatisme fasciste –, la République de Weimar (1919–1933) a alors constitué le terreau propice et le lieu de cristallisation principal des controverses scientifiques et des débats politiques relatifs à ces questions. À la suite des thèses développées notamment par le social-démocrate Hugo Sinzheimer, le libéral Franz Böhm ou les conservateurs Carl Schmitt et Ernst Rudolf Huber concernant la nouvelle *Reichsverfassung* de Weimar, Guillaume Grégoire nous montre que c'est le concept même de « constitution économique » qui s'est ainsi trouvé au cœur de luttes d'interprétation particulièrement vivaces.

Hugues Rabault et Peter C. Caldwell ont alors pour tâche de faire ressortir les traits spécifiques de ces deux moments-clefs, mais également de les confronter et de les rapprocher afin, le cas échéant, de mettre en lumière certaines constances de plus longue durée dans les phénomènes étudiés à travers la notion de « constitution économique ». Pour s'orienter dans les différentes définitions du concept proposées, depuis le physiocrate Nicolas Baudeau jusqu'au « conflit autour de la constitution économique » (*Streit um die Wirtschaftsverfassung*) et à son prolongement sous l'empire de la Loi fondamentale de 1949, Hugues Rabault prend le parti d'user de la « constitution économique » comme d'un « outil pour scruter la relation entre droit et économie sous ses formes les plus variées », en en distinguant trois fonctions – normative, exégétique et descriptive. Peter C. Caldwell, quant à lui, prend appui sur les deux périodes étudiées pour pointer la tension entre les logiques politique (de recherche d'autonomie collective) et économique (de stabilité pour optimiser les ressources et pérenniser l'ordre social) qui traversent les débats. Soulignant les impasses qui peuvent en résulter, il prolonge

l'ouverture « européenne » opérée par Philippe Steiner et insiste sur le fait que le « *problem of a "constitution" that sets down strict economic rules limiting how the polity can respond to economic conditions, is one of the dilemmas currently facing the European Union* », faisant ainsi le lien avec les analyses qui seront présentées dans la deuxième partie de l'ouvrage.

Toutefois, avant cela, la seconde section de la première partie consacrée à l'étude généalogique se concentre sur la réappropriation (néo)libérale du concept à partir de la Seconde Guerre mondiale et jusqu'à aujourd'hui. Cherchant à tirer les enseignements des expériences totalitaires des années 1920 et 1930, les différents courants (néo)libéraux[68] s'attachèrent en effet à développer les réponses économico-juridiques aptes à contenir, selon eux, la tendance, considérée comme intrinsèque, de l'État à intervenir de manière dispersée et exagérée dans les différents champs sociaux, et en particulier dans la sphère économique. Des ordolibéraux allemands aux néolibéraux américains – qu'ils proviennent de l'École monétariste de Chicago, de l'École du *Public Choice* ou de la Nouvelle Macro-économie Classique – en passant par l'austro-britannique Friedrich Hayek, la « constitution économique » constitue à cet égard, comme nous le présente Thomas Biebricher, le concept cardinal permettant d'appréhender les nombreuses convergences – mais également certaines divergences – qui existent entre ces diverses théories et, par extension, entre les postulats qui les sous-tendent, les analyses qui les fondent et les propositions qui en découlent.

Certains auteurs ont cependant cherché à faire ressortir les liens que pourraient paradoxalement entretenir ces différents courants (néo)libéraux avec les analyses de l'un des plus illustres opposants à l'ordre constitutionnel libéral de l'entre-deux-guerres, à savoir le constitutionnaliste allemand Carl Schmitt. Dès le tournant des années 1930, d'éminents juristes (et en particulier Hermann Heller) ont mis en évidence le « libéralisme [économique] autoritaire » qui se dégagerait des analyses de Schmitt[69]. D'autres auteurs ont ultérieurement prolongé cette idée en défendant l'hypothèse que les critiques (néo)libérales de l'État-providence seraient imprégnées de certaines thèses schmittiennes sur l'« État total *quantitatif* » et que, par ailleurs, les

68 S. Audier, *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2015.

69 H. Heller, « Autoritärer Liberalismus? », *Die Neue Rundschau*, 1933, vol. 44, pp. 289–298 (réimprimé in: H. Heller, *Gesammelte Schriften*, vol. 11, Leiden, A. W. Sijthoff, 1971, pp. 643–653 ; traduit respectivement en anglais et en français in: H. Heller, « Authoritarian Liberalism ? », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 3, pp. 295-301; H. Heller, « Libéralisme autoritaire? », in C. Schmitt and H. Heller, *Du libéralisme autoritaire* (édité et introduit par G. Chamayou), Paris, La Découverte (Zones), 2020, pp. 123-139).

alternatives proposées rejoindraient, à certains égards, l'État « *qualitativement* fort » prôné par le *Kronjurist* du IIIe Reich[70]. C'est cette position qui est notamment défendue dans cet ouvrage par Werner Bonefeld, à partir d'une relecture des travaux d'un des principaux chefs de fil de l'ordolibéralisme contemporain, Viktor Vanberg, et de leur mise en perspective avec le mot d'ordre « libéral-conservateur » des années 1930 : « économie saine et État fort », développé tant par Carl Schmitt que par Alexander Rüstow ou Walter Eucken. À travers la dépolitisation qu'elle induit, la « constitution économique » représenterait alors la réponse (ordo- et néo)libérale aux faiblesses de l'ordre démocratique. Controversée, cette thèse se trouve débattue, voire critiquée, par nos deux "discutants". Dans un premier temps, en s'appuyant sur les positions des libéraux français Louis Rougier et Jacques Rueff ainsi que de l'ordolibéral allemand Wilhelm Röpke, Serge Audier conteste à la fois l'idée d'une nécessaire filiation schmittienne du néolibéralisme et d'une ascendance ordolibérale du projet d'intégration européenne. Vincent Valentin, dans un second temps, prendra lui appui sur « l'idée de constitution et l'hypothèse d'un libéralisme autoritaire » pour questionner jusqu'à la pertinence même du concept de néolibéralisme et la « rupture interventionniste » qui marquerait le passage de la politique du laissez-faire à l'interventionnisme étatique néolibéral. En somme, c'est donc les différentes théorisations (néo) libérales du concept de « constitution économique », mais également l'influence potentielle des analyses et des thèses de Carl Schmitt sur ces théories, qui seront discutées et interrogées dans la seconde section.

La deuxième partie, dans la ligne directe du colloque de 1970 organisé à Liège par l'IEJE, est quant à elle axée sur la « constitution économique européenne ». À la suite de la distinction opérée en doctrine[71], les deux sections auront respectivement pour objet les constitutions « micro-économique » et « macro-économique » de l'Union.

La première section se concentre sur le noyau historique de l'intégration européenne, à savoir le marché intérieur, formé par les libertés économiques fondamentales de circulation, d'une part, et par le droit de la concurrence, d'autre part. Comme nous l'exposent Pieter Van Cleynenbreugel et Xavier

70 Voy. notamment R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism. Strong State, Free Economy*, Cardiff, University of Wales Press, 1998 ; W. Bonefeld, *The Srong State and the Free Economy*, Londres, Rowman & Littlefield, 2017 ; M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2021.

71 Voy. notamment K. Tuori, *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*, *op. cit.*, pp. 13–60.

Miny, les libertés de circulation ont en effet constitué dès le départ, dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'un des moteurs principaux de la politique d'intégration économique des États membres et, à travers elle, du rapprochement des législations nationales. L'extension jurisprudentielle des libertés de circulation consacrées par les traités, à partir du critère de l'« accès au marché », a par ailleurs été accompagnée d'une revendication d'autonomie et de primauté de l'ordre juridique européen par rapport aux droits nationaux – fussent-ils constitutionnels – et, par prolongement, d'un discours qui attribue à l'Union des caractéristiques étatiques et des attributs de souveraineté et qui élève à un rang constitutionnel les traités (économiques) fondateurs. Nonobstant l'adoption de la Charte européenne des droits fondamentaux et son intégration dans le droit primaire de l'Union, les auteurs montrent que la CJUE limite de manière substantielle « *the ways in which Member States can structure and regulate their economies,* [...] *the interaction between economic freedoms and other fundamental rights and* [...] *the scope and focus of EU secondary legislation initiatives* ».

Néanmoins, outre les libertés fondamentales de circulation – et les droits économiques et sociaux qui viendraient potentiellement les tempérer –, un autre versant du droit primaire de l'Union encadre et ordonne également le marché intérieur : le droit de la concurrence. Celui-ci ne part plus cette fois de la perspective individuelle (de l'entreprise, du travailleur, du détenteur de capitaux, du prestataire de services, *etc.*) propre au premier versant du marché intérieur, mais bien plutôt d'un angle plus systémique. Il s'intéresse aux relations, aux interactions et à l'équilibre du marché au sein duquel entrent en concurrence les personnes physiques et morales. L'objectif n'est pas non plus ici de maximiser la liberté individuelle, mais de contrôler et de limiter les pouvoirs – tant privés (droit de la concurrence *sensu stricto*) que publics (droit des aides d'État) – susceptibles de perturber le processus du marché. Si cette politique de régulation de la concurrence fait également partie du cœur originel des traités, d'aucuns ont pu toutefois avancer une certaine évolution du fondement de cette politique, qui serait passée d'une conception ordolibérale plus interventionniste et volontariste – qu'exprimerait la notion de *Wettbewerbsordnung* – à une conception, plus proche des néolibéraux américains, attachée à l'efficience économique comme principe régulateur premier (voire unique) – conception qualifiée de « *more economic approach* ». C'est cette hypothèse qu'explore Frédéric Marty.

Prolongeant cette étude des relations entre ordolibéralisme allemand et néolibéralismes américains, Claire Mongouachon insiste sur l'importance, lorsque l'on tente d'étudier l'éventuelle empreinte ordolibérale de l'intégration européenne, de distinguer entre « les » ordolibéralismes. À la suite du

« tournant hayekien » entrepris par le juriste Ernst-Joachim Mestmäcker, les ordolibéraux de la seconde génération ont « dénoncé les excès de l'interventionnisme public sur le marché, tant s'agissant des règles du marché intérieur que des règles de concurrence », tout en s'opposant frontalement aux thèses de l'école de Chicago et à leur focalisation sur l'idée d'« efficacité économique ». Hans Micklitz, de son côté, ouvre une réflexion plus spéculative et prospective sur le type de « société » qu'induit et façonne le marché intérieur européen. Si, à l'origine, le projet européen reposait d'abord et avant tout sur les sociétés nationales, l'Acte Unique Européen de 1986, puis le Sommet de Lisbonne de 2000, auraient marqué autant d'efforts vers l'établissement d'une « *European Society through private law* ». À la suite du volontarisme juridique de la Commission et de l'activisme judiciaire de la CJUE pour approfondir toujours davantage le marché intérieur, le résultat fut néanmoins l'avènement d'une « *market society* » divisant les individus selon leur statut économique (travailleur, consommateur, entreprises, *etc.*). Afin de sortir du fatalisme de ce constitutionnalisme du marché intérieur, l'auteur explore les voies alternatives destinées à « (*re*)-*establishing a broader civil and democratic Society* », en invoquant tour à tour l'héritage commun de la culture juridique européenne mis en évidence par Franz Wieacker, la « *private law society* » défendue par les ordolibéraux et prolongée par Stefan Grundmann et Karl-Heinz Ladeur, puis la démocratie économique (*Wirtschaftsdemokratie*) en puisant aux sources des débats sous Weimar. Par-dessus tout, c'est néanmoins à travers les thèses de Rudolf Wiethölter sur le « *law of the constitutional law* » (*Rechtsverfassungsrecht*) que Hans Micklitz propose de construire le « *theoretical pathway to bring together economic constitution, democracy and society in the transnational environment through* (*private*) *legal thought* ».

À côté de la constitution micro-économique, l'Union économique et monétaire (UEM) constitue, depuis le Traité de Maastricht (1992), le cadre juridique général des politiques macro-économiques *sensu lato* (y compris donc monétaires et budgétaires) des États membres. Son architecture est fondée sur une asymétrie originelle entre le pilier monétaire – centralisé au niveau des institutions européennes (Système européen des banques centrales (SEBC) et Banque centrale européenne (BCE)) – et le pilier économico-budgétaire – pour lequel les compétences demeurent décentralisées au niveau des États membres, quoique coordonnées au niveau européen. Le second pilier s'articule autour d'un triptyque normatif précis : *primo*, *responsabilisation financière* des États membres par la triple interdiction de solidarité budgétaire, de financement monétaire et d'accès privilégié aux institutions financières ; *secundo*, *coordination économique* par les Grandes orientations de politiques économiques ; *tertio*, *coercition budgétaire* par le Pacte de Stabilité et de

Croissance et la procédure concernant les déficits excessifs. Or, ce cadre juridique est, en tant que transcription normative d'une volonté politique, inévitablement influencé par le moment historique dans lequel il a été pensé et établi, et notamment par certaines options idéologiques et scientifiques dominantes, au cours de cette période, au sein de la science économique. C'est par conséquent à une véritable archéologie des « racines historiques et théoriques » de l'UEM que nous invite Francesco Martucci, mettant ainsi au jour la « dialectique de l'économique et du politique qui façonne le juridique » pour finalement interroger, au-delà du phénomène de « *path-dependency* », la possibilité d'un « changement de paradigme ontologique » – dont le Plan de relance européen pourrait constituer le prodrome.

À rebours de cette intuition, et même s'ils admettent que les réponses à la crise de la Covid-19 suggèrent une possible « *inflection from neoliberal market discipline* », Hjalte Lokdam et Michael A. Wilkinson conçoivent les réactions des institutions de l'UEM aux crises (monétaires, économiques, sanitaires, *etc.*) de ces quinze dernières années comme une « *conservative transformation* ».[72] La crise des dettes souveraines (2010–2011), subséquente à la crise financière et économique (2007–2008), a en effet conduit les États membres et les institutions de l'Union européenne à réformer en profondeur le cadre normatif de l'UEM, à la fois de manières interne – *Six-Pack* et *Two-Pack* – et externe (quoique connexe) à l'ordre juridique européen – *via* l'adoption du

72 Il est trop tôt pour anticiper sérieusement l'ampleur des conséquences qu'engendrera l'invasion militaire de l'Ukraine déclenchée le 24 février 2022 par l'armée russe et toujours en cours à l'heure d'écrire ces lignes. Nous pouvons toutefois relever que les sanctions économiques imposées au plus grand pays du globe (notamment la déconnexion de certaines banques russes de *Swift*) ont – et auront sans doute longtemps – un impact majeur sur l'économie mondiale et les conceptions du libéralisme économique. Ainsi, selon de premiers commentateurs, « Globalisation will never fully recover from this blow » (F. De Ville, « The End of Globalisation as we knot it », *GIES Occasional Paper*, mars 2022, disponible à l'adresse : https://www.ugent.be/ps/politiekewetenschappen/gies/en/gies_papers/2022-ukraine/pdf-files/the-end-of-globalisation-as-we-know-it_pdf ; dernière consultation le 25 mars 2022). Concernant la construction européenne, notons que de nombreux États membres, dont l'Allemagne, se sont déjà engagés dans un réinvestissement massif de leurs dispositifs de défense, évoquant même à de multiples reprises l'idée tant de fois explorée et enterrée d'armée européenne. De même, dès le déclenchement de la guerre, l'Europe s'est engagée sur la voie du renforcement d'une autonomie énergétique, qui lui fait encore cruellement défaut, notamment par le biais du *REPowerEU* (F. De Witte, « Russia's invasion of Ukraine signals new beginnings and new conflicts for the European Union », *LSE EUROPP blog*, 14 mars 2022, disponible à l'adresse : https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2022/03/14/russias-invasion-of-ukraine-signals-new-beginnings-and-new-conflicts-for-the-european-union/; dernière consultation le 25 mars 2022).

Traité instituant le Mécanisme Européen de Stabilité (TMES) et du Traité de Stabilité, de Coordination et de Gouvernance (TSCG). La politique monétaire de la BCE, quant à elle, a également connu une inflexion importante, perceptible d'ailleurs dans la qualification de « non-conventionnelles » des mesures adoptées. Ces diverses mesures et réformes, si elles ont toutes été validées par la Cour de justice, n'en ont pas moins impliqué de nombreuses controverses doctrinales, à la fois économiques et juridiques, qui se sont d'ailleurs traduites et cristallisées dans le « dialogue jurisprudentiel » ouvert entre certaines juridictions constitutionnelles nationales, en particulier la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) siégeant à Karlsruhe, et la CJUE. Faisant écho aux discussions de la première partie relatives au caractère potentiellement « schmittien » de certaines théories néolibérales, Hjalte Lokdam et Michael A. Wilkinson analysent l'évolution de la constitution macro-économique de l'UE comme une rencontre entre le fédéralisme interétatique de Friedrich Hayek, tendant à « dépotentialiser » les États au profit d'un ordre catallactique, et les thèses de Carl Schmitt, d'après qui une fédération demande un pouvoir central fort afin d'imposer une certaine homogénéité – en l'occurrence économique. Ramenée à la seule problématique de l'efficacité du gouvernement (*potentia*), la question de la légitimité du souverain (*potestas*) se révélerait alors évacuée, car, « [*f*]*rom the perspective of those seeking to make Europe 'governable', democracy remains a threat to be contained rather than a potential to be realized* ».

Tout en situant leur propos à un niveau quelque peu différent, les 'discutants' abondent dans ce sens tout en s'interrogeant sur le *potentiel* changement de paradigme qu'ont pu entraîner les réponses européennes aux crises des dettes souveraines et, surtout, de la Covid-19, avec l'adoption du plan de relance *Next Generation EU* – qualifié de possible « *game-changer* » par Susanna Cafaro et d'éventuelle « *critical juncture* » par Peter Lindseth et Cristina Fasone. La première insiste ainsi sur le revirement opéré par les diverses réformes de cette dernière décennie dans la compréhension même de ce que doit être la « stabilité », à savoir non plus l'« *immutable stability* » originelle de l'UEM, qui nécessiterait une gestion technocratique, mais une « *stability equal resilience* », qui impliquerait une « *greater political discretion* » pour être en capacité de s'adapter dans un environnement en perpétuelle évolution. Autrement dit, *Next Generation EU* emporterait peut-être un « *Next* (*Economic*) *Constitutionalism* ». Peter Lindseth et Cristina Fasone, quant à eux, contestent toutefois cette sémantique « constitutionnelle » attachée à l'Union européenne. Ils proposent d'analyser « *the core contradiction that the contributions by F. Martucci and by H. Lokdam and M. A. Wilkinson highlight but do not name* », à savoir la déconnexion entre cette prétention constitutionnelle

et le caractère « *technocratic* » et « *juristocratic* » – et donc *in fine* seulement « *administrative* » et « *sub-constitutional* » – de la gouvernance européenne. Faute de mécanismes « *metabolic* » visant à « *extract and redirect* (*'mobilize'*) *human and fiscal resources in a legitimate and compulsory fashion* », l'UE ne pourrait prétendre à une véritable constitution et resterait ainsi enfermée dans la « *fundamental fracture between power and legitimacy* » ou, plus précisément, entre un pouvoir de plus en plus européanisé et une légitimité démocratique maintenue au niveau national. Loin de s'épuiser dans un simple problème d'ingénierie juridique, le défi résiderait bien plutôt à un niveau sociopolitique et socioculturel, ce qui pourrait expliquer pourquoi les réformes issues de la crise des dettes souveraines, creusant encore cette fracture, ont engendré un « *populist and Eurosceptic backlash* ». Toutefois, et tout en restant extrêmement prudents, les auteurs considèrent que les réponses à la pandémie « *contains within it the potential seed of a genuinely metabolic constitution at the EU level* », car si « *Next Generation EU still did not cross the crucial Rubicon, that of a proposed Europeanization of taxation authority* », il aurait néanmoins amené l'Union européenne « *right up to its banks* ». Reste néanmoins la question encore plus fondamentale – oserions-nous ajouter – de savoir si les institutions nationales permettront un tel saut fiscal, car les sentinelles que constituent les juridictions suprêmes nationales, au premier rang desquelles figure la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*), semblent veiller scrupuleusement sur le Rubicon[73]…

Enfin, de manière à la fois plus spécifique et globale, la troisième et dernière partie de l'ouvrage se concentre sur les constitutions économiques nationales et leur mise en concurrence sous le régime du droit européen et de ce qui a pu être qualifié de *Global Governance*. À travers l'étude de quatre États occidentaux (Allemagne, Belgique, France et Royaume-Uni), la première section de cette partie vise à illustrer la disparité qui peut exister entre les configurations économico-juridiques d'États pourtant fortement intégrés (tant économiquement que juridiquement), les raisons de cette différenciation et plus spécifiquement, parmi celles-ci, le rôle que peuvent jouer les jurisprudences économiques constitutionnelles sur ces configurations nationales[74]. Ce

73 G. Grégoire, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *op. cit*.

74 Il eût été évidemment opportun d'intégrer d'autres États européens à cette étude, en particulier pour illustrer deux catégories spécifiques d'entre eux : d'une part, les États de l'ex-bloc soviétique, dont les constitutions des années 1990 font parfois explicitement référence à l'économie (sociale) de marché (par exemple en Hongrie ou en Pologne) ; d'autre part, les États du Sud de l'Europe ayant été soumis à la « conditionnalité » et aux « réformes structurelles » découlant des mécanismes de stabilité européens (FESF,

faisant, certaines problématiques plus transversales seront mises en exergue et permettront ainsi de mieux saisir les enjeux spécifiquement contemporains des processus de constitutionnalisation économique qui caractérisent les ordres juridiques occidentaux – tâche qui échoira à la seconde section.

Dans un premier temps, Pierre Nihoul, président de la Cour constitutionnelle de Belgique, propose une analyse juridique pointue des relations entre « Constitution et économie en Belgique », éclairée par un exposé détaillé de la jurisprudence constitutionnelle en la matière. Il en ressort que si « la place de l'économie dans la Constitution belge est inexistante tant sur le plan des normes matérielles (de comportement) que des normes institutionnelles (d'organisation) », ce « déficit constitutionnel » est comblé, à tout le moins partiellement, par les normes supra-législatives que sont les « lois spéciales », au niveau interne, et le droit de l'Union, au niveau supranational – tous deux garantissant la liberté économique tout en permettant un « interventionnisme normatif des pouvoirs publics dans l'économie ». Sur le plan organique en revanche, l'auteur note un déplacement du pouvoir vers les autorités indépendantes de régulation, ce qui nécessiterait, selon lui, une meilleure « assise constitutionnelle », afin de fixer les limites de ces nouveaux modes de régulation de l'économie. Il soulève, de ce fait, la problématique de la montée en puissance des « institutions non majoritaires », qui est également analysée ensuite par d'autres auteurs, et notamment par Tony Prosser et Damien Piron.

Dans un deuxième temps, François Colly expose « la constitution économique de la France et la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel ». Revenant sur le tournant des décisions *Nationalisations* de 1982 et *Privatisations* de 1986, il en pointe les conséquences fondamentales quant à l'ordonnancement de l'économie par la Constitution. Intégrés au « bloc de constitutionnalité », les principes libéraux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et ceux interventionnistes du Préambule de 1946 ont été « conciliés » par le juge constitutionnel français, non sans « neutraliser » au passage le caractère potentiellement normatif de l'alinéa 9 de ce même Préambule, relatif aux nationalisations. Il en ressort, dans l'ensemble, que « l'option d'une Constitution économique normative ou ordonnatrice est

---

MESF, MES) et autres *Memoranda of Understanding* de la *Troïka* (FMI, BCE et Commission), avec notamment le cas paradigmatique et emblématique de la Grèce. Dans cette dernière catégorie, l'Italie eût été, elle aussi, particulièrement intéressante à analyser, au vu de sa riche histoire sur le plan du constitutionnalisme économique, que ce soit au niveau du droit positif ou de la littérature scientifique. Des raisons pratiques d'édition nous ont cependant contraints à nous en tenir à un échantillon restreint, qui est néanmoins appelé, nous l'espérons, à être étendu à l'occasion de prochains travaux sur le sujet.

rejetée à la faveur de la conception d'une constitution économique neutre », laissant un large pouvoir discrétionnaire au législateur quant aux choix économiques posés. Néanmoins, au fil de son analyse minutieuse de la jurisprudence économique subséquente du Conseil constitutionnel, l'auteur relève l'apparition de « notions nouvelles », telles que le « bon fonctionnement concurrentiel du marché », l' « encadrement de la concurrence » et l'objectif de « préservation de l'ordre public économique ». S'il maintient *in fine* l'hypothèse d'une neutralité économique de la Constitution, relevons toutefois qu'il souligne aussi la « tendance marquée dans le sens du libéralisme économique et de l'économie de marché ».

Après avoir rappelé les racines weimariennes du concept (déjà esquissées dans la première partie de l'ouvrage), Peter-Christian Müller-Graff présente non seulement les vigoureuses discussions qui ont animé l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, mais également la jurisprudence historique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, dès 1954, a dégagé le principe de « neutralité économique » de la Loi fondamentale. Toutefois, l'auteur insiste sur la « *constitutional connection* » entre cette norme suprême allemande et le droit de l'UE, qui l'amène à affirmer que « *the Basic Law as well as the constitutions of the other member states have been transformed into European national constitutions* », laissant alors à la doctrine juridique la tâche essentielle de mettre en cohérence cet entrelacs normatif.

Si le constat d'une influence majeure du droit européen sur les constitutions économiques nationales est partagé par Tony Prosser, ce dernier souligne néanmoins l'aspect singulier du Royaume-Uni, tant sur le plan institutionnel (théorie de la souveraineté du parlement, absence de juridiction constitutionnelle de type continentale, *etc.*) qu'au niveau des contraintes juridico-économiques qui encadrent l'intervention de l'État dans et sur l'économie. Par ailleurs, si l'ordre juridique britannique échappait déjà, en tant que membre de l'Union européenne, à une partie des normes européennes en matières monétaire ou budgétaire, le Brexit ouvre de nombreuses inconnues sur les choix économiques qui seront réalisés – mais également sur la pérennité même du Royaume-Uni en tant qu'État.

Sur la base de cette première approche de droit comparé, la seconde section de cette troisième partie entend quant à elle interroger les dynamiques internes (fédéralisation) et externes (mise en marché des ordres juridiques étatiques) qui traversent le constitutionnalisme économique – et, à travers ces dynamiques, appréhender le phénomène de « concurrence normative » à l'heure de la *Global Governance*. En effet, la mise en concurrence des normes – et, plus globalement encore, des ordres – juridiques constitue pour ainsi dire

l'étape ultime dans l'appropriation économique progressive, par les penseurs (néo)libéraux, du phénomène juridique. Dans cette perspective, la mise en concurrence des normes – et des ordres – juridiques au nom de l'attractivité économique peut passer par deux instruments : en interne, la fédéralisation fiscale et budgétaire des États ; en externe, l'intégration économique internationale et la suppression des barrières au libre-échange.

Comme nous l'explique Damien Piron à partir de l'exemple belge, le fédéralisme fiscal et budgétaire, s'il n'a pas nécessairement cette fonction, peut ainsi constituer un instrument de concurrence normative au sein d'un même ordre juridique étatique, ainsi qu'un outil de « rationalisation » des finances publiques. Cette mise en concurrence et cet « assainissement » nécessitent cependant que certaines conditions soient rencontrées et qu'un cadre juridique approprié soit établi, ainsi qu'en témoigne, en Belgique, la Loi spéciale de financement de 1989 analysée par l'auteur sous l'angle d'une sociologie du néolibéralisme.

De même, et nonobstant certains contre-mouvements actuels (progression de l'unilatéralisme dans les relations internationales ou montée en puissance de valeurs sociales concurrentes à l'ordre de marché), M. Mahmoud Mohamed Salah décrit comment la mise en concurrence internationale des ordres juridiques étatiques exige certaines structures d'ordre juridique (libertés de circulation et d'échange, protection et garantie des investissements, *etc.*), qui ont pu être établies notamment à travers les institutions internationales (Organisation Mondiale du Commerce, Fonds Monétaire International, Banque mondiale, *etc.*) et le processus d'intégration européenne.

Sur la base d'une grille d'analyse gramscienne, Thibault Biscahie et Stephen Gill interprètent alors cette « *policy and fiscal competition under the form of 'market-preserving federalism'* » comme autant de symptômes et de caractéristiques de ce qu'ils qualifient de « *New Constitutionalism* ». Le développement de ce nouveau cadre constitutionnel global, véritable « *legal-juridical anchoring of neoliberal globalization* », serait traversé par une triple dialectique : *centralisation* du pouvoir politique pour protéger le cadre du marché tout en *décentralisant* les politiques redistributives, laissées à la merci des mécanismes de marché ; *désocialisation* de l'économie (privatisation, dérégulation, *etc.*), mais *socialisation* des pertes des grandes entreprises issues des crises du système capitaliste ; *inclusion* de certaines forces sociales au bloc hégémonique, mais pour mieux maintenir l'*exclusion* des « subalternes ». Comme un écho à la « *conservative transformation* » pointée par Hjalte Lokdam et Mike Wilkinson, Thibault Biscahie et Stephen Gill analysent par ailleurs la restructuration du *New Constitutionalism*, qui semble s'opérer à

la suite de la crise de la Covid-19, comme une « *revolution-restoration* » ou, en termes gramsciens, une « *passive revolution* » destinée à faire perdurer l'ordre hégémonique.

Sébastien Adalid, quant à lui, referme en quelque sorte la boucle sur elle-même en puisant dans les débats du colloque à Liège de 1970, mentionné en introduction, les ressources de sa critique de la « méta-politique » qu'impliquerait, par sa défense d'un hypothétique ordre de marché « transcendant », l'idée de « constitution économique ». Insistant sur le caractère intrinsèquement *politique* du choix du système économique en vigueur – et des normes juridiques qui le fondent et l'encadrent –, il dissèque et dénonce lui aussi, à la suite de Thibault Biscahie et Stephen Gill, ce « néo-constitutionnalisme d'ascendance néolibérale ». Mais il met en outre en garde contre un nouvel avatar, « écologique », de cette méta-politique : l'éventuelle destitution, au bénéfice des considérations environnementalistes, du marché comme principe social régulateur ne doit pas oblitérer le caractère fondamentalement politique de cet enjeu écologique. Selon l'auteur, « démythifier » le néo-constitutionnalisme pour rendre au pouvoir politique ses marges de manœuvre et ses lettres de noblesse implique de refuser toute méta-politique, fût-elle écologique.

En prenant appui sur l'ensemble des contributions qui constituent l'ouvrage, Christian Joerges conclut alors par une réflexion plus globale sur ce concept de « constitution économique », et plus particulièrement sur le caractère éminemment politique de ce concept. En se fondant sur les travaux de l'historien et sociologue de l'économie Karl Polanyi, il insiste ainsi sur l'interrelation des sphères juridiques, économiques et politiques et propose de poser les fondements d'une théorie qui prendrait au sérieux le « *democratic command* » qu'induirait l'encastrement (« *embeddedness* ») de ces différentes sphères sociales. Pour ce faire, il ouvre deux fronts, en s'attaquant, d'une part, au cadre conceptuel « défectueux » du constitutionnalisme économique néo- et ordolibéral, qui prend acte de cette interdépendance tout en cherchant à limiter le régime démocratique au nom d'un hypothétique État de droit économique (*economic rule of law*) ; mais aussi, d'autre part, à la thèse de l'« ordolibéralisation » de l'Europe, qui, à défaut de saisir la singularité de la crise actuelle, empêcherait l'émergence de solutions réellement viables. Et c'est sur ce dernier plan que Christian Joerges innove, en opposant aux tenants du constitutionnalisme économique et du fédéralisme économique hayekien une approche puisant aux doubles sources de la « démocratie économique » et du droit international privé (ou « *conflicts law* »). L'objectif de cet « *Democracy-enhancing Conflicts-Law Constitutionalism* » est de garantir la « *liberty to organize national life at will* » – même et surtout en matière économique – tout en prenant en compte, à travers la délibération (et non la

concurrence), les interactions toujours plus grandes entre les communautés politiques nationales – et les impacts inévitables que la liberté démocratique de chacune engendre sur la vie collective des autres.

À l'issue de cette exploration historique et théorique du concept de « constitution économique » en Europe, on retombe ainsi sur la tension fondamentale qui le traverse, celle entre les idéaux de « démocratie » et de « *rule of law* ». Avec, toutefois, un enseignement de taille : après avoir été monopolisé par les ordo- et néolibéraux pour *promouvoir* un agenda de limitation de la souveraineté populaire au nom d'un État de droit économique, la notion est désormais également (re)mobilisée aujourd'hui par les tenants d'une plus grande autonomie collective dans le domaine économique, précisément pour *dénoncer* ce verrouillage des choix intrinsèquement politiques qu'emporte l'ordonnancement juridique de l'économie.

Entre ces deux positions, bornons-nous pour notre part à ce constat : loin d'être une donnée factuelle objective, ce cadre juridique demeure un institué contingent toujours théoriquement susceptible d'être défait et remodelé autour d'une rationalité alternative. La question de la nécessité ou de la légitimité (ou non) de cette (ou de ces) alternative(s) demeure certes un cap que le savant doit se garder de franchir[75]. La naturalisation du choix de la « logique de marché » pour justifier l'ordre juridique existant et dénier toute possibilité d'alternative l'est en revanche symétriquement. Fondée *ab initio* sur un choix idéologique et non sur d'hypothétiques principes économiques naturels censément irréfutables, la constitutionnalisation de l'ordre de marché reste et demeure un projet politique, par définition modifiable et réversible.

Bibliographie sélective

Audier, S., *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2015.

Bailleux, A., et Ost, F., « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, 2010, vol. 75, n°2, pp. 275–293.

Bailleux, A., et Ost, F., « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 70, n° 1, pp. 25–44.

Cristi, R., *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism. Strong State, Free Economy*, Cardiff, University of Wales Press, 1998.

75 M. Weber, *Le savant et le politique*, Paris, Union Générale d'Editions, 1963.

Fontaine, L., (dir.), *Capitalisme, libéralisme et constitutionnalisme*, Paris, Mare & Martin, 2021.

Foucault, M., « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », in S. Bachelard *et al.* (dir.), *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, pp. 145–172.

Foucault, M., *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.

Gerber, D. J., « Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, n° 1, pp. 25–84.

Grimm, S., *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Hayek, F.A., *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

Hien J., et Joerges, C., (dir.), *Ordoliberalism, law and the rule of economics*, Oxford/Londres, Hart Publishing, 2017.

Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne : actes du cinquième colloque sur la fusion des communautés européennes organisé à Liège les 16,17 et 18 décembre 1970*, Liège/La Haye, Martinus Nijhoff, 1971.

Koselleck, R., *Le futur passé: contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2016.

Nörr, K. W., « "Economic Constitution": On the Roots of a Legal Concept », *Journal of Law and Religion*, 1994, vol. 11, n° 1, pp. 343–354.

Polanyi, K., *La grande transformation: aux origines politiques et économiques de notre temps* (1944), Paris, Gallimard, 2011.

Supiot, A., *La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France* (*2012–2014*), Paris, Fayard, 2015.

Taylan, F., *Concepts et rationalités. Héritages de l'épistémologie historique, de Meyerson à Foucault*, Paris, Éditions matériologiques, 2018.

Teubner, G., « Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, vol. 74, pp. 733–761.

Tuori, K., et Tuori, K., *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Wilkinson, M. A., et Lokdam, H., « Law and Political Economy », *LSE Law, Society and Economics Working Papers*, n° 7/2018, disponible à l'adresse : http://eprints.lse.ac.uk/87544/ (dernière consultation le 12 février 2022).

Zevounou, L., « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, n°s 20–21.

PART 1

Genealogy of the Concept

Historical and Theoretical Perspectives



SECTION 1

The Emergence of the Concept

From the Physiocrats to the Weimar Republic



Les Physiocrates, l'économie politique et l'Europe

Philippe Steiner

Introduction

L'économie politique devient à partir de la deuxième moitié du XVIII^e^ siècle un savoir qui se répand, progressivement, dans l'Europe entière. Les « Économistes », ou les « Philosophes économistes », ou encore les « Physiocrates » jouent un grand rôle dans ce mouvement intellectuel, avant que la *Wealth of Nations* d'Adam Smith ne vienne les supplanter.

L'économie politique s'occupe, selon la formule classique que Jean-Baptiste Say hérite en grande partie du titre d'un brillant essai de Turgot, de la production, de la distribution et la consommation des richesses. L'économie politique telle que l'entendent les Physiocrates, a une ambition beaucoup plus large : c'est une science globale de la société. Elle prend appui sur les processus productifs, distributifs et consommatoires, mais ne s'y arrête pas, car elle englobe aussi le droit constitutionnel, la politique et prétend même à être une morale.

Pour finir de placer le problème posé par le rapport existant entre cette « science nouvelle » et l'Europe des Lumières, il faut avoir présent à l'esprit le fait que la Physiocratie est un savoir de combat. En effet, il s'agit de lutter contre les tenants de la « science des marchands », lesquels envisagent les échanges, notamment internationaux, comme un jeu à somme nulle – ce que les uns gagnent, les autres le perdent – ce à quoi les Physiocrates opposent, sans relâche, l'idée de liberté du commerce. Un savoir de combat enfin contre des formes dépassées d'organisation politique au nom de l'évidence d'un ordre naturel et essentiel dont le tableau économique de François Quesnay donne la clé. Si l'on ajoute qu'ils parlent de Paris, en français, alors *lingua franca* de l'Europe éclairée, on peut comprendre l'impact de leurs doctrines sur l'Europe de la deuxième moitié du XVIII^e^ siècle, et bien au-delà.

Dans un premier temps, je rappellerai les principes sur lesquels se fonde la doctrine physiocratique en opposition à la « science des marchands », souvent connue sous le nom de mercantilisme, qui sert de repoussoir aux fondateurs de la Physiocratie. Dans un deuxième temps, je développerai ce que leur doctrine morale et économique propose, en insistant sur le changement très sensible qu'elle introduit dans la vision que l'on peut se faire de l'Europe économique, y compris dans les rapports qu'une Europe régénérée pourrait avoir avec le reste du monde, tout particulièrement l'Afrique et les colonies

© PHILIPPE STEINER, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_003
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

du Nouveau Monde. J'aborderai ensuite la dimension proprement politique de leur doctrine et comment celle-ci a pu rencontrer les vues de nombreux princes et monarques, sans véritablement parvenir à s'implanter chez aucun d'entre eux. Enfin, je marquerai leur legs intellectuel avec la diffusion européenne des académies des sciences morales et politiques dans la première moitié du XIX^e siècle.

1 L'œconomie politique contre la science des marchands

Avant que la Physiocratie ne prenne vigueur, les activités économiques sont considérées selon les principes adaptés des *Discourses on Trade* britanniques. Sans rentrer ici dans les détails de cette littérature, le point pertinent pour le présent propos tient dans le fait que cette approche de l'activité économique met l'accent sur la circulation monétaire des richesses en distinguant le circuit intérieur d'une nation et le circuit extérieur. Tant que la monnaie fait circuler les biens à l'intérieur de la nation, le commerce est profitable : ce que l'un perd, mesuré en monnaie, l'autre le gagne et la nation dans son ensemble s'enrichit en même temps que le volume de la circulation s'accroît. Il n'en est plus de même pour le commerce extérieur : si la nation importe plus qu'elle n'exporte, le déficit est soldé en monnaie, ce qui appauvrit la nation pratiquant un tel commerce. L'idéal est alors d'avoir une « balance positive » qui fait entrer du métal précieux dans la nation.

Une telle conception produit inéluctablement un conflit actuel ou potentiel entre les nations européennes en matière de commerce. La science des marchands ne peut fournir la base pour une vision dans laquelle les nations européennes formeraient un tout, un collectif réuni par un intérêt économique commun. Cette interprétation va de pair avec la doctrine de l'équilibre des forces militaires entre ces mêmes nations européennes. Divisées en termes de leurs intérêts économiques, elles le sont également en termes militaires et s'efforcent d'éviter que l'une d'entre elles ne prenne un ascendant trop marqué sur les autres. Au moment où la France et le Royaume Uni luttent pour la suprématie, Gabriel Bonnot de Mably présente la situation d'une manière désolante :

> Depuis plus de deux siècles, nous voyons en Europe deux puissances dominantes et rivales, qui se croyaient destinées à subjuguer les autres, et qui, en donnant le mouvement à toutes les affaires, ne jouissent de leur fortune qu'autant qu'elles travaillent à l'accroître. Ces malheurs ne sont pas prêts à finir. Occupées à se nuire mutuellement, dans l'espérance de triompher enfin l'une de l'autre, et de subjuguer ensuite sans peine les autres États, elles recherchent l'amitié de quelques alliés dont

> elles se défient, qu'elles n'aiment point, et qu'elles veulent tromper. Ceux qui sont assez puissants pour oser prendre part à leurs querelles, et se flatter de s'agrandir à leurs dépens, mettent leur secours à l'enchère, et les vendent au plus offrant ; tandis que les princes qui forment une troisième classe, et trop faibles pour avoir des grands projets suivis de fortune et d'agrandissement, ne cherchent qu'à se tenir éloignés de l'orage, ou s'y exposent témérairement.[1]

Cette vision militaro-économique est rejetée par François Quesnay, le fondateur de l'école physiocratique dans ses écrits de la période de la guerre de Sept Ans (1756–1763)[2]. Une approche nouvelle s'esquisse sous sa plume à l'occasion de la rédaction de l'article « Grains. Économie politique » paru en 1757 dans l'*Encyclopédie* de Diderot et D'Alembert, un support qui jouit d'une large circulation en Europe. Quesnay présente un point de vue novateur reposant sur l'idée d'une identité des intérêts des nations qui commercent entre elles pour assurer la sécurité alimentaire des populations[3]. La démonstration repose sur le contraste entre deux modes d'organisation de la production et de la vente des grains[4].

Lorsque le commerce extérieur est interdit, les prix varient plus fortement que ne varient les volumes récoltés – phénomène connu depuis la fin du XVII^e^ siècle. En conséquence, lorsque la récolte est mauvaise dans un pays, les prix montent très haut et les fermiers font un beau profit quand bien même il y a pénurie pour les consommateurs ; par contre, lorsque la récolte est abondante, les prix s'effondrent, les fermiers sont en perte alors que les consommateurs peuvent s'approvisionner aisément. La liberté du commerce des grains remet les choses dans l'ordre : lorsque la récolte est abondante, une partie peut être exportée et les prix ne baissent que modérément, et lorsque la récolte est

1 G. Bonnot de Mably, *Principes des négociations, pour servir d'introduction au Droit public de l'Europe fondé sur les traités* (1757) in *Collection complètes des œuvres de l'abbé de Mably*, Paris, Desbrière, An III, vol. 5, pp. 11–12.

2 N.d.E. : Sur les ruptures qu'opèrent Quesnay et ses disciples, et leur lien avec la notion de « Constitution économique », voy. aussi *infra* dans ce volume, H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique: émergence et fonctions » et P. C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

3 F. Quesnay, « Grains. Œconomie politique » (1757), in *Œuvres économiques complètes et autres textes*, vol. I, Paris, Institut National des Études Démographiques, 2005, pp. 161–212.

4 L'argument est présenté plus longuement dans Ph. Steiner, « Demand, Price and Net Product in Quesnay's first articles », *European Journal of the History of Economic Thought*, 1994, vol. 1, n°2, pp. 231–252 et *La "science nouvelle" de l'économie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, chap. 3, pp. 49–95.

mauvaise, l'importation évite la hausse stratosphérique des prix. Les fermiers font du profit les années de bonne récolte et les consommateurs sont bien servis (prix modérés mais gros volumes) et lors des mauvaises récoltes, les fermiers sont en pertes modérées et les consommateurs peuvent néanmoins s'approvisionner à des prix eux-mêmes modérés.

En quoi ce raisonnement à quelque chose à voir avec l'Europe ? En promouvant la liberté du commerce, Quesnay et les Physiocrates développent une conception de l'économie comme jeu à somme positive. Les nations qui vendent et celles qui achètent gagnent ; elles s'entraident mutuellement, compensant une récolte trop faible, par les excédents venus d'un autre endroit de l'Europe.

Une nouvelle ligne de clivage s'installe. Plutôt que le solde de la balance commerciale, c'est la nature de la production qui devient le critérium de la richesse, en raison de la doctrine de la productivité exclusive de l'agriculture, seul secteur à engendrer un produit net, un surplus de richesse par rapport aux intrants. Mais si les nations agricoles sont appelées à s'enrichir, sera-ce au détriment des nations dont l'économie est organisée autour du commerce ? L'opposition va-t-elle seulement changer de forme ? Rien de tel assure Quesnay car, là encore, à y regarder de plus près, il y a place pour une harmonisation des intérêts. En effet, explique-t-il, dans le cadre d'une division internationale du travail, les nations agricoles se spécialisent dans la production de grains et profitent de la spécialisation des nations commerçantes qui fournissent un fret à faible coût. Cette efficacité accrue dans le transport leur assure un « petit produit net du commerce », et leur permet de profiter également dans le concert des nations qui s'échangent mutuellement leurs productions agricoles[5].

Prises ensemble, les deux pièces de cet argumentaire produisent un changement majeur permettant de concevoir l'unité existant entre les pays qui commercent entre eux. L'intérêt matériel les réunit et fait de leur proximité une unité potentielle, l'Europe, qui ne demande qu'à être perçue comme une évidence – un maître mot de la Physiocratie – pour devenir effective[6].

À cette date, Quesnay ne procède pas à ce bond théorique pour parler de l'Europe comme une unité économique. Il n'est question chez lui que des nations particulières : la France, bien sûr, mais aussi l'Angleterre, la Hollande,

5 Ce point de la doctrine de Quesnay est explicité dans Ph. Steiner, « Quesnay et le commerce », *Revue d'économie politique*, 1997, vol. 107, n°5, pp. 695–713.

6 N.d.E : pour une réflexion sur la manière dont le projet *actuel* d'intégration européenne tente de façonner et d'unifier une « société européenne », voy. *infra* dans ce volume, H.-W. Micklitz « Society, Private Law and Economic Constitution in the EU ».

la Pologne, *etc.* Quelques années plus tard, abordant de front le problème du commerce, il en est toujours de même[7]. Il en est également de même dans l'ouvrage majeur de Pierre-Paul Lemercier de la Rivière dans lequel l'introduction rend explicite la place prise par la notion d'*intérêt*, notion qui rend compte des comportements et des désirs de toutes les classes de citoyens – propriétaires fonciers, fermiers, commerçants, *etc.* – ainsi que des souverains[8]. Une telle manière de procéder signifie que c'est de l'humanité entière dont parle la Physiocratie en développant la science nouvelle de l'économie politique. Avec l'*intérêt*, cette école a trouvé un principe universalisant, dépassant la différence des nations, et des regroupements que celles-ci peuvent former, que ce soit pour des raisons géographiques ou culturelles : il est donc question de la « société naturelle, tacite et universelle » dont les nations particulières ne sont qu'une branche[9]. L'*intérêt* est ce qui fait la solidité du corps politique à l'intérieur d'une nation, comme il fait le lien entre celle-ci et la catégorie de « l'étranger », opposition valable pour toutes les nations qui commercent les unes avec les autres.

C'est pourtant à ce point que Lemercier de la Rivière va rencontrer l'Europe. En effet, abordant les relations entre les nations, il doit rendre compte de ce « système de balance de l'Europe » dont il a été déjà question plus haut. Son objet, écrit-il, est de pacifier le continent en empêchant qu'une nation plus forte que ses voisines ne parvienne à les subjuguer. La doctrine de la balance politique de l'Europe n'est alors rien d'autre qu'une sorte de ligue défensive, dont il détaille les défauts : l'équilibre ne peut se trouver qu'en divisant et opposant entre elles les nations ; il est difficile à calculer en raison des changements qui se font jour continuellement dans les rapports de force entre les nations. Au final, Lemercier de la Rivière affirme que « [l]e projet de diviser les puissances pour les forcer les unes par les autres, à vivre en paix, renferme donc une contradiction évidente entre la fin et les moyens »[10].

Alors, il retourne l'argumentation. Si la pacification est obtenue par l'alliance de nations contre celle qui voudrait en subjuguer une autre, n'est-ce pas une preuve « que depuis longtemps on a regardé les nations de l'Europe comme

7 F. Quesnay, « Dialogue sur le commerce » (1766), in *Œuvres économiques complètes et autres textes*, vol. II, Paris, Institut National des Études Démographiques, 2005, pp. 903–944.

8 P.-P. Lemercier de la Rivière, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (1767), Genève, Slatkine, 2017, Discours préliminaire. L'ouvrage a été rédigé en très étroite collaboration avec Quesnay, comme le souligne Bernard Herencia, qui a assuré la publication de cette édition de référence, dans sa « Présentation ».

9 *Ibid.*, pp. 327 et s.

10 *Ibid.,* p. 332.

formant qu'une seule et même société »[11]. Si les rois se donnent mutuellement le titre de frères, n'est-ce pas une preuve supplémentaire de cette unité ? Une fois rappelés ces éléments, Lemercier de la Rivière avance l'idée selon laquelle cette unité ne doit pas reposer simplement sur cette fraternité personnelle des rois, mais sur la fraternité nationale qui veut que chaque État considère comme frères les États qui l'entourent. Et si la fraternité des nations n'est point chose nouvelle, il faut encore en montrer clairement, avec évidence, les raisons. La politique doit être fondée sur l'unité d'intérêt des peuples comme des souverains, une unité d'intérêt fondée sur « la plus grande abondance possible des récoltes annuelles, jointe à la plus grande valeur vénale possible des productions »[12]. La vraie politique qui fonde l'Europe comme unité, est donnée par l'économie politique et sa doctrine du libre commerce appuyée sur un respect scrupuleux des droits de propriété[13].

2 L'Europe et le monde

Il est une autre manière de marquer cette unité de l'Europe que les Physiocrates font valoir dans cette deuxième moitié du XVIII^e siècle. Il ne s'agit plus tant de situer les nations européennes les unes vis-à-vis des autres, mais de les placer au regard du reste du monde. Il n'y a pas meilleur moyen de le faire que de considérer l'importante question coloniale.

La question des colonies est alors dominée par la science des marchands, toute entière tournée vers les moyens d'accroître la puissance de la nation. Dans ce cadre, ainsi que le font les membres du groupe réuni autour de l'intendant du commerce Vincent de Gournay, la capacité à obtenir de la main-d'œuvre servile pour les plantations des « îles à sucre » est un objet de grande importance commerciale et politique. Pas question d'envisager une abolition de l'esclavage qui donnerait du même coup un avantage économique certain à la nation qui continuerait de faire l'odieux commerce de chair humaine pour reprendre les termes de Turgot. Et sur ce point, Samuel Du Pont, qui n'est pas encore devenu Du Pont de Nemours, fait œuvre originale en appliquant le principe de l'intérêt à la question esclavagiste.

11 *Ibid.,* p. 333.

12 *Ibid.,* p. 335.

13 N.d.E. : projet qui entre en résonance avec l'intégration européenne de la seconde moitié du XX^e siècle, analysée en détail *infra* dans ce volume, dans les diverses contributions de la Part 2 – *The European Economic Constitution. From Micro to Macro.*

Du Pont effectue un calcul visant à montrer que les propriétaires de plantations dans les îles à sucre – Guadeloupe, Haïti, Martinique – ont tout intérêt à libérer leurs esclaves[14]. La verve calculatoire de Du Pont en faveur du travail libre ne s'arrête cependant pas à l'addition des coûts directs (nourriture, vêtement, *etc.*) et indirects (contrôle et conduite par la brutalité des travailleurs, risques de révolte, *etc.*) du travail servile. Un nouveau facteur vient renforcer la démonstration de la plus grande efficacité du travail libre : l'écart de productivité entre le travail de l'esclave et celui de l'ouvrier libre. « Parce que la paresse est son unique jouissance, & le seul moyen de reprendre en détail à son maître une partie de sa personne que le maître a volée en gros »[15], parce qu'il n'a aucun intérêt de perfectionner son intelligence, parce qu'il vit dans un état de guerre permanent avec son maître, l'esclave est un travailleur peu productif. Des ouvriers libres propriétaires de leurs gains que l'envie d'accroître leurs revenus et d'être préférés à leurs concurrents rendrait actifs et intelligents, feraient à moindres frais, dans le même temps et avec moins de fatigue, grâce au perfectionnement constant de leur méthode de travail, le double de l'ouvrage que font les esclaves.

Ce rapport de 1 à 2 entre la productivité de l'esclave et celle de l'ouvrier libre augmente considérablement l'efficacité relative du travail libre : son coût n'étant pas plus élevé que celui du travail servile, selon le calcul précédemment présenté, le salaire des ouvriers libres comparé avec le produit de leur travail serait donc environ de moitié meilleur marché. Les planteurs auraient donc un très grand intérêt à les employer, ce qui paraît possible étant donné le faible niveau des salaires en Europe[16]. La satisfaction de l'intérêt du planteur passe, en fin de compte, par celle de l'intérêt des travailleurs.

Il serait d'ailleurs facile de faire transporter d'Europe des hommes libres intéressés à gagner les quatre cent vingt livres que coûte annuellement un esclave pour mettre en valeur les plantations coloniales. Du Pont balaie ici « l'objection tant rebattue » selon laquelle les blancs ne peuvent travailler sous le climat brûlant des Antilles en rappelant que ces colonies ont été fondées par des blancs. L'Européen exercé au travail, ne craint-il pas d'ajouter, se révèle plus robuste que le nègre, l'asiatique, l'indien ou les naturels d'Amérique même dans leur propre climat. Du Pont compte donc sur l'immigration

14 Le calcul de Du Pont, et les débats qui suivirent ont été présentés et analysés dans C. Oudin-Bastide et Ph. Steiner, *Calculation and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

15 P.-S. Du Pont, « Observations importantes sur l'esclavage des nègres », *Les Éphémérides du citoyens*, 1771, vol. VI, pp. 163–246, spéc. p. 238.

16 *Ibid.*, pp. 238–239.

européenne pour assurer le travail libre sur les plantations[17]. L'objectif que Du Pont s'était fixé est alors atteint : la supériorité du travail libre et du comportement intéressé sur le travail servile et la violence est mise en lumière. Le calcul démontre que l'atteinte faite par l'esclavage à la morale et au droit de propriété de l'individu sur lui-même n'est pas profitable, mais au contraire « atroce envers ceux qui en sont les victimes, et nuisible et ruineux pour ceux qui le commettent »[18].

Ce résultat ne discrédite cependant pas seulement la pratique esclavagiste des planteurs coloniaux ; il met en cause, de façon globale, le mode de relation à l'Autre développé par les Européens « qui semblent n'avoir tiré de leur esprit, de leurs arts, de leur industrie, que l'odieux privilège de mettre tout en combustion & de causer les malheurs de leurs semblables, d'un bout à l'autre de la terre »[19]. La demande constante de nouveaux esclaves suscite, entre les différents peuples de la côte d'Afrique, des guerres destinées à produire des captifs dont la moitié meurt sur les bateaux négriers pendant la traversée de l'Atlantique. La colonisation de l'Amérique a entraîné l'extermination de ses habitants qui n'auraient pas demandé mieux que de vendre les productions de leur pays. Pour sortir de cette « demi-civilisation » qui les a rendus propres à nuire à tout le monde sans leur servir à eux-mêmes, les Européens ne doivent pas seulement abolir l'esclavage, il leur faut promouvoir une nouvelle division internationale du travail, d'un côté par l'établissement de sucreries sur la côte d'Afrique (établissement qui suppose l'apport pacifique et négocié de capitaux et de savoir-faire), de l'autre par la reconversion de l'agriculture des colonies où les terres, épuisées par les cannes, demandent à changer de production. Projet grandiose ! L'enthousiasme du calculateur est tel qu'il prend soudainement un ton prophétique : le premier souverain qui rendra les Africains capables de vendre du sirop plutôt que des esclaves montrera la voie aux autres nations ; « il sera le bienfaiteur de l'Europe & de l'Afrique », « agréable à Dieu et aux hommes » ; « ses vertus & ses lumières attireront les récompenses du Ciel, les dons de la nature sur ses États & sur ceux de ses voisins »[20]. En conclusion, Du Pont adjure les colons de comprendre que « l'arithmétique politique » prouve que l'abolition est nécessaire, appelle les gouvernements à comprendre que « l'ignorance étaie l'injustice, & que l'injustice protège l'ignorance », invite tous les citoyens « éclairés et sensibles »

17 *Ibid.*, pp. 235–238.
18 *Ibid.*, p. 240.
19 *Ibid.*
20 *Ibid.*, p. 244.

à œuvrer en faveur d'une « si désirable révolution »[21]. Le calcul et la justice parlent décidément d'une seule voix ; l'intérêt doit être éclairé pour effectuer pleinement son œuvre bienfaisante ; l'économie politique et la morale sont indissociables, et l'idée de l'Europe comme unité émerge dans cette comparaison concernant les échanges entre trois régions de l'économie atlantique si centrale dans cette période.

3 Les Physiocrates et l'Europe du despotisme éclairé

Doctrine née dans l'entourage immédiat de la monarchie française, la physiocratie a été largement diffusée dans un grand nombre de pays européens : Italie, Suède, Russie, Pologne, plusieurs principautés allemandes, Suisse, *etc.*[22] Deux éléments ont contribué à cette diffusion.

Premièrement, dans l'Europe de la deuxième moitié du XVIII^e^ siècle, le despotisme éclairé est une forme de gouvernement bien plus valorisée que ne l'est la monarchie constitutionnelle anglaise, malgré ses vertus célébrées par Montesquieu dans *L'esprit des loix*. Bien mal nommée, la doctrine du despotisme légal[23] vantée par Lemercier de la Rivière offre l'espoir de maintenir le pouvoir personnel des familles régnantes tout en modernisant leur administration, et tout particulièrement leur administration économique, ressort de la puissance de l'État.

Deuxièmement, le groupe formé autour de François Quesnay se modifie à partir de la fin des années 1760. Au point de départ, il s'agissait de quelques individus proches de l'administration du royaume qui se réunissaient dans l'Entresol que Quesnay occupait à Versailles. Par la suite, le groupe prend appui sur le salon du marquis de Mirabeau et entre de plain-pied dans la dynamique propre à la vie de salon parisienne, attirant à la Physiocratie de nombreux étrangers lors de leurs séjours dans la capitale[24]. On compte ainsi

21 *Ibid.*, p. 246.

22 Il existe trois sources principales pour explorer d'une manière critique la diffusion européenne de la Physiocratie : B. Delmas, T. Demals et Ph Steiner (dir.) *La diffusion internationale de la Physiocratie (18^e^-19^e^)*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1995 ; T. Carvalho, *La Physiocratie dans l'Europe des Lumières. Circulation et réception d'un modèle de réforme de l'ordre juridique et social*, Rennes, Thèse de droit, Université de Rennes 1, 2016 ; S. Kaplan et S. Reinert (dir.), *The Economic Turn. Recasting Political Economy in Enlightenment Europe*, Londres, Anthem Press, 2019.

23 N.d.E.: sur cette notion de « despotisme légal », voy. *infra* dans ce volume, P. C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

24 L. Charles et C. Théré, « From Versailles to Paris: The Creative Communities of the Physiocratic Movement », *History of Political Economy*, 2011, vol. 43, n°1, pp. 25–58.

parmi les participants réguliers le Margrave de Bade et son fils, le comte de Chreptowicz, Benjamin Franklin, Johan Schlettwein, et parmi les auditeurs occasionnels le secrétaire d'ambassade suédois, le prince de Prusse, le comte de Gorani, le roi de suède, le prince de Wilna, le grand-Duc de Toscane, le comte de Zinzendorf. Le nord de l'Europe, les principautés allemandes et l'Italie sont donc bien représentés dans le cercle parisien de la Physiocratie. Les missions en Russie (Lemercier de la Rivière), en Pologne (l'Abbé Baudeau), en Allemagne (Charles de Butré), complètent ce système de relations et d'échanges entre les Physiocrates et les acteurs politiques et administratifs influents de cette période. Ces contacts européens donnent lieu à une série imposante de traductions des écrits physiocratiques : 13 en allemand, 2 en anglais, 6 en espagnol, 12 en italien, 2 en polonais et 5 en suédois[25]. Qu'est-il ressorti de durable de cet ensemble de contacts personnels et de traduction de textes majeurs de la Physiocratie ?

Les tentatives d'application les plus poussées de leurs thèses économico-politiques sont impulsées par Johan Schlettwein sous les ordres du Margrave de Bade, dans les années 1760. Après quelques succès dans l'application de réformes de la fiscalité et du droit commercial dans deux bailliages, les difficultés se font jour, notamment lorsqu'il est question de la détermination de la base fiscale – le produit net de la culture. Dans la décennie suivante, le Margrave prend les premières dispositions pour lancer une réforme fiscale d'envergure qui ne verra pas le jour tant les travaux préliminaires sont lourds et épuisent l'enthousiasme de Butré[26].

En Toscane, le grand-Duc s'intéresse lui aussi de très près aux idées nouvelles proposées par les Physiocrates, alors même que la réflexion économique italienne est riche et marquée par le scepticisme vis-à-vis de points essentiels de la doctrine telle la productivité exclusive de l'agriculture, comme c'est le cas de Pietro Verri. La diffusion des textes physiocratiques par le gouvernement toscan vise à soutenir sa politique de libéralisation du commerce des grains, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Grand-Duché, l'abolition des corporations et la mise en place d'une réforme fiscale. D'une manière générale, ce sont les idées de liberté du commerce et de réforme fiscale qui retiennent l'attention des gouvernants et de leurs administrations. Les idées de liberté économique gagnent de ce fait du terrain dans l'ensemble de l'Europe, grâce

25 La liste détaillée est fournie dans la thèse de T. Carvalho, *La Physiocratie dans l'Europe des Lumières, op. cit.*, annexe 9.

26 *Ibid.*, chap. 2.

aux Physiocrates, et quand bien même un fort courant anti-physiocratique se lève dans la période[27].

4 La Physiocratie et la diffusion européenne des sciences sociales

Il serait dommage de s'en tenir aux seules relations des Physiocrates et des têtes couronnées soucieuses de réformer leurs administrations pour mieux gérer leurs impôts selon les principes de la science nouvelle de l'économie politique, pour reprendre le titre d'un ouvrage de Dupont[28]. La conception de l'économie développée par la Physiocratie mérite d'être également prise en considération. En effet, s'en tenir à une conception étroite de l'économie politique ne rendrait pas justice à leurs efforts en vue de construire une science globale du social, dans laquelle le droit, la politique et la morale sont étroitement reliés les uns aux autres. Au-delà de telle ou telle dimension de la doctrine physiocratique, il faut être attentif aux mots. On sait que François Quesnay a été un créateur en ce domaine[29], et c'est bien ce dont il est question aussi lorsqu'il s'agit de nommer un ensemble de nations, souvent considérées comme divisées ou disparates.

Quesnay utilise rarement le terme consacré par la suite d'économie politique, bien qu'on le trouve en sous-titre des articles « Fermiers » et « Grains » parus dans *L'Encyclopédie*. Le plus souvent, il parle du gouvernement œconomique pour désigner l'objet de ses réflexions, comme c'est le cas ici dans l'article « Hommes » :

> L'état de la population et de l'emploi des hommes sont donc les principaux objets du gouvernement œconomique des États, car c'est du travail et de l'industrie des hommes que résultent la fertilité des terres, la valeur vénale des productions et le bon emploi des richesses pécuniaires. Voilà les quatre sources de l'abondance : elles concourent mutuellement à l'accroissement les unes des autres, mais elles ne peuvent se soutenir que

27 G. Klotz, Ph Minard et A. Orain (dir.), *Les voies de la richesse ? La physiocratie en question (1760–1850)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2017.

28 *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle* est le titre d'un opuscule publié par P.-S. Du Pont en 1767.

29 M.-F. Piguet, *Classe, histoire du mot et genèse du concept. Des Physiocrates aux historiens de la Restauration*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996.

> par la manutention de l'administration générale des hommes, des biens, des production.[30]

Ce même terme de gouvernement œconomique est aussi placé en tête d'un des textes majeurs résumant les éléments essentiels de la doctrine physiocratique : *Les maximes générales du gouvernement œconomique*, publié en 1767. Les membres du groupe réuni autour de Quesnay emploient des terminologies différentes, mais il y a une expression qui va faire son chemin d'une manière toute particulière et qui se rapporte étroitement au présent propos.

Quand l'abbé Nicolas Baudeau se convertit à la Physiocratie, il met sa revue – *Les Éphémérides du citoyen, ou chronique de l'esprit national* – au service de l'école. À cette occasion, le titre du périodique change et devient *Les Éphémérides du citoyen, ou Bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*[31]. Dans son texte introductif, Baudeau déroule toute une série de questions concernant les règles de l'action raisonnable, les lois de l'ordre moral, les règles de l'administration d'un État, les relations entre les nations, avant d'expliquer que « Le développement et les solutions de ces grandes et sublimes questions forment les sciences morales et politiques, les plus utiles et les plus augustes connaissances de la philosophie »[32]. Baudeau élabore une équivalence entre les sciences morales et politiques et la science économique, tout en donnant dans son texte la prééminence à celles-là[33]. Lorsque Baudeau doit qualifier le Tableau économique, considéré comme une contribution majeure de Quesnay à la théorie économique par les Physiocrates comme par les historiens modernes, c'est ce terme qui lui vient sous la plume :

> Le tableau économique fait marcher les sciences morales et politiques à grands pas vers leur perfection, parce qu'il rend sensibles et comme palpables toutes les règles de l'ordre et toutes leurs conséquences. Dans sa merveilleuse simplicité, sont présentées à découvert et placées à leur rang naturel toutes les causes nécessairement efficaces de la puissance

30 F. Quesnay, « Hommes », in *Œuvres économiques complètes et autres textes*, vol. I, *op. cit.*, pp. 257–323, spéc. p. 259.

31 *Les Éphémérides du citoyen, ou Bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, Paris, Delalain et Lacombe, 1765–1772.

32 N. Baudeau, *Éphémérides du citoyen*, 1767, vol. 1, p. 6.

33 Le texte de Baudeau contient huit fois l'expression science morale et politique (au singulier ou au pluriel), mais aussi des expressions proches comme connaissance morale et politique, doctrine ou philosophie morale et politique. Sciences économiques ou connaissance économique ne se trouvent que deux fois sous sa plume.

> des souverains, de la prospérité des États, de la félicité des nations, et du bien-être de l'humanité.[34]

Sous l'impulsion de Baudeau, *Les Éphémérides du citoyen* véhiculent l'idée selon laquelle il existe une science générale du social dont la science économique est une partie. Cette formulation va par la suite faire l'objet d'une profonde et durable inscription dans les institutions savantes qui se mettent en place au cours du XIX^e^ siècle. Baudeau fait état d'un goût pour les connaissances économiques dans toute l'Europe, en Italie, en Espagne, au Portugal, tout en mentionnant plus particulièrement l'Allemagne, la Suisse, le Danemark, l'Angleterre et la Hollande. En somme, Baudeau prend date devant l'histoire et devant l'Europe.

La terminologie physiocratique reçoit une première consécration avec la création, en 1795, de l'Académie des sciences morales et politiques, constituée des sections « Philosophie », « Morale », « Législation », « Économie politique » et « Histoire »[35]. Elle est abolie par Napoléon Bonaparte en 1803, mais renaît de ses cendres en 1832 et devient un des piliers du petit monde des économistes libéraux, puisque dans les deux décennies suivantes des publicistes et hommes d'État comme Adolphe Blanqui, Charles Comte, Charles Dunoyer, Alexandre de Laborde, Hippolyte Passy, Pellegrino Rossi en deviennent membres. En liaison avec l'éditeur Guillaumin qui accueille le *Journal des économistes* et le *Dictionnaire de l'économie politique*, et le petit nombre de chaires d'enseignement alors existantes, l'Académie est un des piliers du groupe des économistes libéraux[36]. L'institution devient le lieu d'une orthodoxie en philosophie et en économie politique et, surtout, le lieu de la formation d'une science à destination des hommes d'État, notamment après la révolution de 1848[37].

La diffusion européenne des sciences morales et politiques est alors portée par les économistes français, principalement par l'intermédiaire des ouvrages de Jean-Baptiste Say, alors même qu'ils s'opposent à la doctrine des Physiocrates. Le réseau des correspondants étrangers de cette Académie

---

34 N. Baudeau, *Éphémérides du citoyen*, 1767, vol. 1, pp. 23–24.

35 M. Staum, *Minerva's Message. Stabilizing the French Revolution*, Montréal, McGill-Queen University Press, 1996.

36 L. Le Van-Lemesle, *Le juste ou le riche. L'enseignement de l'économie politique, 1815–1950*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2004, chap. 3.

37 A.-S. Leterrier, *L'institution des sciences morales et politiques* (*1795–1850*), Paris, L'Harmattan, 1995 ; C. Delmas, *Instituer des savoir d'État : L'Académie des sciences morales et politiques au 19^e^ siècle*, Paris, L'Harmattan, 2006.

participe également de cette diffusion européenne, avec des auteurs de grand renom comme John McCulloch, Thomas Malthus, Jean-Charles Simonde de Sismondi et Lord Brougham.

Plus marquant encore, la diffusion européenne des sciences morales et politiques prend une forme institutionnelle de grande ampleur avec la fondation d'Académies similaires dans l'Europe de la première moitié du XIX^e^ siècle[38]. Ainsi, en Italie, une section de sciences morales et politiques est créée à l'Institut National de Bologne (1802), puis à celui de Naples (1808), avant de devenir une Académie des sciences morales et politiques (1857), comme on en fonde une également en Lombardie (1864) et à Rome (1874). La Belgique établit une section de sciences morales et politiques au sein de l'Académie royale de Belgique (1843) ; en Suisse, une section du même nom est créée à l'Institut National de Genève (1853) ; en Espagne, une Académie royale des sciences morales et politiques est créée à Madrid (1857), tandis qu'un ensemble similaire de savoirs – morale, législation, économie politique et histoire – fait son apparition à Cambridge[39].

L'économie politique des Physiocrates a disparu de l'horizon intellectuel des économistes, des publicistes et des législateurs au profit de l'économie politique fondée sur les réflexions d'Adam Smith et de ses successeurs. Avant que l'on ne sache que la *Wealth of Nations* et la *Theory of Moral Sentiments* de Smith complétées par les *Lectures on Jurisprudence*[40] pointaient dans la même direction, le regroupement des sciences sociales sous le label des sciences morales et politiques est un des legs durables de la Physiocratie à la construction d'une Europe intellectuelle.

---

38 Je m'appuie ici sur les articles de J. Vincent, « Les "sciences morales et politiques" de la gloire à l'oubli ? Savoirs et politique en Europe au 19^e^ siècle », *Revue pour l'histoire du CNRS*, 2007, vol. 18, pp. 38–43 et d'A-S. Leterrier, « Un réseau de pensée européen : l'Académie des sciences morales et politiques sous la Monarchie de Juillet », *1848 : révolution et mutation au XIX^e^ siècle*, 1991, vol. 7, pp. 37–54. Pour le moral *tripo* à Cambridge, on peut également se reporter au travail de S. Collini, « A place in the syllabus: political science at Cambridge », in S. Collini, D. Winch et J. Burrow, *That Noble Science of Politics. A study in nineteenth century history of ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, chap. 11.

39 C. Coquelin, « Sciences morales et politiques », in C. Coquelin et C. Guillaumin (dir.), *Dictionnaire de l'économie politique*, vol. 11, Paris, Guillaumin, 1853, pp. 600–601 ; et J. Vincent, « Les "sciences morales et politiques" de la gloire à l'oubli ? Savoirs et politique en Europe au 19^e^ siècle », *op. cit.*, p. 41.

40 Ces notes de cours ne sont connues qu'à partir de l'édition qu'en donne Edwin Cannan en 1868.

Conclusion

L'économie politique physiocratique a jeté les ferments d'une unité européenne fondée sur les avantages que l'on peut se promettre de la liberté des échanges au sein d'un ensemble composé de pays se spécialisant les uns dans la production de biens agricoles et les autres dans l'industrie et le fret. Au lieu de voir dans la sphère économique une source de conflits et de heurts, ils proposent un horizon de collaborations et de transactions mutuellement avantageuses. L'intérêt est promu au rang de passion raisonnable et rationnelle sur laquelle il est possible de concevoir une unité des différentes nations européennes, tant sur les plans économiques que politiques. La Physiocratie a également su porter cette vision irénique d'un fondement économique pacifique au niveau des échanges entre l'Europe et le reste du monde, à une période où le commerce colonial et la traite d'esclaves battent leur plein. L'économie politique libérale du début du XIX^e siècle prolongera leurs efforts, quand bien même leur doctrine de la productivité unique de l'agriculture est définitivement rejetée. Et c'est sous la bannière de la conception large de l'économie politique que véhicule l'expression de sciences morales et politiques que la première institutionnalisation des sciences sociales s'effectue avant que les universités européennes lui fassent une place.

L'idée d'un intérêt marchand commun comme base d'une union européenne se renforçant peu à peu ne leur appartient pas ; mais il n'est pas difficile de voir dans leurs propos un premier pas dans cette direction. Si l'on prend au sérieux, comme il se doit, leur conception d'une économie politique composante majeure des sciences morales et politiques, capable de renouveler l'ordre politique des nations européennes, en définissant le champ d'action des dirigeants selon les avantages économiques que les peuples en tirent, on peut également y trouver cette idée chère à l'ordolibéralisme selon laquelle le politique doit être soumis à l'économique pour le bien des populations[41]. Une utopie dont on connaît les avantages, mais aussi les étroites limites.

41 N.d.E. : concernant l'ordolibéralisme et son influence sur le concept de constitution économique, voy. les contributions des Sections 1 et 2 du présent ouvrage ; concernant son éventuelle influence sur l'intégration européenne, voy. les contributions des Sections 3 et 4, ainsi que la conclusion de C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

Bibliographie sélective

Bonnot de Mably, G., *Principes des négociations, pour servir d'introduction au Droit public de l'Europe fondé sur les traités* (1757), in *Collection complètes des œuvres de l'abbé de Mably*, Paris, Desbrière, An III, vol. 5.

Carvalho, T., *La Physiocratie dans l'Europe des Lumières. Circulation et réception d'un modèle de réforme de l'ordre juridique et social*, Rennes, Thèse de droit, Université de Rennes 1, 2016.

Delmas, B., Demals, T., et Steiner, Ph., (dir.), *La diffusion internationale de la Physiocratie (18e-19e)*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1995.

Delmas, C., *Instituer des savoir d'État : L'Académie des sciences morales et politiques au 19e siècle*, Paris, L'Harmattan, 2006.

Kaplan, S., et Reinert, S., (dir.), *The Economic Turn. Recasting Political Economy in Enlightenment Europe*, Londres, Anthem Press, 2019.

Lemercier de la Rivière, P.-P., *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (1767), Genève, Slatkine, 2017.

Les Éphémérides du citoyen, ou Bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques, Paris, Delalain et Lacombe, 1765–1772.

Leterrier, A.-S., *L'institution des sciences morales et politiques (1795–1850)*, Paris, L'Harmattan, 1995.

Oudin-Bastide, C., et Steiner, Ph., *Calculation and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Quesnay, F., *Œuvres économiques complètes et autres textes*, Paris, Institut National des Études Démographiques, 2005.

Steiner, Ph., *La "science nouvelle" de l'économie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles

Guillaume Grégoire

Introduction

On the Old Continent, be it in French[1] or English[2] scientific literature, the advent of the notion of 'economic constitution' as a relevant and operative concept appears to be essentially linked to the history of European integration.[3] Since the sovereign debt crisis, the doctrinal debates on this 'European economic constitution' seem, however, to constantly return to the controversies that marked the history of the Weimar Republic (1919–1933).[4] This is nevertheless hardly surprising to the observer who considers that, beyond the remote scholastic[5] or physiocratic[6] influences, the concept stems first

1 Institut d'Études Juridiques Européennes (ed.), *La constitution économique européenne: actes du cinquième colloque sur la fusion des communautés européennes organisé à Liège les 16,17 et 18 décembre 1970,* Liège/The Hague, Martinus Nijhoff, 1971; L.-J. Constantinesco, « La constitution économique de la C. E. E. », *Revue trimestrielle de droit européen,* 1977, vol. 13, n° 2, pp. 244–281.

2 W. Van Gerven, U. Scheuner and J.D.B. Mitchell, « The Optimal Economic Constitution of the European Community with Reference to the Economic Constitutions of the Member States », *Common Market Law Review,* 1976, vol. 13, n° 2, pp. 215–221; see also, albeit two decades later, the important article of Manfred Streit and Werner Mussler: « The Economic Constitution of the European Community: From Rome to Maastricht », *Constitutional Political Economy,* September 1994, vol. 5, n° 3, pp. 319–353.

3 See *infra* in this volume, Part 2 – *The European Economic Constitution. From Micro to Macro*. Professor Léontin-Jean Constantinesco's article (« La constitution économique de la République fédérale allemande », *Revue économique,* 1960, vol. 11, n° 2, pp. 266–290) is an exception. But this exception is due specifically to Professor Constantinesco's knowledge of the German doctrinal debates.

4 See, in particular, the *special issue* of the *German Law Journal* (2015, vol. 21, issue 3, pp. 285–429) devoted to "*Hermann Heller's Authoritarian Liberalism*".

5 W. Decock, *Le marché du mérite. Penser le droit et l'économie avec Léonard Lessius*, Brussels, Zones sensibles, 2019; S. Piron, *L'occupation du monde*, Brussels, Zones sensibles, 2018; S. Piron, *Généalogie de la morale économique. L'occupation du monde*, tome 2, Brussels, Zones sensibles, 2020.

6 B. Herencia, *Physiocratie et gouvernementalité: l'œuvre de Lemercier de la Rivière,* Paris, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011; B. Herencia, « Recherches pour une constitution physiocratique », *Annales historiques de la Révolution française,* 2014, n° 378, pp. 3–28. See also *supra* in this volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique,

© GUILLAUME GRÉGOIRE, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_004
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

and foremost from the vigorous legal-economic discussions that animated German academic scholars in this turbulent interwar period[7].

It therefore becomes opportune, if not necessary, to scrutinize this critical time, which witnessed the elaboration of some of the major structural themes of contemporary economic constitutionalism. In this period of particularly intense intellectual ferment,[8] which reflected the considerable political issues at stake in the newly founded German democracy, the *Wirtschaftsverfassung* (i.e. 'economic constitution') crystallized the struggle between competing political conceptions of the legal and economic ordering of society. In a context characterized by the 'social question' – exacerbated by the constitution of the proletariat into a leading political force and the progressive institutional democratization of parliament – and with the advent of Soviet socialism in the USSR and fascist corporatism in Italy as alternatives to the economic and political liberal regime, the Weimar Republic (1919–1933) constituted a favourable ground and the main place for scientific controversies and political debates on these issues.

After a brief description of the economic structure of the Weimar Constitution (1.), the divergent interpretations of the *Wirtschaftsverfassung* developed by the socialist (2.), conservative (3.) and liberal (4.) legal theories will be investigated in more detail. The analysis of the theoretical controversies reveals, however, real ideological struggles: behind the *a priori* scientific debate on the Weimar 'economic constitution' lies nothing less than the fundamental issue of the (de)politicization of the economic order (5.).

1 The Economic Structure of the Weimar Constitution: Economic Freedoms, Social Rights and Democratization of the Economic Order

The Constitution of the German Reich (*Verfassung des Deutschen Reichs*), better known as the 'Weimar Constitution' or *Weimarer Reichsverfassung*

---

l'Europe », and *infra* in this volume, H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique : émergence et fonctions » and P. C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

7 K. W. Nörr, « 'Economic Constitution': On the Roots of a Legal Concept », *Journal of Law and Religion*, 1994, vol. 11, n° 1, pp. 343–354; D. Jungbluth, *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeurteil*, Wiesbaden, Springer, 2018.

8 P.C. Caldwell and W. Scheuerman (eds.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston/Leiden/Cologne, Humanities Press, 2000.

(WRV), was adopted on 31 July 1919 and proclaimed on 11 August 1919.[9] Both its drafters[10] and (German[11] and foreign[12]) contemporary exegetes described this new basic law as a great 'compromise': between legislative parliamentarianism and executive presidentialism, between Jacobinism of the Reich and federalism of the Länder, or between the secularization of the state and the influence of the churches. But also, and perhaps above all, between opposed social and economic ideologies.

After the provisions devoted to the organization of the state, which were developed in its First Title, the Constitution proclaimed in Title II the 'Fundamental Rights and Duties of Germans'. As noted at that time, this second part represents "a vast plan for social reorganization, for individuals, groups, religious communities, education and economic life".[13] The provisions on the 'order of economic life' (*Ordnung des Wirtschaftslebens*) were placed at the end of this Second Title, in Section V, but they nevertheless imply nothing less than the "irruption of the economy into the center of constitutional law"[14] and thus provide the fundamentally new (and potentially revolutionary) element of the Weimar Constitution.[15]

---

9 Die Verfassung des Deutschen Reichs ('Weimarer Reichsverfassung'), 11 August 1919, *Reichsgesetzblatt* 1919, n° 152, S. 1383–1418. Unless otherwise specified, I refer in this contribution to the English translation by E. M. Hucko: « Constitution of the German Reich of 11 August 1919 », in *The Democratic Tradition: Four German Constitutions*, Oxford/New York/Munich, Berg, 1987, pp. 149-190. For a detailed presentation of this constitution and of the Weimar context, see: C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

10 See the debates in the German National Constituent Assembly (*verfassunggebende deutsche Nationalversammlung*), available at: https://www.reichstagsprotokolle.de/index.html (last consulted on 12 February 2022). See, among numerous examples: K. Beyerle (Zentrum), *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung,* vol. 326, Stenographische Berichte, 19. session, p. 465.

11 C. Schmitt, *Constitutional Theory*, Durham/London, Duke University Press, 2008, pp. 82-88 (original ed.: *Verfassungslehre*, Munich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1928).

12 R. Brunet, *La constitution allemande du 11 août 1919*, Paris, Payot, 1921, esp. pp. 319–325.

13 E. Vermeil, *La constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande,* Strasbourg, Istra, 1923, p. 55.

14 H. Rabault, « La notion de constitution économique : éléments d'introduction », *Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé,* 2018, n° 34, pp. 207–235, esp. p. 220.

15 P. Fauchille, « Préface », in M.A. Schreiber-Fabre, *Constitution de la confédération allemande du 11 août 1919*, Paris, Arthur Rousseau, 1920, pp. V–XI, esp. p. VII; R. Brunet, *La constitution allemande du 11 août 1919*, *op. cit*., pp. 324–325.

Hence, while the 19th century constitutional charters merely enshrined civil liberties and liberal or 'bourgeois' fundamental rights,[16] the Weimar Constitution added social (and even socialist) concerns. The very wording of the first paragraph of Article 151 WRV, which opens this Section on 'economic life', heralds the balance – and compromises – underlying the subsequent provisions:

> The regulation of economic life must correspond to the principles of justice, and be designed to ensure for all a life worthy of a human being. *Within these limits,* the economic freedom of the individual must be guaranteed.[17]

Throughout all the provisions of the fifth Section, the fundamental principles of economic liberalism, though confirmed, are embedded and enclosed in objectives of (distributive) social justice ("designed to ensure for all a life worthy of a human being").[18] In this respect, "Freedom of trade and industry is guaranteed *in accordance with the laws of the Reich*" (Art. 151 (3) WRV) and the "principle of freedom of contract shall prevail in economic relations, *in accordance with the laws*" (Art. 152 (1) WRV).[19] From an inviolable individual right to liberty unless otherwise provided by law, the Constituent

16 Hence Karl Marx's famous criticism of the limited, and therefore insufficient, nature of these formal human rights in the article « *Zur Judenfrage* » in the only volume of the *Annales franco-allemandes* in 1844 (English translation available at: https://www.marxists.org/archive/marx/works/1844/jewish-question/; last consulted on 12 February 2022). Against a somewhat superficial and overly hasty reading of the text, it should however be noted that Marx did not conclude that these 'bourgeois' rights are useless; he calls for the extension of these abstract rights to concrete equality, in order to achieve full and complete emancipation (D. Bensaïd, « "Dans et par l'histoire". Retours sur la Question juive », in *Sur la Question juive*, Paris, La Fabrique éditions, 2006, pp. 74-135, esp. pp. 89–94). This is corroborated by later texts (see in particular the section « The Paris Commune » of the pamphlet on *The Civil War in France*, 1871, available at: https://www.marxists.org/archive/marx/works/1871/civil-war-france/index.htm; last consulted on 12 February 2022).

17 Art. 151 (1) WRV.

18 L. Guihéry, « La constitution économique de la République de Weimar : comment tenter de concilier choix individuels et préférences collectives ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2021, n° 1, pp. 207–225 – although we remain sceptical, to say the least, about some of the conclusions drawn by the author regarding the influence of the 'economic constitution' in the Nazi takeover. See also *infra* in this volume, P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law ».

19 Our translation; emphasis added.

Assembly thus moved on to a freedom recognized (only) within the limits of the law. The semantic shift hardly modifies the core of the situation, but the change of perspective nevertheless entails more than purely symbolic consequences: the individuals are (re)integrated into the economic order as citizens, i.e. as members of the political community, which implies both specific rights for workers and additional duties for the owners of the means of production.

Enshrined at the first level are what are now commonly referred to as 'economic and social rights',[20] such as the right to social security and insurance (Art. 161 WRV), or to labour law (Art. 157 WRV) – which is explicitly extended to "intellectual work [...] of discoverers, inventors and artists" (Art. 158 (1) WRV). These economic and social rights are recognized as formal, abstract and programmatic rights,[21] but they are also concretely protected by the recognition of a special 'freedom of association',[22] namely that for the "protection and improvement of labour and economic conditions" (Art. 159 WRV).[23] Hence, the union freedom is thus constitutionally enshrined in the Weimar Constitution.

Regarding, on the other hand, the specific duties attached to this 'economic life', it can be first observed that, from a general and formal point of view, "it is the moral duty of every German, without prejudice to his personal liberty, to use his intellectual and physical powers as the welfare of the community requires" (Art. 163 (1) WRV).[24] Furthermore, this social commitment affects the most prominent liberal right: the right to private property. Although Article 153 WRV recognized this right, it also stated that "the ownership of property entails obligations" and that "its use must at the same time serve the common good" (Art. 153 (3) WRV). Besides, Art. 155 (3) WRV adds that "the cultivation and full utilization of the land is a duty the landowner owes to

20 O. De Schutter, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights,* Cheltenham (UK)/Northampton (Massachusetts, USA), Edward Elgar, 2013; see also: H. Rabault, « Une "république sociale" ? Le paradoxe des droits 'économiques et sociaux' », in S. Gambino (ed.), *Diritti sociali e crisi economica Problemi e prospettive,* Torino, G. Giappichelli editore, 2015, pp. 133–143.

21 The rapporteur of Section V of Title II, Hugo Sinzheimer, states himself that these 'rights' are not "rights in the strict sense" (H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung,* Bd. 328, Stenographische Berichte, 62. Sitzung, p.1749). See *infra,* Subchapter 2. *The advocacy of the* Wirtschaftsverfassung *as a social democracy: Sinzheimer and the social-democratic doctrine.*

22 Generic freedom of association is already recognized in Art. 124 WRV.

23 Our translation.

24 Our translation.

the community" and that "[i]ncrement in value of the landed property, not accruing from any expenditure of labour and capital upon the land, shall be devoted to the uses of the community".

But the fifth Section is not limited to these rather vague statements of principle. These are extended and materialized by the provisions governing expropriation. Its general principle is laid down in Article 153 (2) WRV, in quite a unique wording for a liberal constitutional order:

> Expropriation may be effected only for the benefits of the general community and upon the basis of law. It shall be accompanied by due compensation, save in so far as may be otherwise provided by a law of the Reich. In case of dispute as to the amount of compensation, resort may be had to legal proceedings in the ordinary course, unless a law of the Reich otherwise determines. [...]

Compared to the liberal model of expropriation as enshrined in Art. 17 of the *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* of 26 August 1789, which provides this exception only in the event that "public necessity, legally ascertained, obviously requires it, and just and prior indemnity has been paid",[25] the Weimar provision alters and erodes each of its constituent elements to such an extent that it could (potentially) overturn and subvert the very principle. Expropriation is no longer permitted in cases of "public necessity", but for the "benefit of the general community"; compensation is no longer required *ex ante*, and the only remaining condition is for the compensation to be "fair" or "due" (*angemessene*); above all, this compensation condition is only required "save in so far as may be provided by a law of the Reich". In other words, the Constituent Assembly empowered the legislature to nationalize private property, without compensation if need be.

This generic provision was further extended in the (potentially) highly interventionist Art. 155 and 156 WRV, respectively devoted to the legislative empowerment of land collectivization and socialization of private enterprises. Furthermore, while Art. 164 WRV states that "[t]he independent middle class in agriculture, industry and commerce, shall be encouraged by legislative and administrative measures and shall be protected against exploitation and oppression", the very next (and last) provision of Section V, namely the *Rätearticle* ('article of the councils'), provides for a federal economic organization

25 Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789 (available at : https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/declaration-of-human-and-civic-rights-of-26-august-1789; last consulted on 12 February 2022).

based on 'workers' councils' (*Arbeiterräte*), but with a somewhat 'corporatist' perspective, since it is coupled with 'economic councils' (*Wirtschaftsräte*) bringing together representatives of employers, workers or even consumers.[26] On top of this institutional structure lay the 'Economic Council of the Reich' (*Reichswirtschaftsrat*), which was in principle vested with consultative prerogatives, but also and above all with the right of legislative initiative in the Reichstag.

The result is a rather unique constitutional configuration that blends liberal economic principles with social objectives and with a significant number of *potentially* collectivist provisions. The Weimar *Wirtschaftsverfassung* was thus the result of political compromises that sought to reconcile opposites, resulting in an unstable balance that could tip to one side or the other depending on how the legislature chose to implement it. Against this background, the concept of 'economic constitution' gave rise to an intense doctrinal debate, reflecting both strong theoretical positions and more or less latent strategic intents, which must be put into perspective to better grasp the underlying issue of both the theoretical and ideological struggles.

2 The Advocacy of the *Wirtschaftsverfassung* as a Social Democracy: Sinzheimer and the Social-Democratic Legal Doctrine

The first scholar to attempt to develop a concept of 'economic constitution' that could be both theoretically relevant and positively operable for the Weimar Republic was none other than the main author of Section V on *Wirtschaftsleben*: Hugo Sinzheimer, founding father of German labour law[27]

26 Following the defeat of the Spartakist movement (the *Freikorps* entered Berlin on 11 January 1919 and Rosa Luxembourg and Karl Liebknecht were assassinated on 15 January 1919) and the absence of the Communist Party in the elections to the Constituent Assembly of 19 January 1919, these 'workers' councils' should not however be confused with the model of the Russian 'Soviets' or with a political democracy built from these economic and workers' councils: they are not intended to replace the traditional parliamentary bodies, but rather to complement those institutions considered by the Marxist revolutionaries as 'bourgeois'.

27 On Sinzheimer's influence on labour law in Germany, see: E. Livneh, « Hugo Sinzheimer – The Father of German Labour Law », *Israel Law Review*, 1975, vol. 10, n° 2, pp. 272-276; O.E. Kempen, « Hugo Sinzheimer – Schöpfer des kollektiven Arbeitsrechts in Deutschland », *Arbeit und Recht*, 2015, vol. 63, n° 7, pp. G13-G16; O.E. Kempen, *Hugo Sinzheimer Architekt des kollektiven Arbeitsrechts und Verfassungspolitiker*, Frankfurt am Main, Societäts Verlag, 2017.

and Social-Democrat Deputy of the National Constituent Assembly.[28] In his famous speech as rapporteur of the economic Section at the 62nd session of the National Assembly on 21 July 1919,[29] Sinzheimer pointed out that individual economic freedom had to be constitutionally enshrined, but to be subordinate to and oriented towards a social function.[30] Although he acknowledged that the constitutional provisions setting out this social orientation have no direct effect, he emphasized their programmatic content, which remains particularly important, to the extent that it expressed a *Rechtsanschauung*, a 'legal philosophy', and thus gave the constitution its specific meaning.[31] He added that "from this point of view, one of the most important sentences of the draft Constitution is Section 1 of Article 156 (WRV), which contains the idea of future socialization".[32]

Above all, the very heart of the project lies in the "anchoring of the councils in the constitution"[33]: the *Räteartikel* (Article 165 WRV), together with the provision on the expropriation and socialization of strategic economic sectors (Art. 156 (2) WRV), lays down "the foundation of an economic constitution"[34] – to which most of his rapporteur's speech was devoted. In Sinzheimer's words, "the fundamental idea of the council movement is the establishment of a proper and specific economic constitution alongside the

28 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft: Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands*. Vol. I: *Von der Besatzungszeit zur Großen Koalition*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, pp. 15–18; K. W. Nörr, « Auf dem Weg zur Kategorie der Wirtschaftsverfassung: wirtschaftliche Ordnungsverstellungen im juristischen Denken vor und nach dem Ersten Krieg », in K. W. Nörr, B. Schefold and F. Tenbruk (eds.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert*, Stuttgart, Steiner, 1994, pp. 423-452, esp. pp. 443–452; C.M. Herrera, « Constitution et transformation, de Weimar à nos jours », *Revue française de droit constitutionnel*, mars 2021, n° 1, pp. 227–248, esp. p. 235.

29 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 328, Stenographische Berichte, 62. Sitzung, S. 1748–1752 (reprinted in: H. Sinzheimer, « Die Grundbeziehung zwischen Staats- und Wirtschaftsleben (1920) », in H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*: *Gesammelte Aufsätze und Reden*, vol. I (edited by O. Kahn-Freund and T. Ramm), Frankfurt am Main/Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976, pp. 364-372; also available on: https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt2_wv_bsb00000012_00295.html; last consulted on 12 February 2022).

30 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *op. cit.*, p. 1748.

31 *Ibid.*, pp. 1748(D)-1749(A).

32 *Ibid.* p. 1749(A).

33 *Ibid.*, p. 149 (D).

34 *Ibid.*

constitution of the state, which has the task of solving questions of economic organization by drawing on the economic forces themselves".[35] The relations between labour and capital, which define economic life, are certainly characterized by their opposition (*Gegensatz*),[36] but they also involve a community (*Gemeinschaft*) of interests converging towards production.[37] It was therefore precisely the task of the economic councils (*Wirtschaftsräte*) "to involve all the parties concerned with production in order to increase productivity".[38] This required the territorial (Art. 165 (3) WRV) – and, if necessary, sectoral (Art. 156 (2) WRV)[39] – organization of economic stakeholders, i.e. workers and employers, but potentially also "other categories of interested parties" such as consumers.[40]

The question then arose as to how far would and should the economic competences and political functions of these *Wirtschaftsräte* go, and especially of the *Reichswirtschaftsrat*. In this respect, the rapporteur noted from the outset that the regulation of working conditions and wages must remain the competence of free professional associations (trade unions and employers' associations), which are the only ones to possess "the necessary flexibility and adaptability" to face the evolution of specific economic needs.[41] Besides, the institution of the councils should not take precedence over parliamentary political bodies: the two "extremes" should be discarded, that is, on the one hand, the revolutionary solution of the dictatorship of the councils

35 *Ibid.*, p. 1750(A). This assertion is a *leitmotiv* in the thoughts of the social-democratic legal scholar, as evidenced by his writings gathered in: H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*: *Gesammelte Aufsätze und Reden*, vol. I (edited by O. Kahn-Freund and T. Ramm), Frankfurt am Main/Cologne, Europaische Verlagsanstalt, 1976 – and especially: « Über die Formen und Bedeutung der Betriebsräte (1919) », pp. 321-324, esp. p. 321; « Das Rätesystem (1919) », pp. 325-350, esp. p. 327; « Rätebewegung und Gesellschaftsverfassung (1920) », pp. 356-363, esp. p. 357.

36 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *op. cit.,* p. 1750(A). This justifies the establishment of workers' councils (*Arbeiterräte*), which are supposed to provide (manual and intellectual) workers with public law representation aimed at defending their own interests, similar to the chambers of commerce (*Handelskammern*) for the employers.

37 See also: H. Sinzheimer, « Über die Formen und Bedeutung der Betriebsräte (1919) », *op. cit.*, p. 322; H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.*, pp. 329-330.

38 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *op. cit.*, p. 1750(B).

39 *Ibid.*, p. 1750(C). See also: H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.*, p. 331.

40 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *op. cit.*, p. 1750 (C).

41 *Ibid.* at 1751(A). See also: H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.*, p. 332; H. Sinzheimer, « Rätebewegung und Gesellschaftsverfassung (1920) », *op. cit.*, esp. p. 356.

(*Rätediktatur*),[42] which is contrary to democracy because it does not include all citizens;[43] and, on the other, the reactionary project of a corporatist parliament through the institutionalization of these councils as a third legislative chamber, which would lead to an over-politicization of the economy.[44/45] It follows that the councils, "organs of economic democracy",[46] must have "an influence on politics, but no decision-making power in politics".[47] This influence was to be achieved through the obligation of parliament and government to consult the Economic Council of the Reich on social and economic affairs, but also and perhaps more importantly through the right of legislative initiative of the *Reichswirtschaftsrat,* which would empower the latter to propose bills on these social and economic matters by itself and to defend them directly before the *Reichstag* (Art. 165 (4) WRV).[48] The aim was "to bring about a sound and organic interaction between the political and economic spheres of life".[49]

As summarized by Ruth Dukes, Sinzheimer's aim was to "conceive of a 'constitution' that would allow for a satisfactory balance between the autonomous regulation of the economy by the economic actors themselves, on the one hand, and state oversight or guardianship of the common interest on the

42 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *op. cit.*, p. 1751(B).

43 See also: H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.*, esp. pp. 325–326. More generally, on democratic approaches in constitutional theories in the Weimar period, see: P.C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/London, Duke University Press, 1997.

44 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *op. cit.*, p. 1751(C). According to Sinzheimer, this would lead to "grasping the entire politics from an economic point of view" and thus to giving up "politics based on ideas". See also: H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.,* pp. 335–336 and 343–344.

45 Regarding this democracy of the economic councils conceived as equally opposed to the 'establishment of a dictatorship of councils' (*Errichtung einer Rätediktatur*) and to the 'introduction of a corporatist parliament' (*Einführung eines berufsständischen Parlament*) based on a 'chamber of labour' (*Kammer der Arbeit*), see: H. Sinzheimer, « Über die Formen und Bedeutung der Betriebsräte (1919) », *op. cit.*, pp. 321 et. seq.

46 H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.*, p. 327.

47 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *op. cit.*, p. 1751(C). Hence the fact that the potential socialization of private enterprises is not within the competence of the councils but of the state (i.e. the parliament) (H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.*, p. 334).

48 See also: *ibid.,* pp. 329–337.

49 H. Sinzheimer, « Fünfter Abschnitt, Art. 148: Bericht », *op. cit.*, p. 1751(D). See also: H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.*, p. 339.

other".[50] His concept of economic constitution must therefore be understood as referring "to the various laws that allowed for the participation of labour, together with other economic actors, in the regulation of the economy: not only terms and conditions of employment, but also production – what should be produced and how".[51]

However, Sinzheimer himself emphasized that the achievement and fulfilment of this economic constitution required a major legislative undertaking, which in turn required coordinated and voluntary action by the working class.[52] In other words, if "the foundation for the reign of political democracy has been urgently erected in Weimar, [t]he work of social democracy is still to be accomplished".[53] It was therefore the task of the political democracy of Weimar to implement this social democracy and economic constitution through the establishment of a unified labour law controlled by a labour administration (*Arbeitsverwaltung*), the creation of an industrial administration (*Industrieverwaltung*) in charge of economic recovery and, above all, the setting up of workers' and economic councils.[54]

Yet, the legislature did not fully embrace this ambitious project. It made only limited use of the numerous possibilities offered by the Economic

50 R. Dukes, « Hugo Sinzheimer and the Economic Constitution », in *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 12-32, esp. p. 13.

51 *Ibid*.

52 H. Sinzheimer, « Das Rätesystem (1919) », *op. cit.*, pp. 335 and 340.

53 H. Sinzheimer, « Die Zukunft der Arbeiterräte (1919) », in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*: *Gesammelte Aufsätze und Reden*, vol. I, *op. cit*., pp. 351-355, especially p. 351 ("*Der Notbau für das Reich der politischen Demokratie ist in Weimar errichtet worden. Das Werk der sozialen Demokratie ist noch zu schaffen*"; free translation).

54 *Ibid.*, pp. 354-355; H. Sinzheimer, « Rätebewegung und Gesellschaftsverfassung (1920) », *op. cit.* On the notion of 'economic democracy', see also the book edited by Fritz Naphtali, Director of the Research Center for Economic Policy (*Forschungsstelle für Wirtschaftspolitik*) of the General Federation of German Trade Unions (*Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes*), to which Sinzheimer also contributed: F. Naphtali (ed.), *Wirtschaftsdemokratie: Ihr Wesen, Weg und Ziel*, Berlin, Verlagsgesellschaft des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1928, available at: https://archive.org/stream/WirtschaftsdemokratieIhrWesenWegUndZiel/Naphtali1928-Wirtschaftsdemokratie#page/n3/mode/2up (last consulted on 12 February 2022). For a more recent discussion of the links between the 'economic democracy' and the 'economic constitution', see: C. Zacher, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland: Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik,* Schriften zum Wirtschaftsrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 228–234.

Section of the Constitution.[55] Only certain (strategic) areas of the economy, such as coal mines and potash industry were brought under state control.[56] Furthermore, the system of economic and workers' councils was never set up in the form originally prescribed in Article 165 (2) and (3) WRV.[57] On one hand, the Economic Council of the Reich was only established in a 'provisional' form by the Order of 4 May 1920, without any right of legislative initiative and without the supportive structure of the district economic councils.[58] On the other hand, the *Betriebsrätegesetz* of 4 February 1920 only established the workers' councils (*Arbeitsräte*) at the lowest level, i.e. the company level (*Betriebsräte*),[59] but not at the district or Reich level, as provided for in the *Räteartikel* of the Constitution.

Although barely established by the legislative power, social democracy also faced strong judicial opposition, even from the *Reichsarbeitsgericht* (Reich labour court),[60] as the fate of the *Betriebsweck* ('enterprise objective')

55 D. Jungbluth, *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeurteil*, *op. cit.*, p. 32.

56 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft: Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands*. Vol. I: *Von der Besatzungszeit zur Großen Koalition*, *op. cit.*, p. 17. This socialization was carried out by the Constituent Assembly itself, as a result of the general strike that defeated the 'Kapp putsch': *Sozialisierungsgesetz*, 23 March 1919 RGBl. 1919, p. 341; *Kohlenwirtschaftsgesetz*, 23 March 1919 RGBl. 1919, pp. 342–344; *Kaliwirtschaftsgesetz*, 29 April 1919, RGBl. 1919, pp. 413–415; *Elektrizitätsgesetz*, 31 December 1919, RGBl. 1920, pp. 19–26. See also: R. Brunet, *La constitution allemande du 11 août 1919*, *op. cit.*, pp. 304–318.

57 C. Zacher, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland*, *op. cit.*, p. 50.

58 *Verordnung über den Vorläufigen Reichswirtschaftsrat* (Decree on the Provisional Economic Council of the Reich), 4 May 1920, RGBl. 1920, n° 99, pp. 858–869. See also: D. Jungbluth, *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeurteil*, *op. cit.*, pp. 56–60. For a nuanced analysis of the influence of this Economic Council of the Reich on the economic policy of the Weimar Republic, see: F. Hederer, « How to Handle Economic Power? Law-making and the Reich Economic Council in Weimar Germany », *Management & Organizational History*, vol. 14, n° 4, 2019, pp. 366-381.

59 *Betriebsrätegesetz*, 4 February 1920, RGBl. 1920, n° 26, pp. 147–174. This institution was abolished in 1928 (*Gesetz zur Äbanderung des Betriebsrätegesetzes*, 28 February 1928, RGBl. I 1928, p. 46). For a compendium of all the legal provisions adopted in relation to these workers' councils between these two laws, see: D.G. Flatow and D.O. Kahn-Freund (eds.), *Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 nebst Wahlordnung, Ausführungsverordnungen und Ergänzungsgesetzen* (*Betriebsbilanzgesetz, Aufsichtsratsgesetz und Wahlordnung*): *unter Berücksichtigung des Gesetzes vom 28. Febr. 1928,* 13th ed., Berlin/Heidelberg, Springer, 1931.

60 Established by the *Arbeitsgerichtsgesetz*, 23 December 1926, RGBl. 1926 I, n° 68, p. 507, on the basis of Article 157 (2) WRV stating that "the Reich will frame a uniform labour law".

clearly attests. Established by the Workers Council Act of 4 February 1920 as a means of opening up companies to objectives other than the purely financial (employers') interests,[61] this 'enterprise objective' was subsequently interpreted in the opposite direction by the labour courts, who made it coincide with the usual aim of profit maximization – justifying, where needed, the limiting of the action and claims of workers' representatives.[62/63] Similarly, based on some civil law doctrinal theories, the *Reichsgericht* (Reich Court, i.e. the Supreme court of the Weimar Republic) (re)interpreted in a very liberal way the limits of the right to private ownership and the possibilities of expropriation set in Art. 153 WRV. Following this case law, the German judges were inclined to consider that any limitation (Art. 153 (1), 2nd sentence WRV) had to be qualified as an expropriation (Art. 153 (2) WRV) then requiring compensation,[64] so that, according to David Jungbluth, "the (especially civil) case law and legal science had thus *de facto* assumed the role of the constitutional legislator and retrospectively 'corrected' the constitutional content – in the sense favoured by the economics".[65]

---

61 According to Article 1 (1) of the *Betriebsrätegesetz* of 4 February 1920: "In order to safeguard the common economic interests of the employees [...] vis-à-vis the employer and to assist the employer in fulfilling the enterprise's objectives (*Betriebszwecke*), workers councils shall be established in all enterprises which usually employ at least twenty employees" (our translation).

62 See: O. Kahn-Freund, *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts: Eine kritische Untersuchung zur Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts*, Mannheim/Berlin/Leipzig, Bensheimer, 1931 (translated in: O. Kahn-Freund, « The Social Ideal of the Reich Labour Court – A Critical Examination of the Practice of the Reich Labour Court », in R. Lewis and J. Clark (eds.), *Labour Law and Politics Weimar Republic*, Oxford, Blackwell Publishers, 1981). See also: R. Dukes, « Hugo Sinzheimer and the Economic Constitution », *op. cit.*, pp. 21-22.

63 In this respect, the interwar controversy about the *Betriebsweck* echoes the more recent debates around the notions of 'corporate social responsibility' and 'corporate governance' – and the reinterpretation of those concepts by some liberal scholars, notably Milton Friedman (M. Friedman, « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *The New York Times Magazine*, 13 September 1970). See: R. Aydogdu, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'État (partie 1) », *Revue pratique des sociétés – Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap* (RPS-TRV), 2016, n° 16, pp. 669-704; G. Chamayou, *La société ingouvernable. Une généalogie du libéralisme autoritaire*, Paris, La Fabrique éditions, 2018, esp. pp. 81–94.

64 See: O. Kirchheimer, « Reichsgericht und Enteignung. Reichsverfassungswidrigkeit des Preußischen Fluchtliniengesetzes? », *Die Justiz*, 1930, n° 9, pp. 553-565 (reprinted in: H. Buchstein (ed.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Vol. I: *Recht und Politik in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 251–263).

65 D. Jungbluth, *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeurteil*, *op. cit.*, p. 45.

Despite this legislative reluctance and judicial resistance, the socialist legal doctrine did not lay down its arms. While acknowledging that "the tasks are enormous, and the struggles intense", Sinzheimer continued to assert the existence of an (at least material) 'economic constitution' that would supersede the "dominant economic right of the employer", in line with the long-term trend towards the democratization and collectivization of the economy that he perceived (or thought he perceived) throughout history.[66] He was supported in his fight by other social-democratic legal scholars,[67] such as Fritz Naphtali, who developed the concept of 'economic democracy',[68] or Franz Neumann, who proposed a reading of the Weimar Constitution inspired by Hermann Heller,[69] from which he inferred a 'syndicalist-corporatist economic constitution' for the German Republic.[70] Yet the Social Democrats hardly succeeded in getting their innovative and progressive ideas into law, even though it was precisely these theories that imbued the constitutional Section on 'economic life'. This failure is, of course, due first and foremost to the specific political situation that compromised the Weimar Republic. However the fierce opposition of a powerful and influential conservative legal doctrine (which sought to undermine, through its alternative theories, the socialist potential of the Weimar Constitution) may also have played a

66 H. Sinzheimer, « Arbeitsrecht und Arbeitsbewegung (1927) », in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie: gesammelte Aufsätze und Reden*, vol. I, *op. cit.*, pp. 100-107, esp. pp. 105–107. However, one year later he acknowledged that "the economic constitution provided for in Art. 165 WRV remained incomplete, since, besides the workers councils, the Provisional Economic Council of the Reich was set up, but not the district economic councils, nor the district workers' councils or the workers' council of the Reich, so that a fruitful connection could not develop between the workers councils on the one hand and the Provisional Economic Council of the Reich, as a parliamentary body providing expert advice, on the other" (H. Sinzheimer, « Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisse », in F. Naphtali (ed.), *Wirtschaftsdemokratie: Ihr Wesen, Weg und Ziel*, *op.cit.*, pp. 127–153, esp. p. 152).

67 See in particular the special issue of the legal journal *Jus Politicum* on "Three Left-wing Legal Scholars under Weimar: Heller, Neumann, Kirchheimer" (vol. 23, 2019, « Trois juristes de gauche sous Weimar : Heller, Neumann, Kirchheimer », available at: http://juspoliticum.com/numero/Trois-juristes-de-gauche-sous-Weimar-Heller-Neumann-Kirchheimer-76.html; last consulted on 12 February 2022). See also *infra* in this volume, P. C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

68 F. Naphtali (ed.), *Wirtschaftsdemokratie: Ihr Wesen, Weg und Ziel*, *op. cit.*

69 F. Neumann, « Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung », *Die Arbeit: Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde*, 1931, vol. 8, pp. 588-606.

70 C. Zacher, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland*, *op. cit.*, p. 219.

significant role – and one might wonder to what extent the two are not (at least partially) intertwined.

3 The Denial of a *Wirtschaftsverfassung* for Weimar and the Fight against the 'Total State': Schmitt, Huber and the Conservative Legal Doctrine

In the early years of the Weimar Republic, and especially in the first half of the 1920s, the conservative professor of public law at the University of Rostock, Edgar Tatarin-Tarnheyden,[71] was one of the few (non-socialist) legal scholars who developed a theory of the 'economic constitution', which he linked to his corporatist conceptions of the organization of state and society. In his habilitation thesis on *Professional Bodies, their Status in Public Law and the German Economic Constitution*,[72] Tatarin-Tarnheyden used Article 165 WRV and the newly provisionally-established Economic Council of the Reich as the basis for his proper corporatist reinterpretation of the German economic constitution, with the explicit aim of establishing a Chamber of Labour alongside the Reichstag.[73] Still on the basis of the *Räteartikel*, he further developed his arguments in 1930 in a book dedicated to *Occupational Estates and Economic Democracy*,[74] in which he argued for the transfer of a normative power to the *Reichswirtschaftsrat*, as well as for the establishment of a "kind of bottom-up

71 Known before 1933 for his corporatist theories, Tatarin-Tarnheyden then gradually rallied to the Nazi regime. Before officially joining the National Socialist Party in 1937, he took part in the infamous congress organized by Carl Schmitt at the University of Berlin on 3–4 October 1936, devoted to 'Judaism and Legal Science' (*Das Judentum und die Rechtswissenschaft*), where he offered his 'reflections' on "The Influence of Judaism in Public Law and State Theory" (*Einfluß des Judentums in Staatsrecht und Staatslehre*).

72 E. Tatarin-Tarnheyden, *Die Berufsstände, ihre Stellung im Staatsrecht und die Deutsche Wirtschaftsverfassung*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1922. On Tatarin-Tarnheyden's corporatist theory of the state, see: T. Meyer, « Die Ständestaatstheorie Tatarin-Tarnheydens », in T. Meyer (ed.), *Stand und Klasse: Kontinuitätsgeschichte korporativer Staatskonzeptionen im deutschen Konservativismus*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 1997, pp. 225-240.

73 E. Tatarin-Tarnheyden, *Die Berufsstände, ihre Stellung im Staatsrecht und die Deutsche Wirtschaftsverfassung*, *op. cit.*, p. 243.

74 E. Tatarin-Tarnheyden, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie. Ein Kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung*, Berlin, Reimar Hobbing, 1930.

corporatism",[75] through the creation of the district economic councils provided for in the constitution but never implemented.

This corporatist theory of the state and of an 'economic constitution' allegedly enshrined in Art. 165 WRV nevertheless raised some objections within the conservative doctrine itself. Carl Schmitt,[76] in particular, criticized in his *Verfassungslehre* the idea of a corporatist structure for the Weimar state, with an explicit reference to Tatarin-Tarnheyden.[77] This corporatist project would have proceeded from a misinterpretation of the constitutional order and legislative framework in force. Above all, it would entail a conceptual contradiction: as soon as a conflict arose, and since "the decision always lies in the political sphere", "the parliament that proves itself the decisive part will necessarily become the *political* parliament, because it assumes leadership and, with this, responsibility, regardless of whether it was previously organized as a political or an economic parliament".[78] Schmitt considered more fundamentally that while the *Reichsverfassung* certainly involved "dilatory formal compromises" (*dilatorische Formelkompromisse*) and implied a "mixed

75 P. Collin, « The Legitimation of Self-Regulation and Co-Regulation in Corporatist Concepts of Legal Scholars in the Weimar Republic », *Politics and Governance*, 2017, vol. 5, n° 1, pp. 15-25, esp. pp. 18–19.

76 I leave aside for this contribution the controversy over the qualification of Carl Schmitt as 'fascist', including for the period 1922–1933, i.e. before Hitler's accession to the chancellery and Schmitt's subsequent official membership of the NSDAP. On this issue, see *inter alia*: H. Rabault, « Carl Schmitt et l'influence fasciste. Relire la Théorie de la constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, vol. 88, n° 4, pp. 709–732. I share Hugues Rabault's position on the influence of (or even fascination for) Italian fascism in Schmitt's thought (even before 1933), but I do not think that his thought, analysis and theories could be reduced to this fascist ideology. In particular, as will be exposed, Schmitt specifically rejects the idea of a total politicization of society: since, according to him, the state *is* politics, a total politicization would lead to confusion between state and society, and thus to a negation of the state. If all spheres of society (religious, economic, cultural, etc.) are *potentially* political, they can never be political at the same time. Besides, as shall also be seen, Schmitt also seems to reject, before 1933, the form of the single-party state. I will therefore maintain in the following pages the term 'conservative' to qualify Schmitt, even if the term '(proto-)fascist' might perhaps have been appropriate too.

77 C. Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, pp. 322–323.

78 *Ibid.*, p. 322 (Schmitt's emphasis). Schmitt concludes with a reference to the *Reichswirtschaftsrat* provided by Article 165 WRV: according to him, although it could be that this council represents the beginning of a new and specific institution that cannot be understood using traditional ideas of state organization, "it must be said that up 'til now this Economic Council of the Reich of the Weimar Constitution is neither a second chamber nor an economic parliament" (*ibid.,* p. 323).

character",[79] its "substance" and the hierarchy of constitutional provisions clearly revealed that the Weimar Republic formed a "liberal" and "bourgeois *Rechtsstaat*", rejecting any "republic of councils with dictatorship of the proletariat"[80]. Hence, the Weimar Constitution would renounce any absolute political and state domination over the economy.

This issue concerning the relationship between state and economy – and concerning a possible 'economic constitution' for the Weimar Republic – was only superficially and cursorily discussed in this *Verfassungslehre*, but Schmitt further developed it in 1931, in the context of the controversy over the 'guardian of the constitution'.[81/82] According to the future *Kronjurist* of the Third Reich, the concepts of 'political' and 'economic' constitutions were actually mutually exclusive: a state can *either* be structured around a strict and proper political domain, with a conscious and deliberate decision to leave the (considered to be) 'neutral' and non-political other domains (religion, economy, culture, *etc.*) to society;[83] *or* the state (and therefore the politics) can be organized around the economy, making the producers (and no longer the *bourgeois* citizens) and the economic bodies (companies, unions, workers' councils, *etc.*) respectively the basic unit and fundamental decision-making

79 *Ibid.*, p. 83. Schmitt quotes here the words of the Social Democratic Deputy in the National Constituent Assembly Simon Katzenstein, according to whom the provisions of this Title II are "to a certain degree a middle stage between bourgeois and socialist perspectives ([...] Katzenstein, *Bericht und Protokolle des Achten Ausschusses der verfassungsgegebenen Deutschen National Versammlung*, Berlin, 1920, p. 186)" (*ibid.*). See *supra*, Section 1. *The Economic Structure of the Weimar Constitution: Economic Freedoms, Social Rights and Democratization of the Economic Order.*

80 C. Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, pp. 82–88, esp. p. 88.

81 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung,* Berlin, Duncker & Humblot, 1931, pp. 71–100, esp. pp. 96–100.

82 On this controversy, see: L. Vinx, *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 (with English translation of Kelsen and Schmitt's most important texts on constitutional guardianship and the legitimacy of constitutional review). See also: O. Beaud and P. Pasquino (eds.), *La controverse sur 'le gardien de la Constitution' et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt / Der Weimarer Streit um den Hüter der Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit: Kelsen gegen Schmitt*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007; R. Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique: les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, 2009.

83 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 73. More generally, Schmitt's theories on the notions of 'political', 'non-political' or 'neutral(ization)' are developed in: C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Dunckler & Humblot, 1932 (English translation by G. Schwab: C. Schmitt, *The Concept of the Political. Expanded Edition*, Chicago, University of Chicago Press, 2007).

structures of the state. The latter case corresponds to the 'economic constitution' and necessarily implies the negation of the traditional 'political constitution' inherited from the 19th century liberal state. Yet, Schmitt contended that "it is one of the fundamental and positive decisions of the current Reich Constitution that it rejects the system of an economic constitution, in particular the 'political' system of councils", for "even the 'anchoring of the Councils' system' in Article 165 WRV was intended, as was strongly emphasized, to have only an economic and not a state-organizational meaning".[84/85] Besides, he argued that the impossibility of making this Art. 165 the core of an economic constitution governing the German state is evidenced by the lack of implementation of this constitutional provision.[86]

But Schmitt did not stop at this still relatively formal reading. He also proposed in this *Guardian of the Constitution* a much more substantial analysis of

84 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 97. In other words, and unlike the Russian Soviet model, Art. 165 WRV is not intended to organize the state on the basis of the sphere of production, but only to potentially (since the article has no direct effect) organize the economy beside the purely political organization of the state on the basis of *bourgeois* democracy: the councils do not 'represent' in the abstract and political sense (*repräsentieren*), they only 'represent' in the concrete sense of specific interests (*vertreten*). It must be noted that, on this specific point, Schmitt does not oppose Sinzheimer's positions developed in his speech as rapporteur of the fifth section and in his writings, which tend to reject the establishment of the 'dictatorship of the Soviets' as well as the creation of a 'chamber of labour' (see *supra,* Subchapter 2. *The Advocacy of the* Wirtschaftsverfassung *as a Social Democracy: Sinzheimer and the Social-Democratic Legal Doctrine*). However, they draw quite opposite consequences from this finding, because Sinzheimer developed the possibility of combining a 'state constitution' and an 'economic constitution', whereas Schmitt absolutely rejects this hypothesis: an 'economic constitution' is either 'state constitution' or nothing.

85 To support his reasoning, Schmitt returned on this occasion to the theses of Tatarin-Tarnheyden, whom he described as "one of the best experts in the field". In the light of Tatarin-Tarnheyden's new book (E. Tatarin-Tarnheyden, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie. Ein Kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung*, *op. cit.*). Schmitt drops his initial criticisms expressed in the *Verfassungslehre*. On the contrary, he now emphasizes the convergence of their interpretations: they would "only apparently contradict each other", for if as Tatarin-Tarnheyden states "the Weimar Constitution has [...] taken a 'twofold path' of political will formation, firstly that of head-count democracy (*Kopfzahldemokratie*) and secondly that of the collaboration of economic classes and professional bodies (*Zusammenwirkens der Wirtschaftsklassen und Berufsstände*)", he also points out that the latter is given subsidiary importance, so that it shall always be subject to the *political* constitution (C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 97).

86 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.,* pp. 97–98. On this point, he also refers to another well-known conservative legal scholar of that time, Erwin Jacobi (*Grundlehren des Arbeitsrechts,* Leipzig, Deichert, 1927, pp. 392–395).

the development of the modern state.[87] In the aftermath of the Great War, the state is said to have evolved from the 19th century liberal, neutral and non-interventionist state to a 'total' state, i.e. a weak state unable to withstand the political pressures of the various social groups and therefore interfering in all spheres of society in a disorderly manner.[88] On the basis of a reformulation of the military concept of 'total mobilization' designed to express the requisition of all areas of society (economy, education, science, *etc.*) for the war effort,[89] Schmitt pointed out the "shift towards the total state".[90] However, far from requisitioning all social sectors for a political goal defined by itself, the state was rather requisitioned by all particular (but no less organized) social interest groups, be it by political parties (pluralism) or by private powers emerging directly from the economic sphere (polycracy).[91] According to Schmitt, this trend was perceivable in all social spheres, but "the most striking turn is in the economic sphere", since more than half (53%) of German national income appeared to be controlled by the public authorities.[92] The "self-regulating mechanism of the free economy and free market" would thus be *de facto* abolished and gradually replaced through the advent of an 'economic state' (*Wirtschaftsstaat*).[93]

The result is a "blatant discrepancy: an economic state, but no economic constitution".[94] And this discrepancy leads to a twofold deadlock: "de-economizing the state" (*den Staat entökonomisiert*) was no longer possible;[95] but the solution of "resolutely economizing the entire state" (*den Staat entschlossen ganz verwirtschaftlicht*), in order to achieve a true 'economic constitution' founding a genuine "corporatist, syndicalist or council state" (*Stände-, Gewerkschafts- oder Rätestaates*), appears undesirable.[96] In the latter case, the will of the state, instead of being strengthened in its unity, would

87 *Ibid.*, pp. 71–131.

88 *Ibid.*, p. 77. See also: C. Schmitt, « Die Wendung zum totalen Staat (1931) », in *Positionen und Begriffe*, *op. cit.*, pp. 146–158; « Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (1933) », in *Positionen und Begriffe*, *op. cit.*, pp. 185–190.

89 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 79. Schmitt refers here to Ernst Jünger (« Die totale Mobilmachung », in E. Jünger (ed.) *Krieg und Krieger*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1930, pp. 9–30) who in turn borrows the idea from Léon Daudet (*La Guerre totale,* Nouvelle Librairie Nationale, Paris, 1918).

90 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, pp. 79-80.

91 *Ibid.*, pp. 73-94.

92 *Ibid.,* pp. 80.

93 *Ibid.*, pp. 80–81.

94 *Ibid.*, p. 98.

95 *Ibid.*

96 *Ibid.,* p. 99.

splinter – even more than in a liberal representative democratic state. At that stage, Schmitt seemed thus to develop only a critical assessment of the situation, without proposing any solutions, either political or legal. But the conclusion of this chapter devoted to the "search for an economic constitution" (*Versuche einer Wirtschaftsverfassung*) prefigured perhaps the beginning of a solution, albeit still somewhat confused:

> It is very remarkable that today only two major states have such economic constitutions: communist Russia with its Soviet system and Fascist Italy with its *stato corporativo*. These are two still largely agrarian countries, that are by no means at the forefront of economic development and industrial progress, and whose economic constitution, as everyone knows, is in the shadow of a tightly centralized party organization and the so-called single-party state. The system of economic constitution here is not at all intended to make the economy free and autonomous, but, on the contrary, to place it in the hands of the state and subordinate it to the state; the single-party system derives from the necessity to prevent the domination of the state by several parties, that is, to prevent the pluralistic division of the state.[97]

Schmitt therefore seems to applaud this centralization of power, but he also noted that the respective situations are not economically similar. He also seems to welcome the fact that the economic constitution in both countries is subordinated to the (single-party) state, but one wonders why he then rejected such an economic constitution for the Weimar Republic.[98] The answer, already sketched out in a subsequent section of his *Guardian of the Constitution*,[99] is

97 *Ibid.*, p. 100.

98 This vacillation can already be observed in his review of Erwin von Beckerath's book entitled *Wesen und Werden des faschistischen Staates* (Berlin, Springer, 1927) (C. Schmitt, « Wesen und Werden des faschistischen Staates (1929) », in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923–1939*, Berlin, Duncker & Humblot, 1940, pp. 108–115), where he already stated that "it is precisely the non-intensively industrialized countries like Russia and Italy that can nowadays provide themselves with an 'economic constitution' " (*ibid.*, p. 112). Besides, he praises the supremacy of the fascist state – described as a true higher third (*höherer Dritter*), in contrast to the liberal neutral third (*neutraler Dritter*) – over the specific interests of labour and capital, but he asserts, on the other hand, that "the immanent consequence and direction of the fascist apparatus built up today [led] to the state planned economy" (*ibid.*, p. 113).

99 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, pp. 115–131 (« Vorgehen der Reichsregierung nach Art. 48 RV. ; Entwicklung vom militärisch-polizeilichen zum wirtschaftlich-finanziellen Ausnahmezustand »).

to be found in the lecture he gave one year later, on 23 November 1932, to the employers' association of Rhineland and Westphalia (*Verein zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen*) on the subject of "Strong State and Sound Economy" (*Starker Staat und gesunde Wirtschaft*).[100] What he called for is not a total politicization of the economy, nor a single-party state,[101] but a *strong* (*executive*) *state, albeit economically self-limited*: strong in order to better assure its self-limitation; economically self-limited in order to better guarantee its power and political unity.

Through this 'qualitatively strong state' (*qualitative starker Staat*), Schmitt actually proposed a kind of *Aufhebung* (sublation) of the contradiction between the liberal and the total state. Against this modern state that would become *quantitatively* total – leading to the confusion between state and society and state and economy[102] – must be imposed a particularly strong state, that would take the *political decision to depoliticize* the non-state spheres of society, and in particular (a part of) the economy. Similar to the *stato totalitario* of the fascist state in terms of "intensity or political energy", but not backed by a single-party, this strong state must rely on the very heart of the executive power, namely the President of the Reich (through the emergency powers of Article 48 WRV).[103] Only he would be able, with the support

100 C. Schmitt, « Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern (Konferenz gehalten am 23.11.1932) », *Volk und Reich*, 1933, pp. 81–94 (first published in the journal of this employers' association: C. Schmitt, « Hauptvortrag von Universtitäts-Professor Dr. Carl Schmitt, Berlin », *Mitteilungen des Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen*, 1932, vol. 21, n° 1, pp. 13-32; English translation by Renato Cristi available in: C. Schmitt, « Strong State and Sound Economy: An Address to Business Leaders », in R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, Cardiff, University of Wales Press, 1998, pp. 213-232).

101 As Grégoire Chamayou points out in his introduction to the Schmitt-Heller controversy concerning "authoritarian liberalism": "[t]he model promoted by Schmitt in 1932 is not that of a party-state. He wants a strong state, as strong, in some respects, as that of the fascists, but this 'higher third' is not conceived as a total party under which society as a whole should be subsumed" (G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », in C. Schmitt, H. Heller, *Du libéralisme autoritaire*, Paris, La Découverte (Zones), 2020, pp. 6-82, esp. p. 66). Chamayou concludes from this that, for Schmitt, "[t]he strategy consisted in dictatorializing state power from the inside, without relying on a mass party" (*ibid.*).

102 C. Schmitt, « Strong State and Sound Economy: An Address to Business Leaders », *op. cit.*, p. 218.

103 C. Schmitt, « Die Diktatur des Reichpräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung », in *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921), Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 240-286.

of the army and the civil service, to carry out and achieve this transfiguration of the quantitative total state into a qualitative strong state.[104]

This point is crucial in Schmitt's reasoning: "only a very strong state would be able to dissolve this dreadful coalescence with all kinds of non-state businesses and interests".[105] And this "depoliticization, the segregation of the state from non-state spheres", which is itself a "specifically political act", requiring nothing less than "a painful surgical intervention".[106] However, the aim of this 'surgical intervention' was not to restore the binary situation of liberalism, in which the (neutral) state and society (and its purely private economic sphere) are opposed to each other. On the contrary, it would be "necessary to

104 Schmitt does not explicitly call in this conference for the president to take the powers of economic exception, but this solution permeates the whole text, albeit in an underlying way. As mentioned above, this is also already apparent from his concept of an 'economic-financial state of exception' which he develops in his *Guardian of the Constitution* (C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.,* pp. 115–131). Finally, this call for an authoritarian power takeover by the executive is clearly evidenced in the plans for a *coup d'état* elaborated after the legislative elections of 31 July 1932: Schmitt wrote the drafts of emergency decrees based on Article 48 WRV (G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », *op. cit*., pp. 67–69) – but the president's cabinet did not make use of these crisis powers and these decrees were never adopted. Concerning the role of Schmitt in the plans for a *coup d'état* at the end of the Weimar Republic, see: L. Berthold, *Carl Schmitt und der Staatsnotstandplan am Ende der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999. It can be noted that the last coup project provided for the liberal Alexander Rüstow as minister of the economy (F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, LGDJ, 1964, p. 30).

105 C. Schmitt, « Strong State and Sound Economy: An Address to Business Leaders », *op. cit*., p. 221.

106 *Ibid*. Hermann Heller comes to the conclusion that Schmitt ultimately defends an 'authoritarian liberalism' (H. Heller, « Autoritärer Liberalismus? », *Die Neue Rundschau*, 1933, vol. 44, pp. 289-298; English translation available in: H. Heller, « Authoritarian Liberalism? », *European Law Journal*, May 2015, vol. 21, n° 3, pp. 295-301). He will be joined in his criticism by Herbert Marcuse: « Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung », *Zeitschrift für Sozialforschung*, 1934, vol. 3, n° 2, pp. 161-195 (translated in English in : H. Marcuse, « The Struggle against Liberalism in the Totalitarian View of the State », in *Negations: Essays in Critical Theory*, London, Free Association Books, 1988, pp. 3–42). For an analysis of this Schmittian 'authoritarian liberalism', see: R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism. Strong State, Free Economy*, *op. cit.*; G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », *op. cit.* On the other hand, there are controversies about Schmitt's influence on certain neoliberal currents ; see in particular *infra* in this volume, W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the Idea of a Sound Economy », and the discussions and criticisms by S. Audier (« Le néolibéralisme: Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ») and V. Valentin (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »).

insert an intermediate domain between the state and the singular individual" in order to achieve a "tripartition" in the field of the economy:[107] on the one hand, "the *economic sphere of the state*, the sphere of genuine state privilege", which includes transport, postal services and means of "mass propaganda" (cinema and radio); on the other hand, "the sphere of the free, individual entrepreneur, i.e. the *sphere of pure privacy*"; and, between these two opposite domains, "the intermediate *non-state, but still public sphere*" which would be a "real autonomous administration (*Selbstverwaltung*)"[108] structured around "industrial and commercial chambers, non-voluntary unions of every sort [*Zwangssyndikate*, i.e. compulsory cartels], associations, monopolies, *etc*".

Hence, Schmitt certainly denied the existence and relevance of an 'economic constitution' for the Weimar Republic: the German state (and thus politics) should not be – and was not – organized around the economy. But he nevertheless defended a qualitatively predominant role of the state vis-à-vis the economy. This kind of interventionism is, so to speak, a 'feedback' interventionism: just as the state must be (re)politicized in order to better depoliticize society, it must strategically and authoritatively intervene in the economy in order to better circumscribe its own economic domains as well as the sphere of this corporatist and cartelized self-administration and the residual field of the purely private sphere.[109] And, if need be, it shall do this through the imposition, by the *Hüter der Verfassung* (the President

107 C. Schmitt, « Strong State and Sound Economy: An Address to Business Leaders », *op. cit.*, p. 224–226.

108 In order to avoid any misunderstanding in this business arena, Schmitt adds that "what is advanced here as economic autonomous administration, and as the distinction between state and public spheres, is completely different from the 'economic democracy' propagated a few years back by a certain side. That economic democracy explicitly espoused a mixture of economics and politics; it also wanted to acquire economic power within the state by means of political power, and subsequently increase its political power by means of the economic power it had thus acquired" (*ibid.*, p. 225).

109 As Clemens Zacher points out, "Schmitt created an alternative situation in which the economic constitution excluded a state-organizational constitution. In the 'qualitatively total state', which Schmitt developed elsewhere as an option of constitutional policy and constitutional theory opposed to the existing 'quantitatively total state', he departed completely from the organizational understanding of the positive economic constitution. In his view, the economy – as an autonomous, non-political subconstitution – should be integrated into the state. Without explicitly stating this, he thus left open the possibility of a corporatist constitution as an anti-Marxist option for integrating the apolitical economy into the state [...]" (C. Zacher, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland*, *op. cit.,* p. 250).

of the Reich), of an "economic-financial state of exception" (*wirtschaftlich-finanziellen Ausnahmezustand*).[110]

This economic state of exception represents the strong legal option of the conservative doctrine. But a perhaps more moderate (but nevertheless congruent) variant was proposed by Ernst Rudolf Huber, disciple of Carl Schmitt,[111] in his opuscule devoted to the *German Reich as an Economic State*[112] published in 1931, in the wake of his master's *Guardian of the Constitution.*[113] Unsurprisingly, Huber rejected as unfounded the social-democratic interpretations of the fifth Section of Title II of the Weimar Constitution, which were based on prescriptive concepts of "economic democracy" and "social *Rechtsstaat*"[114] and which sought to prove the existence of an "independent economic constitution with its own system of values, its own institutions and special organs".[115] According to him, these left-wing attempts "do not stand up to lucid scrutiny".[116]

However, more than this socialist reasoning "which seeks to derive a change in the traditional economic order from the constitution itself",[117] it is the actual development of the Weimar economy and of the economic policy of the government[118] that "indicates the transformation of the Reich into an

110 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, pp. 115-131.

111 Huber was a student of Schmitt at the University of Bonn, where he then taught briefly. In addition to his scholarly writings on economic law, he also published during the interwar period, under a pseudonym, fierce criticism of the Weimar democracy. From the time he joined the NSDAP in 1933, he became one of the most prominent legal scholars under the Nazi regime. Professor in Kiel, Leipzig, Strasbourg and Heidelberg during this period, he was then, after the German defeat, excluded from any academic position for a few years. He taught again from 1953, first in Freiburg, then in Wilhelmshaven-Rüstersiel and Göttingen. After 1956, when he was reintegrated into the Association of German Professors of Constitutional Law, he worked on the publication of an eight volume "German Constitutional History since 1789" (*Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Kohlhammer, Stuttgart), published between 1957 and 1991.

112 E. R. Huber, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1931.

113 To whom he refers 16 times in 33 pages, including four references to the *Hüter der Verfassung*.

114 E. R. Huber, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, *op. cit.*, pp. 10–15.

115 *Ibid.*, p. 14.

116 *Ibid.*

117 *Ibid.*, p. 15.

118 This actual development of the Weimar Republic is characterized, according to Huber, by a concentration of private powers, an expansion of public economic activity, an increasing state intervention in the regulation of private economic activity (prices, wages, conditions of production and sale, etc.) and an increasing public financial influence on private enterprises (through subsidy, credit, customs and taxation policies) (*ibid.,* pp. 17–23).

economic state".[119] In other words, Huber endorsed and systematized Schmitt's critique of the economic state, characterized by political pluralism and economic polycracy. And, together with Schmitt, he highlighted the contradiction between the concrete political-legal context and the normative constitutional order, leading to a situation of "unconstitutionality".[120]

But, in contrast to Schmitt's call for an economic state of exception in order to establish the tripartite division of the economy into "state", "public" (i.e. cartelized but subordinate to the reason of state) and "private" spheres, Huber argued that the Weimar Constitution already implicitly provides for this tripartition. Although it maintains economic freedom as the foundation of the economic order,[121] the *Reichsverfassung* would have substantially transformed the content of this economic freedom: from a freedom originally conceived as a personal sphere prior to and outside of public power, it would have been transformed into a "liberty bound and shaped" by the state,[122] so that, alongside the private economy, there would now be room for a "bound economy" in the Weimar Republic.[123] This solution, however, required the remobilization of state authority, in order to "restore the neutrality of the state vis-à-vis the economy" but "in a new sense".[124] This implied, on one hand, the renouncing of invasive politics and defence of private economic freedom.[125] But, on the other hand and at the same time, it required this liberty to be politically integrated, that is to subordinate it to the state.[126/127]

---

119 *Ibid.*, p. 15.

120 *Ibid.*, pp. 23–25.

121 *Ibid.*, pp. 6–8.

122 *Ibid.*, p. 8.

123 *Ibid.*, p. 28.

124 *Ibid.*, pp. 28–29.

125 *Ibid.*, pp. 27–28.

126 *Ibid.*, p. 28.

127 Clemens Zacher also points out that "Huber called for (*forderte*) bound freedom, i.e., subordination to the state, which would thus be relieved of (*enthoben*) the need to fully encompass the economic sphere. Huber systematically rejected the 'economic state'. Instead, the state should be capable of forming its own will independently of the economy. In a constitutional balance, the organized and the non-organized economy should be subordinated to the will of the state. If one understands the economic constitution sought by Huber as an overall guidance without steering the content (*umfassende Leitung ohne inhaltliche Lenkung*), so that the entire economy subordinates itself to the state's claim to power (*staatlichen Herrschaftsanspruch*) and does not seek to win it from below (*ihn nicht von unten her zu gewinnen sucht*), then a state sovereignty (*etatischer Herrschaftsanspruch*) prevails, which dominates the certainly existing corporatist elements. In Huber's view, the claim of the state was always in the foreground, as opposed to the harmonization of economic and social antagonisms – in the sense of integrating the people [into the state]", i.e. in the sense of economic

Here again arises the rhetoric of the state as 'higher third', rising above parties and interest groups to better relativize power struggles and thus ensure its own existence. And this meant intervening in the economy, but only for problems of public interest; private interests, for their part, remained in the domain of a free private sphere subordinate to (but protected by) the state.[128] Yet, this rhetoric of the state as a higher third and independent arbiter would be endorsed by the liberals, albeit with important shifts of meaning – which would lead them to remobilize the concept of 'economic constitution'.

4 The Liberal *Wirtschaftsverfassung* or the State as the Guardian of a Constitutionalized Market Order: Rüstow, Eucken and Böhm

Embracing the concept of economic constitution, but partially reversing its 'substance', German liberals recaptured this notion. This liberal[129] remobilization of the concept did not, however, occur in head-on opposition to the criticisms expressed by the conservative legal doctrine against the existing liberal-democratic constitutional order. Quite the contrary, they took into account – or even endorsed – some of these criticisms, albeit to better inflect and subvert the solutions proposed by the conservative opponents of the liberal *Rechtsstaat*.

The starting point for liberal theories lay in the analysis of the roots of the 1920s-1930s politico-economic crises, also diagnosed by the conservatives. In 1932, economists Alexander Rüstow and Walter Eucken both proposed a convergent interpretation of the underlying causes of the 'crisis of capitalism' in Western societies (and especially in Germany). The explanation was primarily to be found in the "structural changes of the state"[130] and, more precisely,

---

democracy (C. Zacher, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland*, *op. cit.*, p. 252).

128 E. R. Huber, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, *op. cit.*, p. 29.

129 I use the term 'liberal' rather than 'ordoliberal', since the founding act of the ordoliberal school of thought, or Freiburg school, is usually considered to be 1936 (i.e. after the collapse of the Weimar Republic), with the foreword (which represents a genuine manifesto) of the first book in the collection *Ordnung der Wirtschaft* edited by Walter Eucken, Franz Böhm and Hans Großmann-Doerth: W. Eucken, F. Böhm and H. Großmann-Doerth, « Unsere Aufgabe. Beleitwort der Herausgeber zur Schriftenreihe 'Ordnung der Wirtschaft'», in F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, Berlin, Kohlhammer, 1937, pp. VII–XXI. This collection evolved into the journal *ORDO* after the war.

130 W. Eucken, « Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus », *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, vol. 36, n° 2, pp. 297–321 (reprint

in the "transformation of the liberal state into an economic state",[131] which, according to Eucken, was not only revealed by economics but also by public law literature – with the only reference cited being... Carl Schmitt's book: *Der Hüter der Verfassung*.[132] Rüstow similarly pointed out the relevance of Schmitt's criticisms of the "total state" and of the "pluralism of the worst kind" in a conference entitled "Free Economy – Strong State" and devoted to the "political and state conditions of economic liberalism"[133] – which was held two months before Schmitt's conference on "Strong State and Sound Economy".[134]

Rüstow sought to overcome the dichotomy between the Manchester liberalism of *laissez-faire*, on one side, and, on the other, the counterproductive interventionism that strives to "fight against the natural course of things".[135] He called for 'liberal interventionism' or, in other words, a state that intervenes "in the exact opposite direction to that in which intervention has hitherto been carried out, that is, not against the laws of the market, but in the direction of the laws of the market, not to maintain the old state, but to bring about the new state, not to delay, but to accelerate the natural course of events".[136] Yet, such liberal interventionism "requires a strong state: a state that stands

---

in: W. Eucken, « Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1997, vol. 48, pp. 5-24.).

131 *Ibid*., respectively: *Weltwirtschaftliches Archiv*, pp. 302–308; *ORDO*, pp. 10–14.

132 *Ibid*., respectively: *Weltwirtschaftliches Archiv*, p. 307; *ORDO*, *op. cit.*, p. 13. Eucken here develops Schmitt's thesis of the reversal of the 'total war' against the state as a result of democratization, leading to an expansion of the state's economic activity that does not correspond to a "strengthening but, on the contrary, a weakening of the state", even entailing a "danger of state dissolution". It should nevertheless be noted that this 'anti-democratism' is one of the commonplaces of a substantial part of the Weimar academic elite (R. Fèvre, *L'ordolibéralisme (1932–1950): une économie politique du pouvoir*, PhD thesis, University of Lausanne, 2017, pp. 204–205) – except, of course, the socialist or social-democratic minority.

133 A. Rüstow, « Freie Wirtschaft – starker Staat. Die staatspolitischen Vorraussetzungen des wirtschaftspolitischen Liberalismus », in F. Boese (ed.), *Deutschland und die Weltkrise. Verhandlungen des Vereins für sozialpolitik in Dresden 1932*, n° 187, Munich, Duncker & Humblot, 1932, pp. 62-69, esp. pp. 66–67.

134 See *supra*, footnote 100. Rüstow's intellectual proximity to Carl Schmitt was already observable (and explicitly affirmed) in a first conference in 1929 with a very revealing title: "Dictatorship within the limits of democracy" (A. Rüstow, « Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie (1929) », *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1959, vol. 7, n° 1, pp. 87-102). Another article published in 1931 in a French journal also illustrates this anti-democratic stance (A. Rüstow, « La situation économique de l'Allemagne », *La revue des vivants*, 1931, vol. 5, n° 4, pp. 414-420).

135 A. Rüstow, « Freie Wirtschaft – starker Staat. Die staatspolitischen Vorraussetzungen des wirtschaftspolitischen Liberalismus », *op. cit.*, p. 64.

136 *Ibid*.

above the groups, above the interested parties, a state that breaks free from its entanglement with economic interests once it has become entangled in them".[137]

While Rüstow in this conference focused on the political aspect of the problem, Eucken introduced a change of perspective in his aforementioned contribution. He discussed the *economic* (rather than state) problem of this 'economic state' (*Wirtschaftsstaat*), namely the fact that it destroys and abolishes the "previous regulating principle of the economy", i.e. the price system, which is directly dependent on the existence of market competition.[138] The rise of monopolistic or oligopolistic private powers was already undermining this regulatory principle, but the economic state tended to eliminate market competition (and this price system) through its policies of cartelization, subsidies, *etc.* This focus on the system of market prices and its prerequisite (market competition) then revealed, between the lines, an important gap vis-à-vis the conservatives regarding the objectives of this strong state. The aim was not, first and foremost, to restore the state's sovereignty and authority for itself – which required both a (limited) disengagement from the private economy and a partial subordination and cartelization of the economy. Actually, the state was no longer an end in itself, it became a means. The primary and overarching task was to eliminate any (private and public) concentration of economic power in the market; this certainly would require a strong state, but such a state does not find its *raison d'être* in itself (i.e., in the well-named *raison d'état*), but in the *complete* depoliticization and disempowerment (*Entmachtung*) of the economy.[139]

---

137 *Ibid.*, p. 68.

138 W. Eucken, « Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus », respectively: *Weltwirtschaftliches Archiv*, *op. cit.*, pp. 308-309; ORDO, *op. cit.*, p. 14. Eucken observes in this regard that this shift is certainly due in part to the assault of the masses on and within the state, but also to a spurious "interventionist ideology", which carries erroneous economic conceptions (*ibid.*, respectively: *Weltwirtschaftliches Archiv*, pp. 318-321; ORDO, pp. 23–24). The worst of them is, according to Eucken, the "assertion that the free capitalist economy is a chaotic, anarchic, haphazard economy in need of state regulation – whereas the truth is that the price system fulfils the task of balancing the immensely numerous economic plans of the individual and creates an order of the utmost rigour".

139 R. Fèvre, « Le marché sans pouvoir: au cœur du discours ordolibéral », *Revue d'économie politique*, mars 2017, n° 1, pp. 119-151. This obviously echoes Schmitt's critique of liberalism as 'anti-politics', according to which there is "absolutely no liberal politics, only a liberal critique of politics" (C. Schmitt, *The Concept of the Political*, *op. cit.*, pp. 69–79, esp. 70). However the future ordoliberals invalidate this assertion: there is indeed a positive liberal political theory (which becomes explicit in ordoliberalism, perhaps even in reaction to Schmitt's analyses), which is characterized precisely as a

Indeed, if economic entities were able to concentrate and aggregate ever more power in the market, these dominant entities would be able to impose their own will... or even to *create their own law*.[140] The state must therefore become the *guardian of the competitive market order*: a policy *for* the market[141] should substitute politics against or in spite of the market. And it is precisely this reasoning that was generalized by Franz Böhm, second founding father of the Freiburg School, in his habilitation thesis on *Competition and Struggle for Monopoly*.[142]

Böhm worked in the second half of the 1920s in the Cartel section of the Ministry of Economics.[143] This position convinced him of the harmfulness

---

conscious and explicit enterprise of depoliticization, i.e., as 'politics of depoliticization' (see: M. Goupy, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, Paris, CNRS éditions, 2016).

140 This is precisely the critique developed by the legal scholar and other founding member of the future ordoliberal school, Hans Großmann-Doerth (See in particular: R. Wakote, « Hans Großmann-Doerth, un cofondateur méconnu de l'École de Fribourg », in H. Rabault (ed.), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 127-159) in his inaugural lecture at the University of Freiburg in 1933, devoted to the "self-created law of the economy" (H. Großmann-Doerth, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht* (*Antrittsvorlesung*), Freiburg, Freiburg Wagner'sche Universität Buchhandlung, 1933). This 'self-created law of the economy' criticized by the liberal legal scholar seems to correspond quite well to the 'economic autonomous administration' (*wirtschaftliche Selbstverwaltung*) advocated by the conservative legal doctrine. Großmann-Doerth does not directly discuss this particular issue, but he scrutinizes and dissects the "general terms and conditions of sale" and the contractual imbalances between buyers and sellers that this phenomenon reveals. In so doing, he actually highlights the disproportionate balance of power that undermines the market and he points out the role of the state in supervising and controlling the market, in order to prevent abuses of a dominant position and to limit the power of private interest groups (see: C. Mongouachon, « L'ordolibéralisme: Contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, 2011, pp. 70-78, esp. p. 71).

141 M. Foucault, « Leçon du 7 février 1979 », in *Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France* (*1978–1979*), Paris, Gallimard, 2004, pp. 105-133, esp. p. 125.

142 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1933 (republished in: F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2010; this last version is taken as a reference in the following pages).

143 On the work and life of Böhm, see: H.O. Lenel, « The life and work of Franz Böhm », *European Journal of Law and Economics*, 1996, vol. 3, n° 4, pp. 301-307; S. Kolev, « Böhm, Franz », in A. Marciano and G.B. Ramello (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, New York, NY, Springer, 2018, available at: https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7883-6_201-3 (last consulted on 12 February 2022).

of such legal-economic agreements,[144] but, on the other hand, it offered him a first-hand field of practical investigation on which he could sharpen his thoughts and refine the theoretical project of his dissertation and his habilitation thesis. The latter was submitted in April 1933 (three months after the Nazis came to power) and reviewed by Hans Großmann-Doerth and Walter Eucken, thus bringing together for the first time the nucleus of the future ordoliberal school. Through Rüstow (to whom he expressly referred), Böhm shared the Schmittian critique of a democracy that corrupts the state (and its function of higher third and neutral arbiter),[145] but his strategy consisted not so much in discussing other theses as in proposing to "build a [new] theory that would cut the ground from under the cartel's feet".[146] And this theory was quite ambitious, to say the least. Böhm explicitly stated in the foreword to the publication of his thesis that:

> The present book attempts to elucidate (*veranschaulichen*) the laws (*Gesetzmäßigkeiten*) of a free trade and competitive economy, as determined by economic theory, in a way that has not been achieved before. And it does so by assuming the task of proving and presenting this economic system as a *legal constitution of economic life*, as a legal order in the positive sense [...] of a precise and exact constitutional legal structure. It is, so to speak, *an attempt to translate the doctrinal system* (Lehrgebäude) *of classical economic philosophy from the language of economics* (Nationalökonomie) *into the language of legal science*.[147]

144 F. Böhm, « Das Problem der privaten Macht », *Die Justiz*, 1927/1928, vol. 3, pp. 324-345. The legal roots of this cartelization of the economy lie in the founding (but, according to Böhm, fatal) decision of the *Reichsgericht* of 4 February 1897 on the Saxon Wood Pulp case (Reichsgericht, *sächsische Holzstoffkartell*, 4 February 1897, RGZ 38, 155), in which the court applied freedom of contract to confirm the binding nature of restrictive competition agreements. Böhm will later provide an analysis specifically devoted to this judgment (F. Böhm, « Das Reichsgericht und die Kartelle. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG. vom 4. Februar 1897 », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1948, vol. 1, pp. 197-213).

145 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, *op. cit.*, p. 229.

146 K. W. Nörr, « On the Concept of the 'Economic Constitution' and the Importance of Franz Böhm from the Viewpoint of Legal History », *European Journal of Law and Economics*, 1996, vol. 3, n° 4, pp. 345-356, esp. p. 350. See also: J. Walther, « Prométhée enchainé ou la puissance maitrisée. Le lien génétique entre droit privé et concurrence dans l'œuvre de Franz Böhm (1895–1977) », in H. Rabault (ed.), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 95-126, esp. p. 109.

147 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, *op. cit.*, p. 17 (emphasis added). Böhm continues with an explicit reference to the physiocratic project of transcribing *natural*

Hence, based on the conceptualizations of (liberal) economic science relating to competition and struggles for monopoly,[148] Böhm developed a real *theory of economic constitution* as the "legal constitution of the free market economy", essentially structured around private law (the authentic normative basis of the market economy) but that also required to be enshrined in public law through the formal recognition of the freedom of trade and industry as the organizing and regulating principle of economy.[149] Here is Böhm's first theoretical *coup de force*: where the 'economic constitution' was first imbued with a strictly socialist content (because it was forged by social-democratic legal scholars to serve their project of democratization and politicization of the economy) and where the conservatives maintained this socialist understanding of the concept (albeit to better reject this socialist project) – Böhm completely subverts the concept, keeping the signifier but transforming the signified, and thus proposed a truly liberal meaning of this *Wirtschaftsverfassung*.

Besides, this manoeuvre exists not only on an abstract and theoretical level: it is rooted in a detailed analysis of the concrete legal order in force under the Weimar Republic, as well as in a (critical) assessment of the relevant case law and scientific legal doctrine.[150] More than purely descriptive, it also carried with it a performative aim, namely to defend the liberal economic order of the Weimar Republic. It is actually against this quite polemical and political background that Böhm carried out his second theoretical *coup de force*: mobilizing the decisionist definition of the 'constitution' given

---

(economic) law into positive state law: "With this problem [i.e., the translation of the doctrinal system of classical economic philosophy from the language of economics into the language of legal science], the work takes up the proposition of the Physiocratic School, which one and a half centuries ago claimed that the state should declare 'the natural law to be the state law' in the field of economic life. Wherever there exists today a free economic constitution, the right to what is called freedom of trade and industry, the states have at one time or other fulfilled this requirement. But as assiduously as generations of academics have since extended and refined knowledge of the economic natural laws (*wirtschaftlichen Naturgesetzen*), legal science has paid little attention to the question of what a legal constitution that is drawn up by the state declaring 'a natural law as the state law' looks like" (*ibid.*). On the physiocratic project, see *supra* in this volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique, l'Europe » and *infra* in this volume, H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique: émergence et fonctions » and P. C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ». Regarding Franz Böhm's views on natural (economic) law, see: D. Nientiedt, « Metaphysical justification for an economic constitution? Franz Böhm and the concept of natural law », *Constitutional Political Economy*, 2019, vol. 30, n° 1, pp. 114–129.

148 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, *op. cit.*, pp. 31–107.

149 *Ibid.,* pp. 206–298.

150 *Ibid.,* pp. 179–191.

by Schmitt, but in order to reshape it and bring, against the opinion of the *Staatslehrer,* an economic core into it:

> From a constitutional point of view, the system of freedom of trade and industry is a constitution of economic life in the positive [law] sense; the introduction of this system consequently means a 'complete decision' (*Gesamtentscheidung*) over the type and form of the economic-social cooperation process, in the same sense in which Carl Schmitt describes the state constitution as a 'complete decision over the type and form of political unity'.[151/152]

Böhm's connection between the Schmittian meaning of (political) 'constitution' and the concept of *Wirtschaftsverfassung* may seem surprising at first glance, since Schmitt set the two concepts against each other. But it proves ultimately to be particularly subtle and astute. Schmitt considered (like Huber) that the Weimar constitutional order enshrined a free economy, and thus rejected centralized planning. If they were reluctant to use the concept of 'economic constitution', it is only because they remained locked in the anti-liberal conception of the term. Yet, it is precisely this socialist conceptual monopoly on the *Wirtschaftsverfassung* that Böhm broke. And he did so with Schmitt's conceptual tools, albeit against him. Besides, he turned them against Schmitt not only on the purely theoretical level – that is, on the possibility of giving the concept a properly liberal content – but also in the field of concrete positive law interpretation. While Schmitt denied that the Weimar Republic was a legal order of a planned economy, on the other hand he defended the maintenance of a cartelized public sphere of economy. This is what Böhm strictly rejected: the core of his thesis lay precisely in the refutation of this cartelization of the German economic order. To do so, he opposed this cartelization (and the conservative theories that sometimes underlie it)

---

151 *Ibid.*, p. 120. Böhm refers here to Schmitt's Theory of Constitution: C. Schmitt, *Verfassungslehre,* München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928. pp. 20 ff. (in the English translation: C. Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, p. 75).

152 This formulation is the first occurrence of the definition which will be systematically used by the future ordoliberals (W. Eucken, F. Böhm and H. Großmann-Doerth, « Unsere Aufgabe. Beleitwort der Herausgeber zur Schriftenreihe 'Ordnung der Wirtschaft' », *op. cit.,* esp. p.XIX.; W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie,* Iena, Gustav Fischer, 1940, p. 52). For an overview of the advent of the ordoliberal notion of "economic constitution", see: H. Rabault, « Naissance de la notion ordolibérale de 'constitution économique' », in H. Rabault (ed.), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, *op. cit.*, pp. 189-210.

with his own ingenious interpretation of the constitutional (economic) situation of the Weimar Republic.[153]

Böhm hardly denied the revolutionary potential of the Weimar Constitution. He conceded that the latter expressly removed the field of labour (Art. 157 WRV) and agriculture (Art. 155 WRV) from the free-market system and that it empowered the legislature to introduce economic planning through the (state or corporatist) socialization of private economic sectors.[154] He nevertheless strived to rigorously undermine this revolutionary potential, through a twofold analysis, i.e. both legal and economic. At the first (legal) level, he noted, on one hand, that the state had not (except occasionally)[155] made use of its planning prerogatives. He argued, on the other, that the socialist-oriented provisions of the *Reichsverfassung* represented only *derogations* from the constitutional principles of economic freedom and free competition. Indeed, the latter were, according to him, materially established at the legislative level by the Trade and Industry Code (*Gewerbeordnung*) of 21 June 1869,[156] but also formally enshrined at the constitutional level through Art. 151 (1) and (3) WRV[157] – and were even further extended by the Antitrust Regulation of 2 November 1923.[158]

On the second (economic) level, Böhm deconstructed the idea of a possible partial exit from the market order. Based on the labour market analysis, which is governed by collective bargaining,[159] Böhm pointed out that "economic freedom, which is realized in the field of trade and industry, has

153 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf, op. cit.*, pp. 299–342.

154 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf, op. cit.*, pp. 315-317. Böhm even argues that "the *Reichsverfassung* contains a fundamental and significant amendment to the complete constitutional decision taken by the *Gewerbeordnung* [of 1869, enshrining the freedom of trade and industry]" (*ibid.*, p. 315).

155 Böhm cites in particular the "special public service laws for coal, potash, electricity, iron, spirits, and match industries" (F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf, op. cit.,* p. 299). See *supra*, footnote 56.

156 *Gewerbeordnung*, 21 June 1869 RGBl. 1869, 245.

157 These are supplemented by the right to private property (Art. 153 WRV), the freedom of contract (Art. 152 WRV) and the general freedom of association (Art. 124 WRV) (*ibid.,* p. 316).

158 *Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*, 3 November 1923, RGBl. I, p. 1067. Böhm considers that this Antitrust Regulation represents the "way of the compulsory restoration of the free order [...], the *appeal to the natural order*" (*ibid.,* p. 320; emphasis added).

159 This is why the "constitution of working life" (*Verfassung des Arbeitslebens*) is anything but a "Manchesterist" constitution (F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf, op. cit.,* p. 319).

a virtually overpowering effect on the field of wage regulation",[160] for the (allegedly natural) market laws imply that high wages would lead to the dismissal of workers and to the replacement of the workforce by machines that would become proportionally more competitive. It follows that "the laws of this freedom order [that is, the market economy] require attention and obedience even from those sectors of the economy that are not based on freedom, be it the wage sector or the islands of planned economy within the sphere of trade and commerce".[161] The logic is implacable: there would only be two ways of governing the economic process: total planning or total competition – and nothing in between. Or more precisely, in between the two it must be concluded that the competitive market order would prevail; all planning is therefore inconsistent in that situation. Since the Weimar Constitution did not provide for this total planning, the German legal order was and must be a market order based on economic freedom.[162]

However, a constitution needs a guardian.[163] An economic constitution, even a liberal one, especially a liberal one, needs a strong guardian to protect the market order. This guardian is the state. This point constituted the keystone that supports the whole theoretical edifice built by Böhm: the market

160 *Ibid.*

161 *Ibid.* Böhm adds: "Should this obedience be denied, the free order will retaliate in so far as the stream of economic life will be dammed up at these obstacles, sooner or later bursting its banks at some point and wreaking havoc in both spheres, for which the proponents of the tied economy then tend to blame economic freedom, while the advocates of economic freedom tend to blame the arbitrariness of the planned economy". This same economic logic would also apply when enterprises illegally try to circumvent the free market system in order to acquire dominant positions: "[s]ooner or later, the initially dammed and partially diverted stream will sweep the artificially matted structure into its torrent" (F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, *op. cit.*, p. 320: "*dann wird der zunächst gestaute und teilweise abgelenkte Strom das künstlich verfilzte Gebilde früher oder später in seinen Strudel reißen*").

162 The method is particularly cunning, for under the guise of recognizing the possibility of an alternative, it makes the latter so radical that it becomes almost utopian. Since the alternative is ultimately not really an alternative, one has to settle for the liberal 'natural order'. This conceptual radicalization, this antagonization of alternatives is, moreover, quite similar to Schmitt's theoretical strategies: playing on the binarity and contradiction between concepts, on their irreducible oppositions, in order to better force the choice, and to better impose one of the two alternatives. Planning and competition are not seen here as Weberian ideal types, necessarily tangled and intertwined in reality; they are understood as mutually exclusive – one always having to destroy the other (and *vice versa*). This is also the discursive strategy that F.A. Hayek will develop in his pamphlet *The Road to Serfdom* (London, Routledge, 1944).

163 See *supra*, footnotes 81–82.

order based on economic freedom required the state to set the 'rules of the game' of free and fair competition, but also to intervene to enforce them – and *only* to enforce them. Franz Böhm actually demanded a *Wirtschaftsrechtsstaat*, i.e. the extension of the rule of law to the economic sphere of society.[164] He explicitly rejected the idea that economic freedom would find its "dogmatic historical justification" in the individual as "bearer of an absolute value",[165] i.e. the "bourgeois rule of law" (*bürgerlicher Rechtsstaat*). He rejected, on the other hand, the idea that economic freedom, although prevailing in principle, should nevertheless be tempered and moderated by social considerations, as advocated by the proponents of the "social rule of law" (*sozialer Rechtsstaat*). According to him, the dogmatic justification of economic liberty was to be found in the *competition*, that is in the economic struggle of individuals. Only this struggle would provide an "increase in the social product and an improvement of general prosperity" for the entire community. But it required a state that set (and controlled the respect of) the rules of this competition. Without expressly naming it, he laid the foundations of what would later be called an "*État de droit économique*".[166]

5 The *Wirtschaftsverfassung* or the Question of the (De)Politicization of the Economy through Law

Hence, the 'economic constitution' was embedded in a discursive constellation,[167] in which divergent definitions and competing conceptions of fundamental notions – such as democracy, economy, state, rule of law, *etc.* – clash and confront each other. Through the concept of *Wirtschaftsverfassung*, the Social Democrats advocated nothing less than the extension of popular

164 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf, op. cit.*, pp. 326-327. See also: F. Böhm, « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, vol. 17, pp. 75-151. (Translated in: F. Böhm, « Rules of Law in a Market Economy », in Alan T. Peacock and H. Willgerodt (eds.), *Germany's Social Market Economy – Origins and Evolution*, London, Macmillan, 1989, pp. 46-67).

165 Here Böhm openly polemicizes with Schmitt (C. Schmitt, *Verfassungslehre*, *op. cit.*, pp. 158 ff.; in the English translation: C. Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, p. 198).

166 F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, *op. cit.*, p. 64; M. Foucault, « Leçon du 21 février 1979 », in *Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France (1978–1979)*, Paris, Gallimard, 2004, pp. 165-190, esp. p. 176. See also: J. Hien and C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford/London, Hart Publishing, 2017.

167 M. Foucault, « La formation des stratégies », in *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, pp. 89-97.

sovereignty to the economy ('economic democracy', sometimes also referred to as 'social *Rechtsstaat*'), in order to politicize the economy and, via the system of (economic and workers') councils, to restore workers' power over their social and economic life.

Conservative legal scholars, on the other hand, rejected this project and what they considered to be an erroneous conception of democracy. The neutral state, under the pressure of the masses, would inevitably turn into a quantitative total state. The *raison d'état* would be overthrown by the onslaught of these vested interests. To counter this threat and to ensure its self-preservation, the state should carry out a vigorous, surgical intervention of (partial) depoliticization of the economy, but precisely in order to better repoliticize the state – if necessary, through the imposition of an *economic state of exception*. They actually radicalized the socialist definition of 'economic constitution', in so far as it would involve the entire organization of politics around the economy and, thus, the impossibility of coexisting with the political state constitution, contrary to what Sinzheimer and other left-wing legal scholars claimed. This radicalization of the socialist understanding of the notion then implied, for these conservative *Staatslehrer*, the rejection of such an 'economic constitution' for the Weimar Republic. If there should be an economic constitution, it could only be a total and absolute one, as in Soviet Russia and Fascist Italy. Otherwise, and especially when applied to the Weimar legal order, it would be, at best, a simple metaphor highlighting the rise in the economic field of an intermediate level between state and society, i.e. the autonomous and cartelized public economy; or, at worst (albeit the most frequent case), this 'economic constitution' would constitute only a polemical, programmatic and tactical concept developed by the social-democratic legal doctrine to subvert the constitutional order by causing a fateful confusion between state and society through economic democratization. This explains the conservatives' call for a strong (or authoritarian) but self-limiting state that would subordinate the economy to its authority while preserving a sphere of private economic freedom.

On a third side, the liberal legal and economic doctrine shared and endorsed this critique of a too extensive understanding of democracy, which would lead to the false belief that it is possible to embrace the entire economy in a global plan, thus undermining the self-regulated market. According to them, the market functioning was disrupted, or even nullified, by this assault of the masses within the state. It was, on the other hand, weakened by the struggle for monopoly of private enterprises seeking to acquire more market power. It was therefore essential to completely depoliticize the economy, i.e., to disempower all (public and private) economic entities. This required,

however, an independent and neutral higher third. This higher third can only be the state, and more precisely a *strong state*. But the latter is quite different from the conservatives' strong state, because here it has to serve the market – and not its own *potestas*. Its *raison d'être* and its *auctoritas* lay in its function of *guardian of the market order*: it would organize the market and enforce the (natural) competition law. This required a proper political decision. In this sense, the state would legally establish the market, it *constitutes* it, even if this market order was considered as a natural order. This natural economic order pre-exists only as a potentiality that has to be realized by the state, just as in physiocratic theories. There is therefore a political choice, a constitutional decision in favour of the liberal market order. Hence, contrary to what the conservative legal scholars claimed, a *liberal economic constitution* can (and does in fact) exist, which is precisely this market order that would have been enshrined in the Weimar Constitution. The state shall therefore respect the rules that it imposes on private agents. It must obey the rules that it has set. As rule maker and arbiter, it cannot intervene in the competition game; it shall only establish the rules and ensure that they are respected. This is nothing less than the principles of the rule of law applied to the economy. The Weimar Republic shall not be a *Wirtschaftsstaat* (economic state), but a *Wirtschaftsrechtsstaat* (economic rule of law).

Facing the new constitution adopted in the aftermath of a traumatic defeat, as well as the major political and economic crises of the inter-war period and the concomitant emergence of Fascist and Soviet alternatives to the liberal model, Weimar intellectuals and scholars sought to grasp, understand and figure out this very specific and contingent historical situation. In other words, they sought to *conceptualize* it. But they did so, however, on the basis of theoretical and ideological assumptions that most of the time were very divergent or even contradictory.[168] The advent of the concept of economic constitution under the Weimar Republic is to be understood against this historical background.

A concept does not carry an absolute and abstract meaning, a sort of primary identity that could be restored to its original purity by retracing its history in a linear way until the discovery of its hypothetical inherent truth. It is formed and shaped against a specific issue, which it seeks to grasp and, in so doing, to overcome. This process of abstraction inevitably involves conflicts over the interpretation of the causes of the problem and of the answers to be

168 C. Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

provided. These conflicts are mirrored in the heterogeneous meanings given to the concept.[169] In other words, the concept crystallizes in its polysemy the (political) struggles around the interpretation of the reality it is supposed to apprehend and explain. It is the very *polemical* nature of the concept. But since this conceptualization process involves an ordering (and therefore normative) operation vis-à-vis social phenomena and historical events and structures, it also induces, albeit perhaps implicitly, a conditioning of the field of possibilities. Hence, the interpretation also struggles to shape, by a feedback effect, the historical and political context and the social issues that the concept tries to grasp: by structuring the way of thinking, it conditions the way of acting. The concept thus also involves a *performative* dimension.[170] A dialectical relationship is established between, on one hand, the social and institutional reality and, on the other, the scientific and theoretical discourse: a change in the balance of power within society can influence the way in which social problems are conceptualized; symmetrically, the theoretical debates around concepts affect the power relationships that underlie and structure society.[171]

Against this background, what then is the specific social problem in response to which this concept of 'economic constitution' emerged? What can explain – or at least shed light on – such important doctrinal controversies and ideological struggles? The *Wirtschaftsverfassung* under Weimar actually addressed nothing less than the highly political question of the *social embeddedness or disembeddedness of the economy.*[172] The level of theoretical conflict surrounding the concept responds to the intensity of the social crisis that affected Europe, and particularly Germany, in the first half of the 20th century. What is fundamentally at stake in the debates on the economic constitution was therefore the question of the (*de*)*politicization of the economy through law*.[173] Faced with the gradual, albeit contingent and

169 M. Foucault, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », in S. Bachelard *et al.* (eds.), *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, pp. 145-172; M. Foucault, « Le souci de la vérité », in *Dits et écrits,* Tome II, Paris, Gallimard, 2001, pp. 1487-1497.

170 R. Koselleck, « *Begriffsgeschichte* and Social History », in *Futures Past. On the Semantics of Historical Time* (1979), New York, Columbia University Press, 2005, pp. 75–92.

171 F. Taylan, *Concepts et rationalités. Héritages de l'épistémologie historique, de Meyerson à Foucault*, Paris, Éditions matériologiques, 2018. See also *supra* in this volume G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

172 K. Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, (1944) Boston, Beacon Press, 2001.

173 See also *infra* in this volume, the conclusion of C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

conflictual, autonomizing of the social relations of exchange, production and property vis-à-vis this very singular (self-)institution that is society,[174] ideological and theoretical positions diverged and confronted each other all the more violently and openly as the economic and political situation appeared to be in a deadlock. The concept of 'economic constitution', far from undergoing a straight, linear and uniform evolution within a (legal) science supposedly isolated from the social reality it is supposed to observe and analyse, will thus both crystallize and condition the political struggles that marked the Weimar Republic.

Conclusion

This very political question of the legal ordering of the economy – what ordoliberals will later call *Ordnungspolitik* – has, of course, not disappeared with the Weimar Republic. The conceptual architecture in which it takes place has, however, certainly evolved since that time. After the end of the World War II, the 'economic constitution', abandoned by the left-wing (political and intellectual) movements, has been mobilized and monopolized by the (neo) liberal schools in order to depoliticize the economy through law.[175/176] Yet, it does not mean that the sense of this key notion would now be fixed and set in stone. Since the 2008 crisis, a number of current socio-political processes, linked to the market economy and sometimes subsumed under the concept of 'economic constitution' – such as the extension of the supreme courts' power

174 C. Castoriadis, *The Imaginary Institution of Society*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998; F. Lordon, *Imperium: structures et affects des corps politiques,* Paris, La Fabrique éditions, 2015.

175 See *infra* in this volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ». See also: L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, n° 20-21, pp. 445-482; M. Caron, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2016, n° 2, pp. 557-595.

176 There is no contradiction in observing that the ordoliberal *Ordnungspolitik* grasps the very political character of the legal ordering of the economy and, at the same time, that the (neo)liberal schools aim to depoliticize the economy through law. As noted above in regard to the (future) ordoliberals (see *supra*, footnote 139), the (neo)liberal project can be understood as a political enterprise of self-disempowerment of the state and of economic depoliticization (P. Dardot and C. Laval, *The New Way of the World: On Neoliberal Society*, London/New York, Verso, 2014). Beyond their divergences, this project also characterizes the theories of Hayek, the Public Choice school, the New Classical Macroeconomics, etc.

to fundamental economic issues,[177] European integration through law and market (or more precisely through the law of the market)[178] or the globalization of trade and transnationalization of firms[179] – seem to have entered a phase of growing opposition.

Will these political contests, often considered (and sometimes assumed)[180] to stem from (economic) "populism",[181] lead to the reopening and resurgence of theoretical confrontations around the concept, and to new interpretations and subversions of this economic constitution, notably to rediscover its potential meaning for an economic democracy? Time will tell. In any case, although the question whether "in politics, words and their usage are more important than any other weapon"[182] remains open, it is quite sure that they take their part in these political and ideological conflicts. In this respect, proposing a genealogy of a concept as highly political as that of economic constitution might shed light on our present... and, who knows, open up new horizons for the future.

Select Bibliography

Böhm, F., *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung* (1933), Baden-Baden, Nomos, 2010.

177 B. du Marais, « Constitution économique ou constitutionnalisation de l'économie? », in C. Mongouachon and F. Martucci (eds.), *La constitution économique. En Hommage au Professeur Guy Carcassonne.*, Paris, La Mémoire du Droit, 2015, pp. 3-18; G. Grégoire, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021, vol. 2490–2491, nos 5–6, pp. 5–96.

178 G. Gerapetritis, *New Economic Constitutionalism in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2019.

179 G. Teubner, « Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, vol. 74, pp. 733-761.

180 C. Mouffe, *For a Left Populism*, London, Verso, 2018.

181 N. Hesse and F. Karstens, « Ordoliberalismus *vs.* Wirtschaftspopulismus: Unterschiedliche Konzepte für ähnliche Wähler », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 69, n° 1, 2019, pp. 341-365.

182 R. Koselleck, « Historical Criteria of the Modern Concept of Revolution », in *Futures Past. On the Semantics of Historical Time*, *op. cit.*, pp. 43–57, esp. 57.

Eucken, E., « Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus » (1932), *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1997, vol. 48, pp. 5–24.

Gusy, C., *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

Huber, E. R., *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1931.

Jungbluth, D., *Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts: Von Weimar bis zum Investitionshilfeurteil*, Wiesbaden, Springer, 2018.

Koselleck, R., « *Begriffsgeschichte* and Social History », in *Futures Past. On the Semantics of Historical Time* (1979), New York, Columbia University Press, 2005, pp. 75–92.

Nörr, K. W., *Die Republik der Wirtschaft: Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands.* Vol. I: *Von der Besatzungszeit zur Großen Koalition*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.

Rüstow, A., « Freie Wirtschaft – starker Staat. Die staatspolitischen Vorraussetzungen des wirtschaftspolitischen Liberalismus », in F. Boese (ed.), *Deutschland und die Weltkrise. Verhandlungen des Vereins für sozialpolitik in Dresden 1932*, n° 187, Munich, Duncker & Humblot, 1932, pp. 62–69.

Schmitt, C., *Constitutional Theory* (1928), Durham/London, Duke University Press, 2008.

Schmitt, C., *Der Hüter der Verfassung,* Berlin, Duncker & Humblot, 1931.

Schmitt, C., « Strong State and Sound Economy: An Address to Business Leaders » (1932), in R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, Cardiff, University of Wales Press, 1998, pp. 213–232.

Sinzheimer, H., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*: *Gesammelte Aufsätze und Reden*, vol. I (edited by O. Kahn-Freund and T. Ramm), Frankfurt am Main/Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976.

Zacher, C., *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland: Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik,* Schriften zum Wirtschaftsrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

Discussion
Le Concept de Constitution économique : émergence et fonctions

Hugues Rabault

Introduction

Quiconque s'intéresse sérieusement au droit économique finit nécessairement par croiser dans son parcours le concept de « constitution économique ». L'étape de la réflexion où nous nous trouvons fait surgir une interrogation qui constitue un préalable nécessaire à l'étude de tout concept, la question de l'origine[1]. Le concept de constitution économique ne va pas de soi. Tout au contraire il peut être tenu pour discutable. Il n'est pas rare de rencontrer parmi les juristes constitutionnalistes une hostilité à son endroit. Une approche conservatrice tendra à défendre l'idée que la notion de constitution devrait être réservée au domaine de la politique. L'équivalence *constitutio – politeia* de la tradition[2] peut sembler réserver l'application du concept de constitution au problème de la forme de la cité. La constitution des modernes représente un recyclage de la *politeia* d'Aristote[3]. Pour résumer, la *politeia*, la structure fondamentale de la cité (*polis*), son identité propre, consiste d'abord en un choix, ou un agencement, entre des formes politiques, monarchique, aristocratique ou démocratique[4], du pouvoir. Le constitutionnalisme moderne transforma,

1 Voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

2 Par exemple, C. Schmitt, *Théorie de la constitution* (1928), Paris, Presses Universitaires de France, 1993, pp. 132 et s. Il est intéressant de relever qu'un constitutionnaliste moderne tel que Carl Schmitt prolonge l'équivalence entre *constitutio* et *politeia*, issue des traductions latines de *La Politique* d'Aristote, sans approfondissement lexicographique.

3 Aristote, *La Politique*, Paris, Vrin, 2005. Aristote oppose le gouvernement politique (*politeia*) de la cité au gouvernement monarchique (*basileia*). Nous renvoyons à l'appareil de notes minutieux de Jules Tricot. Quant à la cité, Aristote propose une théorie du régime mixte, associant les formes aristocratique, démocratique et monarchique du pouvoir, ce qui deviendra un lieu commun dans l'aristotélisme médiéval. Pour des introductions générales, voy. C. Rapp et K. Corcilius (dir.), *Aristoteles Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*, Stuttgart/Weimar, J. B. Metzler, 2011, notamment pp. 147–154 (écrits politiques) ; pp. 303–307 (concept de *polis*) et pp. 501–509 (aristotélisme politique) ; D. Ross, *Aristote*, Paris, Editions des archives contemporaines, 2000, pp. 329–377.

4 Voy. H. Rabault, *L' État entre théologie et technologie. Origine, sens et fonction du concept d'État*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 21–49.

© HUGUES RABAULT, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_005
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

longtemps après, le problème en un choix entre monarchie et république, toujours dans l'esprit de l'aristotélisme (*basileia*/*politeia*)[5], puis entre diverses formes, de séparation des pouvoirs, d'organisation territoriale[6], *etc.*

Le concept de constitution de la tradition était pourtant beaucoup plus souple. Selon la relation macrocosme/microcosme, la constitution désignait un de ces ordres qui se reflètent les uns dans les autres, l'ordre de la cité certes, dont l'idéal est à l'image du gouvernement divin, et c'est pourquoi Thomas d'Aquin voyait la monarchie comme le meilleur régime[7], mais aussi, donc, l'ordre cosmique, qui est la constitution du monde (*constitutio mundi*)[8], et la complexion physique de l'homme, placé au centre de la création. Dans la tradition occidentale, qu'illustre la théologie de Thomas d'Aquin, la raison, dirigeant l'individu ou le gouvernement de la cité, se construit sur le modèle de l'intellect divin, dont la création poursuit le plan[9]. L'ambiance sémantique de la tradition ne laissait ainsi pas place à l'idée d'une constitution économique. La constitution politique était située entre deux ordres dont elle était le reflet, l'ordre cosmique de la création et l'ordre humain de la créature.

Ce contexte sémantique rend pertinente l'interrogation sur l'émergence du concept de constitution économique. La présente recherche permet d'identifier deux moments de l'histoire de ce concept. Nous devons à deux juristes belges, Alexis Jacquemin et Guy Schrans, qui nous ont laissé l'un des meilleurs ouvrages en langue française d'introduction au droit économique, d'avoir repéré chez les physiocrates la première occurrence du concept de constitution économique[10]. Une première émergence du concept se trouve ainsi chez le physiocrate Nicolas Baudeau[11], qui traite de la « constitution économique des États policés »[12]. L'idée de constitution économique des physiocrates contient un véritable programme de politique économique :

---

5 La formule fondatrice de Machiavel est célèbre : « *Tutti gli stati, tutti e' dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra gli uomini, sono stati e sono o republiche o principati.* » (N. Machiavelli, *Il Principe* (1513), Milan, Feltrinelli, 1998, p. 31).

6 H. Rabault, *L'État entre théologie et technologie*, *op. cit.*, pp. 49–64.

7 T. d'Aquin, *Summa theologiae*, Iª-IIae q. 105 a. 1 arg. 5 : « *Praeterea, sicut regnum est optimum regimen, ita tyrannis est pessima corruptio regiminis* ».

8 Voy. Pseudo-Bède, *De mundi caelestis terristrisque constitutione liber*, Paris, Classique Garnier, 2016.

9 Par exemple, T. d'Aquin, *Summa contra gentiles*, traduction en quatre tomes, Paris, Garnier-Flammarion, 1999.

10 A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982, pp. 5–6.

11 N. Baudeau, *Première introduction à la philosophie économique, ou Analyse des États policés* [reproduction de l'édition de 1771], Paris, Librairie Paul Geuthner, 1910.

12 *Ibid.*, p. 185 [492–493].

> 1° Pour éviter de mieux en mieux autant qu'il est possible les crimes ou délits, pour accomplir de mieux en mieux toute justice, pour suivre le plus possible l'ordre de bienfaisance, il faut une *société économique* entre les hommes. 2° Trois *arts* caractéristiques forment cette société : *l'art social*, qui fait naître, qui maintient, qui perfectionne le *savoir*, le *vouloir*, le *pouvoir* [...]. *L'art productif* qui prépare et qui opère les récoltes des productions naturelles [...]. *L'art stérile* qui les façonne, les unit, les incorpore l'une à l'autre pour en former des subsistances qui se consomment [...]. Voilà toute la *législation économique* ; elle est unique, éternelle, invariable, universelle ; elle est évidemment *divine* et essentielle.[13]

Dans le lexique de Nicolas Baudeau, l'expression de « constitution économique » est synonyme de celle de « législation économique ». Il est loisible de déduire de l'idée de constitution économique des maximes de politique économique, qui concluent le propos de Nicolas Baudeau : « Surtout ne jamais usurper aucune propriété, n'en jamais empêcher l'acquisition, la perfection, la jouissance, c'est-à-dire, ne violer jamais aucune liberté [...] »[14] Ainsi Baudeau dénonce-t-il les mesures, contraires à la constitution économique, qu'il qualifie d'« antiéconomiques »[15]. Le concept de constitution économique tel que nous l'envisageons ici ne renvoie pas à la sphère hypercosmique des idées éternelles, il surgit dans un contexte singulier, et le retour à la doctrine des physiocrates proposé dans le colloque nous permet de mieux saisir le sens de cette émergence.

Un second moment d'émergence du concept de constitution économique consiste dans ce que l'histoire du droit public allemand désigne comme le « conflit autour de la constitution économique » (*Streit um die Wirtschaftsverfassung*), qui surgit durant l'entre-deux-guerres en Allemagne, et qui illustre la fécondité de la doctrine constitutionnelle allemande de cette époque. Il convient d'ajouter que si ce conflit naquit de l'exégèse de la Constitution de Weimar, il n'a pas cessé, nous le verrons, avec la Loi fondamentale actuelle[16]. Dans la jurisprudence constitutionnelle fédérale, il s'est soldé – *Karslruhe locuta, causa finita*... – par la fameuse thèse de la « neutralité en termes de politique économique »[17] (*wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes*)

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*, p. 186 [494].

15 *Ibid.*, p. 133 [357].

16 Voy. C. Mongouachon, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, n° 90, pp. 303–337.

17 La thèse a fait l'objet d'une transposition au droit public économique français. Voy. J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002, pp. 24–28; M.-L. Dussart,

de la constitution[18]. La doctrine allemande[19] reste toutefois sceptique quant à cette thèse, qui correspond en réalité à un enjeu pratique de *judicial self-restraint* de la part de la juridiction constitutionnelle, mais n'exprime pas nécessairement la vraie nature économique de la Loi fondamentale[20]. Dans la théorie contemporaine du droit économique, la discussion autour du thème de la constitution économique est, par ailleurs, sortie du champ du droit public interne, pour envahir les domaines du droit public international. L'essor de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) à partir du milieu des années quatre-vingt-dix contribua à cette évolution. L'interrogation sur la constitution économique se porte alors naturellement sur la structure juridique de régions d'États, dont l'Union européenne est le modèle[21], ou de l'économie

---

Constitution et économie, Paris, Dalloz, 2015, notamment pp. 126–142. Auparavant, voy. H. Rabault, « La constitution économique de la France », *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, n° 44, pp. 707–745. Voy. encore J.-Y. Chérot, « Constitution et économie », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 3, *La suprématie de la constitution*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 529–561. Pour une approche théorique, voy. L. Zevounou, « Le concept de 'constitution économique'. Une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, n° 20–21, pp. 445–482.

18 Voy. les fameuses décisions BVerfGE, 4, 7, *Investitionshilfe* (20 juillet 1954) et BVerfGE 50, 290, *Mitbestimmung* (1er mars 1979) : « Die 'wirtschaftspolitische Neutralität' des Grundgesetzes besteht lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. » (BVerfGE, 4, 7 (17– 18)) [« La 'neutralité en termes de politique économique' de la constitution tient seulement à ce que le constituant n'a pas décidé expressément en faveur d'un système économique déterminé. »] Pour une présentation en français, voy. C. Mongouachon, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *op. cit.*, pp. 321–329. Voy. encore M.-L. Dussart, *Constitution et économie, op. cit.*, pp. 138–142.

19 Voy. A. Gaillet, « La notion de 'Constitution économique': approche historique, théorique et comparative » in G. Kalflèche, T. Perroud, M. Ruffert, (dir.), *L'avenir de l'Union économique et monétaire : une perspective franco-allemande*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 29–51, spéc. p. 38 : « Pour autant, cela ne tarira pas le débat doctrinal, mettant tour à tour en avant le caractère 'mixte' de la Loi fondamentale, son orientation socialiste ou, au contraire, sa garantie indirecte de l'économie de marché ». D'un point de vue comparatif, la recherche devrait en ce sens se focaliser sur la « relativité » (p. 41), variable, de la « neutralité économique » des constitutions.

20 Voy., par exemple, R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts*, Stuttgart, Kolhammer, 2015, p. 39: « Contraires à la constitution seraient une économie planifiée étatique totale et un libéralisme économique total (manchestérien) ».

21 En langue française, voy. l'article classique de L.-J. Constantinesco, « La constitution économique de la C.E.E », *Revue trimestrielle du droit européen*, 1977, vol. 13, n°2, pp. 244–281. Pour une synthèse comparatiste de la thématique, voy. A. Gaillet, « La notion de 'Constitution économique': approche historique, théorique et comparative », *op. cit.*, pp. 46–50.

globale[22]. Le débat s'est ainsi excentré de la structure de l'économie nationale vers des interrogations sur la constitution de l'économie globale, voire sur la dimension transnationale de la constitution économique contemporaine[23].

Une investigation supplémentaire serait nécessaire, nous semble-t-il, en ce qui concerne la présence du concept dans la théorie économique allemande antérieure au premier conflit mondial[24]. En termes de théorie économique, le concept apparaît central chez les ordolibéraux[25], où il désigne la dimension politico-juridique de l'idée d'« ordre économique »[26]. L'apport essentiel de l'ordolibéralisme fut précisément le couplage des théories économique et juridique. La constitution économique, dans sa définition formulée par le juriste Franz Böhm, représente sous l'angle juridique ce que l'économiste Walter Eucken théorise par sa notion d'ordre économique[27]. L'idée fondamentale est ici que tout ordre économique suppose une infrastructure juridique. Si Eucken présente la théorie des ordres économiques comme son apport spécifique à la théorie économique, il mentionne également les notions, présentes dans l'école historique allemande, d'« étapes », de « stades » ou de « styles

22 La thématique s'est particulièrement développée à la suite de la mise en place de l'OMC. Voy., par exemple, S. Langer, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung. Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation*, Munich, C.H. Beck, 1995.

23 Gunther Teubner (*Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016, pp. 73–88), abandonne le lien entre constitution et État pour faire de la constitution économique une « constitution sociétale ». La constitution économique serait en ce sens moins le produit de l'État que du marché. Voy. H. Rabault, « Le problème de la constitution dans le contexte de la globalisation », *Archives de philosophie du droit*, 2018, n° 60, pp. 381–389. Voy. encore, par exemple, M. Renner, « Transnationale Wirtschaftsverfassung », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2014, vol. 78, pp. 750–783.

24 Par exemple, E. F. Wagemann, *Die Wirtschaftsverfassung der Republik Chile. Zur Entwicklungsgeschichte der Geldwirtschaft und der Papierwährung*, Munich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1913 (référence déjà relevée par L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *op. cit*). L'ouvrage, décrivant un ordre économique national, s'inscrit clairement dans la filiation de l'école historique allemande.

25 Voy. H. Rabault, « L'idée de 'constitution économique' chez Walter Eucken », in H. Rabault (dir.), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'École de Fribourg-en-Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 51–94.

26 Voy. H. Rabault, « Naissance de la notion ordolibérale de 'constitution économique' », in H. Rabault (dir.), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'École de Fribourg-en-Brisgau*, *op. cit*., pp. 189–210.

27 N.d.E. : Voy. aussi *infra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

économiques »[28]. Critiquant la notion de « style économique », Eucken en est également l'héritier. En ce sens l'idée de constitution économique de la théorie économique ordolibérale poursuivrait un apport spécifique de la tradition de la science économique allemande.

Nous disposons donc, nous allons le montrer, de trois sens différents du concept de constitution économique, qui s'expliquent par des contextes historiques et des fonctions assumées par ce concept : une fonction normative (1.), une fonction exégétique (2.) et une fonction descriptive (3.).

1 La fonction normative du concept de constitution économique

La contribution de Philippe Steiner sur la théorie des physiocrates[29] nous invite à replacer le concept de constitution économique dans le contexte de l'émergence de la science économique. La notion de constitution économique des physiocrates désignait peu ou prou ce que la pensée économique connaît sous la dénomination de « lois de l'économie ». Dans la conception antérieure aux physiocrates, l'économie prenait la forme d'une politique économique active. La question de la prospérité matérielle collective, qui fut le moteur de la pensée économique originelle, était la préoccupation centrale de ceux qui seront englobés par Adam Smith sous la dénomination de mercantilistes. Mais dans la conception de ces derniers, l'économie n'était pas distincte de la politique, elle se trouvait à son service[30]. Dans l'esprit de Thomas d'Aquin, de même que l'ordre divin tend au salut de l'homme, la politique ne s'assigne qu'une fonction, servir ce dessein divin, et la politique économique n'est jamais qu'un instrument au service de l'inscription de l'action humaine dans la téléologie de l'ordre cosmique. Si les gouvernants se doivent d'assurer la prospérité matérielle de leurs sujets, c'est que le bien-être matériel des hommes est une condition de la vertu, et donc du salut[31]. Dans ce type de

28 W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie* (1940), Berlin/New York/Heidelberg, Springer, 1989, pp. 38–68.

29 Voy *infra* dans ce volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique, l'Europe ».

30 Voy., par exemple, A. de Montchrétien, *Traité de l'oeconomie politique* (1615), Paris, Plon, 1889, p. 11 : « Ceux qui sont appellez au gouvernement des Estats doyvent en avoir la gloire, l'augmentation et l'enrichissement pour leur principal but… ». L'ambition de Montchrétien était d'attirer l'attention du monarque sur l'importance de ne pas négliger la dimension économique de la politique, mais on se trouvait loin encore d'une théorie fondée sur l'idée de lois autonomes de l'économie.

31 Les richesses servent les vertus de la *vita activa* comme la pauvreté sert les vertus de la *vita contemplativa*. Voy. T. d'Aquin, *Somme contre les Gentils III, La Providence*, Paris,

conception, il n'y avait pas encore place pour une science économique autonome. Les théories économiques demeuraient des développements particuliers de la théologie et de la politique.

Or cette tournure d'esprit ne s'estompa pas avant le XVIII^e siècle. La notion d'« économie politique » de Montchrestien, par exemple, ne représente nullement l'émergence d'une science économique autonome, précisément parce qu'elle ne se détache pas de l'idée que l'économie n'était qu'une dimension de la politique. La politique, dont le but est le bien commun, tendait au salut du peuple, c'est-à-dire à sa santé (*salus populi*) en un sens tant matériel que spirituel. Sans doute l'une des meilleures illustrations de cette représentation hiérarchisée de l'ordre de la vie collective orienté vers une finalité unifiée est-elle le grand traité de la police de Nicolas de La Mare[32], qui décrit la politique du monarque d'abord comme morale et religieuse, et ensuite comme économique. L'économie s'inscrit dans l'emboîtement ordonné d'une téléologie unifiée au service de l'accomplissement spirituel, individuel et collectif, de l'homme.

Cela nous permet de mesurer l'apport des physiocrates, qui consiste en une manière de saut hors de la tradition. L'innovation des physiocrates, illustrée sous forme iconographique par le fameux « Tableau économique » de François Quesnay[33], trouve une autre incarnation dans le concept de constitution économique. Ce qui surgit dans la théorie des physiocrates consiste dans l'idée d'une autonomie de l'économie dans le contexte social. Une « législation économique » surgit qui se trouve différenciée de la politique. L'économie commence à imposer sa loi dans ce sens qu'elle échappe par sa légalité à la théorie de l'action politique. Dans la conception mercantiliste, la politique

---

Garnier/Flammarion, 1999, pp. 453–455 (*Summa contra gentiles,* III, 133). La politique économique est en ce sens valorisée par Thomas d'Aquin car la *vita activa* correspond au style de vie de la plupart des hommes, la *vita contemplativa* étant réservée à une minorité. Voy. T. d'Aquin, *Somme contre les Gentils I. Dieu*, Paris, Garnier/Flammarion, 1999, pp. 147–148 : « si la voie de la raison était la seule qui menât à la connaissance de Dieu, le genre humain resterait dans les plus profondes ténèbres de l'ignorance, puisque la connaissance de Dieu […] n'échoirait qu'à un petit nombre d'hommes, et, à ceux-là mêmes, après une longue période de temps. » (*Summa contra gentiles*, I, 4).

32 N. de La Mare, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les loix et tous les règlemens qui la concernent*, Paris, M. Brunet (J.-F. Hérissant), 1722–1738, en quatre volumes.

33 Voy. notamment, J. A. Schumpeter, *Histoire de l'analyse économique. I – L'âge des fondateurs* (*Des origines à 1790*) (1954), Paris, Gallimard, 1983, pp. 313–342. Sur le « tableau », voy. pp. 338 et s. Schumpeter souligne l'apport du « tableau »: l'économie s'autonomise au plan épistémologique d'abord par cette représentation simplifiée, avant de se modéliser sous forme d'équations.

économique active était un moteur de la prospérité. Celle-ci était tributaire d'une bonne administration, d'une bonne police dans le sens de l'expression utilisée par Nicolas de La Mare. Chez les physiocrates, l'économie acquiert ses propres lois, et la légalité de l'économie s'émancipe de la légalité politique.

À la distinction entre l'« art productif », qui désigne l'agriculture, source de toute richesse selon les physiocrates, et l'« art stérile », qui désigne le processus de transformation, Nicolas Baudeau ajoute l'« art social », qu'il identifie aux idées de « savoir », de « vouloir » et de « pouvoir ». Ici se trouve l'épistémologie des physiocrates. C'est la connaissance qui est placée au cœur du projet des physiocrates, car la science doit orienter la décision, le « vouloir », en fonction de possibilités, c'est-à-dire d'une conformité à la réalité, à la « nature », qui se trouve au centre de leur système théorique. Le but de la science des physiocrates est précisément la découverte de ce qu'on nommera ensuite les « lois de l'économie », ce que Baudeau appelle la « législation économique » ou la « constitution économique ». Les échecs de la politique économique, les disettes, les famines, sont moins, selon les physiocrates, le produit de l'inaction politique, que de l'ignorance, de l'absence d'une connaissance suffisante de la constitution économique. La science des physiocrates veut remédier à cette lacune, en révélant, pour la première fois, les « lois de l'économie ». Or, souligne Baudeau, ces « lois de l'économie » sont intemporelles et universelles, la législation économique étant « unique, éternelle, invariable, universelle ».

Quel est donc le sens de cette version du concept de constitution économique? Confronté au concept traditionnel, il permet de relativiser la constitution dans son sens politique. La théorie politique contemporaine des physiocrates, il suffit en cela de se référer à Montesquieu, mais aussi à toute une littérature moins prestigieuse, reconnaît la pluralité des constitutions politiques. L'Europe de l'époque connaît des monarchies, mais aussi bien des républiques, diverses. La pensée politique d'alors reste fidèle à la philosophie politique classique, qui admet, d'une part, que les régimes politiques sont divers, et, d'autre part, qu'ils sont soumis à une mutabilité, à des « révolutions », à l'instar des planètes, les astres errants dans le cycle immuable des constellations. À l'opposé de ce monde politique contingent, les physiocrates prétendent révéler la véritable dimension humaine de l'ordre cosmique, qui ne relève plus de la politique mais de l'économie. C'est ainsi que le concept de constitution économique participe de l'autonomisation de la « législation économique » vis-à-vis de la contingence de la politique.

Nicolas Baudeau est absolument fidèle à la doctrine de Quesnay, malgré quelques déplacements lexicaux. Sa notion de constitution économique illustre l'idée d'un ordre économique intangible, séparé de l'ordre politique.

Tous les problèmes économiques tiennent à l'ignorance de cet ordre. Comme l'avance Quesnay :

> Il faut donc bien se garder d'attribuer aux lois physiques les maux qui sont la juste et inévitable punition de la violation de l'ordre même des lois physiques, instituées pour opérer le bien. Si un gouvernement s'écartait des lois naturelles qui assurent les succès de l'agriculteur, oserait-on s'en prendre à l'agriculture elle-même de ce qu'on manquerait de pain, et de ce que l'on verrait en même temps diminuer le nombre des hommes, et augmenter celui des malheureux ?[34]

La constitution économique de Baudeau représente une structure normative analogue, ce que dit littéralement François Quesnay, aux lois de la physique newtonienne. Elle s'impose aux gouvernants de l'extérieur, elle est indépendante des lieux et des circonstances, ce que souligne la redondance rhétorique de la formule Baudeau : « elle est unique, éternelle, invariable, universelle ; elle est évidemment *divine* et essentielle ». Les lois de l'économie découvertes par les physiocrates sont en ce sens tout à fait différentes des recettes de politique économique de leurs prédécesseurs. Les lois de l'économie se trouvent extraites, déconnectées, des lois de la politique. Les lois de l'économie sont l'expression d'un ordre raisonnable et immuable[35], alors que les lois de la politique sont, répétons-le, contingentes et aléatoires :

---

34 F. Quesnay, « Le droit naturel » (1765), in F. Quesnay, *Physiocratie. « Droit naturel », « Tableau économique » et autres textes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1991, pp. 69–86, spéc. pp. 76–77.

35 Schumpeter (*Histoire de l'analyse économique. I – L'âge des fondateurs* (*Des origines à 1790*), *op. cit.*, p. 322) y décèle une faiblesse fondamentale de la théorie des physiocrates. Il faut y voir tout au contraire un apport majeur, même si l'on tient l'idée pour une erreur scientifique. Les scolastiques, auxquels Schumpeter compare les physiocrates, ne sont pas plus réalistes que ces derniers. Ils vivent seulement dans un monde régi par la providence, mu, en temps réel pour ainsi dire, par l'intellect et la volonté de Dieu, et dont la légalité peut être suspendue. Les physiocrates sont le premiers, parmi les théoriciens de la société, à sortir de ce paradigme. En un mot, les Dieu de Thomas d'Aquin n'aurait aucun mal à traiter une crise économique. S'il maintient la précarité matérielle de la condition humaine, c'est qu'il sait que c'est la meilleure solution pour le salut de l'homme. Voy. T. d'Aquin, *Somme contre les gentils III*, *op. cit.*, p. 349–363 (*Summa contra gentiles,* III, 98 à 102). Il est très significatif que chez les physiocrates la constitution économique, par transposition de la mécanique cartésienne, devienne vraiment intangible, universelle et intemporelle.

> Il y a des sociétés qui sont gouvernées les unes par une autorité monarchique, les autres par une autorité aristocratique, d'autres par une autorité démocratique, *etc.* Mais ce ne sont pas ces différentes formes d'autorités qui décident de l'essence du droit naturel des hommes réunis en société, car les lois varient beaucoup sous chacune de ces formes. Les lois des gouvernements, qui décident du droit des sujets, se réduisent presque toujours à des lois positives ou d'institution humaine ; or ces lois ne sont pas le fondement essentiel et immuable du droit naturel ; et elles varient tellement, qu'il ne serait pas possible d'examiner l'état du droit naturel des hommes sous ces lois.[36]

Ici se joue un phénomène souvent dénoncé par la critique de l'économie. La légalité économique, sous l'idée de constitution économique, se déconnecte de l'ordre politique, se trouve extraite de celui-ci, jusqu'à ce que, par un mouvement de renversement, l'ordre politique soit subordonné à l'ordre économique. La constitution économique prend ainsi le pas, comme projet de société, sur la constitution politique. Ce qui apparaît avec les physiocrates est une nouvelle forme de pensée. Celle-ci sera reproduite par les libéraux, mais les prémices théoriques, sécularisées, passeront à l'arrière-plan. Pourquoi dans la *Richesse des nations* Adam Smith ne pose-t-il jamais la question de la nature du régime politique ? Précisément parce que l'idée de la primauté des lois de l'économie sur les lois de la politique est, de son point de vue, acquise.

La constitution économique en ce sens est la vraie loi du monde, le cœur caché du projet divin, que la science des physiocrates peut enfin révéler à l'humanité. Ce point explique précisément cette dénomination que se donnent les physiocrates lorsqu'ils se qualifient d'économistes. L'économie n'est plus une subdivision de la politique, comme chez leurs prédécesseurs. C'est au contraire la politique qui devrait se soumettre à l'économie. La forme de pensée créée par les physiocrates anticipe la maxime selon laquelle « l'économie se venge toujours ». Les gouvernements peuvent ignorer les « lois de l'économie », les fouler aux pieds, mais ce sera toujours à leur détriment. La fidélité aux vraies lois de l'économie, qui est fidélité en un sens également théologique, soumission à l'œuvre divine, est source non seulement de prospérité économique, mais aussi le projet d'une concorde politique universelle. Quel peuple voudrait s'en prendre à son voisin s'il nage dans la prospérité ? Philippe Steiner décrit magistralement la physiocratie comme un projet européen[37],

36 F. Quesnay, « Le droit naturel », *op. cit.*, pp. 81–82.

37 Voy *infra* dans ce volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique, l'Europe ».

c'est-à-dire, à cette époque, universel, analogue au projet de paix perpétuelle de l'abbé de Saint-Pierre. Chez les physiocrates l'idée commune de la pacification par le commerce, qu'on trouve chez Montesquieu[38], devient une forme plus systématique de pacification par l'économie.

La constitution économique des physiocrates comporte donc un sens normatif. C'est un projet, un modèle, un idéal auquel doivent se plier les gouvernants s'ils veulent le bonheur de leurs sujets et de l'humanité, c'est-à-dire en particulier, car c'est une question économique sous-jacente à la théorie des physiocrates, mettre fin aux disettes. Dernier point à souligner, lorsque Baudeau parle de la « divinité » de la constitution économique, il faut lire le texte de façon littérale. La science économique de Quesnay est déconnectée de la politique mais non encore de la théologie. Cela explique l'optimisme économique des physiocrates. La constitution économique a été méditée, pour ainsi dire, par Dieu, dans le souci du bonheur des hommes. Les lois de l'économie, et, parmi elles, celles qui régissent l'agriculture, ont été pensées et construites – « intelligées » dirait Thomas d'Aquin – par l'Être suprême en sorte de permettre la prospérité du genre humain. Il convient de libérer la société du joug des lois humaines « antiéconomiques », pur fruit de l'ignorance, pour permettre à la providence divine de s'accomplir. La théologie économique des physiocrates intègre de la sorte les acquis de la science cartésienne. Les mercantilistes pensaient encore, pour reprendre les termes des physiocrates, le « gouvernement économique » comme le moteur de la scolastique, qui ne peut cesser sans dommage de fonctionner. La constitution économique des physiocrates remplace l'action permanente de la volonté politique par ce que la société désignera ultérieurement comme le « libre jeu des forces » sociales, à savoir la forme économique de la mécanique cartésienne.

2 La fonction exégétique du concept de constitution économique

Un second moment d'émergence du concept de constitution économique tient à sa fonction d'interprétation des constitutions des États. Comme le montre méticuleusement Guillaume Grégoire[39], c'est la Constitution de Weimar qui vit surgir le problème du contenu économique de la constitution au sens juridique du terme. Dans sa dimension historique, la Constitution de

38 Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Paris, Bordas, 1990, tome 2, p. 1–66 (livres XX et XXI).

39 Voy *supra* dans ce volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

Weimar fut le produit d'un contexte. Établie par des juristes du plus haut niveau, la « Constitution impériale », quoique républicaine et démocratique, de 1919, consacrant notamment le droit de vote des femmes, se voulut un texte résolument moderniste[40]. Mais il s'agissait aussi d'un reflet des conflits de l'époque. On y retrouve tout à la fois l'influence de revendications sociales, dont la révolte spartakiste de 1919 avait été l'expression, l'intention de constitutionnaliser les protections issues des lois sociales bismarckiennes et un attachement au libéralisme du XIX^e siècle, dont l'incarnation majeure était le *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil), entré en vigueur en 1900. Une expression du modernisme de la Constitution de Weimar consista précisément dans la subdivision consacrée à « la vie économique » (*Das Wirtschaftsleben*). La question économique devenait un problème méritant un traitement constitutionnel spécifique[41].

La constitution économique surgit alors comme un problème proprement juridique, une question d'exégèse profane, celle du contenu économique d'une constitution d'État. Si l'on remonte à la tradition des constitutions écrites du XIX^e siècle, on découvre qu'on a affaire à une interrogation nouvelle. La plupart des constitutions écrites du XIX^e siècle ne posaient pas de difficultés économiques particulières. Cela tient à deux caractéristiques du constitutionnalisme issu de la période des Grandes Révolutions. La préoccupation des constituants y était d'abord l'organisation de l'État. La question des droits de l'homme pouvait surgir, mais cela ne permettait pas le passage d'une problématique politique à une problématique juridico-économique, car le droit du XIX^e siècle ne reconnaissait pas, le plus souvent, l'applicabilité de la constitution par les tribunaux. C'est pourquoi, on y reviendra ultérieurement, les questions économiques furent abandonnées au droit civil. Le cas américain aurait pu faire exception, mais ce n'est pas, en pratique, avant la fin du XIX^e siècle que la Cour suprême des États-Unis s'empara, notamment par application du quatorzième amendement, adopté à la suite de la Guerre civile[42],

40 W. Frotscher, B. Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, Munich, C.H. Beck, 2002, pp. 259–302; D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, Munich, C. H. Beck, 2001, pp. 316–342.

41 Article 151, alinéa 1: « *Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.* » [« L'ordre de la vie économie doit exprimer les principes fondamentaux de la justice, avec le but d'une garantie d'une existence digne de l'homme pour tous. Dans ces limites la liberté économique de l'individu doit être garantie. »].

42 En arrière-plan du tristement fameux cas *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), le problème se posait du conflit entre l'économie agricole et esclavagiste du sud et l'économie industrielle du nord des États-Unis. Il y avait là un choix proprement existentiel

des questions économiques[43]. Un texte tout à fait précurseur était indiscutablement la Constitution de Francfort de 1849, qui anticipait l'État de droit du XX^e siècle par la reconnaissance des droits fondamentaux assortie de recours juridictionnels. Mais ce texte prometteur ne connut pas d'application[44].

Le caractère novateur de la Constitution de Weimar ne peut être compris sans référence à un texte antérieur, la Loi fondamentale de la république fédérative des soviets de Russie de 1918[45]. La révolution de 1917 ébranla en effet toutes les conceptions existantes concernant la relation entre droit et économie. L'économie du XIX^e siècle pouvait encore être conçue comme unifiée autour d'un socle commun de principes reproduits de façon analogue dans les droits civils des différents États. Avec la révolution russe, l'économie globale commença de se fragmenter. Cette fragmentation ne fit que s'accentuer tout au long de l'entre-deux-guerres. Ainsi le fameux épisode de Fiume donna-t-il lieu à une éphémère, mais étonnante, constitution, la Charte du Carnaro, promulguée par Gabriele D'Annunzio le 8 septembre 1920. La constitution de Fiume, largement rédigée par le syndicaliste révolutionnaire Alceste De Ambris, instituait un ordre économique inédit, dont il a été dit qu'il mêlait l'influence du corporatisme réactionnaire de La Tour du Pin[46] et

---

pour les États américains, analysable en termes de constitution économique. Mais ce conflit de constitutions économiques était d'une intensité telle qu'il ne put être tranché que par une guerre sans merci. Dans le *Dred Scott case* la Cour suprême, s'abritant derrière la question des compétences respectives de la fédération et des États fédérés, se garda bien de traiter de questions juridico-économiques de fond. Garantissant l'autonomie juridique des États du sud, elle manifesta une « neutralité en termes de politique économique » – voy. *supra* note 17 – tout à fait radicale, qui se solda par une guerre civile féroce. Voy. B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 105–125.

43 Le cas classique d'une interprétation libérale de la constitution, d'une véritable constitution économique d'origine jurisprudentielle, souvent dénoncé comme immixtion indue du pouvoir judiciaire dans la politique économique, est *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Voy. B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, pp. 190–202. Auparavant, dans *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), la Cour suprême avait interprété la clause de *Due Process* du quatorzième amendement dans un sens économique libéral, comme garantie de la liberté contractuelle. Voy. *ibid.*, pp. 181–182.

44 Constitution de l'Empire allemand, adoptée le 27 mars 1849 et promulguée le lendemain, dite « Constitution de l'Eglise Saint-Paul ». Voy. W. Frotscher et B. Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 155–177; D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 257–270.

45 Voy. D. Colas, *Les constitutions de l'URSS et de la Russie* (*1905–1993*), Paris, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 40–46.

46 R. de La Tour du Pin, *Vers un ordre social chrétien*, Paris, Nouvelle librairie française, 1907.

de l'expérience russe des soviets[47]. C'est ainsi que l'idée de constitution économique commençait d'incarner les aspirations révolutionnaires, tant dans l'esprit des révolutions socialistes que dans celui des révolutions nationales, contre la neutralité économique des constitutions traditionnelles, dénoncées comme bourgeoises. Contre l'ordre conservateur et libéral, la constitution économique devait accroître le pouvoir des producteurs, à travers des organes spécifiques, les soviets russes, les conseils allemands de l'article 165 de la Constitution de Weimar, ou des organes corporatifs. L'idée sous-jacente était de rendre le pouvoir aux producteurs, contre le privilège accordé par l'État bourgeois aux rentiers. L'idée de constitution économique apparut alors, c'est le point sur lequel il s'agit ici d'insister, comme une alternative moderniste au conservatisme libéral. Il était loisible d'opposer un constitutionnalisme moderne, révolutionnaire, organisé autour d'une constitution économique, au constitutionnalisme du XIX^e^ siècle, dont les institutions représentatives favorisaient de façon indue les propriétaires fonciers et autres représentants d'un parasitisme économique issu de l'individualisme bourgeois[48].

C'est ainsi que le constitutionnalisme issu des Lumières se trouva pris en tenaille entre le constitutionnalisme économique soviétique et le constitutionnalisme économique corporatiste. Il est inutile ici de détailler l'histoire du constitutionnalisme soviétique. Il trouva une forme achevée avec la constitution soviétique de 1936[49], qui anticipait les constitutions du bloc soviétique d'après la Seconde Guerre mondiale. Le constitutionnalisme corporatiste est moins connu, car, atteignant son point culminant dans les années trente, il ne survécut pas, comme modèle, au second conflit mondial. Les exemples les

47 L'espace manque pour donner un aperçu de la littérature interprétative de ce moment de l'histoire nationale italienne. Pour une description vivante d'un contemporain antifasciste, renvoyons à A. Tasca, *Naissance du fascisme. L'Italie de l'armistice à la marche sur Rome* (1938), Paris, Gallimard, 2003. L'auteur décrit ironiquement la « 'Constitution' de la 'Régence du Quanaro' [comme] un mélange de corporatisme moyenâgeux et de syndicalisme moderne, de gouvernement personnel et de vague soviétisme » (*ibid*., p. 114). Pour un ouvrage récent, publié à l'occasion du centième anniversaire de la constitution de Fiume, voy. G. B. Guerri, *Disobbedisco. Cinquecento giorni di rivoluzione. Fiume 1919–1920*, Milan, Mondadori, 2019.

48 En français, voy. le singulier opuscule, de C. Gorju, *Une constitution économique*, Paris, Giard & Brière, 1917, qui repose très précisément sur une critique de la représentation politique, et la préconisation d'une représentation économique. La notion de constitution économique s'y rapproche des conceptions de Hugo Sinzheimer détaillées par G. Grégoire, *supra* dans ce volume, « The Economic Constitution under Weimar : Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

49 Voy. D. Colas, *Les constitutions de l'URSS et de la Russie* (*1905–1993*), *op. cit*., pp. 55–58.

plus marquants sont la constitution salazariste du Portugal de 1933[50] et la Constitution de l'État fédéral autrichien, dite « Constitution de mai » (*Maiverfassung*), de 1934[51]. Ces expériences portaient l'empreinte de la Charte du travail italienne de 1927, directement inspirée de la constitution de Fiume.

Dans cet esprit, la constitution portugaise salazariste est le texte qui exprime le mieux l'ambition de fonder un ordre économique original, opposé tout à la fois au collectivisme socialiste et au libéralisme économique. La Constitution de la République portugaise du 11 avril 1933 mettait au cœur du projet de l'*Estado novo* un objectif de prospérité matérielle, « l'organisation économique de la Nation [devant] réaliser un maximum de production et de richesse socialement utile » (article 29). L'État se trouvait mis au service de ce projet économique par sa forme de « république unitaire et corporative » (article 5). De façon analogue à la Constitution de Weimar, et sans doute sous son influence[52], un titre était consacré à « l'ordre économique et social ». Contre le libéralisme du XIX^e^ siècle, le dirigisme se trouvait reconnu à travers le droit de l'État de « coordonner et diriger la vie économique et sociale » tant au niveau interne qu'au plan international (article 30 et 31). La spécificité économique du régime de Salazar apparaissait à travers le principe de la « mise en place et le développement d'une économie corporative nationale » (article 34). Les producteurs devaient ainsi exercer un véritable pouvoir politique à travers l'existence juridique de « corporations économiques » (article 37) et, au sein de l'État, d'une chambre corporative (articles 102 à 105). L'idée d'économie corporative représenta une manière d'utopie dont les adeptes crurent en la dimension originale et en l'avenir. La dimension corporative, c'est-à-dire économique, fut ainsi présentée comme centrale dans l'équilibre des nouvelles institutions du Portugal[53]. La Charte du travail italienne de 1927, la constitution portugaise de 1933, la constitution autrichienne de 1934, plus tard la Charte du travail de l'Espagne franquiste de 1938, témoignent donc d'un constitutionnalisme propre au projet national d'une économie dirigiste,

50 Pour une restitution du contexte de l'élaboration de ce texte, voy., par exemple, Y. Leonard, *Salazarisme et fascisme*, Paris, Chandeigne, 1996, pp. 85–107.

51 Voy., par exemple, E. Wiederin, « Christliche Bundesstaatlichkeit auf ständischer Grundlage: Eine Strukturanalyse der Verfassung 1934 », in I. Reiter-Zatloukal, C. Rothländer et P. Schölnberger (dir.), *Österreich 1933–1938. Interdisziplinäre Annäherungen an das Dollfuß-/Schuschnigg-Regime*, Vienne/Cologne/Weimar, Böhlau, 2012, pp. 31–41.

52 Y. Leonard, *Salazarisme et fascisme*, *op. cit.*, p. 87. L'auteur relève cette influence en ce qui concerne le présidentialisme de la constitution du Portugal.

53 *Ibid.*, p. 103. Salazar affirma que le corporatisme avait été « élevé à la dignité de règle constitutionnelle de l'ordre nouveau ».

corporative et à tendance autarcique, opposé, répétons-le, tant au socialisme révolutionnaire qu'au capitalisme libéral[54].

Ce contexte permet de mieux comprendre le « conflit autour de la constitution économique » qui marqua la doctrine juridique allemande et se trouve retracé par Guillaume Grégoire[55]. La constitution économique contenue dans la Constitution de Weimar représentait un compromis entre des tendances contradictoires. Tout en reconnaissant les fondements libéraux de l'économie, le texte constitutionnalisait des acquis sociaux de la période wilhelmienne et comportait le projet d'un système de « conseils », qui ne pouvait manquer de rappeler les éphémères « républiques des conseils »[56] inspirées par la révolution soviétique. La Constitution de Weimar programmait ainsi de façon nécessaire un débat entre juristes, tirant, selon leur sensibilité politique, le texte constitutionnel d'un côté ou de l'autre. Ce « conflit autour de la constitution économique » opposa notamment, comme le montre Guillaume Grégoire, les juristes sociaux-démocrates, qui donnaient à la constitution une dimension socialisante, aux adeptes du corporatisme. Il est donc question de l'exégèse de la constitution de l'État. Celle-ci s'effectua en fonction des tendances dominantes en termes de politique économique.

Le « conflit autour de la constitution économique » en Allemagne se poursuivit sous l'empire de la Loi fondamentale de 1949[57]. C'est sciemment que, cette fois, le constituant se garda d'élaborer une constitution économique spécifique, intégrée au texte de la constitution. La Loi fondamentale allemande conserve ainsi la trace de l'échec du projet moderniste de constitution économique de 1919. La dimension économique est plus marquée dans les constitutions de certains Länder, ce qui s'explique aussi par la répartition verticale des compétences. La Constitution de Bavière, édictée avant la Loi fondamentale, comporte, dans un esprit très entre-deux-guerres, une

54 On ne trouvera guère d'économistes aujourd'hui pour voir dans le corporatisme une forme authentiquement distincte d'économie. Le corporatisme a pu toutefois laisser quelques traces, comme dans l'idée d'« économie concertée », typique du planisme français de l'après-guerre, voire dans l'étrange institution, du point de vue de l'orthodoxie parlementaire, que représente le Conseil économique et social de la Constitution de 1958 (article 70, aujourd'hui Conseil économique, social et environnemental).

55 Voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

56 Voy. U. Kluge, *Die deutsche Revolution 1918/1919,* Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1985. Mentionnons, notamment, la République des conseils de Brême, proclamée le 10 janvier 1919, et celle de Munich, proclamée le 7 avril 1919.

57 Voy. *infra* dans ce volume, P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law ».

subdivision consacrée à l'économie[58]. Elle comportait même à l'origine une seconde chambre de type corporatiste, aujourd'hui disparue[59]. Dans un autre sens, les dispositions économiques ont pu représenter dans ce qu'on désigne comme les « nouveaux Länder » une référence à l'héritage social de la République démocratique allemande[60].

La discussion autour de la constitution économique prend dans l'Allemagne contemporaine un tour spécifiquement juridique. Si l'entre-deux-guerres fut marqué en Europe par un véritable constitutionnalisme économique, notamment d'inspiration soviétique ou corporatiste, celui-ci comportait un sens essentiellement politico-économique. La Constitution de Weimar ne se préoccupa pas de garantir sa portée juridique par un contrôle juridictionnel de constitutionnalité[61]. Mais cela représente un trait commun de la plupart des constitutions de l'entre-deux-guerres. La constitution fédérale de la République d'Autriche de 1920, qui contenait l'amorce d'un contrôle systématique de constitutionnalité, est une exception d'autant plus remarquable qu'elle est isolée[62]. Les constitutions économiques de l'entre-deux-guerres revêtaient donc plus le sens de programmes politiques que de normes juridiques. Le constitutionnalisme post-totalitaire d'après la Seconde Guerre mondiale se caractérisa par une juridicisation de l'idée de constitution. Les constitutions eurent pour ambition de devenir le fondement de véritables États de droit en

58 La Constitution de l'État libre de Bavière, du 2 décembre 1946, contient une très intéressante constitution économique spécifique. Nous renvoyons à la partie intitulée « Économie et travail », avec une subdivision relative à l'« ordre économique » (*Wirtschaftsordnung*, articles 151 à 157), une subdivision consacrée à « la propriété » (articles 158 à 162), une subdivision portant sur « l'économie rurale » (*Landwirtschaft*, articles 163 à 165) et une subdivision consacrée au « travail » (articles 166 à 177).

59 Dans le texte originel, articles 34 à 42. L'article 34 disposait: « Le Sénat est la représentation des corporations sociales, économiques, culturelles et communales. » Si les Églises et les communes étaient représentées, la composition privilégiait la représentation économique. Ce Sénat corporatiste, critiqué comme institution désuète et coûteuse, fut supprimé en 1999 par la voie d'un référendum d'initiative populaire.

60 Par exemple, la Constitution de Mecklembourg-Poméranie, du 23 mai 1993. L'article 17 est consacré au travail, à l'économie et aux questions sociales. Il y est question du droit au travail (alinéa 1), de la protection des handicapés (alinéa 2) et du droit au logement (alinéa 3). Ces droits ne prennent toutefois pas la valeur de droits fondamentaux mais d'« objectifs étatiques ».

61 D'où la fameuse polémique autour du « gardien de la constitution ». Contre la juridictionnalisation du contrôle de constitutionnalité, Carl Schmitt défendit la fonction de « gardien de la constitution » du chef de l'État. Voy. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

62 Loi constitutionnelle fédérale de République d'Autriche du 1er octobre 1920, articles 137 à 148.

un sens tant formel que matériel. Le contrôle juridictionnel de conformité des lois à la constitution en devint une dimension typique.

Ce phénomène affecta la notion de constitution économique. La constitution économique put correspondre à l'exégèse économique de la constitution au sens du droit positif. Alors que sous la République de Weimar l'exégèse constitutionnelle fut dominée par une doctrine au style polémique et flamboyant, avec la Loi fondamentale de 1949 l'exégèse constitutionnelle prit le tour plus technique de l'interprétation jurisprudentielle. Cela explique que la notion de constitution économique soit frappée dans la littérature par une manière de réductionnisme juridique. La constitution économique est définie de façon stricte comme une norme juridique, au sens d'une prescription invocable devant les juridictions, relative à l'économie et de rang constitutionnel[63]. Sur cette base, la notion de constitution économique peut être étendue à l'exégèse juridique du droit de l'Union européenne ou des normes du droit public international telles que celles fondant le droit de l'OMC. La constitution économique prend alors un sens strictement juridico-exégétique de glose à visée pratique de textes juridiques, voire, en conséquence, d'une glose doctrinale de l'exégèse jurisprudentielle de la constitution[64].

3 La fonction descriptive du concept de constitution économique

Le réductionnisme juridique d'une conception juridico-exégétique de la constitution s'explique par une fonction pratique. L'interprète du droit se donne pour mission de renseigner son client sur l'état du droit, c'est-à-dire sur ce qui est, en un certain état des connaissances juridiques, licite ou illicite. La question de la constitution économique peut en ce sens également devenir une antichambre au moment de préparer un texte de loi. Elle peut dispenser des informations sur les voies de recours possibles au bénéfice de l'entreprise. Elle participe, sous cet angle, du droit économique au sens le

63 Par exemple, M. Ruffert, « Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2009, vol. 134, n° 2, pp. 197–239, spéc. p. 134. La constitution économique allemande apparaît organisée autour de la triade de droits fondamentaux : droit de propriété (article 14), liberté professionnelle (article 12) et liberté d'association en un sens économique (article 9). L'hypothèse soutenue par l'auteur est que ces droits connaîtraient une érosion au niveau national mais un renforcement au niveau européen.

64 Voy., par exemple, R. Jurion, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, Thèse dactylographiée, Université de Lorraine, 2017.

plus large[65], de ce qu'on qualifie, dans le partage disciplinaire académique, de droit – public ou privé – « des affaires ». Quel que soit l'intérêt d'une telle approche, on ne peut que constater que, sous le prisme d'un tel réductionnisme juridique, le concept de constitution économique perd une part de sa portée. Une approche plus stimulante vient précisément du droit économique privé[66]. La globalisation économique produit en effet une désétatisation de l'économie qui amène à s'interroger sur la consistance profonde de la structure juridique fondant l'économie mondiale. Les juristes constatent que, de façon croissante, les relations juridiques échappent à l'emprise des États et des organisations internationales. Les normes économiques prennent la forme de contrats transnationaux entre entreprises, d'accords entre entreprises et États qui se trouvent soustraits aux juridictions desdits États, dont les partenaires privés redoutent la partialité. Cette évolution se traduit par l'essor de l'arbitrage international, qui fait l'objet d'une littérature abondante. De même les normes internes des entreprises transnationales, généralisant les standards des pays les plus protecteurs de la main-d'œuvre, peuvent-elles parfois suppléer à la défaillance du droit du travail de certains États[67]. Le concept de constitution économique de droit public se trouve ainsi concurrencé par un concept de droit privé à travers l'idée d'une « constitution économique transnationale »[68]. La question se trouve ainsi posée de savoir si la constitution économique en un tel sens procède de la constitution étatique (*Staatsverfassung*) ou si elle n'est pas plutôt une extension de la constitution de l'entreprise (*Unternehmensverfassung*)[69].

La notion ordolibérale de constitution économique partait justement de la dénonciation des menaces, en conséquence de la faiblesse économique de l'État, d'une auto-juridicisation, pour ainsi dire, de l'économie[70]. Dans l'esprit

65 M. Dreher, « Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsrecht », *JuristenZeitung,* 2014, vol. 69, n° 4, pp. 185–190.

66 Voy., en particulier, G. Teubner, *Fragments constitutionnels, op. cit*., *supra* note 23.

67 Une littérature abondante concerne ce type de normes, désignées par la notion d'accord transnational d'entreprise (*transnational labour regulation* ou *transnationale Unternehmensvereinbarung*). Voy., par exemple, M. Frapard, *Les accords d'entreprise transnationaux. Les firmes peuvent-elles s'autoréguler en matière sociale ?*, Paris, Presses des Mines, 2018.

68 M. Renner, « Transnationale Wirtschaftsverfassung », *op. cit*., pp. 763 et s.

69 Sur la notion de constitution de l'entreprise, voy., par exemple, G. Schewe, *Unternehmensverfassung. Corporate Governance im Spannungsfeld von Leitung, Kontrolle und Interessenvertretung*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2009.

70 U. Blaurock, N. Goldschmidt et A. Hollerbach (dir.), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft. Zum Gedenken an Hans Großmann-Doerth (1894–1944)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

des ordolibéraux, la dénonciation du « droit autocréé de l'économie » visait en réalité le droit interne des cartels, dont le développement résultait des insuffisances du droit national de la concurrence[71]. Les ententes entre firmes se traduisaient par des normes et des procédures qui tendaient à créer un droit régissant des branches entières de l'économie nationale, en dehors de tout contrôle étatique. En Europe comme aux États-Unis, ce problème a été depuis résolu par le développement du droit de la concurrence. Mais la globalisation économique fait surgir d'autres formes d'une autoproduction du droit économique, d'une auto-constitutionnalisation, pour ainsi dire, de l'économie. Cette évolution met en évidence la capacité de la société à se juridiciser à côté, voire contre l'État. Le modèle médiéval de la loi des marchands, la *lex mercatoria* ou le *jus mercatorum*, a pu fournir une grille d'interprétation pour ce type de phénomènes[72], qui peut également trouver des parallèles dans d'autres sphères de la vie sociale[73].

Cette idée d'une auto-constitutionnalisation de la société – *praeter* voire *contra legem*, selon la terminologie traditionnelle des juristes – jette le doute sur le lieu d'émergence de la constitution économique. La libéralisation globale du droit, souvent dénoncée[74], est-elle le fait des États subvertis par une offensive idéologique néolibérale[75], ou se fait-elle sous la pression d'une évolution sociétale ambiante ? La structure juridique de l'économie mondiale est-elle donc le fait du droit public, national ou international, conçu par les États, ou d'une auto-constitutionnalisation, de nature privée, puisant dans la pratique des entreprises ? Ce type de question permet de déplacer la fonction du concept de constitution économique d'un sens normatif ou exégétique vers

71 Voy. H. Rabault, « Pour introduire à l'ordolibéralisme », in H. Rabault (dir.), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'École de Fribourg-en-Brisgau*, *op. cit*., pp. 13–28.

72 Voy. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologne, Il Mulino, 2010.

73 G. Teubner (*Fragments constitutionnels*, *op. cit*.) développe une théorie générale du « constitutionnalisme sociétal », où la catégorie de *lex mercatoria* permet d'analyser des phénomènes transnationaux de juridicisation non étatique. Voy. H. Rabault, « Le problème de la constitution dans le contexte de la globalisation », *op. cit*. Sur le droit religieux (talmudique, islamique ou canonique), voy. H. Rabault, « Le droit au-delà de l'État. Sens du droit religieux », *Droit et Société*, 2017, n° 97, pp. 643–651.

74 N.d.E. : voy. *infra* dans ce volume, les contributions de la Section 6 consacrées à la *Global Governance* et au phénomène de concurrence normative (resp. de D. Piron, M.M. Mohamed Salah, T. Biscahie & S. Gill et S. Adalid).

75 Selon la thèse assez répandue d'une influence de la « Société du Mont-Pèlerin », décisive dans le tournant néolibéral des politiques étatiques à partir des années soixante-dix. N.d.E. : sur le sujet, voy. *infra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages » et S. Audier, « Le néolibéralisme: Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien? ».

une fonction descriptive, ou, pour préciser l'idée du point de vue épistémologique, de découverte – une dimension, en somme, proprement heuristique.

C'est pourquoi il est loisible, contre une réduction à la dimension juridico-exégétique, d'ouvrir le concept de constitution économique vers une fonction davantage spéculative. La notion de constitution économique semble naître chez les physiocrates, nous l'avons vu, d'une autonomisation de la pensée économique vis-à-vis de la théorisation théologico-politique traditionnelle. Nous avons montré combien, pour les physiocrates, le concept de constitution économique, demeurant ancré dans une acception théologique de l'idée de constitution (*constitutio mundi*), se trouvait coupé du sens politique de la notion. L'idée de constitution économique était ainsi pensée à partir de la catégorie originelle de constitution, mais appliquée à des questions nouvelles. Différentes hypothèses peuvent contribuer à l'interprétation de ce phénomène. On peut y voir un indice en faveur de la fameuse thèse de Karl Polanyi selon laquelle l'autonomisation du marché, à partir du XVIII^e^ siècle, aurait abouti à une extension de sa logique à des questions non économiques, comme les relations de travail ou l'environnement[76]. Polanyi décrit précisément le processus dans les termes d'une constitution propre au marché qui étendrait progressivement son emprise sur l'ensemble de la structure sociale[77]. La thèse de la différenciation sociale fonctionnelle développée par Niklas Luhmann peut également procurer une base d'interprétation de l'émergence de l'idée de constitution économique[78]. La notion de constitution économique des physiocrates constituerait en ce sens l'expression d'une autonomisation, au sein de la société, de l'économie, en tant que système social autoréférentiel.

La question de la constitution économique n'a pas été close par l'interprétation juridictionnelle des constitutions des États de droit post-totalitaires. La question se pose encore de la nature et du lieu de la constitution économique au sens d'une relation réciproque entre l'économie et ses dimensions politique et juridique[79]. Nous avons vu que, chez les physiocrates, le concept

76 K. Polanyi, *Le grande transformation* (1944), Paris, Gallimard, 1983.

77 *Ibid*., p. 204: « Le laissez-faire n'avait rien de naturel; les marchés libres n'auraient jamais pu voir le jour si on avait simplement laissé les choses à elles-mêmes. » Le marché est une réalité institutionnelle, juridico-politique, le produit, pour reprendre l'idée des ordolibéraux, d'une décision sur la forme et la structure de l'économie.

78 N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankurt am Main, Suhrkamp, 1988. Selon cet auteur l'économie représenterait un système social distinct de la politique, de la religion, du droit, *etc*. Pour une présentation générale et des références, nous renvoyons à H. Rabault, *Un monde sans réalité ? En compagnie de Niklas Luhmann: épistémologie, politique et droit*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.

79 N.d.E.: voy. *infra* dans ce volume, C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

de constitution économique comportait une dimension normative. La constitution économique représentait les « lois de l'économie », un ordre économique fidèle à l'entendement divin, qui, si l'on en respecte la législation, a vocation à satisfaire naturellement les besoins humains. L'optimisme des premiers libéraux, d'Adam Smith ou de Jean-Baptiste Say, trouve une source dans la conception, hautement théologique encore, des physiocrates. Le principal défaut de la constitution économique des physiocrates, comme ensuite des « lois de l'économie » des libéraux, est son intemporalité et son universalité. Les physiocrates n'ignoraient cependant pas complètement la pluralité des économies. Deux fois dans le recueil *Physiocratie*, Quesnay utilise l'expression de « constitution économique d'une nation agricole »[80]. Le dialogue intitulé « Du commerce » distingue du royaume agricole les « républiques marchandes »[81]. À l'instar du commerçant, qui participait, selon l'expression de Baudeau, de l'« art stérile », les républiques marchandes, dans l'économie, pour ainsi dire, globale, apparaissaient revêtues d'une nature parasitaire. La vraie source de toute richesse étant l'agriculture, le royaume agricole représentait l'économie effectivement productive. On peut cependant identifier ici, à travers la distinction entre la constitution économique du royaume agricole et celle de la république marchande, l'amorce d'une réflexion sur la pluralité des constitutions économiques.

La notion de constitution économique des physiocrates désigne un ordre universel mais esquisse déjà la thématique de la pluralité des formes économiques. Une contribution de la notion de constitution économique tient précisément à l'analyse de la diversité des types d'économie. Ce sont les économistes allemands du XIX^e^ siècle qui, se donnant pour mission la critique de l'abstraction et de l'universalisme de la théorie libérale de l'économie, amorceront la réflexion relative, pour ainsi dire, au polymorphisme de l'économie. Ces économistes critiquèrent trois dimensions de la théorie économique libérale. À son abstraction ils opposèrent l'empirisme comme méthode. Plutôt que de partir de lois abstraites, ils voulurent procéder par l'étude concrète des économies réelles. À l'universalisme ils opposèrent le particularisme des économies nationales. Enfin, à l'intemporalité ils opposèrent l'histoire économique, et, donc, la mutabilité des économies[82].

---

80 Passage identique dans le « Tableau économique » et les « Maximes générales du gouvernement économique d'un royaume agricole », in F. Quesnay, *Physiocratie. « Droit naturel », « Tableau économique » et autres textes*, *op. cit.*, pp. 116 et 252.

81 *Ibid.*, pp. 299–356.

82 Nous n'entrons pas ici dans le détail du fameux « conflit des méthodes » (*Methodenstreit*), qui opposa dans les années 1880 les économistes allemand Gustav von Schmoller et viennois Carl Menger. Pour une synthèse incluant une analyse de la réception

L'originalité de cette approche s'inscrit dans la filiation du fameux *Système de l'économie nationale* de Friedrich List[83]. La cible de l'ouvrage était le cosmopolitisme des libéraux. La théorie du libre-échange international semblait n'être que le moyen de maintenir les économies les moins avancées dans leur état de retard économique. Les libéraux britanniques ne concevaient l'économie que comme globale, comme cosmopolitique, et méconnaissaient sa dimension nationale. List commença ainsi par fracturer l'unité cosmopolitique de l'économie. En second lieu, il introduisit une dimension de temporalité. C'est ainsi qu'il créa l'idée, qui semble aujourd'hui évidente, des stades de développement de l'économie nationale. De sorte que l'idée de constitution économique pouvait se transformer d'une catégorie normative en un outil destiné à l'analyse et à la description des formes et des stades économiques.

La notion de constitution économique est aujourd'hui souvent rapportée à son origine ordolibérale[84]. Le présent ouvrage a montré les limites de cette interprétation en termes d'histoire des concepts. L'apport des ordolibéraux reste cependant remarquable. L'ambition de Walter Eucken[85] fut de dépasser le conflit entre empirisme et modélisation théorique, en mêlant les acquis de l'école historique allemande et de l'abstraction modélisatrice. Cet effort trouva une expression dans une classification intemporelle, « idéal-typique », des « ordres économiques », élaborée sur la base d'une typologie des formes (« morphologie ») du marché[86]. À partir d'une analyse des « systèmes économiques »[87], Eucken opposa sa théorie des « ordres économiques » aux notions, issues de l'école historique allemande, d'« étapes » ou de « styles économiques »[88].

---

dans la théorie économique, voy. M. Louzek, « The Battle of Methods in Economics. The Classical Methodenstreit–Menger vs. Schmoller », *American Journal of Economics and Sociology*, 2011, vol. 70, n° 2, pp. 439–463. Renvoyons également, naturellement, à J. A. Schumpeter, *Histoire de l'analyse économique. III – L'âge de la science* (*De 1870 à J. M. Keynes*) (1954), Paris, Gallimard, 1983, pp. 76–106 et 132–149. Le *Methodenstreit* n'occupe que quelques pages (pp. 93–96) mais il est éclairé par les développements sur l'école historique et la tradition viennoise.

83 F. List, *Système national d'économie politique* (1841), Paris, Gallimard, 1998.

84 Par exemple, M. Renner, « Transnationale Wirtschaftsverfassung », *op. cit.*; W. Veelken, « Wirtschaftsverfassung im Systemvergleich », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1991, vol. 55, n° 3, pp. 463–504.

85 W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, *op. cit.*; W. Eucken, G*rundsätze der Wirtschaftspolitik* (1952), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004. Pour une synthèse, voy. H. Rabault, « L'idée de 'constitution économique' chez Walter Eucken », *op. cit.*, p. 51–94.

86 W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, *op. cit.*, pp. 91–112.

87 *Ibid.*, pp. 78–162.

88 *Ibid.*, pp. 38–68.

Effort spéculatif de synthèse d'inspiration néokantienne, l'œuvre d'Eucken fut à la fois une critique des excès de l'empirisme et d'une abstraction qui tend à nier la pluralité et la variabilité des formes économiques. La notion de constitution économique devenait un moyen de coupler l'analyse économique et la perspective juridique. Le concept désigna alors l'infrastructure juridico-politique déterminant le choix entre les divers ordres économiques possibles, ou, pour reprendre les termes d'Eucken, « la décision d'ensemble sur l'ordre de la vie économique d'une collectivité »[89]. La notion ordolibérale de constitution économique est indissociable de l'architecture conceptuelle élaborée par Eucken. La distinction entre ordre et constitution correspond à une séparation de la théorie et de la politique économique. Nous ne sommes pas obligés de nous en tenir à cette définition. Du moins pouvons-nous en retenir un apport, à savoir, d'une part, l'idée d'une pluralité des formes économiques, et, d'autre part, celle du lien fondamental entre économie et droit, qui explique la diversité des économies.

Conclusion – la constitution économique comme catégorie spéculative

La notion de constitution économique connaît un certain essor, depuis deux décennies, dans la culture juridique francophone. Un risque consiste cependant dans le choix d'une acception trop restrictive du concept. Nous avons voulu montrer combien ce concept est riche en potentialités. Le danger principal réside dans l'idée que la constitution économique ne devrait procéder que de la constitution étatique. La relation entre État et économie a toujours été problématique. La naissance même de l'économie comme discipline correspondit à une prise de distance de la société vis-à-vis du gouvernement, à une différenciation entre économie et politique. Nous avons vu qu'au XIX^e^ siècle la constitution se concevait comme assez strictement politique. Cela ne signifiait pas que le droit ne structurait pas l'économie. La constitution économique devait donc être recherchée non dans les textes constitutionnels mais dans le droit privé. En vérité, seules les constitutions des démocraties populaires ont pu faire de l'économie un problème strictement étatique. La globalisation économique pose plus que jamais la question du lieu d'émergence de la constitution économique. Les fondements juridiques de l'économie oscillent entre le droit public, interne ou international, et le droit privé

89 *Ibid.*, p. 52.

transnational. Les structures économiques se superposent, de l'échelle globale à l'échelon infra-étatique, en passant par l'économie d'États ou de régions d'États. Nous voulons donc interpréter le concept de constitution économique non comme une glose des constitutions étatiques, mais comme un outil pour scruter la relation entre droit et économie sous ses formes les plus variées.

Bibliographie selective

Baudeau, N., *Première introduction à la philosophie économique, ou Analyse des Etats policés* [reproduction de l'édition de 1771], Paris, Librairie Paul Geuthner, 1910.

Eucken, W., *Die Grundlagen der Nationalökonomie* (1940), Berlin/Heidelberg/New York, Springer, 1989.

Eucken, W., *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (1952), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

Galgano, F., *Lex mercatoria*, Bologne, Il Mulino, 2010.

Jacquemin, A., et Schrans, G., *Le droit économique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982.

List, F., *Système national d'économie politique* (1841), Paris, Gallimard, 1998.

Luhmann, N., *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankurt am Main, Suhrkamp, 1988.

Polanyi, K., *Le grande transformation* (1944), Paris, Gallimard, 1983.

Quesnay, F., *Physiocratie. « Droit naturel », « Tableau économique » et autres textes,* Paris, Garnier-Flammarion, 1991.

Rabault, H., (dir.), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'Ecole de Fribourg-en-Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016.

Rabault, H., *L'Etat entre théologie et technologie. Origine, sens et fonction du concept d'Etat*, Paris, L'Harmattan, 2007.

Schmitt, C., *Théorie de la constitution* (1928), Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

Schumpeter, J. A., *Histoire de l'analyse économique*, 3 tomes (1954), Paris, Gallimard, 1983.

Stober, R., *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts*, Stuttgart, Kolhammer, 2015.

Teubner, G., *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016.

Discussion
The Concept and Politics of the Economic Constitution

Peter C. Caldwell

Introduction

The term "economic constitution" (*Wirtschaftsverfassung*, *constitution économique*) brings into contact two systems key to the revolutionary and post-revolutionary era of the past 250 years, the modern constitution (and, with it, democracy) and the market economy (and, with it, capitalism).

Constitution and economy, democracy and capitalism are in tension. The constitution describes the process and values of self-government (whether more democratic or more elitist), implying a freedom of choice that extends to the conditions of economic life; and yet, interests that gain wealth from the existing economic system influence the polity, making the latter *de facto* dependent on the economic system. Economic life seems to be both at the disposition of the state and its basis. A similar tension exists from the point of view of the economic system. The economy likewise appears to be the foundation of the state, government appears to be "a committee for managing the affairs of the whole bourgeoisie", in Marx's words. But at the same time, the economic system relies on the state (i.e. the political constitution) for stability and order. Presuming a self-regulating market mechanism, for example, raises the question of how such an efficient system can operate without a coherent – i.e. sovereign – legal system, and without a legal system effective enough to ensure compliance.

The tension between constitution and economy goes deeper, because each also may appear to threaten the other, rather than simply to be a precondition for the other. Political sovereignty by its very nature enables the sovereign to make decisions about society's operating rules, including the rules for the economy. From the point of view of the economy as a dynamic, self-organizing system, however, a constitution empowering that great black box of modernity, the people, threatens to interfere with the operation of the economy. A similar threat exists from the point of view of the constitution that claims to enable self-government. Limiting a democracy's right to affect economic rules in the interest of the long-term efficacy of market economics, for example, can lead citizens to a sense of powerlessness in the face of an abstract and alien

© PETER C. CALDWELL, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_006
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

economic system, and threaten the democracy's legitimacy. A constitution that defers to a certain economic system, whether based on the plan or the market, disempowers the sovereign. The term "economic constitution" brings into focus the real stakes of these debates.[1]

The concept focuses indeed on the point where constitution and economy intersect. But one can do that in different ways. A standard handbook on the notion of the economic constitution asks what the constitutional rules are that affect the economy: "*Wirtschaftsverfassung*" is "the collective term for the constitutional norms that are essential and over the long run decisive for the order and the course of the economic process". The West German Basic Law, for example, sets the goals for the state, such as the principle of the welfare state and the basic rights; in the most extreme case, for example of the Soviet Union, a constitution makes a "certain decision in principle for an economic order required by constitutional law".[2]

This approach allows one to sort through the actual rules affecting the economy. Yet such an approach sets aside the deep debates about what a constitution should and shouldn't do, and it depoliticizes the question of what an "economic constitution" is, insofar as it plays down the paradoxical power relationship between economic and political systems,[3] around which so much political debate over the past few centuries has rotated. Both Philippe Steiner and Guillaume Grégoire have usefully resisted this depoliticizing approach in their contributions.[4] Each of them raises, implicitly or explicitly, some of the thornier questions surrounding the point where constitution and economy connect.

In Steiner's essay, for example, a "constitution of liberty", to paraphrase Hayek, based on free trade and stable property, is paired with political despotism in the Physiocrats. There is no small amount of *hubris* in the notion that

1 Ed.: see also *supra* in this volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

2 P. Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 4th ed., Tübingen, Mohr-Siebeck, 2011, p. 10. This is the somewhat depoliticizing approach that Ernst Rudolf Huber began to develop in the early 1930s, and which he sought to free from its late Weimar political implications in his important intervention in 1956, in an important series of essays: E. R. Huber, « Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht », *Die öffentliche Verwaltung*, 1958, vol. 9, pp. 97–102, 135–143, 172–175, 200–207.

3 Ed.: regarding this paradoxical power relationship between economic and political systems, see also *infra* in this volume, C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

4 See *supra* in this volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique, l'Europe » and G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

a political ruler, despotic or otherwise, can organize and control the countless daily transactions that make up a modern economy on the basis of discovered-and-imposed natural laws of economic order. Physiocratic political ideas were both revolutionary and deaf to the complex realities of society: herein lies the underlying problem of any ever so enlightened despotism, in Steiner's view.

The reverse problem appears in Grégoire's work, namely how a democratic constitution can be used to enable the self-government of society on the one side (in the work of Hugo Sinzheimer), and can be assumed by conservative opponents to normatively limit democratic decisions about the organization of the economy (in the work of Carl Schmitt). The debate over the *Wirtschaftsverfassung* in the Weimar Republic is a debate over how much power the constitution grants to the constituted power to make substantive decisions about social and economic arrangements. Grégoire also opens up a different conception of change than the static one that the Physiocrats employed: the way a constitution can enable the creation of new social relationship from the bottom up, a long-term social revolution in Marx's sense.

Both Steiner and Grégoire are also implicitly asking about the relationship between democracy and economic liberalism, especially the far-reaching conceptualization of a self-organizing market economy and society in the work of the Ordoliberals and Neoliberals.[5] Others in this volume will be discussing contemporary debates about the European Union more directly,[6] so I will only provide a few remarks at the end on how Steiner and Grégoire raise questions for the discussion, in particular about how constitutional norms dictating economic arrangements can be justified in the EU, a political organization based on treaties with only pseudo-constitutional qualities.

1 Physiocracy, or Legal Despotism

Physiocracy was only in part a school of economics. Their doctrines of free trade and fiscal reform also involved arguments about an ideal society based on free labour, internal markets, and a peaceful international order, as Steiner suggests. This image of an ideal economic (and moral) world certainly links up with some 19th century visions of European liberalism involving the abolition

5 Ed.: see also *infra* in this volume, the contributions and discussions of T. Biebricher, W. Bonefeld, S. Audier and V. Valentin in Section 2 – *The (Neo)liberal Recapture of the Concept*.

6 See esp. *infra* in this volume, the contributions in Part 2. *The European Economic Constitution. From Micro to Macro*.

of slavery, markets allowing for free competition, and the development of civilization worldwide (though of course without the baggage of Quesnay's theory of value and the Physiocrats' static approach to property). The key difference lies in the political realm, first in the presupposition that Physiocratic economic doctrine would reflect the general interest of the population, and second that such general interest could best be articulated and implemented by a single leader standing above factions, above the varied and opposed passions and interests of society. The "economic government" of the Physiocrats was one of enlightened despotism, or, in Mercier de la Rivière's famous term, "legal despotism". This term did not mean that the despot was subject to positive laws, but rather that the single ruler has grasped (or rather was informed of by talented advisors) the natural laws that governed the social world, and applied them.[7] Such was also the logic of the despotism that a later liberal like John Stuart Mill would defend in India, although Mill and his allies employed a developmental, historically fluid notion of development that did not play such a major role with the Physiocrats.[8] At the end of his interesting essay, Philippe Steiner connects this idea of legal despotism up with the neoliberal or perhaps the European Union's sense that politics should be subordinate to proper economics, in the interest of the entire population. In other words, Steiner's essay is exploring arguments for an undemocratic and depoliticizing conception of the economic constitution.[9]

Quesnay's work, as Schumpeter noted, came down to two important policy recommendations, free trade in grain (and in general), and the single tax on landowners. He argued that both were the basis for expanded reproduction in a large, agriculturally based policy like France.[10] Manufacturing and trade did not produce value, but they did produce new, useful things, according to the school. Quesnay's recommendations were therefore about maximizing the

---

7 See also B. Herencia, « L'optimum gouvernemental des physiocrates : despotisme légal ou despotisme légitime ? », *Revue de philosophie économique*, 2013, vol. 14, n° 2, pp. 119–149.

8 Most famously in J. S. Mill, *On Liberty,* in J. M. Robson and A. Brady (eds.), *Collected Works of John Stuart Mill, Vol. XVIII*: *Essays on Politics and Society,* Ontario, University of Toronto Press, 1977, pp. 213–310, esp. pp. 236–237. This discussion has been subject to dramatically different interpretations over time; see esp. D. Bell's careful « John Stuart Mill on Colonialism and Colonies », in *Reordering the World: Essays on Liberalism and Empire,* Princeton, Princeton University Press, 2019, ch. 9.

9 See also B. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

10 On free trade and the single tax/fiscal reform as the real core: J. Schumpeter, *History of Economic Analysis*, New York, Oxford University Press, 1954, pp. 230–231; M. Sonenscher, *Before the Deluge: Debt, Inequality, and the Intellectual Origins of the French Revolution*, Princeton, Princeton University Press, 2007, pp. 205–208.

wealth of the modern French nation by simplifying administration and eliminating the impediments to trade, increasing incentives for production. Free trade as a policy also involved eradicating complex interests, local or sectoral, of commoners or of nobles, in order to create a more vibrant internal market, allowing for expanded reproduction that would lead back to more agricultural production, more taxes, and more secondary production. Herein lay a program for solving France's financial crisis, which appeared in different forms in other European countries. The single tax advocated by Quesnay's school presumed a specific type of land tenure, namely private ownership of relatively large plots by landed gentry, who would rent out individual parcels to small-scale farmers. The point of the reform would be to create an incentive for the gentry to promote conditions for farmers, facing higher rents imposed by owners, to produce more. Free trade and the single tax were articulated within this specific conception of social order.[11]

There are good arguments that creating an integrated free market and reducing administrative complexity aid economic development, and those arguments played an important role in German economic unification in the 19th century as well as European unification after 1949. There was more to Quesnay's reform agenda than merely a technical strategy, however. He defended what he saw as a natural and enduring economic order, really a kind of physiological "constitution" of the economic world, which was bound up with the idea of a "tutelary monarch". His "economic constitution" links nature, economic liberalism, and monarchical absolutism. The question is how Quesnay's notion of economics fits with that advocacy of monarchism.

Quesnay presented objective economic laws that were, in Ronald Meek's terms, "discoverable by the light of reason":

> All men and all earthly powers ought to be subject to these sovereign laws instituted by the Supreme Being. They are immutable and the best laws possible; thus they are the foundation of the most perfect government, and the fundamental rule for all positive laws.[12]

All correct positive law was founded on the knowledge of these natural laws. The primary positive law "fundamental to all other positive laws" was therefore to explain the "laws of the natural order", to educate his subjects in the immutable and providential laws of nature instituted by God. Humans should accept

11 Esp. the introduction of R. Meek, *The Economics of Physiocracy*, London, George Allen and Unwin, 1962, pp. 22–27.

12 *Ibid.*, p. 19.

these natural laws as "self-evident", and therefore also accept the positive laws derived from the natural laws. Such was freedom, according to Quesnay:

> These laws do not at all restrict man's freedom, which forms part of his natural right; for the advantages of these supreme laws are manifestly the object of the best choice of freedom. Man cannot reasonably refuse the obedience which he owes to these laws; otherwise his freedom would be only a freedom harmful to himself and to others. It would be nothing but the freedom of a madman, who, under a good government, must be checked and cured through the authority of the positive laws of society.[13]

Freedom did not involve choosing representatives but affirming the monarch, who in return guaranteed social order and made the people "a participant in all the different kinds of goods and all the refinements of products", or in other words consumers of products on the market.[14]

The agricultural kingdom that Quesnay embraced stood in contradiction to the republic, which he connected with a dynamic, commercial and manufacturing society (implicitly he meant no doubt England and Holland). Since commerce and manufacturing, according to Physiocracy, created no new wealth, these societies thrived by plunder, and they were connected to piracy, invasion, and imperialism. Because their citizens were merchants who hid their wealth behind complex financial arrangements, giving their property a "scattered and unknown character", they had to be treated as masters and thereby induced to contribute to the state.[15] Factionalism was an inherent part of commercial and manufacturing society, because such societies could not even accept such a thing as a general interest. Not so the agricultural kingdom, however. The "agricultural state" eventually came "to enjoy the benefits of society, of union, of population, of good and equitable laws, and of the appropriate arts and skills". Such states needed a leader, of course, to produce positive laws: "From this originates the tutelary monarchy", whose primary, indeed "primitive" task was the establishment of clear property lines and an absolute authority to ensure internal security and to guard against external threats.[16] The absolute and

13 F. Quesnay, « Natural Right », in R. Meek (ed.), *The Economics of Physiocracy*. *op. cit*., pp. 53–56.

14 F. Quesnay, « Extract from 'Rural Philosophy' », in R. Meek (ed.), *Economics of Physiocracy*, *op. cit*., p. 58.

15 *Ibid*., pp. 58, 60–61, 63.

16 *Ibid*., p. 62; M. Sonenscher, *Before the Deluge*, *op. cit.,* ch. 3, for the broader context and the connection to the problem of theodicy. See also the summary of Quesnay's positions in:

true principles of economic nature formed the divine foundation of his science. The positive law translating these divine intuitions into reality involved, as Quesnay's famous essay on grain in the *Encyclopédie* suggested, free trade, eliminating tariffs, and eliminating corporations and the privileges accorded to provinces, towns, guilds.[17]

In short, the "economic constitution" of the Physiocrats connected absolute principles of the economy with an absolute ruler unencumbered by the separation of powers, representation, and rights, but in possession of divine knowledge of the world to make decisions without these institutions.[18] Claiming such an abstract and universal truth of human society could have, as Tocqueville famously argued, destructive ramifications.[19] Even a position that seemed obviously good, like Dupont's critique of slavery, defense of free labour, and call for African nations to develop their own sugar plantations and refineries based on free labour, for example, which Steiner presents positively, has come under scrutiny in the aftermath of developmental colonial experiments: what kind of labour would this free labour be, replacing what kind of existing social organization, and under what kind of control of the property owners?[20]

« The General Maxims for the Economic Government of an Agricultural Kingdom », in R. Meek (ed.), *The Economics of Physiocracy*. *op. cit.*, pp. 231–268, esp. pp. 231–233.

17 *Ibid.*, p. 237; F. Quesnay, « Extract from 'Corn' » in R. Meek (ed.), *The Economics of Physiocracy*, *op. cit.*, pp. 79–80.

18 S. Kaplan, *Bread, Politics, and Political Economy in the Reign of Louis XV*, 2nd ed., London, Anthem, 2015, pp. 113–117. Quesnay as well as his colleague Pierre-Paul Le Mercier de la Rivière both rejected representative institutions, since the knowledge of nature obliterated the need for intermediaries: see L. Vardi, *The Physiocrats and the World of the Enlightenment*, New York, Cambridge University Press, 2012, pp. 137–139, 169–171; but see M. Sonenscher, *Before the Deluge*, *op. cit.,* pp. 212–213, on intermediaries in the sense of officials rather than gentry or representatives. Quesnay's praise for Chinese despotism (F. Quesnay, « Despotism in China », translated in L. Maverick, *China a Model For Europe*, San Antonio (TX), Paul Anderson, 1946, pp. 139–304) was not least a way to clear the deck for expert advisors, as critics like Mably already noted: see S. G. Jacobsen, « Against the Chinese Model: The Debate on Cultural Facts and Physiocratic Epistemology », in S. Kaplan and S. Reinert (eds.), *The Economic Turn: Recasting Political Economy in Enlightenment Europe*, London, Anthem, 2019, pp. 89–116, and T. Pénigaud, « The Political Opposition of Rousseau to Physiocracy: Government, Interest, Citizenship », *History of Political Thought*, 2015, vol. 22, pp. 473–499.

19 Tocqueville's not entirely reliable narrative in *The Old Regime and the Revolution*, New York, Harper, 1856, ch. 15. See the harsh judgment of the world expert on bread and politics in *ancien regime* France, S. Kaplan and S. Reinert, « The Economic Turn in Enlightenment Europe », in S. Kaplan and S. Reinert (eds.), *The Economic Turn, op. cit.*, p. 11.

20 F. Cooper, « From Free Labor to Family Allowances: Labor and African Society in Colonial Discourses », *American Ethnologist*, 1989, vol. 16, pp. 745–767; on the colonial intertwinings of Physiocracy and legal despotism, P. Røge, « 'Legal Despotism' and Enlightened

The King's attempt to sweep aside regulations in order to create a free internal market for grain, in 1763 and again in 1775, is a case in point. In the abstract, a free market and stronger property rights would benefit landowners, leading them to invest in land, increasing the agricultural output of small farmers, and in the end helping to solidify state revenues through taxation. As we know, nature intervened, crops yields were poor, the changes did not dramatically and quickly change the habits of proprietors, and underdeveloped markets (related to underdeveloped infrastructure) led to shortages as dealers took advantage of scarcity to speculate on grain prices. The result was a confusing and complex set of crises that quickly took on national significance. In 1775, the King even ordered royal troops to take harsh measures against protestors and rioters, undermining monarchical legitimacy just a decade before the final crisis of the old regime. In any case, neither reform held.[21] Free trade and integrated markets could well make sense as a model. But models are not reality. Imposing an economic model without empirical knowledge of how an economy works in practice can lead to crisis.[22]

A second example of Physiocracy in practice brings into focus the ineradicability of interests, also under despotism. The imposition of the "Permanent Settlement" in 1793 came after several decades of debate on how the East India Company could reorganize its revenue collection after becoming the *de facto* sovereign of Bengal. Ranajit Guha documented the influence of Physiocratic ideas on the colonial administrator Philip Francis, in particular, who sought to solidify the property rights of the large landowners, give them a fixed tax, and thereby provide incentives to improve their properties and ensure that the small farmers increased production, which would in turn increase the large landowners' yields. The eventual Permanent Settlement in fact removed many of the complex obligations that landowners owed to tenants, putting small farmers in a country with limited land at the mercy of the landowners; it also replaced the widely varying kinds of punishments for those who failed to pay taxes, including public shaming and torture, with "civilized" forms that would take away property – in fact making ownership less secure in hard times. The result was not an improvement in social conditions, but in some cases famine

Reform in the Îles du Vent: The Colonial Governments of Chevalier de Mirabeau and Mercier de la Rivière, 1754–1764 », in G. Paquette (ed.), *Enlightened Reform in Southern Europe and Its Atlantic Colonies*, Burlington (VT), Ashgate, 2009, pp. 167–182.

21 Detailing the story: S. Kaplan, *Bread, Politics, and Political Economy in the Reign of Louis XV*, *op. cit.*

22 On the role of models in economics, J. Kornai, *By Force of Thought: Irregular Memoirs of an Intellectual Journey*, Cambridge, MIT, 2006, p. 183.

and poverty, as Company officials and landlords alike looked to cash crops to make higher profits. The laborers became free in Marx's sense, disconnected from property, and the landowners looked to speculation, also on the land market, rather than necessarily to improvements. The process of creating free labour and of strengthening property claims led to attempts to increase revenue at the expense of subalterns. Famine and disorganization certainly preceded the Permanent Settlement – but the Permanent Settlement did not solve the underlying problems, and indeed created new ones.[23] A more perspicacious and less absolutist economist might have recognized that interests persist; as Adam Smith noted, "As soon as the land of any country has all become private property, the landlords, like all other men, love to reap where they have never sowed, and demand a rent even for its natural products" – and to demand kinds of production that would increase their own wealth.[24] The danger of despotic government – which John Stuart Mill still defended in India nearly a century later – lies in its ignorance of actual conditions, including class conflicts. Despotism knowingly or unknowingly defends interests, but without the institutions that might allow counterarguments and countering social forces to form. Despotism based on absolutist claims of social knowledge has the capacity to do great harm indeed.[25] Most important, perhaps, is that the absolute leader surrounded by advisors claiming access to absolute truth misses the complexities of a world of many individuals all out for themselves – in Adam Smith's brilliant anti-absolutist formulation, a chess game in which "every single piece has a principle of motion of its own".[26] The servants of the development dictator stationed for a short time in a land, it turns out, are "roving bandits" out for themselves. To quote Smith again, in a useful critique of colonialism:

> The real interest of the servants [i.e. the lower level administrators of the East India Company] is by no means the same with that of the country,

23 Of the many works on the Settlement, see esp. R. Guha, *A Rule of Property for Bengal: An Essay on the Idea of Permanent Settlement*, Charlotte (NC), Duke University Press, 1996; J. Mclane, *Land and Local Kinship in Eighteenth-Century Bengal*, New York, Cambridge University Press, 1993, on the prehistory and the transformation of punishments from physical pain and humiliation to expropriation.

24 A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. I, (1776), New York, Oxford University Press, 1976, p. 67.

25 See H. Farrell's astute comments on Mill's liberal political economy and the Irish Famine at: https://crookedtimber.org/2016/01/28/millian-liberalism-and-the-irish-famine/ (last consulted on 12 February 2022).

26 A. Smith, *Theory of Moral Sentiments*, (1759) New York, Oxford University Press, 1976, p. 234.

> and the most perfect information would not put an end to their oppressions... It is a very singular government in which every member of the administration wishes to get out of the country, as soon as he can, and to whose interest, the day after he has left it and carried his whole fortune with him, it is perfectly indifferent though the whole country was swallowed up by an earthquake.[27]

2 From Despotism to Modern Constitutionalism

The "constitution" in the case of the Physiocrats enabled the monarch to reorder the economy according to reason and nature. It was a *legal* despotism insofar as it claimed to follow the laws of nature. Or, as Quesnay hopefully noted using an ahistorical natural image, "the constitution of the tree is the natural order itself, regulated by essential and irrefragable laws which must not be interfered with by extraneous laws"; "constitution" was a physiological term.[28]

The Weimar Constitution was established in a different context, when the term constitution itself had taken on a different meaning. The Weimar Constitution echoed the rhetoric and structures of the great democratic-republican constitutions from the late 18th century, even as its framers sought to adapt that tradition to the realities of the 20th century. That revolutionary conception of this tradition moved in a direction opposed to Physiocrats' despotic political theory (even while reflecting some of their anti-monopolist and pro-market economic ideas). The US Constitution of 1789, the 1789 Declaration of the Rights of Man and Citizen, the US Bill of Rights of 1789-91, and the French Constitution of 1791 were rooted in different normative assumptions about the state, republican and commercial. They started with a radical notion of a society based on freedom from the state and of equality of individuals before the law. That universalistic, revolutionary language quickly confronted the particular exclusions to citizenship that were bound up with social and political reality. Women, slaves, aboriginal peoples, and others deemed too dependent, too uncivilized, or inherently irrational were excluded from this

27 A. Smith, *Wealth of Nations*, vol II, *op. cit.*, p. 641. Smith, of course, held similar views on free trade as the Physiocrats; the difference was a sense of irony recognizing the limitations of human knowledge and the complexity of human interactions: see esp. E. Rothschild, *Economic Sentiments: Adam Smith, Condorcet, and the Enlightenment*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, ch. 1.

28 F. Quesnay, « Despotism in China », *op. cit.*, pp. 274–275; see also pp. 141–142, 212–213, 225, 264–267, 271–278.

vision of freedom and equality, despite challenges. The Weimar Constitution both carried forward and radicalized the universalizing core of the late 18th century constitutional moment, its demand for equality before the law, for empowering the people to rule themselves through representatives, and its affirmation of basic rights of freedom, applying the principles to all people, regardless of race or gender. It went further in its search for inclusion, addressing new social problems associated with class.

The French and US constitutions presumed, in Dieter Grimm's analysis, that freedom was a "condition of the general welfare", in other words a precondition for society.[29] As such, authority could not be unlimited and simultaneously "constitutional" in a normative sense. In this sense, the Physiocratic notion of the constitution was not constitutional. In the new conception the people, not nature or the monarch, were the source of the constitution, mediated by representatives.[30] The constitution thereby created delegated power to lower authorities representing the people, but not in an absolute or unlimited way. The constitutions specified powers, divided powers among different organs of the state, and declared rights that limited those powers. In both France and the United States, the constitutions had a strong libertarian flavor (for those groups that were considered fully citizens) and implicitly affirmed the market economy. Neither, however, explicitly affirmed the *universal* validity of the market economy, raising it above the legislative power. The French Declaration of the Rights of Man and Citizen repeatedly and explicitly permitted limitations on rights, such as social distinctions "founded upon the general good", the reserved right of the law to set limits to the "natural rights" of liberty, limitations to religion and to freedom of expression if they disturbed the public order, and so on. The French Declaration permitted expropriation of public property on the basis of "public necessity" determined by law, and an "equitable" (the text does not state "full") indemnification. The US Constitution in its original form did not guarantee property rights at all, and in the Bill of Rights only the right to receive proper indemnification for the "taking" of property, despite the centrality of property rights to the founders' conceptions. Rights in these systems were not absolute, and the legislator was delegated powers that could reach very deeply into the economic order. They left the way open, in other words, for some kind of "economic constitution" in Badura's above cited neutral sense of the term, a constitutionally defined order that affected and organized the economy – through taxation to pay for universal education, for

29 See esp. D. Grimm, « Constitutionalism », in *Constitutionalism*, New York, Oxford University Press, 2015, pp. 3–37, esp. pp. 6–19.

30 L. Rubinelli, *Constituent Power: A History*, New York, Cambridge University Press, 2020.

example, the regulation of monopolies and utilities, and social measures. They did assert that interventions be justified by reference to a "common good", but neither set of constitutional documents explicitly handed that power over to a judiciary that could limit the legislature. Intervention into the realm of human liberty, following this constitutional logic, required that the legislature follow constitutional procedures and consider basic values. These were documents that assumed liberty, and that also empowered the people through their institutions to freely shape themselves.

Despite important differences, the Weimar Constitution was in the tradition of the late 18th century constitutions. The Weimar Constitution continued to stress the separation of powers, government by organs constituted and limited by the constitution, the ability of the people's representatives (and the people directly, through plebiscites) to shape their legal world in the interest of the common good, a realm of freedom for individuals as well as the right of the legislature to shape and limit those liberties.[31] Art. 153 of the Weimar Constitution, like Paragraph 17 of the French Declaration, asserted the right of property within the bounds of law, and required not a full but an "appropriate" indemnification for expropriated property. The German constitution left open the possibility that the legislature might not permit compensation or a legal appeal which seemed to differ from the French or American case; in practice, though, both French and Americans left open the way for non-compensation for loss of property in certain cases (e.g. the expropriations of the nobility in the French revolutionary context and the debates on compensation for "expropriation" of "property" in the debates on slave emancipation in the United States).[32] The lack of an explicit creation of a supreme German constitutional court able to rule on the constitutionality of the legislature (here again not unlike France or the United States) left the relationship between politics and economy unclear. The Weimar Constitution both presupposed a free society and enabled that society to shape itself through law; as Grégoire shows well, its interpreters clashed over the extent of this freedom.[33]

---

31 General overview in C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997; in English, P. Caldwell, « The Weimar Constitution », in N. Rossol and B. Ziemann (eds.), *The Oxford Handbook of the Weimar Republic*, New York, Oxford University Press, 2021.

32 On the US case, J. Ely, Jr., *The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights*, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 82–83, with further references.

33 See *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

The constitution not surprisingly contained (as all constitutions do) compromises. Far from being infamous ways of avoiding decisions, compromises should be read as statements of a mature democracy consisting of groups with differing world views. The need for compromise is what distinguishes an inclusive democratic republic from a despotism, even if it results in a complicated constitutional document. The basic rights dealing with the economy illustrate the point. They listed multiple basic values, which indicated the compromise between socialists, nationalists, and free market advocates that underlay the constitution.[34]

Art. 151, for example, demanded that the normative ordering of "economic life" (a term that already insisted on a broad view of economics as part of society) correspond to the principles of justice and the goal of guaranteeing an existence worthy of humans for all; Art. 152 went on to state that legal transactions that transgress basic ethical principles are immoral, in a kind of imperative to the legislature to consider the moral effects of civil law and (explicitly) to outlaw usury. This imperative also applied to the courts.[35] It is certainly important, as noted, that Art. 153 permitted expropriations without indemnification. But such expropriation took place only by statute, if the majority of the Reichstag, its delegates divided among five major parties and many minor ones, came to an agreement. The same point can be made about the two most important constitutional articles for the Social Democrats, Art. 159 and Art. 165. Art. 159 guaranteed the right of workers (and employers) to form coalitions for promoting labour and economic conditions, i.e. trade unions and employers' organizations, and forbid retaliatory measures against union members. The complicated Art. 165 also affirmed trade unions and collective bargaining, while calling for cooperation between workers and owners on the factory level and the creation of a national system of factory councils all the way up to a National Economic Council (*Reichswirtschaftsrat*) that would advise the Reichstag. The different approaches to the economic constitution of Art. 165 corresponded to different conceptions of labour-capital relations, from the idealized image of national cooperation during the war, to renewed power for trade unions on a national level, to (enforced) harmony on the level of the factory, or to a national corporatist organization that could operate alongside

34 R. Thoma, « Die juristische Bedeutung der grundrechtliche Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen », in H.-K. Nipperdey (ed.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, vol. I, Berlin, R. Hobbing, 1929, pp. 5–11.

35 Although in fact the courts were already ruling on this basis before 1919: G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919* (1933), 14th ed., Aalen, Scientia, 1987, pp. 702–703.

the Reichstag.[36] Art. 165 revealed just how many hard decisions would be necessary to take account of the different political and economic demands arising in 1918–19. Notably the Reichstag did not resolve the issue of how to put these approaches together, although it did regulate co-determination and set up a weak National Economic Council.[37] Faced with an abundance of alternatives, a legislature can make a decision by not making a decision, too.

A limited, careful, and formal interpretation of the constitution, such as the one provided by Gerhard Anschütz, perhaps the leading "legal positivist" lawyer of the Weimar Republic, stressed that most of the article was in fact a "program for the legislature, i.e. future law" rather than immediately binding law.[38] This interpretation stressed how the constitution enabled the legislature to make rights real and concrete through legislation. Herein lies the promise of democratic freedom – and freedom means risk.

3 Sinzheimer's Social Democratic Reading of the Economic Constitution

The term *Wirtschaftsverfassung* developed in the Weimar Republic as part of a normative strategy for both organizing industry and empowering workers. A more descriptive use of the term does arise under Ernst Rudolf Huber, but when we look at Hugo Sinzheimer, Franz L. Neumann, and Carl Schmitt, we need to keep this normative use of the term in mind. As Grégoire points out, the man who introduced the term, the labour lawyer and Social Democrat Sinzheimer, played a major role in the National Assembly's discussion of labor-related basic rights. As Sinzheimer stated in 1919, "Social democracy is dependent on political democracy, for only within its framework can the life of social democracy unfold".[39] In this incisive analysis from 1919, written early in the Weimar Republic before the decisive break between Social Democrats and Communists and the electoral losses of 1920 weakened the left, Sinzheimer described an economic system in formation, organized below the level of the

36 G. A. Ritter, « Die Entstehung des Räteartikels 165 der Weimarer Reichsverfassung », *Historische Zeitschrift*, 1994, vol. 258, pp. 73–112.

37 Overview in C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, *op. cit.*, pp. 364–369.

38 G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, *op. cit.*, p. 744.

39 H. Sinzheimer, « Die Zukunft der Arbeiterräte » (1919), repr. in H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*: *Gesammelte Aufsätze und Reden*, vol. I (edited by O. Kahn-Freund and T. Ramm), Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1976, pp. 351-355, esp. p. 351.

parliament, based on a comprehensive system of councils representation. Alongside and connected to the councils in this early formation were the trade unions, cutting across firms; Sinzheimer called for workers to be required to join unions (although the union of their choice), which were already becoming "necessary organs of social life".[40] The National Assembly and Reichstag had the power to set the legal and institutional framework for democratizing the economy. For Sinzheimer, then, the parliament created the framework (the economic constitution); the trade unions cut across firms and branches to address the economy as a whole; and the councils at the base of the economy involved workers in the organization and management of the firm. The closer one gets to the firm, on Sinzheimer's description, the closer one approaches the complexity and variety of economic tasks.

Running throughout Sinzheimer's work already from before the war was a notion of social reality brimming with workers' activity, decisions, complexity, variety, creating law *de facto* where it had not existed before in the form of social norms regulating the interaction of labour and capital. Collective bargaining developed, on Sinzheimer's narrative, outside of and in tension with the formal, individualistic law of contracts of the German Empire. And indeed any political constitution, according to Sinzheimer, required a "supplement" that would give the "freedom and community" implied in democracy a "living, social content".[41] Recognition of the right to organize and the councils was only one, formal part of the basic norms of economic democracy. Socialization of production was a further step, and for Sinzheimer not at all the same as bringing firms under direct, national control; instead, the point of socialization was to bring factory councils and trade unions into the process of administering firms, it included the right of "self-administration in the factory", the organs of a future socialist economy.[42] The *Wirtschaftsverfassung* in Sinzheimer's conceptual structure was a matter of reality rather than a legal construction, of concrete, developing *Sein* rather than abstract *Sollen*; it was the ongoing production of a new reality through the real, physical process of working, learning, and deciding, which developed by way of constitutional, statutory, and

40 *Ibid*., pp. 353–354.

41 Sinzheimer traced the origin of the more radical councils movement in early 1919, in fact, to the sense that mere political democracy had failed to provide a "social content of life"; "life" is a recurring term in this period: « Das Rätesystem » (1919), in *Arbeitsrecht und Rechtsoziologie*, vol. I, *op. cit*., pp. 325-350, esp. p. 325. On his notion of "constitutionalizing" labour law, see esp. R. Dukes, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*, New York, Oxford University Press, 2014.

42 H. Sinzheimer, « Das Rätesystem », *op. cit*., p. 334.

customary laws allowing collective bargaining, procedures for deciding conflicts, and the formation of new kinds of social communities of workers. "What the workers' councils can and should do is to lead an active life as *organs of social democracy* in the framework of state law, which establishes their scope of action [*Spielraum*]".[43]

The constitution also empowered workers in the present, which, of course, Sinzheimer had firmly advocated in the National Assembly, especially by way of Art. 159 (establishing the right to join employees' and employers' organizations). Neumann, who clerked for Sinzheimer in the mid-1920s and was likewise a defender of the republic, pointed out that the right in Art. 159 to join a trade union was more firmly anchored in the constitution than was the right to own property, since Art. 159 was not expressly limited by statute. But the point was that the call for economic democracy was about much more than a static set of rights. Combined with the right to form councils (Art. 156), to define property by statute (Art. 153), and to nationalize, socialize, or communalize property (Art. 156), economic democracy provided concrete and explicit authorization to the Reichstag to transform society.[44] Even more, these "constitutional" norms empowered workers to begin the process of "constituting" a new society, according to Sinzheimer's reading.[45] Sinzheimer described, in an almost Expressionist style, the way labour and society "dissolve the old concepts of the bourgeois legal order", submerging them in the "enormous abundance of social material" that the legal order struggles to manage.[46] The constitution of political democracy enabled the development of society in a socialist direction (which was not at all the same as centralized, bureaucratized planning and state control); it enabled councils and unions to form, parallel means for empowering workers, who, through their concrete experience, would build the new society. The slogan of economic democracy in the SPD's 1928 party platform and the concept of the economic constitution in Sinzheimer were

43 H. Sinzheimer, « Die Zukunft der Arbeiterräte », *op. cit.*, p. 351.

44 F. Neumann, « Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung » (1930), repr. in *Wirtschaft, Staat, Demokratie* (edited by A. Söllner), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 68–73; F. Neumann, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung: Die Stellung der Gewerkschaften im Verfassungssystem*, Berlin, Carl Heymann, 1932, p. 77.

45 There is more than a little similarity between Sinzheimer's notion of social revolution, combined with the gradual development of a new kind of responsible and disciplined proletariat, and Gramsci's, developed around the same time but from a Marxist-Leninist perspective: the real revolution is happening over the long term in society, not in politics.

46 H. Sinzheimer, « Die Neuordnung des Arbeitsrechts » (1919), in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, vol. I, *op. cit.*, p. 69.

the prerequisites for long-term transformations, not merely the assertion of workers' rights in the present.[47]

Despite the novel content of the constitution and novel ideas of Social Democracy, however, the logic of democratic constitutionalism remained. The procedures and principles embedded in the constitution enabled the self-fashioning of a polity and also a society, not in the static sense of the Physiocrats – implementing revealed natural rules for the best society, modelled on an allegedly unchanging China – but in a dynamic sense. Countries with democratic constitutions, like the United States, had in fact undergone dramatic transformations over the 19th century (with e.g. the end of slavery by and large without compensation, the rise of industrial capitalism, the formation of monopolies and cartels, the development of a trade union movement, and so on) precisely within the context of the constitution. Why should a social "economic formation" not be capable of further development within this open political structure? Sinzheimer therefore did not argue that constitutional law guaranteed a particular shape of civil law; a democratic constitutional structure could open the way for a social revolution that would destroy the "bourgeois legal order".

Neumann on the left and, as discussed below, Carl Schmitt and Ernst Rudolf Huber on the right painted a picture of dramatic transformation between the late 19th century and the present, as social and economic developments destroyed liberal visions of the future based on natural, individual rights and the market. Neumann asserted that the revolutionary constitutionalist tradition of the late 18th century assumed natural rights, most important the individual's right to property, that preexisted the constitution. Over the 19th century, monopoly capitalism gradually supplanted this world based on individual, contracts, and property. The "ideal type" of the "free entrepreneur", he stated, no longer existed in the era of monopoly capitalism. Owners were actors only in name, entrepreneurs "more or less functionaries" of the monopolies and cartels, both replaced by managers, just as risk for the individual investor was eliminated.[48] While the institutions of contract and market still existed in law, the freedom both implied was diminishing: "In the age of monopoly capitalism, the legal freedoms of capitalism lose their significance.

47 On the prevalence of this notion of organization, K.-W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft*, vol. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, pp. 5–18.

48 F. Neumann, « Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung » (1931), in *Wirtschaft, Recht, Demokratie. Aufsätze 1930 – 1954* (edited by A. Söllner), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 76–78; see also F. Neumann, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*, *op. cit.*, pp. 48–49.

Freedom of contract conceals the monopolist's dictate to the non-monopolist". Under these conditions, the "natural right of freedom" and property of liberalism could no longer hold. Even in the United States, Neumann asserted, the development of monopolies led to an expansion of government regulation in the 19th century, limiting freedom and contract from the side of the state.[49]

This moment of monopoly capitalism was the prerequisite, according to Neumann, for the economic constitution of the Weimar Republic. That term did not, for Neumann, mean the legal norms that regulated the economy, nor did it imply the primacy of the existing monopoly capitalist system over the political constitution or their equal political rights. The economic parts of the constitution instead permitted the formation of large interest groups in the economy. These groups, Neumann argued, had long since taken over the parties in parliament; now they intervened in markets politically to ensure the uninterrupted flow of the capitalist economy. Such groups included monopolies, cartels, and large concerns on the side of capital, and another kind of large, centralized organization on the side of labour, the "free, cooperative self-help organizations of the working class, the labor unions". Freedom now consisted of the ability of these organized social groups to assert interests in an arena not directly controlled by the state. Their right to make meaningful decisions about the economy was guaranteed by Art. 159 of the constitution.[50]

Neumann's compressed analysis implied that the individual freedoms of 1787 and 1789 included in the Weimar Constitution were merely window-dressing for a fundamentally different reality, beyond free markets; that with the end of this reality also went the end of the freedom of the parliament, which merely balanced social forces; and that "freedom" was preserved at the level of large organizations, guaranteed a space to bargain among themselves in order to unburden the state. Neumann himself defended basic liberal principles, like that of equality before the law, and rejected judicial attempts to limit the freedom of parliament. And yet, writing a decade after Sinzheimer's exuberant work on the liberating potential of the economic constitution, Neumann's work hardly painted a picture of a democracy and an economic democracy that enable the worker to come into his or her own as a human deserving

49 F. Neumann, « Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung », *op. cit.*, pp. 86 and 89.

50 *Ibid.*, pp. 82, 85, 87–88, 94–96 and 99; F. Neumann, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*, *op. cit.*, p. 63. This argument very much in line with Sinzheimer (« Das Rätesystem », *op. cit.*, p. 327).

dignity, the starting point for Sinzheimer.[51] One feels, reading Neumann from the early 1930s, a change in tone that suggested that the constitutional tradition that he himself defended had in fact been deformed beyond recognition.

4 Schmitt, or an Authoritarian Response to the Economic Constitution

Whatever their visions of the transformation from individual to collective rights and politics, Sinzheimer and Neumann retained the late 18th century conception of a constitution that a) established processes for producing new laws that could shape markets and society, b) asserted rights that claimed, at least, to be inclusive of all citizens, and c) indicated values that should inform political initiatives. Like the liberal politicians like Hugo Preuss and Friedrich Naumann in the National Assembly and the legal positivists, they stressed the constitution's openness to popular initiative and to a different future. Not everyone agreed. Otto Kirchheimer on the left and Carl Schmitt on the right both viewed the list of rights in the Weimar Constitution as jumbled and contradictory, and the constitution itself as failing to make a clear decision for a specific form of government.[52] Over more than a decade, Schmitt argued that the constitution was torn between democracy (homogeneity without rights) and liberalism (individual rights without political unity), expressed in the later republic as the drive for unified self-expression of the nation through a populist president and the drive of interest groups and parties to divide up government, destroying unity.

Schmitt's method for approaching the economic constitution mirrored his method for analyzing the Weimar Constitution: to describe different, contradictory, and clearly distinguishable systems of political and constitutional thought (such as liberalism and democracy); to assign parts of the constitution to these different intellectual systems; and on that basis either to show the contradictory nature of the constitution (at some moments) or to decide which parts of the constitution really mattered. An ideal conception of "constitution" rather than the constitution itself drove his analysis. The dominant

51 The theme runs through Sinzheimer's work; see esp. his 1933 speech, written after having fled Germany for the Netherlands, « Das Problem des Menschen im Recht », in *Arbeitsrecht und Soziologie*, 1933, vol. 2, pp. 53–69.

52 O. Kirchheimer, « Weimar und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung », in *Politik und Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1964, pp. 9–56; C. Schmitt, *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008, p. 201.

conception, he argued, was that of the "bourgeois *Rechtsstaat*", which did not admit collective rights or social rights. Since the underlying ideal system of the liberal, bourgeois *Rechtsstaat* did not admit of collective actors, for example, the collective rights enumerated in the constitution could not be essential. If the essential core of the constitution was democracy, by contrast, parties or factions could not have separate rights, since democracy was about unity and homogeneity.[53]

In making this argument Schmitt was not defending liberalism; from his early Weimar-era works on the threat to order posed by liberals in 1848 and 1918, to the crude juxtaposition of liberalism and democracy in his work of the mid-1920s, to his account of the bourgeois *Rechtsstaat* as an unpolitical, individualizing, and out-of-date set of principles, he consistently presented an image of liberalism that was out of touch with the political reality of divisive parties and factions, the legacy of the Versailles Treaty, and international capitalism and communism.[54] By describing the Weimar Constitution as the combination of a bourgeois *Rechtsstaat* without political principle and a democracy based on political decision, he was able to argue against attempts by the legal positivists to take the written constitution seriously, both its rights for individual and groups and its openness to parliamentary initiatives. To be sure, at times he defended private property in a way that paralleled a liberal position, and at times he sought an authoritarian solution to the crisis of the Weimar Republic that would exclude National Socialism.[55] Whatever his motives, his *method* was to measure the actual constitution against an ideal intellectual and historical model, and to find it lacking.

The liberal tradition of basic rights for Schmitt, for example, was rooted in a specific historical experience of bourgeois resistance to the monarch, which led to the political demand for pre-political rights against the state. This historical account became translated into a legal model, an imperative or basic norm defining legal content:

---

53 C. Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, pp. 201–212.

54 Compressed argument with relevant literature in P. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham (NC), Duke University Press, 1997, pp. 96–107.

55 On property see esp. I. Maus's still valuable work: *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, 2nd ed., Munich, Wilhelm Fink, 1980; on Schmitt's search for an anti-Nazi authoritarian solution, J. Bendersky, « *Ausnahmezustand*, *Staatsnotstandsplan*, and *Ermächtigungsgesetz*: Reappraising Carl Schmitt's Political Constitutionalism and the Demise of Weimar », in H. Beck and L. Jones (eds.), *From Weimar to Hitler: Studies in the Dissolution of the Weimar Republic and the Establishment of the Third Reich, 1932–1934*, New York, Berghahn, 2019, pp. 52–78, with further sources.

> For a concept that is useful in scholarly terms, one must affirm that the basic rights in the bourgeois *Rechtsstaat* are only such rights that can be valued as rights *prior to* and *superior to* the state and that the state confers not according to the standard of its laws.[56]

The last phrase is important. Freedom of conscience, home, mail, and property, for example, preceded the state according to the logic of the bourgeois *Rechtsstaat* (i.e. liberalism). As such, they were private rather than political rights, which, however, according to Schmitt, took on political forms, since "free expression of opinion, freedom of speech and press, freedom of worship, free assembly, and freedom of association and coalition" implied, in Schmitt's formulation, "the unhindered exploitation of social power through social organizations".[57] These rights would be private and yet paradoxically have an effect on politics, without being "political" in Schmitt's strong sense of a (unified and homogeneous) democracy. At the same time, though, Schmitt dwelled on the way the constitution permitted the legislature to define and thereby limit rights. Basic liberal rights, conceptualized in Schmitt's ideal conception as preceding the state and guarding against the state, were in fact defined and limited in application by state law. They now appeared subject to the discretion of the state instead of preceding the state.[58]

As I have already noted, both the US Constitution of 1787 and the French Declaration of Rights of Man and Citizen of 1789 assumed that rights were defined and limited by law. The Weimar Constitution did not break new ground in understanding rights as defined by statute. Indeed, that is what the rule of law was about. Schmitt's ideal conception of rights in the bourgeois *Rechtsstaat* does not conform well to the reality of liberal democratic constitutional systems. But here his categorical argument appeared:

> In principle [...] one and the same state can only have one kind of basic rights. In the current constitution those are, for lack of any other, clear decision, the individual rights of liberty of the bourgeois Rechtsstaat based on the freedom and equality of the individual.[59]

---

56 C. Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, p. 202.

57 C. Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, pp. 202–204.

58 C. Schmitt, *Constitutional Theory*, *op. cit.*, pp. 214–215, argues that the bourgeois *Rechtsstaat* therefore guarantees, not liberties in every case, but the "principles" of a basic right: legislation and even constitutional legislation that eliminates a liberty entirely is not constitutional. Where, however, the line is to be drawn is unclear.

59 C. Schmitt, « Grundrechte und Grundpflichten » (1932), repr. in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, 4th ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 206.

In this statement from 1932, Schmitt made his argument clear: he did not start with the actual Weimar Constitution, but with a conception that he placed above the constitution. He made a similar argument in *The Guardian of the Constitution* from 1931 about Art. 165: the Weimar Constitution was a political rather than an economic constitution. In such a constitution, it was not the individual as producer but the individual as citizen who counted; therefore the "anchoring of the councils system" described by Art. 165 could not refer to any political function, which would make the constitution itself "a construction of fantastic monstrosity".[60] Although he (and to an extent Sinzheimer too) viewed such a creation of a corporatist legislation alongside the parliamentary system as bad, that was not his point here. He argued rather that any politicization (i.e. democratization or constitutionalization) of the economy would be unconstitutional, illegal, since not conforming to the ideal form of the constitution. Again, he defined what was legal based on an ideal constitution rather than the empirical one.

This method is problematic from both a factual and a theoretical standpoint. Ideal constitutions always run aground on factual realities. Just to make some obvious factual points: the original US Constitution did not contain a Bill of Rights not because the founders were satisfied that rights were adequately defended at the state level, but rather because they thought the legislature would define and defend rights. It is therefore hard to argue that the US Constitution was based solely on natural, pre-existing rights; in any case, republicanism stressed the primacy of the needs of the community in a time of crisis. Madison had little faith in "parchment barriers" protecting rights against the government. The framers instead focused on empowering the people in such a way as to limit bad and ill-considered decisions that violated rights (such as President Adams's Sedition Acts).[61] And as noted above, the French Declaration of Rights of Man and Citizen was clear that rights were to be defined, which means delimited, by statute – indeed, how could that be otherwise, since property, marriage, religion, *etc.* had to be defined first in order to be protected? Again, the freedoms were defined by the Civic Code eventually written. And as the Jim Crow laws in the United States showed, the essence of rights could indeed be violated by the legislature. These are obvious facts about constitutions that included liberal basic rights at the time. The ideal

60 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1931, p. 97.

61 S. Levinson, *An Argument Open To All: Reading* The Federalist *in the 21st Century*, New Haven (CT), Yale University Press, 2015, 178–179; on that logic in operation in turning back Adams's sedition laws, S. Dunn, *Jefferson's Second Revolution: The Election Crisis of 1800 and the Triumph of Republicanism*, New York, Houghton Mifflin, 2004.

constitutional system that Schmitt described does not seem to exist in reality. Perhaps that was his point.

Schmitt's conceptualization of democracy as unity and homogeneity made use of a language that one does indeed see in the early moments of the French and US republics, a language of unity and a language against parties and factions in the general interest. The great value of his work lies precisely in prying the tensions and contradictions out of the democratic experiments of the past. But why does democracy have to assume such an unreal unity as the general interest? Even Madison shifted away from believing in a general good separate from passions and interests, when faced with the reality of national parties in 1800; clearly parties were going to form, to argue over which interests should be represented, for example those of agriculture or those of commerce, those of debtors or those of creditors.[62] But for Schmitt, this pluralism was the big problem, the plural interests of parties and of interest groups seem on his reading outright anti-democratic. His discussion of the "total state" was actually about how the state, representing political order itself as a higher principle, could neutralize factions in the name of guarding the constitution. To be sure, Schmitt's ideas provided arguments in 1932 for resolving a real crisis of democracy related to the paralysis of parliament and the rise of radical, anti-constitutional parties on both right and left; his arguments, however, seemed to view the very pluralism in modern democracy itself as the crisis.

This digression into legal theory, rights, and pluralism relates directly to Schmitt's discussion of independent social powers in the economy, which he viewed as a threat to unity. The trade unions, if empowered politically, took away from the primacy of the state and its strong male representative to "decide" who was friend and who was enemy. If organized interests in the economic realm were granted direct political rights in any kind of *Wirtschaftsverfassung*, they would threaten the "unity of the state will".[63] Or as he wrote in 1933, "I believe that political power and rule is the primary thing and unavoidable presupposition for an effective comprehensive economic plan, and not that the plan is the foundation of political rule".[64] In his 1958 remarks on his 1930 essay on "The Problem of the Domestic Neutrality of the State", Schmitt was clear about the lineage of political thinking into which he was tapping: the

62 See esp. R. Dahl, « Madison: Republican or Democrat? » *Perspectives on Politics*, 2005, vol. 3, n°3, pp. 439–448.

63 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 99.

64 C. Schmitt, « Machtpositionen des modernen Staats » (1933), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, *op. cit.*, p. 371, an essay written in the midst of the transformation to some kind of authoritarian regime under the leadership of Hitler and Hindenburg.

absolutism influenced by Hobbes, necessary in Hobbes's day to neutralize religious factions and to re-establish political order. His discussion about the total state and his opposition to the idea of an economic constitution were not about economics per se. He certainly did not oppose an interventionist state, so as long as that would not mean creating an "economic-democratic trade-union state".[65] But that is something different from making the state the tool of capital.[66]

Schmitt was not opposed to change, so long as it strengthened state power. That's why he described in his *Guardian of the Constitution* the way that parliamentary paralysis required the president to make use of emergency decrees based on Art. 48; defended the way those decrees took on the status of legislation, i.e. that they displaced the legislature; and defended interventions into the economy. The president became the new guardian of the constitution, defending, however, its ideal core of homogeneity and unity. He became, in a sense, an ersatz monarch, but equipped with far more power than the old German Kaiser had to repress the pluralism that Schmitt declared unconstitutional rather than a normal part of any real, functioning democracy.[67]

One of his closest students, Ernst Rudolf Huber, pulled Schmitt's ideas together in a long essay from early 1933 that essentially argued for the constitutionality of a transition to a quasi-permanent authoritarian regime, based on a selective reading of the constitution itself. In an essay written as the Weimar Constitution was ending but when the precise nature of the new authoritarian system remained unclear, Huber left unstated but obvious to observers that the president was now the legislator, Art. 48 had become the normal way of doing legislative business. It was the unspoken assumption of the entire essay. Second, he argued that all basic rights, including basic liberties, were subject to the reservation that the state had to protect its existence through statutes and measures taken on that basis; judges *and administrative officials*, i.e. the state, could suspend rights on the basis of general statutes; no longer were these

65 C. Schmitt, « Grundrechte und Grundpflichten », *op. cit.*, p. 197; « Das Problem der innenpolitischen Neutralität des Staates » (1930), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, *op. cit.*, pp. 42–43. Grégoire points to an important section where Schmitt discusses fascist Italy and the Soviet Union, however, suggesting another way to overcome the problem of pluralism: through a one party system that uses its mass basis to stand above factions (*Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 100). There is no doubt that Schmitt flirted with such "ways forward", and that his name-dropping of right-radicals like Ernst Jünger and Hans Freyer was part of this flirtation, but that lies beyond the scope of this essay.

66 See *infra* in this volume, V. Valentin, « L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire » – Carl Schmitt was indeed not a liberal !

67 Esp. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung op. cit.*, pp. 118–131, with a summary at 158–159.

rights limited by the text of Art. 48. The existing Art. 48 had limited the rights that could be suspended by emergency decrees; now that the president was able to produce law, that limitation was gone. Third, he argued that the state would recognize basic individual rights such as the right to self-expression, but only within certain bounds of the community, in particular in recognition of national and Christian values; the same held for religious liberties. A basic principle of the rule of law, equality before the law (Art. 109), became an objective principle of the primacy of the nation, not a subjective right. Similar reservations appeared with respect to political parties and other associations, just as the Communist Party was being smashed by the SA and SS, now outfitted with police powers.[68] Huber's interpretation read the constitution as a document of authoritarian constitutionalism, using arguments we hear today from Hungary, Poland, Turkey, and Russia.[69]

With this shift towards authoritarian constitutionalism, the economy took on a particularly important role. All of the general phrases of the constitution about economic life of became ways of maintaining the national community: "no new economic order is created, but a new order of values in economic life", as Huber put it. Free markets were at an end, now organized by state-recognized groups; individual property rights were replaced by property rights bound up with social responsibility (i.e. state control). Art. 159, granting the explicit right to join a trade union, became a call for the state to obligate a worker to serve the entire community. The term "trade union" drops out of the entire discussion, replaced by the notion of a collective labour contract protecting workers as an estate (*Stand*), as a "basic form of our economic organization". Mirroring this post-individual guarantee was a reformulation of all social life on corporatist lines: the state guaranteed the free operation of social organizations, from churches to businesses, unless the common good

68 E. R. Huber, « Bedeutungswandel der Grundrechte », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1933, vol. 62 (N.F. 23), pp. 1–98, esp. pp. 16, 21, 25–28 and 33. Huber's 1931 *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat* by contrast still describes the core economic reality underlying the constitution as one based on free markets and free enterprises: in *Bewahrung und Wandlung: Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte,* Berlin, Duncker & Humblot, 1975, pp. 37–61. Huber's reference to national, Christian values coincides with Schmitt's discovery of the authentic decision of the constitution for marriage, family, and property in *Legality and Legitimacy* (edited by J. Seitzer), Durham (NC), Duke University Press, 2004, pp. 41–58 and puts both firmly in the authoritarian conservative traditions of Latin America: see R. Gargarella, *The Legal Foundations of Inequality: Constitutionalism in the Americas*, New York, Cambridge University Press, 2010, ch. 2.

69 See the essays in H. A. García and G. Frankenberg (eds.), *Authoritarian Constitutionalism: Comparative Analysis and Critique*, Northampton (MA), Edward Elgar, 2019.

was threatened. Art. 165 now served Huber as a bridge to the creation of occupational estates (*Berufsverbände*) under the control of the state: "The state has a free hand [with respect to the corporations] and can take action against a corporation damaging state unity with all given means". The basic rights therefore became, for Huber, the public order itself: "the social and national forms and institutions are placed under constitutional protection as components of public order" – and also are subject to the oversight and control of the state.[70] This public order was not a *Wirtschaftsverfassung* in Sinzheimer's sense, a constitutional enabling of workers' powers at all economic levels, but rather a "natural national order" (*natürliche Volksordnung*), an enforced unity that on Huber's reading reflected the homogeneity of the German nation.[71]

The concept of the economy changed dramatically in this conception; even more dramatic, however, is what happened to the idea of the constitution, which was no longer a set of rules enabling self-government on the basis of individual freedom, but a declaration about an organized society existing under authoritarian tutelage : *Sein* not *Sollen*.

5 Ordoliberal Fantasies

At the beginning of his 1933 essay on basic rights, Ernst Rudolf Huber invoked the left-liberals Friedrich Naumann and Hugo Preuss, claiming that both recognized that liberal basic rights contradicted the "spirit of real democracy".[72] Preuss was the main author of the constitution, and played a key role in holding together the pro-democratic alliance of democrats, Social Democrats and Catholic Center Party delegates during the National Assembly's deliberations. Naumann called for basic rights during the National Assembly's deliberations that would transcend the liberal individualism of the 19th century and articulate the values of the German nation – including individual rights. Both viewed the constitution as a means for integrating a nation divided by politics, religion, and class, and enabling social legislation in the future. Huber invoked precisely this call for a national and social future, two ideals at the heart of German left-liberalism since at least the 1890s, and arguably already in 1848, but in a way

70 E. R. Huber, « Bedeutungswandel der Grundrechte », *op. cit.*, pp. 38–39, 43, 46–49, 62 ff., 76–78 (criticizing Neumann) and 86. See his earlier *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, *op. cit.*, pp. 44–46, rejecting the constitutional possibility of a corporatist order on the fascist model.

71 E. R. Huber, « Bedeutungswandel der Grundrechte », *op. cit.*, pp. 92 and 97–98.

72 *Ibid.*, pp. 9–10.

that broke with liberal affirmation of the individual and with democracy and political rights (though not with some kind of representation of labour). Huber himself joined the National Socialist Party on May 1, 1933, a party that claimed to transcend liberal individualism and that renounced liberalism.[73]

It is not correct to call Huber's and Schmitt's (not completely identical) political positions authoritarian liberalism. Nor does the adoption by future ordoliberals of Schmitt's language of the strong state indicate that the neoliberals necessarily were and remained fascist.[74] I think that Grégoire treads this fine line very well,[75] refusing to identify neoliberalism with fascism while still noting its dalliance with authoritarian tendencies. There is no doubt that the liberal tradition was willing to countenance authoritarianism; this was part of the modernizing and civilizing drive that marked their best thinkers, such as Benjamin Constant and John Stuart Mill, who argued that if people are unable to honor contracts, unwilling to respect others as fellow humans, all too willing to follow established authorities, and willing to use violence in ordinary life, then they are not able to exercise civilized, modern freedom. The German National Liberals were not out of line with this liberal tradition.[76] It was something quite different to call essentially for a *Gleichschaltung* of all social groups, to put them under the vigilant control of an authoritarian state apparatus. Neither Huber nor Schmitt affirmed and defended entrepreneurs or capitalism in the strict sense of a system that left basic economic decisions to the logic of the dead hand of capital (profit and interest rates); they affirmed

---

73 On Huber see esp. the short but accurate summary connecting Huber to neo-Hegelian authoritarianism, the assertion of harmony, and the primacy of the state in the national order, in M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 3. Band, 1914–1945*, Munich, C.H. Beck, 1999, pp. 228–230 and 347–350. Huber himself claimed an inner distance from National Socialism, and claimed that his Nazi-era work aimed to bring that system into a constitutional framework; his work seems more accurately to have provided window-dressing for a brutal and capricious regime: see the contributions in E. Grothe (ed.), *Ernst Rudolf Huber: Staat-Verfassung-Geschichte*, Baden-Baden, Nomos, 2015, esp. the contributions from Reinhard Mehring and Frieder Günther.

74 Ed.: on these controversies, see *infra* in this volume, the contributions of W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" », S. Audier, « Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien? » and V. Valentin, « L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire ».

75 See *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar: Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

76 Strong critique of this strand of liberalism in U. Mehta, *Liberalism and Europe: A Study in Nineteenth Century British Liberal Thought*, Chicago, University of Chicago, 1999. Notably, Mehta views Burke as a critic of and antidote to liberalism; for Carl Schmitt, Burke was a liberal.

the primacy of politics over economics. Nor were they interested in the key problem of Ordoliberal social theory found in the early Wilhelm Röpke and Alexander Rüstow: how to create the institutional framework for a responsible individualism able to resist totalitarianism and the age of the masses (a position that connects the Ordoliberals with the classical liberalism of Mill with his resistance to established authority, Constant with his denunciation of modern despotism, and of course Tocqueville with his criticism of the age of the masses).

At the same time, some who later became part of the Ordoliberal group clearly flirted with Hitler's new state in 1933, as seen in Müller-Armack's almost mystical affirmation of the myth of national unity and with it a state-dominated, corporatist economy; but others, like Röpke, simply rejected Nazism on the grounds of basic human decency.[77] For anyone seriously concerned with the liberal social project (and it's not clear that Müller-Armack was in 1933), the problem of authority remained essential. As Thomas Biebricher has argued, later neoliberals were fundamentally ambivalent about state power. On the one hand, people like Friedman and Hayek entertained the fantasy of an authoritarian leader who would establish and enforce the economic ground-rules of liberal society like a neutral umpire; Röpke's endorsement of Atatürk was a broader endorsement of a civilizing dictatorship, creating the character needed for modern liberalism (in this sense closer to Mill's defense of despotism in colonies). But on the other hand, economic liberals distrusted state power, not surprisingly since it was hardly likely in reality that a strong ruler would remain satisfied with playing the neutral umpire.[78] This ambivalence about power (with which this essay began) confronts any intellectual movement aiming at social transformation: it would be great to have a strongman help in the process, but how can you trust a strongman to listen to the experts? Here we do get to an interesting parallel to Physiocracy. One encounters a kind of *hubris* all too often among economists claiming to know the right answer to an economic problem, and dismissing factions and interests as distorting the right answer. From the point of view of the economist in possession of truth,

77 A. Müller-Armack, *Staatsidee und Wirtschaftsordnung im neuen Reich*, Berlin, Juncker und Dünnhaupt, 1933.

78 T. Biebricher, *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2018, ch. 2. See also *infra* in this volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ». On Röpke and authoritarianism, Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2018, 113–117.

democratic politics is a confusing and at times irrational black box.[79] But for any realistic economist, so is authoritarian politics.

Here, I think, one sees the limits to comparing the Ordoliberals and the Physiocrats (insofar as either group can be reduced to a clear and unambiguous set of principles). Yes, certainly, Franz Böhm invoked the Physiocratic notion of applying natural law (or rather the laws of human nature) to the economy in his 1933 work on monopolies.[80] It is far less clear, however, that his 1930s account of a basic decision on the economic order – free trade or centralized planning – translates into absolutist or despotic politics, especially after 1945. Böhm and the others recognized the gap between assumptions of the natural functioning of economics and economic reality, whether it came to policies regulating utilities or defining competition, social insurance or state investment. His 1933 work makes a reasoned and differentiated argument against both Sinzheimer and Schmitt, first that for legal as well as practical reasons, the Weimar Constitution made market competition the default, "normal" system; second that there were serious legal and economic reasons to support the market economy, not just ideology; and third that Schmitt himself misread the whole point of economic liberalism, which was not about making the individual absolute but about competition ensuring pluralism and social coordination, which could require government intervention.[81] And throughout

79 Ed.: see also *infra* in this volume, C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

80 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung* (edited by E.-J. Mestmäcker), Baden-Baden, Nomos, 2010, implicitly at pp. 114, 309 and 314, but with much more of a focus on Smith than on Quesnay; excellent systematic investigation in D. Nientiedt « Metaphysical Justification for an Economic Constitution? Franz Böhm and the Concept of Natural Law », *Constitutional Political Economy*, 2019, vol. 30, pp. 114–123, esp. 124.

81 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf, op. cit.,* pp. 315–327; see also J. Hien and C. Joerges, « Das aktuelle europäische Interesse an die ordoliberale Tradition », *Leviathan*, 2017, vol. 45, pp. 462–463, noting the gap between Schmitt's advocacy of exceptional legislation by a powerful state and the Ordoliberal call for a state to approve and defend a set of abstract laws to ensure competition. But see Q. Slobodian, *Globalists*, *op. cit*., pp. 211–212, citing Böhm's 1937 statement describing a fundamental decision on economic form in F. Böhm, *Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1937. In my estimation, the 1937 text by Böhm deserves a careful contextual examination: it strikes me, for example, as a bit strange for Böhm, so opposed to anti-Semitism, to be citing Schmitt just after Schmitt had taken the deep plunge into overt anti-Semitism and the destruction of legal traditions in 1936, and just as Schmitt himself was under attack for the alleged liberalism of his Hobbesian decisionism. Böhm could hardly have missed these events as a professor of law. Nor could he have missed the shift to a more intense state-driven monopolization and cartelization of key sectors

he stressed the central role of the legislator. Böhm was striking later less for his *hubris* than for his willingness to get involved in political arguments with his Social Democratic opponents about legal and economic policy in West Germany's new democracy. Also striking, as Gunther Teubner has pointed out, is the way that Böhm, like Sinzheimer but from a liberal perspective, described law as a means of enabling the development of economic order from below. Both thought of the economic constitution as a set of norms that enabled people to build their own society.[82]

The ordoliberal yearning for a neutral umpire and simultaneous fear of political capriciousness mirrors the basic enabling/restraining dialectic of the democratic constitutionalist tradition itself.[83] In fact, most German ordoliberals embraced the West German Basic Law, which in many ways paralleled the Weimar Constitution. And the Basic Law, despite occasional arguments to the contrary, did not cement in place the ordoliberal world view.[84] Its framework did not bar the opening to economic democracy: both co-determination and a strong, unified, national trade union were possible. Further reaching worker control did not take place, not because of the constitution, but because of popular support for conservative parties. Neither did the judiciary halt a process of economic democratization: the Federal Constitutional Court deliberately set wide parameters for economic initiatives by the legislature, so long as it guaranteed the principles of liberty (basic rights), the rule of law, and social responsibility (the *Sozialstaat*).[85] The more recent decision to amend the Basic Law to require a (somewhat) balanced budget was not imposed by a dictator

---

of German industry under the Four Year Plan starting in 1936, even as he described in 1937 an "elastic" approach to economic management that reserved the option of "returning" to competition in the future. Should one consider the text an example of massive self-deception or a veiled strategic intervention? I raise this as a real question, to which I do not have an answer. See *infra* T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages » for some other considerations on the text.

82 G. Teubner, « Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism », *Global Perspectives*, 2020, vol. 1, p. 4.

83 As Böhm clearly realized in « Democracy and Economic Power » in Universität Frankfurt am Main. Institut für Ausländisches und Internationales Wirtschaftsrecht (ed.), *Cartel and Monopoly in Modern Law*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1961; see also his « Left Wing and Right Wing Approaches to the Market Economy », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1979, vol. 135, pp. 442–448, for his openness to multiple political perspectives.

84 Ed.: see *infra* in this volume, P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law».

85 For further references, see P. Caldwell, *Democracy, Capitalism, and the Welfare State: Debating Social Order in Postwar West Germany*, New York, Oxford University Press, 2019, pp. 68–69, and P. Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, *op. cit.*, pp. 10–11.

but rather was the decision of a super-majority of the parliament: it was democratic and constitutional, and represented an agreement on how to shape the economy – in this sense a normative "economic constitution" oriented towards political self-restraint. And at the same time, the German balanced budget amendment includes exceptions for severe recessions and natural disasters. And it can be reversed by a 2/3 majority. The constitution enables the people to shape their economic world, but also remains open to information received from the economy that might require change of course. The economy has not been depoliticized in the Federal Republic, it has been made the object of politics at the constitutional level – including by making it more difficult for the polity to reverse earlier super-majoritarian decisions.

Conclusion: European Union Dilemmas

This essay starts with two tensions that the concept of an economic constitution highlights. First, a constitution's claim to enable a polity to rule society is problematic, because the constitution and polity depend for their own survival on economy and society. Physiocratic attempts to order economy and society ran into challenges of the whims of nature and the lack of infrastructure, and contributed to food shortages and popular violence in the years before the French Revolution. Second, a constitution's claim to set down the rules for self-government, as implied in the French and American Revolutions and as stated explicitly in the Weimar Constitution, also involves limiting self-government, which necessarily brings up hard questions of where those limits are to be found. Whether we focus on the leftist call for an economic constitution that involved economic democracy or the right-wing call for an authoritarian constitutionalism, both claimed the existing constitution as their foundation. While the first suggested a parliamentary path to socialist transformation, the second suggested a parliamentary and constitutional process of centralizing power and defanging rights. Both raise the question of whether certain changes really are constitutional, and even what the term "constitutional" means. Yet drastically limiting society's ability to rule itself (through imposing inalterable laws) might undermine legitimacy even more than allowing a democracy to make mistakes, insofar as it creates the image of a tutelary minder of the democratic child. This problem of a "constitution" that sets down strict economic rules limiting how the polity can respond to economic conditions is one of the dilemmas currently facing the European Union. In other words, there is a tension in the EU as well between a "constitution" that enables polity and society to organize itself and the way the same "constitution" limits self-government.

In a series of essays, Dieter Grimm analyzes the challenge of a European constitution, be that the European "constitution" in its current form as a bundle of treaties signed by the sovereign member states or one in the form of an actual constitution, such as the one that failed at the proposal stage at the turn of the millennium.[86] As Grimm says: first, a set of treaty agreements are not the same thing as a constitution.[87] Modern constitutions usually (but not always) lay out the basic rules for creating, administering, and adjudicating laws, putting these basic rules under the protection of special procedures for constitutional amendment. At the same time, a constitution also allows change of normal laws by simple majority. In the case of the EU, the conditions set out by treaties are treated as constitutional laws. Yet it is very difficult, even after the Single Europe Act, to alter the terms of a treaty, which requires in some cases a unanimous and in others a qualified majority. Treaties are not constitutions insofar as they contain both basic principles and simple laws – a lot of them. A treaty-based system makes both constitutional amendment and the reform of normal laws more difficult. And at the same time as the European Court of Justice has expanded its ability to quash industrial, health, environmental, and labour regulations by the member states, the actual bearers of legitimacy in this system, as Grimm notes. As a result, first, social legislation becomes more difficult to create; and second, responding to extraordinary challenges is impaired.[88] The rules in treaties appear as *diktats* imposed on democracies from above.[89] Because the EU focuses so much on free markets in things, people, services, and capital, citizens can easily gain the impression that basic economic decisions have been "depoliticized" in Steiner's sense, i.e. taken out of their hands.[90] This sense of depoliticization need not neutralize

86 D. Grimm, « Constitutionalism without Constitution: A Democracy Problem », in N.W. Barber, M. Cahill and R. Ekins (eds.), *The Rise and Fall of the European Constitution*, New York, Hart Publishing, 2019, pp. 23–40, which pulls together many of his other works on the fate of constitutionalism since 1990, esp. *The Constitution of European Democracy*, New York, Oxford University Press, 2017.

87 Ed.: see also *infra* in this volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

88 D. Grimm, « Origins and Transformation of the Concept of the Constitution », *op. cit.*, pp. 32–37; D. Grimm, « Constitutionalism », *op. cit.*, pp. 23–27; D. Grimm, « Europe Yes – But Which Europe? » in *The Constitution of European Democracy*, *op. cit.*, pp. 5–6.

89 Ed.: see *infra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? ».

90 During the Great Recession, critics complained that the terms of Union had removed the power of member states to respond to crises through fiscal measures to default on debt, but the center did not at the same time provide relief. See esp. the compelling arguments by W. Streeck in *Buying Time: The Deficit Crisis of Democratic Capitalism*, New York, Verso, 2014, but also M. Sandbu's description of options not pursued by member states when

politics; it may have the opposite effect, rallying people (correctly or incorrectly) to "reclaim" their sovereignty.

Second, the EU's structure makes dealing with crises on a Union level more difficult, especially when interests of "sovereign" states are at issue. This was the main message of the Greek crisis. Where was the leadership that would be capable of expressing a position above that of the individual states? The representatives of the individual "sovereign" states, however committed they were to the European project, had above all to respond to citizens at home. It was easy for national political actors to blame the "center" for problems and avoid confronting hard issues. The result was a populist reaction replete with images of the "enemy". That crisis fomented far-right and far-left populism in Greece and Germany, for example.[91] EU rules are not the rules of a "legal despot", but they are relatively inflexible precisely because of the lack of a clearly identifiable set of *European* leaders. The inflexible nature of the "constitution" of the EU contributes to its political weakness. Indeed, the 2008–2015 Eurozone crisis more than anything else seems to have point up the lack of a coherent relationship between economic rules and political constitutions, as the rules intended to promote stability become sources of instability, both economic and political.[92]

It is not clear that the Weimar Republic discussion about an economic constitution that enables more democratic labour relations and socialization of property is directly important for the EU. EU rules do not dictate property laws of member states. They do not close off the possibility of experimentation with labour relations, though they do limit subsidies, tariffs, and other attempts to shield firms from competition.[93] Indeed, a wide variety of approaches to labour law exist across individual member states, unionization levels vary widely from state to state, and laws establishing co-determination and levels of public or public/private ownership likewise vary widely.[94] But these remain limited member state-level initiatives. What is crucial for the EU is not Sinzheimer's notion of the economic constitution per se, but rather the further development of a European-wide (political) constitution.

---

offered the possibility of blaming Brussels: *Europe's Orphan: The Future of the Euro and the Politics of Debt*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

91 *Ibid.*, p. 181.

92 This, I think, where J. Hien and C. Joerges are going in « Das aktuelle europäische Interesse an die ordoliberale Tradition », *op. cit.*, pp. 233–237.

93 Ed.: see *infra* in this volume, P. Van Cleynenbreugel & M. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market ».

94 G. Teubner, « Transnational Economic Constitutionalism », *op. cit.*, pp. 4–6; P. Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, *op. cit.*, pp. 77–78, on property rights.

The discussion of an "economic constitution" does, however, lead to a general question that has plagued all modern constitutions and poses particular problems for the EU. Would it contribute to a sense of European solidarity to create a constitution that clearly distinguished between constitutional and normal law; created *European* legislative and executive institutions with real power that were clearly demarcated and easy to grasp; and set down some basic legal rights and rules for all members states? Or does European solidarity have to exist *before* a confederation can become a federal state? And, most speculative of all: might it be possible to imagine a concrete utopia in the form of a transformative economic constitution that opens the way for social transformation, around which a new European project might coalesce? This is not an abstract question of constitutional theory. It is a concrete question about the constitution and society of a political unity somewhere between confederation and federation.

Select Bibliography

Badura, P., *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 4th ed., Tübingen, Mohr-Siebeck, 2011.

Biebricher, T., *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2018.

Böhm, F., *Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1937.

Grimm, D., *Constitutionalism*, New York, Oxford University Press, 2015.

Grimm, D., *The Constitution of European Democracy*, New York, Oxford University Press, 2017.

Guha, R., *A Rule of Property for Bengal: An Essay on the Idea of Permanent Settlement* (1963), Charlotte (NC), Duke University Press, 1996.

Gusy, C., *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

Huber, E. R., « Bedeutungswandel der Grundrechte », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1933, vol. 62 (N.F. 23), pp. 1–98.

Kaplan, S., and Reinert, S., (eds.), *The Economic Turn: Recasting Political Economy in Enlightenment Europe*, London, Anthem, 2019.

Meek, R., *The Economics of Physiocracy*, London, George Allen and Unwin, 1962.

Müller-Armack, A., *Staatsidee und Wirtschaftsordnung im neuen Reich*, Berlin, Juncker und Dünnhaupt, 1933.

Neumann, F., *Wirtschaft, Recht, Demokratie. Aufsätze 1930 – 1954* (edited by A. Söllner), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978.

Nörr, K. W., *Die Republik der Wirtschaft. Vol. I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.

Schmitt, C., *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008.

Sinzheimer, H., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*: *Gesammelte Aufsätze und Reden*, (edited by O. Kahn-Freund and T. Ramm), Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1976, 2 vol.

Streeck, W., *Buying Time: The Deficit Crisis of Democratic Capitalism*, New York, Verso, 2014.

Teubner, G., « Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism », *Global Perspectives*, 2020, vol. 1, available at: https://doi.org/10.1525/gp.2020.13412 (last consulted on 12 February 2022).

SECTION 2

The (Neo)Liberal Recapture of the Concept

∴

An Economic Constitution – Neoliberal Lineages

Thomas Biebricher

Introduction: Conceptual Preface – What Is an Economic Constitution ?

The main goal of this paper is to trace the idea of an economic constitution throughout parts of neoliberal discourse over time. This task is complicated by the fact that the terminology of 'economic constitution' is not entirely free of ambivalence, therefore the first step in this reconstructive endeavor is to spell out the various meanings the term may have. Based on this brief terminological preface, I will scrutinize where the notion (even in the absence of the explicit wording) of an economic constitution has a more or less pronounced presence in neoliberal discourse and trace the respective developments. In short, at the age of the neoliberal inception shortly before and after World War II, the idea of the economic constitution enjoyed a remarkable level of popularity in neoliberal discourse. Invented by the ordoliberals of the Freiburg School in the interwar years,[1] the notion was disseminated, particularly by the influential Walter Eucken, in the post-war era and adopted by neoliberals from Friedrich August Hayek to Milton Friedman. The second phase of the development I aim to map begins around 1960 when shifts in neoliberal discourse as well as other factors lead to a relative decline of thinking in terms of an economic constitution, notwithstanding some prominent exceptions such as Ernst-Joachim Mestmäcker, who manages to combine genuinely ordoliberal tenets with Hayekian elements and emerges as an important figure in shaping what may be called the economic constitution of the European Union.[2] The third and final phase I will analyze sees the merging of an already Hayekianized ordoliberal tradition with the neoliberal current of the Anglo-Saxon world most akin to ordoliberalism as well as the idea of an economic constitution, namely the Constitutional Political Economy (CPE) of James Buchanan and what some commentators call the Virginia School of neoliberalism founded by him.

1 Ed.: see *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar : Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

2 Ed. : see *infra* in this volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

© THOMAS BIEBRICHER, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_007
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

Buchanan would even be named honorary president of the Walter Eucken Institute in Freiburg eventually, but the crucial figure building the theoretical bridges to pave the way for this merger of traditions is Viktor Vanberg, a long-time collaborator of Buchanan who became a Professor of Economic Policy in Freiburg in 1994, inhabiting the same Chair that Hayek held when he joined the university in Freiburg in 1962. I will close with some concluding reflections.

But first, when it comes to a notion such as an economic constitution it is important to clarify what we are referring to and let the reader know whether the following examination operates with a rather broad or more restrictive meaning of this term.[3] In my view, it might be most instructive to treat the notion of an economic constitution less as a strictly circumscribed concept with a clearly demarcated definition but rather as a motive upon which there might be different variations. In other words, I opt for a broader, more encompassing understanding of economic constitution. Still, in order to make sure that this does not leave the concept in utter vacuity, let me proceed to spell out at least some of its (potential) meanings and thus give a more determinate account of my interpretation of it identifying four ambivalences.

Starting with a very simple semantic analysis, we can already see without having to mobilize any major theoretical background knowledge that an 'economic constitution' can refer to two somewhat different phenomena. First, it can denote a constitution for the economy, understood as some kind of framework, but, secondly, it could also refer to a constitution that is crafted according to strictly economic considerations, based, possibly, on an economic analysis of law. To be sure, both will coincide in the focus that is placed on the economic effects of a constitution, but this convergence point notwithstanding, there remains a difference between wondering about the appropriate framework of markets and the kinds of analyses that are carried out in the Chicago tradition of Law and Economics. While my analysis will clearly touch on the convergence point of these two ways of spelling out the meaning of economic constitution, the economic effect of constitutions, it will largely bypass the latter tradition of Law and Economics, not the least, in order not to lose focus while exploring the vast universe of it.

The second ambivalence in meaning is related to the meaning of constitution. Here the question is how strictly we ought to interpret the term constitution, and whether only a constitutional framework of the economy in the literal sense of the term qualifies as such. In my view, this would seem overly

3 Ed. : see also *supra* in this volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

restrictive; while there is textual evidence of examples where the economic constitution is understood as just that, it may be more helpful to opt for a more expansive understanding that points to a high level of legal codification of economic affairs, which exhibits at least a certain degree of inertia and is not subject to any kind of majoritarian whim or a presidential executive order. In other words, in this understanding it would also be acceptable to refer to a more or less implicit economic constitution that can be reconstructed as a (considerable) number of individual legal norms that amount to something like a comprehensive framework for the economic sphere. Importantly, though this constitutional order must still display the typically Janus-faced nature of constitutions, which are both, enabling and restricting in their effects. In other words, a legal framework that simply enforces contracts and ensures property without any explicit restriction of economic activities short of fraud and theft would not be labeled an economic constitution. Finally, with respect to this dimension of ambivalence, we should note that even among jurists it is unclear whether the meaning of constitution should be strictly confined to a legal document, i.e. a collection of norms, or broadened to include conventionalized practices of implementing said document somewhat at variance with the letter of the law. In the German tradition there is the widely referred to distinction between *Verfassungsnorm* and *Verfassungswirklichkeit*, which also introduces some normative considerations, but more broadly speaking one might refer here to the notion of a lived constitution. In sum, what is at stake here is a restrictively legal and codified understanding of constitution in contrast to a broader understanding that may encompass non-legal spheres and includes practices in addition to norms.

The third level of ambivalence touches on what was described as the semantic ambivalence of economic constitution. Here, it is not the vagaries of the term constitution but rather the many meanings of 'economic' and what it can refer to. Concretely, is an economic constitution only in place when there is a comprehensive (legal) framework for the entirety of the private economy or is it appropriate to refer to it also in cases where only certain sectors of the private economy are 'constitutionalized'? Both seem possible, if the latter case is qualified as selective constitutionalization or something along these lines. Arguably more importantly, though, is that we cast a critical light on the notion of a strict separability of the various objects of such a constitution, as if it was possible to distinguish meaningfully between a constitution for the private economy and constitutional rules for state action that have effects on that private economy (and this is the point of convergence of the first ambivalence discussed initially). When we talk about an economic constitution the double attributes of constraining and enabling clearly accrue to both private

economic actors as well as the state, e.g. when it regulates market action but also when it uses its power to tax.

Finally, we ought to distinguish between a strictly empirical and typically broader use of the term and a normative one where considerations go beyond understanding and analyzing economic constitutions and aspire to (help) identify the economic constitution that stands out normatively, justified and legitimated by various means, that is deemed superior to alternative arrangements.[4]

As initially mentioned, I believe it to be helpful to cast a rather wide net in the following and trace different variations of the theme of an economic constitution along the lines laid out in the preceding paragraphs, although some variations, i.e. meanings will be encountered more frequently than others, which in itself might be considered an instructive finding.

Based on these preliminary remarks aimed at clarifying the various dimensions of the terminology of an economic constitution, let us now delve into the history of neoliberal thought and highlight the significance of this concept.

1 Phase 1: When Neoliberalism Spoke in Ordoliberal Terms

When we inquire into the status of the economic constitution in neoliberal discourse it is obligatory to explicate the meaning we attribute to this heavily contested term. Neoliberalism nowadays is an almost toxic word smearing both those who use it and those whom it is used to portray, but that was not always the case. As is well established now, while there were plenty of neoliberal ideas *avant la lettre* floating around in Chicago, London, Vienna and Freiburg, to name only but the most important hubs of neoliberal discourse, the 'official' birth date remains the Colloque Walter Lippmann, taking place in Paris in August 1938. In the records of the meeting, the term is first introduced[5] and from the discussions in Paris and the writings of the participants and others in close proximity of theirs we can gain a glance at what meaning the first generation of neoliberals attached to their shared project: As the schedule of the Colloque shows quite clearly there was a heightened sense of crisis among the participants and a perception prevailed that liberalism was either going

4 Ed.: see *supra* in this volume the contribution of H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique: émergence et fonctions », who identifies three functions (normative, exegetical and descriptive) of the notion of economic constitution.

5 J. Reinhoudt and S. Audier, *The Walter Lippmann Colloquium: The Birth of Neo-liberalism*, New York, Palgrave, 2018, p. 93.

to fall into oblivion or reform and reassert itself – the former being the prerequisite of the latter. Still, despite a broad agreement on the need to modernize liberalism and widespread aversion to what the participants frequently dubbed Manchesterism, i.e. *laissez-faire* capitalism and the idea that markets would and should regulate themselves, no fully coherent politico-economic philosophy would emerge from this – either at the Colloque or ever afterwards. Therefore, it is hardly a surprise that the concept of neoliberalism has been mired in controversy ever since; there simply is not a coherent positive set of doctrines. Rather, what unites neoliberal thought is a set of shifting political and intellectual antagonists that prominently include collectivism and, later on, Keynesianism or the welfare state but also the advocates of *laissez-faire*. So while they are all adamant defenders of markets and their superiority based on the functioning of the price system, which must be protected at all costs, this requires certain conditions to be in place and hence, the smallest common denominator of neoliberal discourse, a number of shifts over time notwithstanding, was and remains the problem of what these necessary conditions of functioning markets are (the epistemological part of the problem) and how they possibly could be put into place and maintained (the political part of the problem).

Now let us take a closer look at how the idea of an economic constitution was inserted into neoliberal discourse defined in this way. While considerations along the lines of a comprehensive framework for the economy were not entirely absent from other institutional centers of early neoliberal thought, especially with thinkers belonging to the 'first' Chicago School, such as Knight or Simons, the strongest evidence is definitely found in the formative stages of ordoliberal thought in Freiburg.[6] Its central figure, political economist Walter Eucken had already published smaller texts that would come to be seen as foundational for ordoliberal thought but the latter's opening salvo aimed at a broad audience came in 1936 when he published an op-ed in the *Frankfurter Zeitung* together with the Freiburg jurists Hans Großmann-Doerth and, importantly, Franz Böhm, originally entitled 'Our Task' (*Unsere Aufgabe*). Here the three sketched what they considered the decline of political economy and law as sciences that had largely lost the political clout they used to command and thus can no longer deliver at their actual task: "[l]aw and political economy were once formative forces which exercised considerable influence – for

6 Ed.: regarding the 'first' Chicago School and its proximity to ordoliberalism (especially related to Antitrust thinking), see *infra* in this volume, F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale? ».

instance, on the reconstruction of the legal and economic system which has taken place in all civilised countries since the end of the eighteenth century".[7] This diagnosis already contains a hint at the constitutional dimension of this agenda, referring to the legal and economic system. For the future ordoliberals, the point lay in the constructive contribution that a properly understood science of economics and law respectively could make to the task of ordering and which only had been forfeited due to some questionable intellectual trends such as the historicism of Schmoller and others, as well as the 'fatalism' of Marx and his followers. Both led to sciences confining themselves to register developments and abdicate their presumptive ability to shape these: "[i]t might be said that they lost the Archimedean Point from which reality can be comprehended".[8] "Confronted with such a fatalistic attitude the lawyer can only adjust to the economic conditions. He does not feel that he has the strength to shape them"[9] – but that is clearly the ambition of the ordoliberals. Here we already see that the intertwinement of the economic and the legal will be a cornerstone of the Freiburg brand of ordoliberalism and it would only take another year until the notion of an economic constitution is officially introduced at great length in Franz Böhm's *The Order of the Economy as Historical Task and Legal-Creative Achievement* (*Die Ordnung der Wirtschaft als historische Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*), which was published as the first volume of the series The Order of the Economy, edited by the three ordoliberals jointly, with their op-ed from the year before serving as Editor's Introduction.

Böhm's treatise offers arguably one of the most elaborate and also most intriguing conceptualizations of the economic constitution. Böhm sets the legal bar relatively high, explicitly pointing out that not just any legal ordering of the economy will qualify as a constitution. We can only speak of the latter "where a politically-established will prescribes a particular mode and form of economic production for the community".[10] The constitution is not an empirical snapshot of *de facto* economic processes but a set of norms and, in addition, this cannot be a somehow emergent conglomerate of legal norms but

7 F. Böhm, W. Eucken and H. Großmann-Doerth, « The Ordo Manifesto of 1936 », in T. Biebricher and F. Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity: German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, London, Rowman and Littlefield International, 2017, pp. 27–39, esp. p. 27.

8 *Ibid*., p. 29.

9 *Ibid*., p. 30.

10 F. Böhm, « Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution » (1937), in T. Biebricher and F. Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity: German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, *op. cit*., pp. 115–120, esp. p. 115.

rather it must indicate that the "*state knowingly adopts systematic pursuit of an economic policy*".[11] In other words, and this attests to the widespread influence of (Schmittian) decisionism at the time,[12] the constitution must be "founded in a clear and unassailable expression of political will" that aims at a substantive goal and, conversely, "decisions which lack a specific, substantive ideal and which leave the economic process untroubled by a clear goal and technical order, do not amount to an economic constitution".[13] Thus, what we have on display here is a comprehensive understanding of a constitution, which does not only enable economic activity but also necessarily curbs some according to some kind of substantive ideal. It is also specified in the sense that it ought to pertain to the "national economic totality" and not just a particular sector and for the most part, Böhm thinks of it as a body of legal norms (which might be different in the case of the political constitution he distinguishes from its economic counterpart). The constitution is, crucially, the coherent expression of one single political will and is thus generated "by an authoritative leadership decision founded in expert knowledge",[14] as the op-ed already demanded, which appears to point the way towards a fairly anti-pluralist kind of technocracy. We will inquire into the substantive details of this constitutional order shortly, for the moment it is worth noting, though, that Böhm's account exhibits an ambivalence that relates to one mentioned in the opening section as well, although, strictly speaking, this is yet another level. While he emphasizes the prescriptive nature and the cohesiveness of a set of norms pertaining to the totality of the economic in order to be called a (economic) constitution he still recognizes that in reality this might be too ambitious: "[c]learly, the chosen system might be piecemeal in its genesis, and full of exceptions" – so, in a way, the economic constitution in such cases characterizes the empirical *status quo* but it also defines the normative vanishing point of its thrust; i.e. its *telos*.

---

11 *Ibid.*, p. 116.

12 Ed.: concerning the controversies on the alleged Schmittian legacy of the ordoliberals, see *supra* in this volume, the contributions of P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution », and *infra,* W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" » ; S. Audier, « Le néolibéralisme: Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien? »; V. Valentin, « L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »; and the conclusion of C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

13 See F. Böhm, « Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution », *op. cit.*, p. 117.

14 *Ibid.*, pp. 116–117.

Böhm was true to the ordoliberal commitments and had dealt with economic issues from a legal perspective going back as far as the late 1920s.[15] But while he was reluctant to refer to constitutions specifically, it was clearly Walter Eucken who offered the most comprehensive design of an economic constitution, the substance of which was in almost complete congruence with Böhm's view. Eucken typically prefers to speak of orders but where he still uses the language of constitutions, the definition hardly differs from Böhm's: "[b]y an 'economic constitution' we mean the decision as to the general ordering of economic life of a community", but also adding: "[o]f course, there are partial constitutions: for example, for the monetary system…".[16] Still, in principle, Eucken agreed that economic constitutions were supposed to be a matter of deliberate design, based on a unitary will, pertaining to the totality of the economy and informed by the only authority that could grasp that totality, namely the science of political economy: "[n]aïve pre-scientific observation cannot give an understanding of an actual economic system […] Only by scientific investigation can questions about the structure of economic system be answered".[17]

While Eucken still distinguished between an economic constitution and an economic order in the *Foundations of Economics*, the former being a prescriptive, the latter a purely descriptive concept, this would change in his posthumously and immensely influential other magnum opus entitled *Principles of Economic Policy* where the most elaborate description of his idea of an economic constitution, namely, the competitive *order*, can be found.

The competitive order comprises the institutional framework of what Eucken calls an exchange economy (*Verkehrswirtschaft*) and it includes legal regulations but also goes beyond the strictly legal realm. Eucken's description focuses on several constitutive as well as (fewer) regulative principles underlying the competitive order. If implemented properly, this competitive order would ensure that only a particular type of competition would take place on markets, namely "performance competition",[18] that makes it imperative to offer better prices and/or quality for consumers in order to make a profit. The

15 Ed.: see *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

16 W. Eucken, *The Foundations of Economics: History and Theory in the Analysis of Economic Reality* (1940), Chicago, Chicago University Press, 1951, p. 83.

17 *Ibid.*, pp. 87–88. Note that the translator translated *ökonomische Ordnung* (order) into economic system throughout the entire book.

18 W. Eucken, « What is the Competitive Order? » (1952), in T. Biebricher and F. Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity: German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, *op. cit.*, pp. 99–107, esp. p. 100.

constitutive principles are a functioning price system, sound money, open markets, private property, freedom of contract, and unlimited personal liability. This is the enabling dimension of the economic constitution, which literally constitutes markets and the economy as such. Crucially, however, Eucken did believe that economic constitutions also had to contain a constraining dimension, i.e. the regulative principles. Markets are not considered self-sustaining and if it is true that the basic principle of the competitive order is competition as Eucken spells out elsewhere, precautions have to be taken that markets remain sites of performance competition, which is the function of the regulative principles. Thus, the state has to intervene whenever there are instances of market power, e.g. monopolies or trusts, but it also may have to step in to ameliorate externalities and it might even have to consider redistributive measures and – in extreme circumstances – a minimum wage.

There is no space to discuss all of these principles here; but let us note three general points. First, it is worth pointing out the somewhat heterodox nature of the regulative principles. To be sure, the first is the signature characteristic of ordoliberalism, but especially the last two are only rarely acknowledged in the conventional self-descriptions of contemporary ordoliberalism. Second, this is an economic constitution that is obviously normative in nature, since it enables an exchange economy, which Eucken thought was the only viable economic order in accordance with what he considered human nature. Finally, and arguably most importantly, Eucken himself was wary of the effects of such a constitutionalization of economic policy broadly speaking. To be sure, it was also Eucken who had continuously chastised economic policy during the interwar years for being a wayward sequence of experiments that contributed heavily to economic turbulences in his view, which is why constancy in economic policy was an end in itself: "[i]f, however, economic policy does not exhibit a sufficient degree of constancy, the competitive order also cannot become fully functional".[19] Furthermore, he did emphasize the holistic nature of the competitive order, making it imperative to preclude loopholes and exceptions. Nevertheless, Eucken was aware that this might place economic policy in a Procrustes Bed of strictly rule-based policy and thus he explicitly points out that neither rigorous rule-following nor case-to-case pragmatism is up to the task. Rather the principles of the economic constitution need to be applied with a view to the concrete situation: "[t]he sought-after order will only be established if these principles are likewise applied within the context of the concrete historical moment".[20]

19 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1952, p. 288.

20 W. Eucken, « What is the Competitive Order? », *op. cit.*, p. 105.

The Freiburg School within German ordoliberalism was thus the driving force to establish the economic constitution as a crucial concept in the context of a renewed and modernized liberalism that had been envisaged at the Colloque Walter Lippmann. What is arguably more surprising than this, however, is the fact that the Freiburg call did resonate with a number of crucial representatives of neoliberalism. While a more comprehensive survey of neoliberal discourse remains beyond the scope of this contribution, it is worth noting the selective uptake Eucken's idea of a competitive order received in the early post-war years.

Eucken had been acquainted with Hayek since before the war and the latter made it no secret that he considered Eucken's work to be of premium intellectual quality as well as political importance. Eucken had been barred from attending the Colloque by the Nazis[21] who kept very close tabs on him at this point, but when neoliberalism was born the second time at the founding of the Mont Pelerin Society in 1947, Hayek went out of his way to make sure that Eucken could attend despite difficulties entering Switzerland as a German national in the immediate post-war era. Much later, when Hayek took up his professorship in Freiburg, he would reminisce on his acquaintance with Eucken and recalled what an impression Eucken had made at Mont Pelerin: He was the only attendee from Germany and his reputation at the time was immense. It was not the least Hayek himself, who would later call him one of the most serious German thinkers in the 20th century, who seemed to be enthralled by Eucken, judging from the positions he embraced at the founding meeting of the Mont Pelerin Society. Not only did he make it clear in his opening statement that the new liberal agenda had to be modernized and get rid of outdated *laissez-faire* vocabulary, which was a cause that the ordoliberals in particular had been championing at the Colloque and before, his own presentation could be seen as testimony to the influence of Eucken's ideas.

Let us not forget that Hayek had been a fairly unreconstructed liberal in the Misean cut throughout the better part of the 1930s when he battled Keynes for intellectual hegemony over how to interpret and deal with the Great Depression. Only in the final years of the decade did his position begin to become more malleable, but only three years before the Mont Pelerin meeting he had published the *Road to Serfdom*, which is mostly considered a visceral attack on any attempt to constrain market activity – although at closer

21 Hayek wanted to invite him, writing to Lippmann about the "interesting little group in Freiburg in Germany, led by Eucken and one or two of his colleagues at the law faculty there". Quoted in A. Burgin, *The Great Persuasion: Reinventing Free Markets since the Depression*, Cambridge, Harvard University Press, 2012, p. 66.

inspection it is hardly that. In fact, Hayek's own presentation picked up exactly where he left in the *Road to Serfdom* pointing out the defensive struggles of liberals in an overall climate favorable to 'planning' and, possibly, even socialism, which was exacerbated by the inability of liberals to present a viable alternative. Hayek continued to argue that this alternative was not the demand for a return to 'free markets' – not the least because this was an utterly futile course under the given circumstances. What emerged as an alternative in his talk, interestingly, was a vision not all too different from Eucken's ideas.

To be sure, Hayek was wary of the potential of government to use its power for the exact opposite purpose, namely to foster monopolies and trusts, making not market deficiencies but government the cause of market power, which is a line of argumentation that can be found throughout Hayek's oeuvre. Still, in his presentation he edged towards the embrace of the other side of the ambivalence of the state as the greatest threat for working markets and, simultaneously, the crucial lever to secure their existence, albeit initially in highly indirect and complicated formulations:

> While it would be an exaggeration, it would not be altogether untrue to say that the interpretation of the fundamental principle of liberalism as absence of state activity rather than as a policy which deliberately adopts competition, the market, and prices as its ordering principle and uses the legal framework enforced by the state in order to make competition as effective and beneficial as possible – and to supplement it where, and only where, it cannot be made effective – is as much responsible for the decline of competition as the active support which governments have given directly and indirectly to the growth of monopoly. It is the first general thesis which we shall have to consider that competition can be made more effective and more beneficent by certain activities of government than it would be without them.[22]

While he was still hedging his bets rhetorically in these formulations only minutes later he put the cards on the table: "It is this fact which I have wished to emphasize when I called the subject of this discussion 'Free Enterprise and Competitive Order'. The two names do not necessarily designate the same system, *and it is the system described by the second which we want*".[23] Hayek, in other words, was willing to commit himself to the ordoliberal version of an

22 F.A. Hayek, *Individualism and the Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1980, p. 110.

23 *Ibid*., p. 111, my emphasis.

economic constitution along the lines of what Eucken had laid out in the post-war years. Eucken's standing with Hayek is further attested to by the fact that he was invited to London for a series of lectures in 1950 – during the course of which Eucken died unexpectedly.

And it was not only Hayek who was impressed by the agenda of an economic constitution that would take the form of the competitive order. The young Milton Friedman had joined the Economics Department at the University of Chicago in 1946 and in the following year joined his fellow Chicagoans Knight, Viner and Simons on their transatlantic voyage to the founding meeting of the Mont Pelerin Society. In his personal recollections Friedman described the meetings, which he would come to attend regularly while also rising to a rather prominent status within the Mont Pelerin Society, as a fountain of liberal youth that would replenish the energies and convictions of the gathered participants as some of the few remaining bastions of (neo)liberal reason in an uphill battle against a world bent towards collectivism. And to be sure, the overall climate in the post-war era was not particularly favorable to free market orthodoxy *à la* Mises; a fact that needs to be taken into consideration because the neoliberal distancing from unreconstructed *laissez-faire* might also involve a measure of strategic repositioning in the light of these circumstances.

In any case and whatever the precise motivation might have been, the young Friedman came to embrace not only what must have still been something of a novelty back then, i.e. neoliberalism, but also a rather ordoliberal interpretation of it. True, this would change towards the classical statements of the public intellectual Friedman, such as *Capitalism and Freedom* or *Free to Choose*, but in the early 1950s and obviously still very much under the influence of the 'first' Chicago School, Friedman was willing to commit himself emphatically to this agenda. In *Neoliberalism and its Prospects* published in 1951 in the journal *Farmand* Friedman starts out with an assessment that would become one of his and neoliberal discourse's staples in the years to come. Currently, there is still a detectable drift towards socialist/collectivist policy-making in the Western world (including parts of the Republican Party in the United States) but Friedman believed that this was one of those times when the tide was slowly beginning to turn and the established paradigms may still stand in policy-making but the intellectual spirit animating them is all but exhausted:

> Ideas have little chance of making much headway against a strong tide; their opportunity comes when the tide has ceased running strong but has not yet turned. This is, if I am right, such a time, and it affords a rare opportunity to those of us who believe in liberalism to affect the new

> direction the tide takes. We have a new faith to offer; it behooves us to make it clear to one and all what that faith is.[24]

Friedman's new faith is "the doctrine sometimes called neoliberalism which has been developing more or less simultaneously in many parts of the Western world and which in America is associated particularly with the name of Henry Simons".[25] But even though Simons's *A Positive Program for Laissez-Faire* obviously had also shaped Friedman's assessments in the article, particularly the critique of 20th century *laissez-faire* liberalism, the way the neoliberal agenda was spelt out, followed a decidedly ordoliberal pattern:

> neoliberalism would accept the nineteenth century liberal emphasis on the fundamental importance of the individual, but it would substitute for the nineteenth century goal of *laissez-faire* as a means to this end, the goal of the *competitive order*. It would seek to use competition among producers to protect consumers from exploitation, competition among employers to protect workers and owners of property, and competition among consumers to protect the enterprises themselves. The state would police the system, establish conditions favorable to competition and prevent monopoly, provide a stable monetary framework, and relieve acute misery and distress. The citizens would be protected against the state by the existence of a free private market; and against one another by the preservation of competition.[26]

Even beyond the sheer terminology of the competitive order this is a succinct description of the agenda Eucken had been developing up to 1951 as we know from the exposition above. It is worth noting that the personal encounter between Friedman and Eucken at the meeting in 1947 gives no indication of the ordoliberal imprint that was temporarily left on Friedman's thinking. Judging from the records, Eucken's session focused strongly on the immediate post-war situation in Germany and what to do about it, with Friedman injecting several of what Innset calls "highly theoretical comments".[27] But Friedman may have still heard of Eucken's vision of a competitive order if only in a somewhat

---

24 M. Friedman, « Neo-liberalism and Its Prospects », *Farmand*, 1951, vol. 17, pp. 89–93, esp p. 92.

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*, my emphasis.

27 O. Innset, *Reinventing Liberalism: The Politics, Philosophy and Economics of Early Neoliberalism (1920–1947)*, Berlin, Springer, 2020, p. 142.

strange context, when Eucken as the chair of a session on liberalism and christianity got into a skirmish with the fervently anti-religious Knight and declared that the competitive order was essential from a Christian viewpoint.[28] But even if it is difficult to establish conclusively the Euckian influence, the fact remains that Friedman's characterizations correspond to the Freiburg script in a remarkable fashion and so we can conclude that up to the 1950s the idea of an economic constitution spelled out along broadly ordoliberal Freiburg lines may not have been in any way hegemonic within neoliberal discourse but it was certainly a common frame of reference shared between Freiburg (Eucken, Böhm), London (Hayek) and even Chicago (Friedman).

2 A Period of Decline

Still, the notion of an economic constitution understood as a deliberately designed and established (legal) framework that would grant the state important functions in maintaining competition was not to last – which, however, does not imply that neoliberalism in general relapsed into blatant *laissez-faire*. But throughout the 1960s and 1970s neoliberal discourse experienced a number of shifts that also had an impact on the standing of the idea of an economic constitution. First, the overall climate with regard to economic policy began to change. What Friedman was already claiming to have detected in 1951 in what was a typical gesture of neoliberal thought rather than plain wishful thinking really came underway during the 1960s and 1970s, namely a change in the intellectual climate, notwithstanding that the political world was indeed still lagging behind: the Goldwater Campaign, an early harbinger of what was to come, crashed spectacularly at the polls of 1964. But Friedman, who had advised the campaign and others realized that the tide was indeed beginning to turn and when the 1970s experienced the stagflationary downturns that threw Keynesianism into an epistemological crisis the neoliberals were ready to position themselves more forcefully and with less sensitivity to an erstwhile market sceptical *Zeitgeist*.

Furthermore, and possibly related to this overall climactic shift, there was a notable shift in the balance of power within the Mont Pelerin Society, which continued to be an important relay structure for the diffusion and promotion of neoliberal ideas inside and outside of the organization. As is well chronicled, when Hayek stepped down as the chairman and the German ordoliberal

28 *Ibid.*, p. 148.

Röpke ascended to the helm of the Society, it ushered in a period of internal strife, all the specifics of which need not concern us here. What is important, though, is that it fractured the organization along Anglo-American and continental European lines, with Milton Friedman leading the charge against the Röpke ally and long-time financier of the Mont Pelerin Society Albert Hunold. Friedman described the latter as representing "the most reactionary and status quo ante influences in the society" and committed to a "determined movement by a group of us to get rid of Hunold as European secretary".[29] The final outcome was the resignation of Hunold along with Röpke, his fellow ordoliberal Alexander Rüstow and several others in 1961. This left the Society bereft of any major genuinely ordoliberal influence as they entered the 1960s and in the oblique rivalry between what Röpke had already described in 1955 as the proponents of "paleoliberalism" and "neoliberalism" the former had obviously prevailed.[30]

At this point, not only did the reference to an agenda of neoliberalism all but vanish but the concept of an economic constitution was also fading into the background of neoliberal discourse. It would be pointing out the obvious to demonstrate this in the work of Milton Friedman who is arguably the neoliberal tilting most strongly towards libertarianism since the beginning of the 1960s. To be sure, Friedman still stayed on this side of the divide with his affirmed view that the state had more positive functions to fulfill than enforcing contracts and property relations as Murray Rothbard or Robert Nozick are wont to suggest. But there was no more mentioning of the competitive order or an equivalent idea of an economic constitution. The problem of ensuring competition that animated the agenda of the competitive order appeared to become more and more neglectable for Friedman and at some point he took on Eucken directly:

> Henry Simons, observing public regulation of monopoly in the United States, found the results so distasteful that he concluded public monopoly would be a lesser evil. Walter Eucken, a noted German liberal, observing public monopoly in German railroads, found the results so distasteful that he concluded public regulation would be a lesser evil. Having learned from both, I reluctantly conclude that, if tolerable, private monopoly may be the least of the evils.[31]

29 Quoted in A. Burgin, *The Great Persuasion: Reinventing Free Markets since the Depression*, p. 133.

30 *Ibid.*, p. 137.

31 M. Friedman, *Capitalism and Freedom* (1962), Chicago, Chicago University Press, 2002, p. 28.

True, Friedman still introduced various principles for public policy but aside from the fact that they often turned out to be principles in name only upon closer inspection,[32] it would be a real stretch to view them as the building blocks of something like an implicit economic constitution in Friedman's thought. The first Chicago School and the Freiburg Ordoliberals still shared significant areas of common ground – Friedman's trajectory (and that of the entire Economics Department at Chicago) put significant distance between these two institutional hubs of neoliberal thought.

And Milton Friedman was not the only former adherent of ordoliberal constitutional thinking whose support turned out to be fleeting. In Hayek's case this was all the more worth noting as he accepted a professorship at the Economics Department in Freiburg right at the time when he was openly beginning to distance himself from the genuinely Euckian line of ordoliberalism – although it would be overstated to say that he broke with it.

In his inaugural lecture in Freiburg in 1962, there were the expected and probably genuinely felt pleasantries regarding the Freiburg tradition in general and Eucken's legacy in particular.[33] And we must not forget that Hayek's opus magnum *The Constitution of Liberty* had only come out two years before, affirming that he was someone who belonged to those who thought in the constitutional framework. But Hayek was already on his way elsewhere – which may have been in part an effect of the twelve years he had spent in Chicago, albeit not at the Economics Department which denied him a position. It had certainly changed his position regarding the problem of monopoly along rather Friedmanite lines. In the *Constitution of Liberty* we find the laconic assessment: "Monopoly is certainly undesirable, but only in the same sense in which scarcity is undesirable; in neither case does this mean that we can avoid it".[34] This is a far cry from the ordoliberal activism in battling economic power which was one of the primary rationales of the economic constitution aiming at a maximization of effective competition. Still, this in itself would not be sufficient evidence to conclude a decline in economic constitutional thought on behalf of Hayek.

But there is indeed more to suggest a divergence between his frame of thinking and that associated with his new home institution, and it would come to

32 T. Biebricher, *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2019.

33 F.A. Hayek, « Wirtschaft, Wissenschaft und Politik » (1962), in *Wirtschaft, Wissenschaft und Politik. Aufsätze zur Wirtschaftspolitik* (*gesammelte Schriften in deutscher Sprache*), Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 65–82, esp. Pp. 65–66.

34 F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (1960), London/New York, Routledge, 2009, p. 231.

the fore not too long after his arrival. In 1963 Hayek published an article, which at first sight seemed like a courtesy to his new environment: it was published in the central organ of ordoliberal thought, the journal *ORDO*, founded by Eucken and Böhm, and it dealt, appropriately, with the problem of order. But Hayek used the opportunity to prominently point out a distinction that would become increasingly important for him and that signaled a departure from orthodox ordoliberal thought. In *Types of Order* (*Arten der Ordnung*) Hayek distinguishes between orders that are deliberately designed and implemented with a particular goal in mind on the one hand, and spontaneous, catallactic orders on the other, the latter not being the result of anybody's design.[35] Hayek left no doubt about the need to make use of both kinds of order in society, however, starting with this article, the importance of the two types respectively would continue to shift towards the spontaneous one more and more. This is certainly related to Hayek's turn towards evolutionary theory but it is unclear what is cause and what is effect in this relation. But be that as it may, there is an increasing scepticism detectable in Hayek's thought when it comes to imagining the deliberate design of encompassing constitutions – in contrast to specific organizations – for society. At best, it seems, one can aim to cultivate an overall environment in which it becomes more likely for beneficial (constitutional) orders to emerge but with this view Hayek, who had claimed adamantly that he was not a conservative in the famous *Postscript* of the *Constitution of Liberty*, found himself in increasingly closer proximity to Burkean, and thus somewhat conservative views on the merits of institutions emerging and growing almost organically over time. In principle, this might still be reconcilable with a constitutional approach if interpreted along the lines of the British tradition of an 'unwritten' constitution, common law and an emphasis on historical precedent. At the very least, though, this is a decidedly different view of an economic constitution from what Eucken and Böhm in particular had put forward in the formative years of ordo- and neoliberalism.[36]

35 F.A. Hayek, « Arten der Ordnung », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1963, vol. 14, pp. 3–20.

36 The later Hayek's position is probably summed up best in this paragraph from an encyclopedia entry on liberalism, which he approaches systematically and historically. Here is said: "If the free enterprise system is to work beneficially, it is not sufficient that the laws satisfy the negative criteria sketched earlier. It is also necessary that their positive content be such as to make the market mechanism operate satisfactorily. This requires in particular rules which favor the preservation of competition and restrain, so far as possible, the development of monopolistic positions. These problems were somewhat neglected by nineteenth-century liberal doctrine and were examined systematically only more recently by some of the neoliberal groups". These neoliberal groups are obviously the ordoliberals. However, Hayek's general stance follows afoot: "It is probable, however,

And speaking of Böhm, it is finally worth mentioning that Hayek's presence in Freiburg also seems to have had some impact on his views. Consider an example from a text originally published in ORDO in 1966. Here Böhm speaks of signalling systems, e.g. markets, that "over the span of entire historical periods have been polished and ground more or less without any input from a planning state authority, even without conscious human insight by the unconsciously intelligent everyday action of countless generations of individuals".[37] This is much more reminiscent of Hayekian descriptions of spontaneous orders than what Böhm had had to say about the authoritative setting of deliberately designed constitutions in 1937 and a long time after that. Still, it was one of Böhm's students, Ernst Joachim Mestmäcker, who would most emphatically carry on the tradition of the idea of an economic constitution in a time of overall decline of such a notion. Mestmäcker would explicitly raise the question as to "how to concretize the principles of the rule of law in a theory of the economic constitution"[38] and he would do so first and foremost with respect to the European Union and the Common Market[39]. Mestmäcker would come to play a prominent role in shaping European competition law and thus provides one of the more important personified channels through with ordoliberal ideas were injected into European Union (legal) structures. It is worth pointing out that just as in Böhm's case, Mestmäcker's thinking of the economic constitution had adopted a discernable Hayekian inflection, but nevertheless he represents by far the most ambitious attempt to connect to the traditional ordoliberal approach to the economic constitution during an era in which such themes appeared to be in decline within neoliberal discourse, albeit at times in an altered, supranational context and not without shifts and revisions.

---

that in the field of enterprise monopoly would never have become a serious problem if government had not assisted its development by tariffs, certain features of the law of corporations and of the law of industrial patents". In other words, if it was not for government, there would hardly be a monopoly problem (F. A. Hayek, « Liberalism » in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, London, Routledge, 1978, pp. 119–151, esp. pp. 145–146).

37 F. Böhm, « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft » (1966), in E.-J. Mestmäcker (ed.), *Franz Böhm. Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1980, pp. 105–168, esp. p. 123.

38 E.-J. Mestmäcker, *Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Recht und Privatautonomie*, Baden-Baden, Nomos, 1978, p. 23.

39 Ed. : see *infra* in this volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

3 Coda: The Renaissance of Constitutional Thought – Viktor Vanberg and James Buchanan

The Renaissance of constitutional thought within neoliberal discourse is largely albeit far from exclusively attributable to the rise of what is sometimes referred to as the Virginia School of Political Economy or the Virginia School within neoliberal thought, shaped decisively by James Buchanan. Buchanan's agenda is best characterized as Constitutional Political Economy and this already indicates of course the overarching importance of constitutional thinking for his entire work. The genesis of Buchanan's thought need not concern us here;[40] suffice it to say that by the mid 1960s and possibly long before he had arrived at a fairly unique point of view that blended Wicksellian elements on public finance with ingredients from respective Italian traditions and developed a perspective on political economy that put a premium on the crucial distinction between choices within a set of rules and choices between different (sets of) rules, the latter being the constitutional level, which was the level Buchanan's work tended to focus on for the rest of his career. With view to the distinctions and ambivalences laid out in the opening section, what was of prime interest to Buchanan was the (economic) effects different kinds of rule sets, i.e. constitutions with varying properties, would have on the choices made by actors. These actors were at least initially modelled along the lines of the behavioral model of *homo oeconomicus* and Buchanan's crucial theoretical move was to assume that this was also an appropriate model to analyze the behavior of political actors from elected officials to appointed bureaucrats. With this innovative if controversial agenda, Buchanan rose to prominence inside and outside the institutionalized neoliberal network of the Mont Pelerin Society: not only was he the Society's president from 1984 to 1986, at the end of his tenure he also received the 'Nobel' Prize for Economics in 1986. Thus, the influential stature of Buchanan within neoliberal discourse and the Economics profession is undisputed.

Still, the fact that he was considered to be a 'constitutionalist' – not the least by himself – does not determine yet, what kind of a constitutionalist he was according to the differentiations developed in the opening section. We have already mentioned that Buchanan obviously was interested in the economic effects of constitutions but he also subscribed to the notion of an economic constitution in the other sense of the term, offering what amounts

40 See P. Boettke and A. Marciano (eds.), *The Soul of Classical Political Economy: James M. Buchanan from the Archives*, Fairfax, Mercatus Center at George Mason University, 2020.

to an economic analysis of varying constitutional orders, albeit not carried out in a strictly Chicago style Law and Economics fashion. Regarding the second ambivalence, it seems plausible to say that while Buchanan emphasized explicitly legal regulations and rules, such as – prominently – the balanced-budget amendment, his overall understanding of a constitution included less tangible cultural or moral factors as well. In contrast to Thomas Hobbes, one of his virtual interlocutors, and despite the heavy emphasis on *homo oeconomicus* characterizing his work up to the 1980s, the later Buchanan would concede that law by itself could not rein in 'deviant' behavior in the long run and began to introduce the notion of a 'moral order' as an integral aspect of what he considered a 'good society'. Conversely, the problem of public finance and an overspending as well as overtaxing state was not just self-serving politicians and bureaucrats but also the erosion of a fiscal morality due to the corrosive influence of Keynes in particular.

Moreover, when we consider the third ambivalence, Buchanan was talking about constitutions in the broad sense of the term, which meant that this included partial constitutions not necessarily pertaining to, for example, the economy in its entirety, as used to be the ambition held by classical ordoliberals. More importantly, though, one could make the case that the object of Buchanan's constitutional endeavors is not so much markets or certain aspects of them at all but rather the state. Needless to say, this will have any numbers of effects on markets and private actors, which is why, initially, we explicitly included such an emphasis in the concept of an economic constitution, but it is worth pointing out that Buchanan is primarily concerned with a set of rules pertaining to state economic and financial policy, e.g. a "tax constitution"[41] but also the distribution of the power to tax between various levels of government, to stay with the example of fiscal policy.

Finally, Buchanan's concept of an economic constitution in the broadest sense can be used in a largely descriptive manner, referring – quite broadly – to any set of 'rules of the game' including a less easily pinpointed 'ethical' dimension. Still, two points bear mentioning. First, Buchanan was clear that just about any constitution would be preferable to anarchy and in that sense he was a Hobbesian, albeit with the strong qualifier that the entire point of Buchanan's agenda is to restrict what he also would come to refer to as 'Leviathan'. Second, there is clearly a normative aspect to Buchanan's constitutional theorizing, the normative criterion being that of a strict normative individualist: between two

41 G. Brennan and J. Buchanan, « Towards a Tax Constitution for Leviathan », *Journal of Public Economics*, 1977, vol. 8, pp. 255–273.

constitutional orders it is the one that can gather ideally unanimous support from those subject to it that ought to be adopted; there is no extrinsic normative value that would have to be taken into consideration.

As we approach the end of the paper we must eventually address the relation between the ordoliberal conception of the concept of an economic constitution and the Virginia conception, which is an intriguing issue, not the least because both paradigms would come to be fused to a significant degree at the hands of one of Hayek's successors at Freiburg, Viktor Vanberg.

Vanberg was trained as a sociologist but always had exhibited an individualist orientation as far as methods and normative commitments are concerned, citing the thought of Hans Albert as one of his prime inspirations. Vanberg had already worked on both Buchanan and Hayek, defending their respective individualist approaches to explaining social phenomena when the three of them met in what must be described as a fateful encounter in Freiburg of all places, where a conference organized by the Liberty Fund took place. Vanberg, who was working at Mannheim University at the time, was the discussant of Hayek's talk and his own paper focused on the relation between what he called Hayek's liberal evolutionism and Buchanan's contractarian constitutionalism. Even more importantly, Vanberg in his talk submitted what he thought might be a theoretical bridge between the two paradigms, reconciliating what Buchanan criticized in Hayek as the latter's evolutionary fatalism and what Hayek undoubtedly criticized as Buchanan's rationalist constructivism, i.e. the attempt to deliberately design constitutions along the lines discussed above. There is no space to go into the details of Vanberg's suggestions, which, as should be noted, found tentative agreement from both, Buchanan and Hayek, rather let us focus on the rapprochement it would set off over the coming two decades.

Subsequent to the Freiburg meeting, Vanberg was invited to the Center for the Study of Public Choice in Virginia by Buchanan where he ended up spending five years in different positions, working closely with Buchanan and also publishing jointly. Interestingly, it was only during his time in Blacksburg and later Fairfax (Virginia) that Vanberg became really interested in ordoliberalism; "a tradition in German economics I had known about but that I had not paid much attention to before coming to the Public Choice Center".[42] His engagement with ordoliberalism resulted in a crucial paper that would also become an agenda for the coming years and was aptly published in ORDO in 1988. In

42 V. Vanberg, « James Buchanan's contractarian individualism: a person account », *The Review of Austrian Economics*, 2014, vol. 27, pp. 147–156, esp. p. 154.

"*Ordnungstheorie* as Constitutional Economics. The German Conception of a 'Social Market Economy' " Vanberg for the first time undertook a systematic comparison between the Freiburg and the Virginia framework and pointed out the significant overlap between their respective constitutionalisms as well as their complementarities.[43]

Vanberg continued to explore the relation between Constitutional Political Economy and other frameworks, not the least the one of Hayek,[44] and this turned into a full-blown agenda when he assumed the Chair in Economic Policy formerly held by Hayek in Freiburg in 1994. From there on, Vanberg went at great length to devise what might be called a great synthesis between not only ordoliberal thought and Constitutional Political Economy but also these two paradigms and Hayek's evolutionary thought. We are already familiar with one of the main fault lines between Hayek's and Buchanan's perspectives but while there was significant overlap between Freiburg and Virginia, their reconciliation was not to be taken for granted either. After all, the Freiburg view was that science was capable and obligated to assist politics in designing and maintaining an economic constitution, i.e. the competitive order, while Buchanan's public choice commitments led him to believe that this kind of consultancy to wholly opportunistic politicians would be at best naïve and at worst dangerous.

But aside from these outright conflicts, Vanberg rather focused on the complementarities between the two paradigms and where they could prove mutually beneficial, which was, not the least, in the relative focus of the economic constitution. What Vanberg thought ordoliberal constitutionalism had to adopt from Buchanan was a strictly individualist normative orientation. That is to say, while the classic ordoliberals were inclined to believe that the functional and normative justification of the competitive order could be ensured with reference to scientific expertise, this clearly technocratic and elitist attitude became more and more difficult to maintain, in the eyes of Vanberg. Instead, the citizenry and their consent should be the sole arbiter of the normative acceptability of the economic constitution, although we must leave aside the question as to what kind of procedure should be seen as appropriate and sufficient to establish this will, the options ranging from the strong,

43 See V. Vanberg, « Ordnungstheorie as Constitutional Economics – The German Conception of a 'Social Market Economy' », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft,* 1988, vol. 39, pp. 17–31 ; H. Leipold, « Neoliberal Ordnungstheorie and Constitutional Economics », *Constitutional Political Economy*, 1990, n° 1, pp. 47–65.

44 V. Vanberg, « Hayek as Constitutional Political Economist », *Wirtschaftspolitische Blätter*, 1989, vol. 36, pp. 171–182.

i.e. a referendum, to the weak, i.e. tacit consent in conjunction with the ability to leave and thus "vote with one's feet". Conversely, Vanberg noted a complementarity that we have already indicated implicitly, when characterizing Buchanan's conception of an economic constitution with its almost exclusive focus on state policy. As Vanberg notes, Public Choice in the Virginian mold had "primarily focused on the issue of how the political process may be constrained by suitable rules to be responsive to citizens' interests, the principal focus of the Freiburg school has been on the institutional prerequisites for a market order that is responsive to consumer interests".[45]

Thus, the emerging paradigm of what its representatives would begin to call *Ordnungsökonomik* instead of Ordoliberalismus sought to bring in a stringently applied Virginian normative individualism to Freiburg constitutional thought while at the same time combining Virginian attempts to bind Leviathan through an economic constitution with the Freiburg emphasis of regulating markets with their version of an economic constitution – and all of this with a good measure of Hayekian belief in spontaneous orders evolving evolutionarily sprinkled on top.[46]

Conclusion

In this contribution I have tried to trace the lineage of the concept of an economic constitution as it is found in some currents of neoliberal discourse. Within the early years and even decades of this discourse ordoliberalism has a significant presence in it and, concomitantly, the idea of an economic constitution and, more specifically, the competitive order was at least a point of reference even in quarters with no direct linkage with the Freiburg School. Hayek and Friedman may not have agreed on the specifics of what Eucken and Böhm had in mind in their version(s) of economic constitutionalism but the overall notion of a regulatory framework of markets with legal characters seems to have been acceptable and even appealing up until the 1950s. As chronicled

45 V. Vanberg, *The Constitution of Markets: Essays in Political Economy*, New York, Routledge, 2001, esp. p. XIII.

46 Ed.: Werner Bonefeld proposes *infra* in this volume a critical analysis of Vanberg's *Ordnungspolitik* (W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" »), which leads in turn to a controversy regarding the hypothesis of such an 'authoritarian liberalism' : S. Audier, « Le néolibéralisme: Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien? »; V. Valentin, « L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire ».

in the paper, this heyday is followed by a period of decline with a number of factors located on different levels contributing to this overall effect. Finally, we have pointed to the renaissance of constitutional thought broadly speaking due to the rise of the Virginia School of Constitutional Political Economy spearheaded by James Buchanan. The end point of this reconstruction being the curious convergence between Freiburg, Hayek and Virginia orchestrated by Vanberg during his tenure in Freiburg from 1994 to 2010 – and beyond.

Two avenues for research going beyond and possibly building on this reconstruction are quite obviously the following. First, while this reconstructive endeavor has touched what I consider to be important sectors in the field of neoliberal thought, i.e. pertinent to a genealogy of the idea of an economic constitution, it goes without saying that his hardly provides a comprehensive map of what might be other lineages between other varieties of neoliberal thought.

Furthermore, what deserves much closer scrutiny than what can be offered here is Vanberg's synthesis of the various frameworks as it pertains to the idea of an economic constitution along the lines hinted at in the final paragraphs of the papers. Part of such an examination would have to address the stability of the paradigm of '*Ordnungsökonomik*' in the years after Vanberg's tenure and to what extent the successor generation has managed to maintain whatever cohesiveness there might have been to this paradigm in the first place or whether the delicate balance between the various ingredients collapses to the benefit of some and at the expense of others. In other words, is *Ordnungsökonomik* actually a cohesive intellectual framework and to what extent might it then be considered the most important intellectual resource for the idea of an economic constitution within neoliberal thought?

Select Bibliography

Biebricher, T., and Vogelmann, F., (eds.), *The Birth of Austerity: German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, London, Rowman and Littlefield International, 2017.

Biebricher, T., *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2019.

Boettke, P., and Marciano, A., (eds.), *The Soul of Classical Political Economy: James M. Buchanan from the Archives*, Fairfax, Mercatus Center at George Mason University, 2020.

Brennan, G., and Buchanan, J., « Towards a Tax Constitution for Leviathan », *Journal of Public Economics*, 1977, vol. 8, pp. 255–273.

Eucken, W., *The Foundations of Economics: History and Theory in the Analysis of Economic Reality* (1940), Chicago, Chicago University Press, 1951.

Friedman, M., « Neo-liberalism and Its Prospects », *Farmand*, 1951, vol. 17, pp. 89–93.

Friedman, M., *Capitalism and Freedom* (1962), Chicago, Chicago University Press, 2002.

Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty* (1960), London/New York, Routledge, 2009.

Hayek, F.A., *Individualism and the Economic Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1980.

Mestmäcker, E.-J., *Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Recht und Privatautonomie*, Baden-Baden, Nomos, 1978.

Mestmäcker, E.-J., (ed.), *Franz Böhm. Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1980.

Reinhoudt J., and Audier, S., *The Walter Lippmann Colloquium: The Birth of Neo-liberalism*, New York, Palgrave, 2018.

Vanberg, V., « Ordnungstheorie as Constitutional Economics – The German Conception of a 'Social Market Economy' », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft,* 1988, vol. 39, pp. 17–31.

Vanberg, V., « Hayek as Constitutional Political Economist », *Wirtschaftspolitische Blätter*, 1989, vol. 36, pp. 171–182.

Vanberg, V., *The Constitution of Markets: Essays in Political Economy*, New York, Routledge, 2001.

Economic Constitution and Authoritarian Liberalism: Carl Schmitt and the Idea of a Sound Economy

Werner Bonefeld

Introduction

The concerns of this contribution can be summarized with reference to a recent publication by Viktor Vanberg.[1] In this publication Vanberg offers a succinct summary of the ordoliberal meaning of *Ordnungspolitik*, focusing on economic constitution and on the indispensability of the liberal state for the free economy.[2] According to Vanberg, economic constitution and political constitution presuppose each other. In distinction to the founding ordoliberal texts of the early 1930s, he establishes the principles of *Ordnungspolitik* with scientific insight and analytical precision. The political urgency of the founding ordoliberal texts is missing and their contribution to the emergence of an authoritarian liberalism is not raised. Carl Schmitt does not figure in his account, which is cleansed of unsavoury references to the 'authoritarian liberalism' that Hermann Heller[3] and also Herbert Marcuse[4] talked about when determining the character of his argument in the early 1930s.

Clearly Schmitt is not a liberal economic thinker. He is the authoritarian thinker of the political state as the institution of sovereign decision-making. Nevertheless, Schmitt's insistence that the state is properly a state on the condition that it sustains its distinction from (mass) society is not at all at odds

1 V. Vanberg, « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *European Review of International Studies*, 2015, n°2, pp. 27–36.

2 Ed.: for a historical overview of the notion of Eonomic constitution from the early ordoliberals (Böhm, Eucken) through Hayek and the American neoliberals (Chicago School of Friedman and Virginia School of Buchanan) to Viktor Vanberg's *Ordnungspolitik*, cf *supra* in this volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

3 H. Heller, « Autoritärer Liberalismus », *Die Neue Rundschau*, 1933, vol. 44, pp. 289–298 (reprinted in: H. Heller, *Gesammelte Schriften,* vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1971, pp. 643–653 ; English translation available in: H. Heller, « Authoritarian Liberalism ? » *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n°3, pp. 295–301).

4 H. Marcuse, « Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung », *Zeitschrift für Sozialforschung*, 1934, vol. 3, n° 2, pp. 161-195 (English translation available in : H. Marcuse « The Struggle against Liberalism in the Totalitarian View of the State », in *Negations: Essays in Critical Theory*, London, Free Association Books, 1988, pp. 3–42).

© WERNER BONEFELD, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_008
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

with, in fact it is central to, conceptions of the free economy as a depoliticized sphere of rules-based exchange relations between competing property owners. "What are the rules of the game"?[5] Who puts them in place, oversees, modifies and enforces them? Who then is charged with depoliticizing the social relations, ensuring their rule-based conduct, and facilitates competition for which, as Böhm saw it,[6] there is no lobby? Who, finally, constrains the passions of self-interest, pluralist demands for protection from competitive pressures, and class specific demands for welfare security from the vagaries of the labour market? In the (ordo)liberal argument, the institution of institutions is the state. It is not only the power behind the economic constitution, the force of law, it is also the guardian of the constitution, the force of law preserving violence, which, in the ordoliberal argument, characterizes the state as "market police".[7] In the economic-liberal argument, therefore, the separation of state and society as distinct spheres of social organization is of central importance. The state lays down and enforces the rules of the game and it does so in order to facilitate the conduct of society in freedom from direct forms of domination and coercion. In the words of Hayek, "man is free if he needs to obey no person but solely the law".[8] In the authoritarian liberal argument, this freedom is unthinkable without the independent power of the state as the principal authority of order and law. Indeed, and as I set out to argue here, authoritarian liberalism conceives of the free economy as an order of state. It recognizes the economic constitution of liberty as a political practice of order (*Ordnungspolitik*).

Schmitt's authoritarian liberalism emerged as an argument about the causes that led to the breach of the distinction between state and society and about how to renew their separation in a mass democratic context. The slogan "sound economy and strong state"[9] expressed the programme of authoritarian liberalism. It

5 W. Eucken, *The Foundations of Economics – History and Theory in Analysis of Economic Reality*, New York, Springer, 1992, p. 81 (original ed.: W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Iena, Gustav Fischer, 1940).

6 F. Böhm, « Extracts from Franz Böhm: "Private Law Society and Market Economy" », in P. Koslowski (ed.) *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition*, Berlin, Springer, 2010, pp. 148–188.

7 See A. Rüstow, « General Sociological Causes of the Economic Disintegration and Possibilities of Reconstruction », afterword to W. Röpke, *International Economic Disintegration*, London, Hodge, 1942, pp. 263–283, esp. p. 275 ; W. Röpke, *The Social Crisis of Our Time*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2009, p. 52 (original ed.: Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart, Erlenbach-Zürich, Eugen Rentsch, 1944).

8 F. Hayek, *The Road to Serfdom*, London, Routledge, 1944, p. 61, referring to Kant.

9 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », Appendix to R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, Cardiff, Wales University Press, 1998, pp. 212–232. (original ed.: C. Schmitt, « Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern (Konferenz gehalten am 23.11.1932) », *Volk und Reich*, 1933, pp. 81–94).

demanded the depoliticization of society through the politicization or "existentialization" of the state.[10] Whilst contemporary ordoliberalism is keen to remove Schmitt from discussion about *Ordnungspolitik*, critical commentators are undecided whether it was Schmitt who influenced the ordoliberals[11] or whether it was the ordoliberals who influenced Schmitt.[12] The contribution expounds Schmitt's contribution to the authoritarian liberal argument about the politics of the order of freedom (*Freiheitsordnung*). Authoritarian liberalism recognizes freedom as an expression of order. Exploration of Schmitt's stance is helpful in delineating the political premise of the free economy, which in the words of Böhm amounts to an eminently political practice.[13] *Ordnungspolitik* is therefore also a politics of the political constitution of the state to ensure its liberal utility in a mass democratic age.

The following subchapter presents Vanberg's account of *Ordnungspolitik* (1.). His argument links economic constitution and political constitution in a clear and precise manner. Then follows a subchapter on Schmitt's critique of the Weimar "economic state" (*Wirtschaftsstaat*),[14] which is a central term of critique in ordoliberal thought, including especially Eucken's contribution (2.). The final subchapter examines Schmitt's idea of the strong state as the premise of the free economy (3.). The conclusion summarizes the account with reference to the ordoliberal conception of order(ing).

1 *Ordnungspolitik* and the Strong State

Vanberg expounds the separation of state and society as fundamental to the constitution of a free economy. He recognizes that in this relationship the state is the institution of institutions. The separation of state and society is a practice of *Ordnungspolitik*.[15] That is, the maintenance of state-free spheres of economic interaction amounts to a political task. By implication, the assertion of political power in society, and conversely, the assertion of economic interest at the level of the state amount to a failure of *Ordnungspolitik*. It leads

10 H. Marcuse « The Struggle against Liberalism in the Totalitarian View of the State », *op. cit.*

11 R. Ptak, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirschaft*, Opladen, Leske – Buderich, 2004.

12 R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, Cardiff, Wales University Press, 1998.

13 F. Böhm, « Eine Kampfansage an Ordnungstheorie und Ordnungspolitik. Zu einem Aufstaz im Kyklos », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1973, vol. 24, pp. 11–48.

14 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 79.

15 V. Vanberg, « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *op. cit.*

liberal economy down the path on the road to serfdom, as Hayek famously put it.[16] According to Eucken, whose work Vanberg relies upon in his account of *Ordnungspolitik*, the failure to maintain state and society as separate spheres led to the emergence of the Weimar democratic welfare state, which Eucken, like Schmitt, characterizes as a *Wirtschaftsstaat*, that is, an economic state[17] of not only total social responsibility but also of planned chaos.[18] In the economic state the "lash of competition"[19] is replaced by competition for regulative privileges, which, as authoritarian liberalism argued, exhausted the innovative capacity of capitalism and damaged its "automatic mechanism" of self-regulation through "market prices". The potential of liberal economy to achieve "the highest economic prosperity"[20] was thereby undermined.

According to Vanberg, however, the assertion of 'private economic power' as such does not pose a threat to the free economy. In fact, such assertion belongs to its concept. The threat comes from a political order that fails to stay strong in the face of such assertion, ranging from pluralist demands for special measures to mass democratic demands for welfare protections. He conceives of such a state as a weak state because it succumbed to the clamour of the private interests and the social forces. The "state should on no account be allowed to confer privileges"[21] and the liberal state has therefore to be a strong state[22], a night-watchman state will not do. Only a strong state can prevent the "(re)feudalization" of state and society and act as "guardian of the competitive order".[23]

Vanberg argues his case with reference to Eucken's view that the Weimar state had become "a plaything in the hands of interest groups".[24] Whereas the weak

16 F. Hayek, *The Road to Serfdom*, *op. cit*.

17 W. Eucken « Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus », *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol. 36, n°2, pp. 297–321 (English translation available in : W. Eucken, « Structural Transformations of the State and the Crisis of Capitalism », in T. Biebricher and F. Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity*, London, Rowman & Littlefield, 2017, pp. 51–72).

18 L. von Mises, *Planned Chaos*, Irvington-on-Hudson NY, Foundation for Economic Education, 1947; C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit*., p. 92.

19 W. Eucken, « Structural Transformations of the State and the Crisis of Capitalism », *op. cit*., p. 52.

20 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 78.

21 F. Böhm, « Rule of Law in a Market Economy », in A. Peacock and H Willgerodt (eds.), *Germany's Social Market Economy – Origins and Evolution*, London, Palgrave, 1989, pp. 46–67, esp. p. 70 (original ed.: F. Böhm, « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, vol. 17, pp. 75–151).

22 V. Vanberg, « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *op. cit*., p. 30.

23 *Ibid*., pp. 29–30.

24 *Ibid.*, pp. 30–31, quoting Eucken (W. Eucken « Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus », *op. cit*., p. 307).

state gives in to the demands of recalcitrant social interests, the strong state is characterized by its capacity for independent decision-making, which is seen as a requirement for maintaining the relations of economic liberty, enterprise competition, and entrepreneurship. It lays down the rules of the game and enforces the rules decided upon, including especially the rules of competition. It is, as mentioned above, the 'guardian of competitive order'. Only a strong state can constrain the passions and the interests, as Hirschman[25] put in his account of the classical case for "commercial society".[26] In contrast, a weak state succumbs to them and is governed by them. Since free economy is a "genuine and indispensable political task"[27], the state cannot be an outgrowth of "unlimited majoritarian rule"[28] and the practice of government cannot be guided by unlimited democratic demands.[29] "Liberal interventionism",[30] "planning for

25 A.O. Hirschman, *The Passions and the Interests: Political Arguments for Capitalism before Its Triumph*, New Jersey, Princeton University Press, 1997.

26 A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Oxford, Oxford University Press, 1976. On the (liberal) state as the political form of market freedom, see: W. Bonefeld, « Adam Smith and Ordoliberalism: On the Political Form of Market Liberty », *Review of International Studies*, 2013, vol. 39, n°2, pp. 233–250; S. Clarke, *Keynesianism, Monetarism and the Crisis of the State*, Cheltenham, Edward Elger, 1988.

27 V. Vanberg, « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *op. cit.*, p. 29.

28 *Ibid.*, p. 31.

29 F. Hayek, *Law, Legislation, Liberty*, London, Routledge, 2012, pp. 471–472. On Hayek's political philosophy of liberty as an authoritarian political practice see: R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, *op. cit.*, chap. 8 ; S. Irving, « Limiting democracy and framing the economy: Hayek, Schmitt and ordoliberalism », *History of European Ideas*, 2018, vol. 44, n° 1, pp. 113–127. Against Schmitt, Hayek argues for the sovereignty of the liberal rule of law, rule-bound government, and the limited state. With Schmitt, he argued that unlimited democracy is incompatible with the law of private property, and he argued further that a dictatorship might be more liberal in its conduct than a democracy that does not know how to limit itself (paraphrasing Hayek as quoted in R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, *op. cit.*, p. 168). Hayek recognizes that the crust of liberal market civilization is thin and when required by the prevailing situation "the most fundamental principles of a free society [...] may have to be temporarily sacrificed [...][to preserve] liberty in the long run" (F. Hayek, *The Constitution of Liberty*, London, Routledge, 1960, p. 217). Hayek's endorsement of a transitional dictator accepts not only that Schmitt's conception of the sovereign as he who decides on the exception had not just 'some plausibility' (F. Hayek, *Law, Legislation, Liberty*, *op. cit.*, p. 459) but that it is in fact the ultimate safeguard of capitalist economy. For an expanded discussion about (transitional) dictatorship as a means of liberty in mass democracy, see: W. Bonefeld, « Democracy and Dictatorship: Means and Ends of the State », *Critique*, 2006, vol. 34, n°3, pp. 237–252.

30 A. Rüstow, « General Sociological Causes of the Economic Disintegration and Possibilities of Reconstruction », *op. cit.* ; A. Rüstow, « Freie Wirtschaft – starker Staat. Die staatspolitischen Vorraussetzungen des wirtschaftspolitischen Liberalismus », in F. Boese (ed.),

competition",[31] and a system of unlimited mass democracy belong to different worlds. However, Vanberg does not argue against democracy. On the contrary, he argues for liberal-democracy as a system of government, in which the democratic character of the state is tied to its liberal foundation and which on this basis preserves not only the liberal utility of the state within mass-democracy but also ensures the peaceful circulation of governing elites through competitive elections, as argued by Schumpeter[32] and Hayek.[33]/[34]

Crucially, therefore, *Ordnungspolitik* is not only needed "to establish an appropriate *economic* constitution, *Ordnungspolitik* is also needed at the level of politics [...] to establish and maintain an appropriate *political* constitution",[35] one that, in the face of immense pressures brought to bear on the conduct of public policy by powerful interest groups, political parties, and the social forces, enables the liberal state to preserve its independence and one that, therefore, facilitates its liberal utility as "market police",[36] that is a state which in Hayek's phraseology "plans for competition" through a politics of what Rüstow calls "liberal interventionism". The establishment of an economic constitution and of a political constitution is a matter of *Ordnungspolitik*. *Ordnungspolitik* entails 'the whole'. It amounts to a *Gesamtentscheidung* about the character of political economy, of state and economy, and about the character of their relationship. *Ordnungspolitik* is therefore also a 'decision' about the basic norms of conduct in liberal economy. In the case of a society founded on the freedom of competition, what are the ground rules and what kind of (social) order is required to sustain its conduct? In this context, the meaning

---

Deutschland und die Weltkrise. Verhandlungen des Vereins für sozialpolitik in Dresden 1932, n° 187, Munich, Duncker & Humblot, 1932, pp. 62-69 (reprinted in A. Rüstow, « Die staatspolitischen Voraussetzungen des wirtschaftspolitischen Liberalismus », in *Rede und Antwort*, Ludwigsburg, Hoch, 1963, pp. 249–258).

31 F. Hayek, *The Road to Serfdom*, *op. cit.*, p. 31.

32 J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, And Democracy*, New York, Harper & Row, 1942.

33 F. Hayek, *The Road to Serfdom*, *op. cit.*, p. 293.

34 On this issue see also Müller's account of militant democracy : J.W. Müller, « Militant Democracy », in M. Rosenfeld and A. Sajo (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 253–269. About democracy and European economic constitution, see also: W. Bonefeld, *The Strong State and the Free Economy*. London, Rowman & Littlefield, 2017, pp. 115–170 ; W. Bonefeld, « Ordoliberalism, European Monetary Union and State Power », *Critical Sociology*, 2019, vol. 45, n^{os} 7–8, pp. 995–1010.

35 V. Vanberg, « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *op. cit.*, p. 31.

36 See A. Rüstow, « General Sociological Causes and the Economic Disintegration and Possibilities of Reconstruction », *op. cit.*, p. 275; W. Röpke, *The Social Crisis of Our Time*, *op. cit.*, 2009, p. 52.

of *economic constitution* refers to the ground rules and basic norms that constitute the economic order in its totality.[37] However, order is a political category. Vanberg therefore conceives of the liberal economic order as a "product" of "constitutional economic policy".[38] Its task "is to create conditions under which the 'invisible hand' that Adam Smith had described can be expected to do its work".[39] The invisible hand does not do its 'work' unless it is facilitated to do so by a 'constitutional economic policy' that removes all 'orderlessness' (Böhm) from the social relations – removing distortions and impediments from markets, curtailing the influence of private power, trade unions and the political parties, on the conduct of government and depoliticizing the socio-economic relations.

Ordnungspolitik entails therefore not only an "integrated approach to the various components of the legal-institutional framework in which a market economy is embedded".[40] It entails also an integrated approach to the various components of the political framework, including the scope of democratic control over, and influence on, the conduct of public policy. *Ordnungspolitik* specifies "the essential role that government has to play in defining and enforcing the legal-institutional framework".[41] For the sake of the system of economic liberty, and in the words of Schmitt, the political constitution has therefore to set out the "precise limits"[42] in which the state has to act in accordance with and for the sake of what is Right and proper in a liberal political economy.

2 On Schmitt's Critique of the So-Called Weimar Economic State

In his *The Guardian of the Constitution* Schmitt argues that prior to the incursion of mass democracy into the liberal state, state and society were clearly separated with the state successfully claiming the monopoly of the political and the economy self-regulating on the basis of "the automatic mechanisms" of "demand and supply, competition, market prices", *etc.*[43] According to Schmitt, the mass democratic age of Weimar ruptured the separation between state and society with the result that state and society became essentially identical. The rupture focused on the change in character of the institution of parliament,

37 V. Vanberg, « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *op. cit.*, p. 28.
38 *Ibid.*, p. 29.
39 *Ibid.*
40 *Ibid.*
41 *Ibid.*, p. 42.
42 C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1933), Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 42.
43 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 78.

which, he argued, transformed from a liberal parliamentary representation of the interests of private property into a mass democratic chamber that was dominated by mass parties representing mass demands. In his view Weimar mass democracy was not limited by the liberal principle, leading to the emergence of the Weimar democratic welfare state, which he dubbed in line with ordoliberal thinking an economic state. He saw the economic state – "a cultural state, a welfare state, a social security states, a provider state"[44] – as a consequence of unlimited mass democracy, which required the state to attend to the social interests from the cradle to the grave. In his view, the Weimar state no longer governed. On the contrary, it was governed by the social interests, which led to the emergence of a state of total quantity, that is, the economic state is a state of total responsibility for all sorts of issues. The politicization of the social relations went hand-in-hand with the depoliticization of the state. He saw the Weimar state as a totally weak state, which as a mere outgrowth of society had lost its distinction as the monopoly holder of the ultimate decision about friend and enemy,[45] about what is Right and proper. The remainder of this section sketches Schmitt's account of the economic state as the emergent result of the capture of the liberal state by a mass democracy unconstrained by the liberal principle[46].

In the *Guardian of the Constitution*, Schmitt argues that the old liberal state possessed elements of an executive state (*Regierungsstaat*) that was "strong enough to stand above and beyond all social forces". He argues that the liberal state of old comprised a dual structure that embodied two different forms of state: a parliamentary legislative state [*Gesetzgebungstaat*], which was the representative body of the propertied and the educated classes (*Besitz und Bildung*), and an executive state (*Regierungsstaat*), which expressed monarchical interests and was administered by aristocratic officeholders.[47] The dualist structure comprised thus a democracy of propertied friends and government by the *ancien régime*. Schmitt acknowledges that this structure was contradictory and tension-ridden with traditional economic and political *élites* battling an upcoming *bourgeoisie* that demanded reforms in support of its

44 Schmitt, quoted in S. Irving, « Limiting democracy and framing the economy: Hayek, Schmitt and ordoliberalism », *op. cit.*, p. 116.

45 C. Schmitt, *Politische Theologie* (1927), Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 20. See also: C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, *op. cit*.

46 Ed.: see also *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles », and P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

47 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 75.

own economic interests. Nevertheless, this conflict was between different private property owners. It excluded the property-less. Schmitt argues that the dual structure of the liberal state fell apart with the German democratic revolution of 1918. He thus argues that, with the assertion of mass democracy, the legislative state supplanted the executive state, which in his view made government dependent on the governed. With mass democratization, the capacity to sustain substantive liberal economic values was lost. Politics became mass politics, and the liberal rule of law became the rule of law of shifting parliamentary majorities, mere process law. Following William Scheuerman, "the democratisation of parliament in conjunction with the simultaneous parliamentarization of the state means that no element of the state now 'stands above and beyond the social forces' ".[48] Not only was "classical [liberal] parliament [...] defiled by the prevalence of democratic ideals",[49] the unity of the state disintegrated as "parliament" lost the "autonomy required" to decide upon the rules of the game independently from the social forces. Instead, "the diverse interests pullulating in civil society" gather as "commissioned agents" on the parliamentary benches organized around party blocs, representing "recalcitrantly opposed interests", which decide by simple majority on the rules by which society and economy is governed.[50]

For Schmitt, society had taken possession of the state with profound socio-economic consequence: "if society organizes itself into the state, if state and society are to be basically identical, then all social and economic problems become immediate objects of the state".[51] Paraphrasing Schmitt, the stranger, this figure of 'the enemy within', enters the liberal state and asserts her interests as an equal, that is, in mass democracy unconstrained by the liberal principle, control is exercised by those who need to be controlled. With mass society asserting itself within the state as its democratic sovereign, the state loses its quality as a state of Right. It is no longer able to distinguish between the Rights of private property and the demands of those without property, sacred values and coarse demands for material support and security.

Instead of "planning for competition"[52] the emerging economic state plans against the logic of the free economy.[53] In Schmitt's account, the economic

48 W. Scheuerman, *Carl Schmitt. The End of Law*, Boulder CO, Rowman & Littlefield, 1999, p. 89, citing Schmitt.

49 R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, *op. cit.*, p. 80.

50 *Ibid.*, p. 140. Of all the many commentators on Schmitt, Renato Cristi's is the most decisive exploration of Schmitt's contribution to authoritarian liberalism.

51 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, pp. 78–79.

52 F. Hayek, *The Road to Serfdom*, *op. cit.*, p. 31.

53 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 99.

state is a state without direction, unity, and substantive values. In fact, he characterizes it as a state of planned chaos.[54] In his view, the economic state is a state bereft of political quality. It is unable to decide on what is right and proper, on what belongs to the state and on what does not belong to it. Instead, it is forced to nestle everywhere and take charge of everything as required by the social forces that act upon and through it, fracturing and fragmenting its unity and undermining its capacity for independent decision-making. That is to say, in the economic state the power of independent decision-making has evaporated. State and society are not just fused together. The state has also become an extension of a divided and indeed antagonistic society. Or, as Marcuse put it, whereas Man used to accept her "responsibility to the state", now "the state is responsible to man".[55] In the words of Schmitt:

> [t]he state as an outgrowth of society, and thus no longer objectively distinguishable from society, occupies everything societal, that is, anything that concerns the collective existence of human beings. There is no longer any sphere of society in relation to which the state must observe the principle of absolute neutrality in the sense of non-intervention.[56]

Mass democracy defiled the liberal state of old and supplanted it by a mass democratic state, which in the view of Schmitt is no longer a state properly understood as the monopoly holder of the ultimate decision about what is right and rightful. In unlimited mass democracy there are no longer any substantive values. There is only relativism. Relative values, he argues, belong to a depoliticized condition of government that has lost the capacity and the courage to spill blood for the sake of Right, for the order and the tranquillity of Right and rightfulness. In contrast to the political state of sheer quality – of authoritative, independent decision-making about the rules of the game and their execution – the economic state is fundamentally a socialized state.

Schmitt's account puts particular emphasis on the democratization of the rule of law in the economic state of total social responsibility. He argues that majoritarian democratic law making de-theologises the rule of law as the law of divine Rights. In its stead it manifests law as process-law, reducing the rule of law to a procedural formalism. Legality is the principle of mass democratic law-making, which attributes legitimacy to legal-rational processes and

54 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 92.

55 H. Marcuse, « The Struggle against Liberalism in the Totalitarian View of the State », *op. cit.*, p. 36.

56 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 79.

procedures. It is, says Schmitt, "nothing more than mob rule".[57] In explanation, Schmitt holds that the old concept of legitimacy, which had to do with dynasty and royalty, divine values, and acceptance of nobility and social hierarchy, and above all property and standing, had given way to rational-legal forms of legitimation that supplant social enchantment, loyalty to King and country, and sanctity of the government of private property and decency, by principles of equal rights and disenchantment of social life by processes of socio-economic rationalization. Nothing seemed sacred anymore. In modernity politics had become mass politics, which is characterized by rational administration and technical regulation, and material demands for satisfaction in the here and now. What remains is government by econometricians, technical experts in the regulation of unfathomable economic quantities, as Röpke argued some years later in his *The Moral Foundations of Civil Society* of 1944.[58] The state of total quantity replaces the state of total quality, as Schmitt argued in 1932.[59] Concerning the liberal rule of law, legal formalism replaces a legal order founded on legitimate Rights. In legal formalism Right collapses as the framework of law. Instead, law is what majoritarian democracy considers it to be, from one day to the next. Legitimacy ceases as a category of Right, righteousness, and rightfulness. It now appears as a legal-rational category of due process. In a mass democratic society legitimacy means lawfulness and correctness of procedure. It can be the rule of socialist law or liberal law, or it can be fractured and fragmented as the rule of both, mere disorder.

In conclusion, in mass democracy law becomes arbitrary, unpredictable, and profane, and above all contradictory and inconsistent. It no longer establishes the rules of the game of an economic order based on the Rights (and graces) of private property. Instead of a "constitutional economic policy" (*Wirtschaftsverfassungspolitik*)[60] that lays down and enforces the ground rules and the basic values of a depoliticized exchange society, the economic state politicizes the economic relations and allows the economic interests to "economize" or "socialize" the state, transforming the former sovereign of the political into a depoliticized institution through which those who need to be governed assert their interests as democratic equals.[61] In the democratized *Rechtsstaat*

57 C. Schmitt, *Political Theology II: The Myth of the Closure of any Political Theology*, Cambridge, Polity, 2008, p. 119.

58 W. Röpke, *The Moral Foundations of Civil Society*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 2002 (original ed.: W. Röpke, *Civitas Humana : Grundfragen der Gesellschafts- und Wirtschaftsreform*, Erlenbach-Zürich, Eugen Rentsch, 1944).

59 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*.

60 V. Vanberg, « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *op. cit*., p. 29.

61 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*

Right and rightfulness collapse as concepts of order and ordering. There is no more politics. There is only jostling for political influence by the rent seeking social forces. The *Rechtsstaat* becomes a mere semblance of a state as the competing social interests capture aspects of the state to advance their own "unsocial" interests as matters of public policy, fragmenting and decomposing, and above all depoliticizing the one institution that was capable to "produce Right" (*Recht zu schaffen*).

As the following subchapter argues, for Right to prevail in a mass democratic context, constraining mass democracy on a liberal basis is of the essence. Fundamentally, it entails an attempt at rolling mass society out of the state, at eliminating or eradicating heterogeneity for the sake of an order of state that governs for the homogeneity of purposes.[62] In short, it requires the independence of political will, and above all, it requires an existential decision about whose blood needs to be spilled for the sake of an order of Right and righteousness. The separation of state and society amounts to a decisive political procedure, one that reacts to the supposed dethronement of the political by – unlimited – mass democracy with a force that eliminates any doubt about the veracity of the action.[63] It is an act of removing the state as an available means by which "everybody wants to enrich themselves at the expense of everybody else"[64] and it is an act of "existentialising" the state as the independent power of the sound (free) economy.[65]

3 Strong State – Sound Economy

I have argued that for Schmitt the liberal state of old had been "strong enough to stand above and beyond all social forces". It had possessed elements of an "executive state" and maintained its independence from a graceless mass society of propertyless traders in labour power. It was because of its independence that it was able to "relativize", that is to pacify, the social conflicts.[66] According

62 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

63 If need be, it eliminates the doubter. As Forsthoff, a student of Schmitt's and later President of the Supreme Constitutional Court of Cyprus, put it in 1933, "attempts to dispute the state's newly gained effective right signify sabotage [...] Relentlessly to exterminate this sort of thought is the noblest duty of the state today" (E. Forsthoff, *Der Totale Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlags-Anstalt, 1933, p. 29).

64 W. Röpke, *The Social Crisis of Our Time*, *op. cit*., p. 164.

65 H. Marcuse « The Struggle against Liberalism in the Totalitarian View of the State », *op. cit*.

66 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, p. 73.

to Schmitt, the depoliticization of society entails the politicization of the state as the concentrated power of depoliticization and, conversely, the politicization of the state entails the depoliticization of society as, in the words of ordoliberalism, an enterprise society. That is to say, the concentration of the political in the form of the state entails the depoliticization of society as a law-governed exchange society of competing entrepreneurs, in which everybody is at liberty to dispose of their property as they see fit as equals before the rule of law regardless of the inequality in property that distinguishes the liberty of the rich from the freedom of the poor to dodge starvation.[67]

The liberal-conservative dictum that the state ought not to have any power at all outside its sphere and that within its sphere it cannot have enough power has formidable consequences. It says, first of all, that the freedom of exchange under the rule of law is dependent upon the capacity of the state to limit itself to *Ordnungspolitik* and thus to prevent itself from becoming the prey of the recalcitrant social interests. That is, the state-free sphere of economic interaction entails not only a political practice of socio-economic depoliticization. In the face of assertive social forces and mass demands, it entails also a political practice of maintaining a rightful order, producing Right. Any weakening in its resolve has the potential to undermine the concrete order of the free economy. Order is the premise of freedom and of equality before the law. That is, equality before the rule of law presumes the order of law as an order of inviolable Rights. The rule of law does not apply to social disorder, as Schmitt points out. It only applies to social order. Therefore, government by the rule of law entails a politics of social order. In the authoritarian liberal conception, the saying "law and order" appears as fundamentally flawed. Since social order is the premise of the rule of law, of Right and rightful-ness, the reverse of the saying is true: "order and law". Schmitt's authoritarian liberalism clearly understands that the political state of economic liberty is the institution of the order of Right and law. It is the order making and the order preserving power. In Schmitt's argument only the strong state has the capacity to govern for what is right, righteous, and rightful. It alone has the capacity to govern for the economic constitution of a depoliticized exchange society, and as such it is the institution of institutions.

Schmitt's argument about the elements of the executive state in the liberalism of old recognized that *laissez-faire* is not a concept that applies to the conduct of government.[68] It applies to depoliticised economic relations. Only the

67 The point made here is in reference to the political context of the early 1930s during the Chancellorship of Brüning who was commonly referred to as the *Hungerkanzler* – the famine chancellor – because of his government's robust politics of austerity.

68 See also F. Hayek, *The Road to Serfdom*, *op. cit*., p. 60.

strong state can tolerate mass democratic procedures.[69] According to Schmitt the people "can only engage in acts of acclamation, vote, say yes or no to questions posted to it from above".[70] The people "cannot counsel, deliberate, or discuss. They cannot govern or administer, nor can they posit norms (...). Above all, they cannot pose a question, but can only answer with yes or no to a question placed before them".[71] Furthermore, restricting the scope of mass democratic interference with the conduct of government entails the strong state as an always watchful security state. Schmitt accepts that in the liberal tradition the rule of law stands for the "protection of citizens from the abuse of state power".[72] The rule of law entails therefore the notion of *Rechtsstaat*, which according to Schmitt is a "strictly controlled steward of society".[73] Nevertheless, he argues, the liberal *Rechtsststaat* is first and foremost a state.[74] This state establishes for the free citizens the social order upon which their security rests and it secures the order of freedom by laying down the ground rules and by enforcing the rules decided upon to protect them from "bloodshed and disorder", as Smith put it.[75] Their security under the rule of law is not God-given. It is state-given, says Schmitt. As the institution of social order, the state therefore "stands outside the normally valid juridical order and yet belongs to it".[76] The liberal rule of law does not decide on whether it has been subverted by illiberal democratic majorities or the forces of political pluralism. Institutions do not make decisions. Individuals do. Whether the liberal rule of law applies is, therefore, not a matter of law – it is a matter of sovereign judgment about the validity of the rule of law in any given situation. Whether to govern through the rule of law or whether to suspend the rule of law, ostensibly in order to preserve it for later once the proclaimed emergency is over, is a matter of sovereign judgment about the degree of social disorder. *Order is a political category of disorder in the mode of being denied*. Schmitt thus insists that "all law is situational", and, at unpredictable times "the power of real-life breaks through the crust of a mechanism that has become torpid by repetition".[77] For Schmitt, the Rechts*staat* is a state on the condition that it accepts and manifests the power to produce Right and to sustain Right in the face of mass demands for welfare provision,

69 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*.
70 C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), Berlin, Duncker & Humblot, 2017, p. 315.
71 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, *op. cit*., p. 93.
72 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, *op. cit*., p. 126.
73 *Ibid*., p. 125.
74 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, pp. 96 ff.
75 A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, *op. cit*., p. 340.
76 C. Schmitt, *Politische Theologie* (1927), Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 13.
77 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *op. cit.*, pp. 13–15.

which characterizes the economic state of pure quantity. In his view, liberal neutrality towards what is right and proper has no values to defend and invites with open arms the forces that will devour its cherished liberty. In Schmitt's view therefore, the required state of total quality is neither a night-watchman state nor a technocratic machine. It is a vigilant security state[78] that sniffs out the potential for disorder in the mentality of the governed.

Schmitt argued that unlike the quantitatively total state of social interventionism, the strong state is a state of total quality. It is the concentrated power of social order and ordering. Producing Right entails a politics of Right. It sustains the veracity of social order by ensuring the validity of the rule of law as a rule of Right, and if need be it suspends the rule of law during proclaimed liberal emergencies to contain the forces of social disorder, if need be by politicizing the "friends" as faithful agents of a politics of "ordering". If necessary, it spills blood for the sake of re-establishing for the rule of law that social order upon which its rightful conduct depends.[79] The strong state is not only "bound by precise rules",[80] it also sets these rules, ensures their veracity and, if required, suspends them for their own sake, whatever it takes. It governs the conduct of society as a security state. That is, the state-free spheres of society and economy are themselves not only a product of government. They are also a practice of government, a practice of *Ordnungspolitik*, which sets down the rules for the conduct of freedom. Freedom is an expression of order and an exercise of orderliness. In the context of the Weimar democratic welfare state, which he rejects as an economic state, he called for the "necessary depoliticization and restoration of the domains and spheres of a free life" by means of state. He demands the reassertion of the state as the sovereign power of sound economy,[81] one which governs with the independence of will for the freedom from political interference in economic life.[82] Against the supposed dethronement of the political through the mass democratic usurpation of the state, he demands, following Marcuse, the "existentialisation and totalisation of the political sphere", politicizing the state as the indisputable power of socio-economic de-politicization.[83] The politicized state of order and law reacts to the "threatened freedom and security of private property" and acts

78 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*.
79 R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, *op. cit*., pp. 177–178.
80 C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, *op. cit*., p. 42.
81 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*.
82 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, *op. cit*., p 93.
83 H. Marcuse, « The Struggle against Liberalism in the Totalitarian View of the State », *op. cit*., p. 36.

with unbound authority.[84] The decision to act reveals the political sovereign. For Schmitt, the sovereign is the one who decides on a state of exception to ensure, produce and sustain, the order of freedom under the rule of law. Or as Alexander Rüstow saw it in 1929, the free economy requires the availability of a commissarial dictator within democracy, an extra-legal decision maker who judges the situation of the rule of law to ensure the order of (economic) freedom against a mass democracy that does not know how to limit itself.[85]

In conclusion, and with reference to Rüstow, the economic state is a state of "lamentable weakness"; it is "pulled apart by greedy self-seekers. Each of them takes out a piece of the state's power for himself and exploits it for his own purposes".[86] Schmitt recognized the unpredictable power of real life in the reality of the political situation of a mass democratic age. If required blood needs to be spilled for the sake of a righteous order of Men (*Menschen*) who combine peacefully and guided only by their self-interest in the stateless sphere of the economy, each pursuing their own interests as equals under the rule of law and under the watchful eye of the authorities.[87]

Conclusion

I have argued that Schmitt likens the Weimar democratic welfare state to "mob rule".[88] He identified the time of egalitarian mass democracy as an illiberal disorder. The identification of a state of disorder entails the declaration of a state

84 *Ibid.*

85 A. Rüstow, « Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie (1929) », *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1959, vol. 7, n° 1, pp. 87–102.

86 A. Rüstow, « Die staatspolitischen Voraussetzungen des wirtschaftspolitischen Liberalismus », *op. cit.*, p. 255.

87 F. Böhm, « Extracts from Franz Böhm: "Private Law Society and Market Economy" », *op. cit.*, p. 167.

88 C. Schmitt, *Political Theology II: The Myth of the Closure of any Political Theology*, *op. cit.*, p. 119. Schmitt's view was not unique on this matter. It was shared by the founding ordoliberal thinkers (see D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1991 ; R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, *op. cit.*) and beyond. In fact, Bernard Baruch, a leading Democrat, had protested against Roosevelt's decision to abandon the gold standard in 1933 by stating that "it can't be defended except as mob rule. Maybe the country does not know it yet, but I think that we've been in a revolution more drastic than the French Revolution. The crowd has seized the seat of government and is trying to seize the wealth. Respect for law and order has gone" (quoted in A.M. Schlesinger, *The Age of Roosevelt: The Coming of the New Deal*, Cambridge MA, Riverside Press, 1958, p. 202).

of emergency. Its declaration amounts to a sovereign decision, which is valid because of itself. Any doubt in its veracity needs to be eliminated by the force of its execution. Decisionism, in which an unregulated act of power is taken, suspends the "legislative state" of mass democracy. It casts aside the formalism of law and the protections that it affords. The Schmittean state of emergency governs by decrees. Restoring the order of legitimate Rights, "whatever it takes", is not a matter of a politics of law and order. It is a politics order making (*Ordnung schaffen*), of law restoring or law-making violence. In the case of the former, a commissarial or transitional dictatorship suspends the rule of law so that it may be preserved in the long run; and in the case of the latter, a sovereign dictatorship, like Lenin's, establishes a new order of society. In the case of the former, the decision to identify, declare and prosecute a (liberal) emergency manifests the assertion of (an unbound) executive state that governs, in the words of Rüstow, with "authority and leadership to resolve the declared crisis of the system of free enterprise".[89] However, the decision to suspend does not resolve the crisis. It recognizes the identified crisis in the adopted action. Once the decision to suspend has been made and once the battle to remove the "mob" as a democratic equal has commenced, the recovery of what is Right changes into what Schmitt called "concrete order thinking".[90] As Alfred Müller-Armack had already put it in 1932, we need to "invent (*erfinden*) an objective order constellation (*Ordnungsgefüge*)" to institutionalize free economy.[91]

I have argued that for Schmitt the emergence of Weimar mass democracy amounted to a fundamental alteration in the structure of state and society. "By yielding to democracy and intervening in society's spontaneous order the state became a 'welfare state' and in this process lost its autonomy and independence, its neutrality and strength".[92] For the sake of Right and rightfulness, and following Eucken, the state had to act: it must find "the strength to free itself from the power of the masses and to distance itself in some way from the economy".[93] Schmitt's critique of Weimar mass democracy sought to locate

89 A. Rüstow, « Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie (1929) », *op. cit*., p. 110.

90 C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

91 A. Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1932, p. 42. On *Ordnungsgefüge* with respect to European monetary union, see: W. Bonefeld, « Stateless Money and State Power: Europe as ordoliberal *Ordnungsgefüge* », *History of Economic Thought and Policy*, 2018, n° 1, pp. 5–26.

92 R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, *op. cit*., p. 190.

93 W. Eucken « Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus », *op. cit.*, pp. 307–308.

"the centre of gravity of the decisive will",[94] which he found in the office of the President that, for him, was the one institution that possessed the monopoly of the ultimate decision to suspend lawfulness for the sake of rightfulness. The founding ordoliberal thinkers argued likewise. They too saw the need for the state to disentangle itself from the grip of the social forces to "safeguard the unity of its will formation" and to acquire "the real independent power to make its own decisions".[95] Indeed, and in the words of Schmitt, the "dreadful coalescence" of the state and all kinds of non-state interests needed to be remedied by a "painful surgical intervention".[96] Or as Eucken argued the state has to find the political will to insulate itself against attempts at influencing it.[97]

Following Schwab, Schmitt's critique of the Weimar economic state attempted at "devising a constitutional order that would once and for all drain society of political forces that could challenge the state's monopoly on politics".[98] It entailed the establishment of a constitutional order comprising, on the one hand, a politicized state of pure quality and the establishment of entirely depoliticized socio-economic relations, on the other. For Schmitt, the organization of a depoliticized societal order is an outcome of a politics of (re-)order(ing). It is an outcome of a specific use of state authority.[99] In the context of mass democracy, which he depicts as the seizure of the state by the mob, mass society had first to be "rolled back" out of the state and once the state had re-established its independence from the social relations Schmitt envisaged, as argued by Cristi,[100] the creation of parliamentary institutions with weak democratic ties. He envisaged the restoration of the legislative state as a representative body that "does not yield to democratic pressures"[101] and an executive state modelled on the idea a presidential power, which combines

94 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, *op. cit*., p. 10.

95 Eucken, quoted in T. Biebricher and F. Vogelmann, « Contextualising 2, Walter Eucken », in T. Biebricher and F. Vogelmann (eds.) *The Birth of Austerity*, *op. cit*., pp. 41–49, esp. p. 43.

96 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*., p. 221.

97 W. Eucken « Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus », *op. cit.*, pp. 307–308.

98 G. Schwab, « Introduction », in Carl Schmitt, *Political Theology*, Chicago, The University of Chicago Press, 1985, pp. XXXVII-LI, esp. pp. L-LI.

99 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*.

100 R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, *op. cit*., p. 80.

101 *Ibid*. On the contemporary resonance of this argument in the context of Eurozone crisis, see: W. Streeck, *Buying Time*, London, Verso, 2014 ; W. Bonefeld, « Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro ». *Critical Sociology*, 2016, vol. 43, n^{os} 4–5, pp. 747–61. Ed.: see also *infra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? ».

plebiscitarian democratic elements with decisionist authority. Further, in his "Strong State and Sound Economy" he envisaged three forms of economic activity comprising the sphere of "*pure privacy*", a nationalized sector consisting of major services such as the postal service, and the "intermediate *non-state, but still public* sphere" of corporatist interest mediation, or "*autonomous economic administration*" between the so-called social partners.[102] In contrast, ordoliberal concrete order thinking favoured an economic constitution of complete competition, depoliticized forms of market supervision and enforcement, political decision-making based on expert advice[103] and, one might add, transformation of mass democracy into a liberal-democratic order. Hayek stands out for his proposal of a system of interstate federalism[104] in which the market regulating media of law, market competition and money constitute a market liberal supranational framework for the conduct of mass democracy at the national level.[105] Leaving aside the differences in "concrete order thinking", their shared presumption is that a free labour economy "cannot function without *Obrigkeit*".[106]

---

102 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*., p. 225. See also: S. Irving, « Limiting democracy and framing the economy: Hayek, Schmitt and ordoliberalism », *op. cit*., p. 117. Schmitt's proposals echo his Catholic romanticism of the early 1920 and articulate his admiration of Italian Fascism.

103 F. Böhm, W. Eucken and H Großmann-Doerth, « The Ordo Manifesto of 1936 », in T. Biebricher and F Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity*, *op. cit*., pp. 27–40.

104 F. Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism » (1939), in F. Hayek *Individualism and Economic Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1948, pp. 255–272. Ed.: see *infra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? ».

105 On the liberal transformation of mass democracy, see: J. Agnoli, *Die Transformation der Demokratie*, Freiburg, Ca Ira, 1990. On Hayek's interstate federalism, see: W. Bonefeld, « European economic constitution and the transformation of democracy: On class and the state of law », *European Journal of International Relations,* 2015, vol. 21, n° 4, pp. 867–886. On complete competition and forms of enforcements, see: D. Gerber, « Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, n°1, pp. 25–74. On the ordoliberal manifesto of 1936, see: T. Biebricher and F. Vogelmann, « Contextualising 1, The Ordo Manifesto », in T. Biebricher and F. Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity*, *op. cit.*, pp. 23–26. On the wider argument about limited democracy and emasculation of mass democracy, see Biebricher's excellent account: T. Biebricher, *The Political Theory of Neoliberalism*. Stanford, Stanford University Press, 2019. See also: W. Brown, *Undoing the Demos*, New York, Zone Books, 2017.

106 F. Böhm, « Extracts from Franz Böhm: "Private Law Society and Market Economy" », *op. cit*., p. 167.

Hermann Heller's characterization of Schmitt's scheme of "sound economy and strong state",[107] legislative assembly and executive state, as an exemplar of authoritarian liberalism[108] is well founded.[109] According to Heller, a state "that is determined to secure 'the free labour power of those people active in the economy' will(...)have to act in an authoritarian way".[110] Authoritarian liberalism conceives of the free labour economy as an eminently political practice[111] and characterizes it as a political event (*politische Veranstaltung*).[112]

In conclusion, Schmitt's work of the early 1930s stands for a "simultaneous affirmation of an authoritarian state and a free liberal economy".[113] He argued for the "segregation of the state from non-state spheres" and recognizes that the "disengagement from politics is a specifically political act".[114] Man is free if he has to comply only with the rules of the game. Ensuring compliance amounts to a political practice of market police. That is to say, for the sake of freedom, "all orderlessness", market distortions and impediments, has to be eradicated by means of state and for the sake of enterprise, self-responsibility and acceptance of individual liability for the consequences of decisions made in freedom from coercion.[115] Economic freedom is an ordered freedom, which is the "product" of "constitutional economic policy".[116] The ordoliberal idea that "the state has to be as strong as possible within its own sphere, but that outside its own sphere, in the economic sphere, it has to have as little power as possible"[117] is also Schmitt's. In either case, be it Schmitt's

107 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*.

108 H. Heller, « Authoritarian Liberalism ? », *op. cit*.

109 See also Leo Strauss's dissection of Schmitt as an authoritarian liberal thinker : L. Strauss, « Notes on Carl Schmitt », in C. Schmitt, *The Concept of the Political*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, pp. 97–122.

110 H. Heller, « Authoritarian Liberalism ? » *op. cit*., p. 301, citing Schmitt.

111 F. Böhm, « Die Kampfansage an Ordnungstheorie und Ordnungspolitik. Zu einem Aufstaz im Kyklos », *op. cit.*

112 L. Miksch, *Wettbewerb als Aufgabe: Die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, Stuttgart/Berlin, Kohlhammer, 1937.

113 R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, *op. cit*., p. 207. Indeed, in the early 1930s, Schmitt and the founding ordoliberals favoured resolution to Weimar "disorder" by commissarial dictatorship under the conservative politician von Papen (see D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, *op. cit*., p. 25).

114 C. Schmitt, « Sound Economy – Strong State : An Address to Business Leaders », *op. cit*., p. 221.

115 F. Böhm, *Ordnung und Wirtschaft*, Berlin, Kohlhammer, 1937, p. 150.

116 V. Vanberg, « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *op. cit*., p. 29.

117 A. Müller-Armack, *Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft*, Stuttgart, Paul Haupt, 1981, p. 102 ; W. Röpke, *The Moral Foundations of Civil Society*, *op. cit*., p. 28.

authoritarian liberalism or ordoliberalism's *Ordnungspolitik*, the dictum is well understood.[118]

Acknowledgments

I am grateful to Pavlos Roufus and Guillaume Grégoire for their most helpful advice, and to Rosanna Pope for her careful reading.

Select Bibliography

Biebricher, T., *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2019.

Biebricher, T., and Vogelmann, F., (eds.), *The Birth of Austerity*, London, Rowman & Littlefield, 2017.

Bonefeld, W., *The Strong State and the Free Economy*, London, Rowman & Littlefield, 2017.

Bonefeld, W., « Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro », *Critical Sociology*, 2016, vol. 43, n^{os} 4–5, pp. 747–761.

Cristi, R., *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*. Cardiff, Wales University Press, 1998.

Haselbach, D., *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1991.

Hayek, F., *The Road to Serfdom*, London, Routledge, 1944.

Hayek, F., *Law, Legislation, Liberty*, London, Routledge, 2012.

Heller, H., « Authoritarian Liberalism » (1933), *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n°3, pp. 295–301.

Marcuse, H., « The Struggle against Liberalism in the Totalitarian View of the State » (1934), in H. Marcuse, *Negations: Essays in Critical Theory*, London, Free Association Books, 1988, pp. 3–42.

Scheuerman, W., *Carl Schmitt. The End of Law*, Boulder CO, Rowman & Littlefield, 1999.

118 The source of the dictum is Benjamin Constant. In his view, "[i]f, to the freedom to use their talents and industry, which you owe them, you add political rights, which you do not owe them, these rights, in the hands of the greatest number, will inevitably serve to encroach upon property[...]. In all those countries which have representative assemblies it is essential that those assemblies, whatever their further organisations, should be formed by property holders" (B. Constant, *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 215).

Peacock, A., and Willgerodt, H., (eds.), *Germany's Social Market Economy – Origins and Evolution*, London, Palgrave, 1989.

Rüstow, A., « Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie » (1929), *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1959, vol. 7, pp. 87–111.

Schmitt, C., *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

Vanberg, V., « Ordoliberalism, Ordnungspolitik, and the Reason of Rule », *European Review of International Studies*, 2015, n°2, pp. 27–36.

Discussion
Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ?

Serge Audier

Introduction

En ouverture de son livre, *The Strong State and the Free Economy*, Werner Bonefeld affirme qu'il entend comprendre la logique d'une trajectoire de l'ordolibéralisme à l'Union européenne qui relève « de la pensée libérale autoritaire, de Benjamin Constant à Carl Schmitt »[1]. Tel est donc le cadre conceptuel d'ensemble, sur lequel ce spécialiste d'Herbert Marcuse – pionnier, dès les années 1930–1940, dans les affirmations sur les tendances autoritaires du libéralisme et du capitalisme[2] – aurait pu se justifier davantage. Car même s'il n'est pas le premier à établir cette filiation, je serais curieux de savoir combien de spécialistes de Constant et de Schmitt accepteraient de situer dans la même catégorie ces deux auteurs. Et je ne crois pas prendre grand risque en disant que la quasi-totalité des uns et des autres – et pas seulement Stephen Holmes, à la fois l'un des plus grands spécialistes reconnus de Constant et critique de Schmitt[3] – refuserait catégoriquement de situer dans la même catégorie l'un des fondateurs du libéralisme du XIX^e^ siècle, donc de l'État limité, et l'un des plus virulents adversaires du libéralisme du XX^e^ siècle, et soutien dès

1 W. Bonefeld, *The Strong State and the Free Economy*, Londres, Rowman & Littlefield, 2017, p. 2. N.d.E.: c'est cette « pensée libérale autoritaire » qu'il expose *supra* dans ce volume : W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" ».

2 H. Marcuse, « La lutte contre le libéralisme dans la conception totalitaire de l'État » (1934), in H. Marcuse, *Culture et société* (trad. G. Billy, D. Bresson et J.-B. Grasset), Paris, Les Éditions de Minuit, 1970, pp. 61–102. Voy. en particulier le célèbre passage consacré au soutien – de relativement courte durée, faudrait-il ajouter – de Ludwig von Mises au fascisme, pour sauver le libéralisme économique : « [n]ous pouvons maintenant comprendre la raison pour laquelle l'État autoritaire total donne à son combat contre le libéralisme l'aspect d'une lutte entre "conceptions du monde" en laissant de côté la structure sociale fondamentale du libéralisme ; c'est parce qu'il est au fond largement d'accord avec cette structure de base » (pp. 68–69).

3 S. Holmes, *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism*, New Haven, Yale University Press, 1984 ; S. Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1993.

© SERGE AUDIER, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_009
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

1933 d'un régime totalitaire et antisémite. Au reste, Schmitt lui-même n'a pas assumé une telle filiation : ses maîtres sont à chercher ailleurs, même dans les années 1920, que parmi les classiques de la pensée libérale.

Bien sûr, je n'ignore pas non plus que cette thèse contre-intuitive et paradoxale, impensable chez la plupart des spécialistes, établissant une ligne directe entre le libéralisme de Constant et celui – présumé – de Schmitt, est tout sauf nouvelle : elle hante une partie importante de la littérature critique actuelle sur le néolibéralisme. Ses origines ne sont pas non plus douteuses : elles remontent au moins à Renato Cristi, qui sur la base de textes de Wilhelm Röpke évoquant déjà Constant, voyait se dessiner une longue tradition de « l'État autoritaire » contre la démocratie et au service du libre marché. Le texte publié en annexe de son livre *Carl Schmitt and the Authoritarian liberalism* (1998) – la fameuse conférence de Schmitt du 23 novembre 1932 sur « l'État fort » comme condition d'une « économie saine » – était censé clore la discussion[4]. Selon le jugement un peu étrange de Cristi qui fait suite à la référence de Röpke à Constant, « on ne devrait pas être surpris que Hegel, avec Hayek et Schmitt, ont exprimé de proches affinités avec la philosophie politique de Constant »[5]. La nouveauté relative par rapport à l'époque de Cristi, c'est que plusieurs auteurs n'ont pas seulement établi, à leur tour, un *continuum* allant de ce « libéralisme autoritaire » néo-schmittien à la dictature de Pinochet au Chili : ils ont ajouté à leur acte d'accusation l'édifice constitutionnel européen, en s'appuyant de surcroît sur les travaux d'inspiration foucaldienne. La discussion que je vais suggérer, dans ces quelques pages, risque de susciter des malentendus : elle ne porte pas sur les convictions politiques – en tant qu'intellectuel ou que citoyen, je suis sans doute plus proche de Werner Bonefeld que des ordolibéraux – mais sur des enjeux que j'appellerai, faute de mieux, « scientifiques », ou académiques. Ce sont deux plans différents, et je regrette que tant de chercheurs sur le néolibéralisme tendent aujourd'hui à les confondre.

1. Séduction et limites des paradigmes néo-foucaldiens et néo-schmittiens

Rappelons donc d'abord que les études sur le néolibéralisme ont connu ces deux dernières décennies deux grandes tendances – ou deux « modes » selon

4 R. Cristi, *Carl Schmitt and the Authoritarian liberalism*, Cardiff, University of Wales Press, 1998, Appendix: C. Schmitt, « Strong State and Sound Economy », pp. 212–232.

5 *Ibid.*, p.168.

les points de vue – qui aujourd'hui sont hégémoniques et tendent à se combiner. Certes, tous les chercheurs ne s'inscrivent pas dans ces paradigmes dominants, mais tous sont plus ou moins obligés de les prendre en compte, ne serait-ce que pour les discuter, au risque sinon d'une marginalisation encore plus grande.

La première tendance consiste à poursuivre avec plus ou moins d'imagination le sillage du cours de Michel Foucault au Collège de France, *Naissance de la biopolitique*. Selon cette approche – que j'appelle depuis longtemps « néo-foucaldienne »[6] –, le néolibéralisme correspond à une nouvelle gouvernementalité qui part de l'individu-entrepreneur dans le cadre d'une conception hyper-compétitive de la société. Bien entendu, ce modèle interprétatif comprend d'innombrables variations, selon par exemple que l'on accentue la dimension « biopolitique » du propos – paradoxalement peu approfondie chez Foucault concernant le néolibéralisme – ou la dimension de constructivisme concurrentiel, donc d'antinaturalisme. Mais, dans l'ensemble, Foucault apparaît comme le grand théoricien de cette interprétation de la gouvernementalité néolibérale, qui revient à mettre sous la pression d'une compétition effrénée l'ensemble de l'économique, du social et du politique – et à dissoudre la souveraineté démocratique, même si Foucault ne le dit pas vraiment.

La seconde tendance interprétative dominante, la plus en vogue aujourd'hui, consiste donc à rabattre l'intégralité du néolibéralisme sous la catégorie de « libéralisme autoritaire », en établissant clairement une ligne de continuité quasi directe entre Schmitt, les penseurs néolibéraux allemands – mais aussi autrichiens, anglais et américains – et de nombreux évènements de l'histoire du XX^e^ siècle, depuis le coup d'État de Pinochet ouvrant sur l'expérience des *Chicago boys* jusqu'aux modalités concrètes de la construction européenne depuis le Traité de Rome et les politiques d'austérité après la crise de 2007–2008[7]. Ce second paradigme, que j'appellerai « néo-schmittien », ne vient pas de Foucault : il a été forgé en particulier, je l'ai dit, par Renato Cristi, dont un grand nombre d'auteurs poursuivent le sillon. Cet universitaire profondément marqué par la catastrophe chilienne a très longuement souligné qu'une ligne directe allait de Schmitt, quand il théorisa la complémentarité entre « État fort » et « économie saine », aux ordolibéraux allemands – Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke qui s'en sont en effet inspiré –, mais aussi aux ultra-libéraux de l'école autrichienne, en particulier Ludwig

6 Sur ce « néo-foucaldisme » inspiré notamment de Wendy Brown, voir S. Audier, *Néolibéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2015, pp. 46–67.

7 N.d.E. : voy. *infra* dans ce volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? ».

von Mises et Friedrich von Hayek, et finalement à l'essentiel des néolibéraux réunis dans la Société du Mont Pèlerin, qui applaudirent au coup d'État chilien. La thèse est tout sauf nouvelle, mais elle continue de se diffuser, comme en attestent de nombreuses publications actuelles, dont certaines de ce recueil[8]. Cela fait ainsi très longtemps que Hayek est présenté comme le disciple secret de Schmitt – William E. Scheuerman a inspiré cette lecture en parlant de « *the Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A.Hayek* »[9] –, au risque de passer totalement à côté, comme le soulignent certains spécialistes des deux auteurs[10], des divergences profondes entre leurs conceptions et leurs objectifs, qu'il s'agisse de l'État de droit ou de la liberté. Tout se passe comme si l'indéniable soutien de Hayek au régime de Pinochet valait preuve – en plus de certaines citations sur Schmitt dûment sélectionnées – d'un « schmittisme » fondamental.

Ce qui est vraiment nouveau, en revanche, c'est de plus en plus la tendance à hybrider le paradigme de la « gouvernementalité » et de la « biopolitique » néo-foucaldien et le paradigme néo-schmittien du « libéralisme autoritaire » venu de Cristi. Se développent ainsi des tableaux saisissants d'une biopolitique autoritaire néolibérale, qui soulignent à quel point le néolibéralisme trouve ses sources chez les ordolibéraux allemands compromis avec la pensée de Schmitt, et tout autant compromis avec le régime national-socialiste[11] – ce qui est le cas pour certains, mais pas tous. Outre Alessandro Somma en Italie, l'un des chercheurs qui est allé le plus loin dans cette direction est une figure majeure des études et de l'édition académique sur le néolibéralisme : dans deux ouvrages, se réclamant chaque fois de Cristi, Philip Mirowski a affirmé que, sous l'influence de Schmitt, « chez Hayek et les néolibéraux, le *Fürher* a été remplacé par la figure de l'entrepreneur, incorporation de la volonté de puissance pour la communauté, qui doit avoir la permission d'agir sans être

8 N.d.E.: voy. *supra* dans ce volume W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" », et *infra*, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? ».

9 W. E. Scheuerman, *Carl Schmitt. The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.

10 Pour une réfutation des affinités supposément profondes entre Schmitt et Hayek, voy. notamment F. Tedesco, *Introduzione a Hayek*, Rome/Bari, Laterza, 2004, p. 149 ; C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologne, Il Mulino, 1996, pp. 559–560.

11 La formule achevée de cette hybridation, dans le sillage de nombreux autres chercheurs, se trouve dans A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Rome, DeriveApprodi, 2014. Elle a aussi ses nombreuses versions françaises.

contrainte par une justification rationnelle »[12]. La « volonté de puissance », on l'a compris, fait aussi référence au nietzschéisme vulgarisé du nazisme. Mirowski a ajouté la matrice fasciste à la matrice national-socialiste du néolibéralisme, en soutenant que la « *Neoliberal Thought Collective* » trouve parmi ses sources la pensée politique « totalitaire » allemande et italienne – celle de Schmitt, bien sûr, mais aussi semble-t-il celle de Bruno Leoni, un des piliers de la Société du Mont Pèlerin[13]. Affirmation curieuse, quand on sait que le condisciple de jeunesse de Leoni, Norberto Bobbio, a affirmé que ce dernier était « naturellement antifasciste »[14]. Si Mirowski a raison de rappeler que le quasi-libertarien qu'était Leoni se méfiait fortement, tout comme Hayek et d'autres néolibéraux, de la souveraineté populaire – la chose est reconnue par tous –, ses accointances avec le fascisme sont en revanche beaucoup plus douteuses. Il aurait pu alors aussi rappeler, comme spécialiste de la Société du Mont Pèlerin, que les premiers néolibéraux italiens de la Société, Carlo Antoni et Luigi Einaudi, étaient tous deux hostiles au fascisme – Einaudi, d'ailleurs proche comme Antoni des idées de Röpke, sera le premier Président de la République démocratique italienne[15].

Mais dans cette affaire, par-delà Hayek et Leoni, l'enjeu central reste surtout la réinterprétation de l'ordolibéralisme. Il s'agit ainsi de déconstruire ce qui est présenté comme une légende hagiographique, à savoir que les ordolibéraux, dans le sillage de Walter Eucken, serait les bâtisseurs du nouvel ordre démocratique de l'après-1945, alors qu'ils seraient en vérité les héritiers d'une conception antidémocratique et schmittienne. Et dans la mesure où la construction européenne procéderait de l'ordolibéralisme, lui-même procédant de Schmitt, on comprendrait sans peine pourquoi, selon cette approche, l'Union européenne aurait comme visée fondamentale la destruction des démocraties souveraines au profit d'un constitutionnalisme économique ordolibéral permettant le

12 P. Mirowski, « Postface : Defining Neoliberalism », in P. Mirowski et D. Plehwe (dir.), *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought,* Princeton, Princeton University Press, 2015, p. 444. Exactement la même phrase – centrale, donc, suivant son approche – est dans P. Mirowski, *Never Let a Serious Crisis Go to Waste*: *How Neoliberalism Survived the Financial Meltdown*, Londres, Verso, 2013, p. 83.

13 *Ibid.*

14 N. Bobbio, « Testimonianze e ricordi », in P. Scaramozzino (dir.), *Omaggio a Bruno Leoni*, *Quaderni della rivista "Il Politico"*, n° 7, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 114–116, spéc. p.116.

15 Pour être plus précis, dans un premier temps Luigi Einaudi a appuyé les réformes libérales du ministre des finances du fascisme, Alberto de' Stefani. Au cours de 1923, et surtout à partir de l'assassinat de Matteotti, il se détourne de plus en plus nettement du fascisme qui lui apparaît renier l'État libéral et le libéralisme. D'autres libéraux conservateurs éloignés du néolibéralisme, tel Benedetto Croce, ont appuyé la réaction fasciste avant d'être engagés, comme Einaudi, dans la critique du fascisme.

plein déploiement d'un marché concurrentiel[16]. Ainsi, la destruction du supposé mythe démocratique ou anti-nazi de « l'économie sociale de marché » va de pair, dans ces interprétations néo-foucaldo-schmitiennes, avec la destruction du supposé mythe de l'Europe comme institution des démocraties libérales pour préserver la liberté, la paix et la prospérité. Ajoutons que, dans ces interprétations hybrides entre Foucault et Cristi, on assiste à un début de détachement, chez certains chercheurs, vis-à-vis des cours de Foucault, soupçonné de ne pas avoir mesuré les accointances entre l'ordolibéralisme et le nazisme – de fait, *Naissance de la biopolitique*, comme je l'ai souligné ailleurs[17], voit sans équivoque l'ordolibéralisme comme un antinazisme, et on chercherait en vain dans les analyses de Foucault lui-même, une critique de la construction européenne : ce geste revient à certains des néo-foucaldiens.

Reconsidérer tous ces débats très complexes et difficiles exigerait de sortir du cadre de cette courte contribution. Plus modestement, je voudrais revenir ici sur certains éléments de l'histoire du néolibéralisme pour réfléchir à la double désignation – et souvent accusation – du néolibéralisme comme « libéralisme autoritaire » et « constitutionnalisme économique ».

Concernant le « libéralisme autoritaire », encore faudrait-il s'entendre sur cette désormais célèbre formule reprise à Hermann Heller[18]. D'autant que le concept d'« État fort », soutenu en effet par les néolibéraux allemand, n'est pas nécessairement le synonyme d'« État autoritaire » – quant à l'idée d'un État ayant de l'autorité, elle n'était pas étrangère aux options positives de Heller lui-même[19]. Il y a certes des dimensions autoritaires au sens large – et fortement élitistes – chez certains néolibéraux, mais cette formule suffit-elle à étiqueter leur pensée ? Que plusieurs néolibéraux soient marqués par une culture politique de forte méfiance vis-à-vis de la souveraineté populaire et des « masses » au XX^e^ siècle, souvent assimilées au péril totalitaire, n'est pas

16 Ce genre d'approche a été inspiré notamment par un des plus célèbres critiques actuels de la construction européenne : W. Streeck, « Heller, Schmitt and the Euro », *European Law Journal*, vol. 21, n° 3, 2015, pp. 361–370. N.d.E. : Francesco Martucci, *infra* dans ce volume, tempère cette analyse pour ce qui concerne l'Union économique et monétaire, en montrant les influences de la nouvelle macroéconomie classique sur cette nouvelle étape de l'intégration européenne : F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

17 S. Audier, *Penser le"néolibéralisme". Le moment néolibéral, Foucault et la crise du socialisme*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2015.

18 H. Heller, « Autoritärer Liberalismus? », *Die Neue Rundschau*, 1933, vol. 44, pp. 289–298 (réimprimé in : H. Heller, *Gesammelte Schriften*, vol. 11, Leiden, A. W. Sijthoff, 1971, pp. 643–653).

19 Voy. A. Gargano, *Il Pensiero politico nellla Repubblica di Weimar. Carl Schmitt, Hermann Heller, Gerhard Leibhloz*, Naples, La Scuola di Pitagora, 2011, pp. 77–94.

douteux. Que quelques-uns, dont Eucken, Rüstow et Röpke, se soient nourris d'analyses de Schmitt sur le péril d'un certain « pluralisme » et de la crise du parlementarisme, ainsi que sur les causes de l'effondrement de la République de Weimar, n'est pas douteux non plus[20] – ils sont d'ailleurs très loin d'être les seuls, bien au-delà de leur « camp »[21]. Ces choses sont connues de longue date.

Il est en revanche plus difficile de déterminer jusqu'à quel point tous ces néolibéraux sont vraiment « schmittiens ». Si les mots ont un sens, être « schmittien », même avant l'avènement du IIIe Reich, signifie être fasciné par le régime de Mussolini[22], et non pas seulement en l'appuyant un temps par réalisme politique, comme l'a fait Ludwig von Mises, mais aussi un libéral conservateur – et nullement néolibéral – tel que Benedetto Croce. Au reste, Heller, père de la formule du « libéralisme autoritaire » schmittien, soulignait la fascination exercée par le fascisme sur Schmitt. Est-ce le cas de tous les ordolibéraux et de tous les pionniers de l'économie sociale de marché, par-delà le cas d'Alfred Müller-Armack, qui n'était pas ordolibéral *stricto sensu*, et de quelques autres ? Et même concernant ces derniers, cette adhésion fut-elle durable ? Peut-on dire, plus généralement, que l'économie sociale de marché procède d'un modèle politique national-socialiste – ce que certains soutiennent en effet ? Ce sont là, me semble-t-il, les vraies questions. Car être « schmittien », cela signifie aussi, qu'on le veuille ou non, adhérer à une critique profonde et radicale du libéralisme et du parlementarisme dans son ensemble[23]. Tous les néolibéraux sont-ils « schmittiens » en ce sens ? Ont-ils défendu des visions antisémites, comme l'a fait notoirement Schmitt, même si ses interprètes

20 Il semble même que Röpke ait précédé Rüstow, dès les années 1920, dans la réflexion sur l'État fort, même si c'est ce dernier, notoirement, qui en a imposé en 1932 la première théorisation marquante. Voy. Le texte de jeunesse, W. Röpke, « Wirtschaftlicher Liberalismus und Staatsgedanke », *Hamburger Fremdenblatt*, 13 novembre 1923, repris in *Gegen die Brandung*, Zurich, Eugen Rentsch, 1959, pp. 42–46. Sur Rüstow, voy. T. Biebricher et F. Vogelmann, *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2017. Sur le « schmittisme » de Röpke, voy. notamment J. Molina, *Röpke*, Rome, Settimo Sigillo, 2007, pp. 74–77.

21 Sur l'imprégnation de certains thèmes « schmittiens » y compris chez des auteurs éloignés de Schmitt, comme O. Kirchheimer, voy. A. Bolaffi, *Il Crepuscolo della sovranità. Filosofia politica nella Germania del Novecento*, Rome, Donzelli, 2002.

22 H. Rabault, « Carl Schmitt et l'influence fasciste. Relire la Théorie de la constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, vol. 88, n° 4, pp. 709–732. Les biographes, par-delà leurs divergences, ont souligné la fascination précoce de Schmitt pour le fascisme. Voy. notamment G.B. Balakrishnan, *L'ennemi. Un portrait intellectuel de Carl Schmitt* (trad. D.Meur), Paris, Amsterdam, 2000 ; D. Cumin, *Carl Schmitt. Biographie intellectuelle et politique*, Paris, Les éditions du Cerf, 2005.

23 N.d.E.: voy. aussi *supra* dans ce volume, P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

peuvent évaluer différemment la place de ces orientations dans l'économie et l'évolution de sa pensée[24] ? Admirent-ils, à la façon de Schmitt, non seulement Mussolini, mais aussi un antilibéral réactionnaire comme Donoso Cortès, ou un antilibéral révolutionnaire comme Georges Sorel ?

Ce n'est pas édulcorer leur pensée, encore moins nier le soutien de certains d'entre eux aux régimes antidémocratiques – ou leurs sympathies plus ou moins assumées pour des dirigeants dictatoriaux[25] –, que de douter de la validité d'une réponse pleinement positive à ce genre de question concernant les néolibéraux. On reste en tout cas stupéfait que de plus en plus de chercheurs sur le néolibéralisme, dans des publications académiques, ne prennent pas le temps d'examiner ces questions à fond. Car la thèse du « schmittisme » profond du néolibéralisme doit affronter quelques faits simples. Par exemple, dès 1935, Röpke a ainsi dénoncé les principes d'une économie et donc d'une politique « fasciste »[26]. Et en 1944, dans *Omipotent Government*,

---

24 R. Gross, *Carl Schmitt et les Juifs* (trad. D. Trierweiler), Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

25 Par exemple, le « néo-libéral » français Louis Baudin était un soutien du Portugal de Salazar – contrairement, il faut le préciser, à la totalité ou presque des fondateurs du « néo-libéralisme » français. Et c'est au même Salazar que Hayek a envoyé un exemplaire dédicacé de la *La Constitution de la liberté* – sans parler de son soutien notoire à la dictature de Pinochet. Quant à Röpke, dans une lettre, ils se réjouit que ses préconisations économiques formulées dans un article aient été prises au sérieux par Franco (W. Röpke, « lettre à Henri de Lovinfosse, 27 septembre 1950 », *Briefe 1934–1966*, Erlenbach-Zürich, Eugen Rentsch, 1976, p. 111). Reste que la quasi-totalité de ses textes et de sa correspondance, contrairement à ce que l'on soutient parfois, défendent la « démocratie », dans une acception il est vrai très particulière – fédéraliste, élitiste et restrictive. Il faudrait aussi réserver une étude particulière à Walter Lippmann, qui fut un précoce et constant critique du fascisme, contrairement à d'autres de ses amis ou ex-amis « progressistes » américains.

26 W. Röpke, « Fascist Economics », *Economica*, février 1935, pp. 85–100. Bien entendu, je n'ignore pas qu'une lettre de Wilhelm Röpke à Marcel van Zeeland du 20 octobre 1940 est aujourd'hui mise en avant par certains auteurs, après Quin Slobodian. Dans cette lettre destinée à être célèbre, Röpke, au cours de sa défense d'un État fort, se dit « plus fasciste » que Van Zeeland. Quelques éléments de contextualisation, nourris du reste de sa correspondance et de ses textes, méritent cependant d'être rappelés. Car le parcours de Röpke, certes marqué par la lecture de Schmitt, en diffère : 1/ Röpke reste évidemment hostile au fascisme ; 2/ Il demeure viscéralement attaché à la survie des démocraties libérales ; 3/ Il s'adresse à Marcel van Zeeland, le frère de Paul van Zeeland, dont Marcel a soutenu l'expérience gouvernementale de coalition anti-rexiste, donc antifasciste ; 4/ Il admire le libéralisme renouvelé de « l'expérience van Zeeland » (qui a exigé les pleins pouvoirs), théorisé par Marcel comme un interventionnisme libéral audacieux soucieux aussi des problèmes sociaux (voir l'ouvrage anonyme admiré de Röpke, *Révision des Valeurs. Essai de synthèse sur certains problèmes fondamentaux de l'économie contemporaine et leurs réactions politiques*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1937 ; Marcel van Zeeland, *L'expérience van Zeeland en Belgique*, Lausanne, Payot,

Mises critique vertement le juriste nazi Carl Schmitt, suivi bientôt par Röpke, dans *Die Deutsche Frage*, son *best-seller* de l'après-guerre, et Hayek dans *The Road to Serfdom* – excusez du peu, et, contrairement à ce que l'on dit parfois, sans aucune ambiguïté. Des critiques tardives, nuancera-t-on peut-être, mais qu'on ne saurait sérieusement éviter de considérer.

Il se pourrait qu'une partie des néolibéraux relèvent davantage d'un libéralisme conservateur – réactionnaire, même, si l'on veut – que d'un libéralisme autoritaire au sens schmittien du mot. Chez beaucoup d'entre eux, le mot « autoritaire » est d'ailleurs un mot repoussoir, utilisé le plus souvent pour désigner les régimes totalitaires ou assimilés, c'est-à-dire dirigistes. Et même ceux qui, tel Rüstow, ont été fortement inspirés par Schmitt en 1932 n'ont pas pour autant célébré compulsivement l'autoritarisme ensuite – le fils de Rüstow, un politologue connu, a souligné que si son père a peut-être inspiré la Constitution de Bonn sur la base de sa critique antérieure de la Constitution de Weimar, il ne s'en méfiait pas moins, par-delà son évident soutien, de « l'autoritarisme antidémocratique » d'Adenauer[27]… Quant à l'idée de constitutionnalisation des politiques économiques, c'est en partie une autre question : elle est indéniablement 'un des traits d'une partie importante de la pensée néolibérale, depuis l'ordolibéralisme jusqu'à l'École de Virginie. Encore faut-il préciser que ce constitutionnalisme ne se déploie pas de la même manière chez tous les penseurs néolibéraux, et ne prend pas la même centralité[28].

C'est du moins ce que je voudrais ici suggérer en revenant brièvement sur trois auteurs qui ont marqué les destinées du néolibéralisme : Wilhelm Röpke, Jacques Rueff et Louis Rougier. Tous trois présents lors du Colloque Walter Lippmann de 1938, ils ont adhéré à son « Agenda », c'est-à-dire à sa Charte qui présentait la nécessité d'un libre marché structuré par la liberté des prix, mais aussi la nécessité de certaines dépenses collectives importantes – « sécurité sociale », enseignements, recherche scientifique, armées, *etc.* – financées par l'impôt, dans le cadre d'un budget publiquement transparent et en équilibre. Tous trois ont entretenu ensuite des liens durables – Rueff était l'ami à la fois de Rougier et de Röpke – et se sont réclamés du « néolibéralisme », même si Röpke fut plus réticent que son ami Rüstow à adopter cette étiquette. Ajoutons que lors du Colloque Lippmann, « l'État fort » n'est pas un thème central

1940). On pourra lire : Louis R. Franck, *Démocraties en crise. Roosevelt - Van Zeeland - Léon Blum*, Paris, Éditions Rieder, 1937.

27 D. A. Rüstow, « Alexander Rüstow (1885–1963). A Biographical Sketch », in A. Rüstow, *Freedom and Domination. A Historical Critique of Civilization* (trad. S.Attanasio), Princeton, Princeton University Press, 1980, p. XXI.

28 N.d.E.: voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

des débats, et la constitutionnalisation des politiques économiques n'est pas encore la priorité chez la plupart des néolibéraux, y compris français. Mais après 1945, ce second thème s'impose avec Rueff et Rougier. Cependant, je vais montrer aussi que, sur le cas concret de la construction européenne, l'accord fut loin d'être complet entre les deux néolibéraux français et le néolibéral allemand qu'est Röpke. Paradoxalement, ce sont les premiers qui furent plutôt partisans d'un constitutionnalisme économique à l'échelle européenne, tandis que le troisième multiplia les avertissements quant au risque de destruction du fédéralisme national et international.

2 Le néolibéralisme de Röpke est-il « néo-schmittien » ?

En 1947, Röpke prononce une conférence qui constituera une des expressions les plus synthétiques et incisives de sa conception du libéralisme – il la publiera ensuite en tête de son recueil *Masse und Mitte*. Son ton et son contenu ne sont pas exactement « schmittien » – ils sont bien plutôt, et explicitement, « personnalistes » chrétiens. Le vrai libéralisme, martèle-t-il, est un anti-autoritarisme, d'abord parce que, fidèle au christianisme, il respecte la dignité de la personne humaine, et ne confond pas le spirituel et le temporel :

> Pour cette raison, le libéralisme est anti-autoritaire (*anti-autoritär*) : bien qu'il soit prêt à donner à César ce qui est à César, il se garde bien de tout romantisme de la communauté, qui fasse de l'organisation étatique l'objet d'un culte mystique, une sorte de super-organisme ou même de Dieu, et réciproquement il résiste virilement à César, quand celui-ci prétend à plus que ce qui lui revient.[29]

Pour ces raisons aussi, poursuit-il, le vrai libéralisme est hostile à toutes les formes de concentration et d'abus de pouvoir. L'idéal politique de Röpke, pour ces raisons notamment, est fédéraliste, tant sur le plan national qu'international, et la Confédération helvétique est son modèle permanent. En même temps, il est vrai que, toute sa vie, il continue de défendre la conception d'un État fort, et loue les vertus de dirigeants qui ont une grande « autorité », voire qui sont en ce sens « autoritaires » : Konrad Adenauer et Ludwig Erhard au moment de refonder l'Allemagne – en lançant la réforme monétaire ratifiée *ex post* par le peuple allemand –, mais aussi en 1958 le général de Gaulle en France, seul capable selon lui de mettre en œuvre une politique économique

29 W. Röpke, « Liberalismus Vergängliches und Unvergängliches », *Mass und Mitte*, Erlenbach-Zürich, Eugen Rentsch, 1950, pp. 19–20.

plus libérale, inspirée des conseils de Rueff, dans un pays qui y est très rétif[30]. Car au fond, « l'autorité » étatique est aux yeux de Röpke d'autant plus nécessaire qu'il juge la société des masses souvent « malade ». Dans tous les cas, par-delà les évolutions de Röpke, cette autorité se veut au service d'un libéralisme rénové, c'est-à-dire juridique et sociologique, et même inscrit dans la « nature »[31].

Déjà dans les années 1930–1940, non seulement Röpke se réclame ouvertement du libéralisme – et contre le fascisme, le nazisme et le stalinisme –, mais encore il mobilise des auteurs de la tradition libérale sur un mode de surcroît incompatible avec la pensée de Schmitt. Ainsi, parmi les

30 Il n'est pas évident d'identifier toutes les occurrences des mots « autoritaire » et « autorité » dans l'œuvre de Röpke – une des bibliographies les plus exhaustives, mais pas complète, comprend déjà plus de 800 textes (S.H. Skwiercz, *Der Dritte Weg im Denken von Wilhelm Röpke*, Würzburg, Creator, 1988, pp. 356–380). C'est notamment dans les textes et discours des années 1950–1960 publiés en italien – alors que Röpke nourrissait des liens étroits avec Luigi Einaudi et le Parti libéral italien – que ces ces concepts sont mis en avant. J'ai trouvé le qualificatif « autoritaire » (*autoritario*) à propos du « régime » gaulliste qui a permis la stabilité monétaire (« L'educazione alla libertà economica e le grandi decisioni dell'epoca attuale », discours au IXe Congrès de l'Internationale libérale, Gardone, octobre 1959, repris in *Scritti liberali*, Rome, Sansoni, 1974, p. 60). Cependant, Röpke utilise très peu le mot « autoritaire » en un sens laudatif, puisqu'il l'applique, tout comme d'autres néolibéraux, aux régimes dirigistes et totalitaires. Concernant De Gaulle, Röpke souligne par ailleurs, au moins deux fois, que rien ne garantissait, vu sa formation et ses convictions, que le fondateur de la Ve République appliquerait en partie les politiques économiques et monétaires libérales inspirées de Rueff (voir « Economia e democrazia », *La Tribuna*, 5 septembre 1963, repris in *Scritti liberali*, *op.cit.*, p. 155, qui précise que de Gaulle, prenant le contrepied de la « quasi-anarchie » de la IVe République, a mis en place un gouvernement « doté de suffisamment d'autorité et de stabilité » pour empêcher l'inflation).

31 Sur cette inscription du marché dans la société et la nature, voir W. Röpke, « Die Natürliche Ordnung. Die Neue Phase der Wirtschaftspolitischen Diskussion », *Kyklos*, 1948, n° 2, pp. 211–232. C'est encore dans un texte tardif publié en italien que Röpke a clairement défini sa conception d'un État fort au service du libéralisme renouvelé qu'il consent ici à appeler « néo-libéralisme » : « Il est fatigant de devoir encore répéter que, pour nous aussi, le marché doit être le serviteur, et non le maître, de la société. C'est simplement par ignorance qu'on nous reproche de vouloir un État faible, tandis que la vérité est que, pour notre conception de l'économie de marché, nous postulons pour l'État l'autorité qui revient dans un match à l'arbitre, qui veille sur les règles du jeu et en punit chaque transgression, mais qui perdrait tout crédit s'il se mettait à jouer lui-même. Nous nous sentons profondément incompris quand on soutient que, pour nous, le marché, la concurrence et le jeu de l'offre et de la demande soient quelque chose de plus qu'une zone donnée de la société, non dépourvue des périls les plus variés, une sorte de vide moral, lequel précisément pour cette raison a besoin de piliers de soutènement externes plus forts » (« La statizzazione dell'uomo », *La Tribuna*, 5 avril 1964, repris in *Scritti liberali*, *op.cit.*, p. 186).

« classiques », mobilise-t-il Montesquieu, Acton ou encore Tocqueville, qu'il présente en théoriciens du pluralisme libéral, c'est-à-dire des corps intermédiaires, des associations et des contre-pouvoirs en général. Il n'est pas non plus très « schmittien » de choisir comme référence, à la façon de Röpke, le libéral tocquevillien Édouard de Laboulaye et son livre *L'État et ses limites*[32]. Et, parmi les contemporains, il ne s'appuie pas sur l'antilibéralisme de juristes comme Schmitt, mais sur des penseurs qui, aux antipodes de ce dernier, n'ont cessé de défendre le parlementarisme libéral : Ortega Y Gasset, Guglielmo Ferrero, ou encore Gaetano Mosca dont il médite alors les *Elementi di scienza politica*[33]. Enfin et surtout, deux des auteurs de référence les plus chers à Röpke se situent à l'opposé de la vision antilibérale schmittienne : Julien Benda, avec son réquisitoire contre la « trahison des clercs », mais aussi et surtout l'historien Johan Huizinga, observateur angoissé de la montée et de l'hégémonie du national-socialisme, et apôtre de la paix mondiale. Du penseur hollandais, très influent durant la crise des années 1930 – son essai de 1935, *In de schaduwen van morgen*, littéralement « Dans l'ombre de demain », est traduit en France par les éditions de Médicis, aux côtés de Röpke et d'autres « néolibéraux » –, il serait à peine exagéré de dire que l'économiste allemand le considérait comme son frère spirituel, ainsi qu'en témoignent ses citations et sa correspondance. Or, la pensée de Huizinga dans les années 1930 contient, en plus d'une critique dévastatrice de la pensée pré-nazie, une des charges alors les plus violentes et notoires contre Carl Schmitt et son « concept du politique », fondé sur le partage belliqueux entre « l'ami » et « l'ennemi » – une critique formulée dans *In de schaduwen van morgen* que reprendra aussi à son compte Mises dès 1944, avec *Omnipotent Government*, sans citer l'historien.

Si Huizinga ne partage absolument pas cette vision schmittienne, qu'il juge incompatible avec celle de la démocratie libérale et avec la paix mondiale – Schmitt faisant figure à ses yeux d'anti-Érasme –, beaucoup d'éléments donnent à conjecturer que Röpke ne pense guère différemment. En tout cas, l'ensemble de ses références positives – à Huizinga, donc, mais aussi à Montesquieu ou à Constant, ou encore à Mosca et à Gasset, qui admirait tant le libéralisme de Guizot – fait signe vers une conception de la politique tout autre que celle de Schmitt : nourrie à la fois de libéralisme et de pensée conservatrice chrétienne, la théorie politique de Röpke se veut le fondement d'un

32 Sur l'abîme séparant Schmitt du constitutionnalisme libéral de Laboulaye, voy. par exemple N. Campana, *Le droit, le politique et la guerre : deux chapitres sur la doctrine de Carl Schmitt*, Laval, Presses Universitaires de Laval, 2004, p. 67.

33 W. Röpke publie même une présentation d'un extrait des *Elementi di scienza politica* (les pages 483–489), dans G. Mosca, « Demokratisches Repräsentativsystem, Kommunismus, bürokratischer Absolutismus », *Neue Zürcher Zeitung*, 15 Août 1943, pp. 4–5.

État décentralisé, dont le principe de subsidiarité constitue une des modalités centrales. En ce sens, les classiques du libéralisme et les Encycliques sont plus instructives pour comprendre Röpke que les œuvres complètes de Schmitt. Bien sûr, comme beaucoup de penseurs qu'il mobilise, Röpke entretient une vision très conservatrice et élitiste de la bonne communauté politique, mais ces traits n'en font pas une vision « schmittienne ». La « troisième voie » qu'il continue de défendre dans *Civitas Humana*, y compris sur le plan politique, repose sur d'autres orientations.

La grande référence théorique de Röpke, insistons-y, n'a donc rien à avoir alors avec Schmitt, puisqu'il s'agit de la pensée libérale de Ferrero, notamment de son ouvrage *Les Génies invisibles de la Cité*. Si « l'école de Genève » est un artefact, en revanche cette filiation genevoise entre Ferrero et Röpke constitue un fil conducteur pour comprendre la pensée politique du « libéralisme sociologique ». Plus précisément, elle permet de saisir la grande distinction de *Civitas Humana* entre « État sain » et « État malade ». Critique du jacobinisme, Ferrero est en ce sens l'inspirateur de tous les critiques – et Röpke en fait partie – de ce que Jacob Leib Talmon appellera plus tard la « démocratie totalitaire ». En particulier, Röpke mobilise ici et dans quelques articles[34] les réflexions de Ferrero sur les « génies invisibles » de la cité, qui supposent le rôle crucial de la confiance dans la relation entre gouvernants et gouvernés, et dans la légitimité même des premiers. Le but d'une bonne politique, souligne Röpke, est de construire et de faire durer ce « chef d'œuvre » qu'est un « État libre », c'est-à-dire qui suppose « l'acquiescement volontaire des gouvernés ». Ainsi faut-il entendre par « gouvernement légitime » un gouvernement qui dispose d'un « titre constitutif moral » authentique et non pas « fabriqué » par des juristes officiels – et sans doute Röpke pense-t-il ici fortement aux juristes du IIIe Reich, dont Schmitt faisait notoirement partie. Autrement dit, la légitimité d'un pouvoir correspond au fait que le gouvernement est reconnu par la population comme « justement habilité à commander », et à ce que le citoyen s'y « identifie tacitement ». À l'inverse, le gouvernement illégitime est « usurpé » : faute de « puissance morale interne », il ne peut se maintenir que par l'imposition d'une « violence extérieure »[35].

Dans des développements qui font directement écho à la répression dans les pays totalitaires, et notamment dans l'Allemagne nazie de l'époque, Röpke établit le contraste entre la logique des « génies invisibles » et celle de

34 W. Röpke, « Guglielmo Ferrero und das Problem der legitimen Herrschaft », *Neue Zürcher Zeitung*, 20 août 1942.

35 W. Röpke, *Civitas Humana, ou les questions fondamentales de la réforme économique et sociale* (trad. P. Bastier), Paris, Librairie de Médicis, 1946, p. 155.

la contrainte : « [l]es “génies invisibles de la cité” s'enfuient et, à leur place, viennent se nicher les forces qu'on pourrait appeler les “démons visibles de la cité”, c'est-à-dire toutes les trop visibles mesures que prend un État instable, inquiet de son maintien et de son existence, pour assurer sa sécurité au prix de la violence »[36]. Dans ces États malades saute aux yeux « l'appareil extérieur de la puissance » qui constitue comme un rempart des gouvernants vis-à-vis des gouvernés. Non sans faire écho avec le tableau par Montesquieu du despotisme, Röpke souligne que la « crainte » est le moteur de ce comportement répressif des gouvernants vis-à-vis des gouvernés, qui sont effrayés par tant de puissance. Ainsi voit-on se développer exponentiellement, dans les États malades, une « police d'État centralisée et militarisée », des « lois de protection de l'État » avec leurs châtiments draconiens, les contrôles, prisons, camps de concentration, agents provocateurs et mouchards, *etc.* Dans ce cauchemar politique qui voit abolies les libertés privées et les « libertés civiques » se dessine, en creux, ce qu'est une mauvaise politique : « [e]n particulier, une étude sur la police mettrait bien en lumière la différence entre un État bien portant et un État malade, entre un État légitime et un État illégitime. Et il y aurait un beau sujet de réflexion, par exemple, dans le fait que les policiers anglais sont pratiquement sans arme »[37].

Le maintien d'un « État sain » suppose aussi de nombreux contre-pouvoirs, notamment des « clercs » capables de résister au pouvoir arbitraire. Dans ce cadre, Röpke dresse un long éloge – et là encore fort peu « schmittien » – des grands « clercs » religieux, tel Saint Ambroise, ou de Thomas More qui brava jusqu'à l'échafaud Henri VIII, ou encore de Spinoza qui refusa une chaire à l'université de Heidelberg pour garder sa pleine indépendance, et continua de gagner sa vie en polissant des verres de lunettes[38]. Cet éloge de Spinoza rejoint les innombrables apologies par Röpke du métier d'artisan, indépendant et fidèle au beau métier. Mais il est difficile de ne pas penser aussi à un autoportrait de Röpke – ou à un portrait de Rüstow – qui refusant l'obéissance au régime nazi, préfère l'exil au confort servile de l'Université du IIIe Reich. Et ce, contrairement à celui que Röpke appellera dans *Die Deutsche Frage* le « sinistre » Carl Schmitt, juriste servile du régime hitlérien.

Bien entendu, si l'État pour Röpke ne doit certainement pas être « autoritaire » dans ce sens-là – et le mot est employé péjorativement dans *Civitas Humana* –, il doit en revanche être fort, c'est-à-dire ne pas être la proie des différents groupes d'intérêts qui cherchent à l'utiliser à leurs propres fins. C'est

36 *Ibid.*
37 *Ibid.*
38 *Ibid.*, p. 203.

dans ce cadre que Röpke, tout comme Rüstow depuis les années 1930 – et encore dans *Economic Disintegration* –, développe une critique de la « décomposition de l'État » par des « groupements organisés » et autres « *pressure groups* » – en anglais dans le texte – qui mettent en question « l'unité morale de l'État », et donc le « fondement d'un État sain » c'est-à-dire « légitime, coordonnateur et décentralisé ». Et Röpke d'avertir, avec d'évidentes références à l'effondrement de la République de Weimar, que :

> l'État est menacé au plus profond de lui-même lorsque, dans l'exercice de ses fonctions essentielles, il ne peut tabler sur le loyalisme sans réserve de ses citoyens, et qu'il lui faut compter sur la lutte des classes, la haine raciale, les conflits religieux, le fanatisme idéologique, les oppositions de langue et de nationalités qui, divisant une partie de la population, la poussent à la sécession comme à l'époque des guerres des religions.[39]

En ce sens, la « guerre civile » marque la mort d'un État déjà malade. Telle est ce qu'on pourrait appeler la dimension partiellement « schmittienne » – assez largement partagée même au-delà de la droite conservatrice – qui sous-tend l'idée de l'État fort chez Röpke comme chez Rüstow. Et encore, l'influence possible de Schmitt se combine-t-elle de nouveau ici avec celle très directe de Ferrero, qui avait mis en avant que seule la logique des « génies invisibles de la cité » permet de faire coexister ensemble une pluralité d'individus et de groupes sans qu'ils se déchirent dans une guerre civile.

Pour autant, l'apologie du système libéral par Ferrero ne suffit pas suivant Röpke à refonder politiquement son « humanisme économique » ou sa « troisième voie ». S'il considère en effet que les principes relevant des « génies invisibles de la cité » sont fondamentaux pour définir et surtout pour faire durer un État à la fois fort et légitime, il juge en même temps que cette approche est très insuffisante. Car l'idée de « gouvernement légitime », prise en ce sens, peut « embrasser les formes d'État les plus diverses » et même les plus opposées à « nos échelles de valeurs européennes », comme la monarchie absolue ou les despotismes divers. Il arrive en effet argue-t-il que ces régimes bénéficient d'une obéissance volontaire ou du moins tacite, qu'ils reposent sur la confiance et non pas sur la contrainte, et qu'ils n'en soient pas moins inacceptables à l'aune de certaines valeurs libérales et démocratiques dont Röpke se réclame sans ambiguïtés, même s'il les combine avec un discours parfois conservateur, sinon réactionnaire. C'est pourquoi il entend mettre au centre de sa propre théorie néolibérale des principes permettant de distinguer entre « l'État *autoritaire* ou

39 *Ibid.*

subordinateur » et « l'État *libéral* ou solidariste » – c'est du moins ainsi que la version française traduit respectivement, et fort imparfaitement, « *herrschaflichten* » et « *genössischen* »[40]. Puisque c'est la mode de faire de Röpke le partisan d'un « libéralisme autoritaire », il est utile de repréciser que l'autoritarisme – à ne pas confondre avec l'autorité – signale pour lui un État malade, marqué par le legs féodal « autoritaire », et non un État sain : un « État fort » et sain doit avoir de l'autorité, non être « autoritaire ». Si tentation autoritaire il y a dans certains textes de Röpke, notamment ultérieurs – et il y a en effet de tels textes, répétons-le, notamment ses éloges de la présidence gaulliste – c'est dans les situations où précisément il juge que la société et l'État sont « malades ».

Pour étayer sa conception fédéraliste, Röpke ne fait évidemment pas référence à Schmitt, mais, en note, aux « excellents écrits » d'Adolf Grasser que sont *Geschichte der Volksfreiheit und der Demokratie* (*Histoire de la liberté des peuples et de la démocratie*) et *Gemeindefreiheit als Rettung Europas* (*L'Autonomie communale et la reconstruction de l'Europe*). Avec celle de Ferrero, on trouve là une véritable source directe de la pensée politique fédéraliste röpkéenne. Le premier ouvrage avait attiré l'attention en Suisse sur ce jeune auteur qui donna des conférences grand public à l'Université de Bâle en 1938–1939, marquant ainsi son clair engagement aux côtés des démocraties occidentales contre les tyrannies totalitaires. Encore fallait-il selon lui bien comprendre, pour bien les défendre, que les démocraties libérales trouvent leurs racines dans les révoltes contre toute domination arbitraire, en particulier étatique, et dans les différentes formes de droit de résistance. Plus profondément, la liberté des démocraties occidentales, à suivre ces analyses, vient des cités libres, et ce depuis la démocratie athénienne jusqu'à différentes expériences de liberté fédérative. Tout indique que Röpke partage alors, et partagera toujours, cette vision politique précise, en l'étayant aussi par l'opposition entre « pouvoir autoritaire » et « syndicalisme », une opposition reprise aux travaux d'Otto von Gierke et de Franz Oppenheimer[41] – cet économiste atypique qui a tant compté, comme le signale aussi *Civitas Humana*, dans la conception par Röpke de la « troisième voie » et d'un libéralisme social[42].

Cette valorisation du fédéralisme est non moins au cœur de son analyse dans *Die Deutsche Frage*, tant en matière de diagnostic que de solution pour l'après-1945. Car le « problème allemand », c'est celui d'une construction autoritariste et violente conduite par la Prusse centralisée et militarisée. Le résultat désastreux

40 *Ibid.*, p. 160 (dans l'édition allemande, W. Röpke, *Civitas Humana*, Bern/Stuttgart, Haupt, 1979, p. 178).

41 *Ibid.*, p. 171.

42 *Ibid.*

en fut le blocage, puis l'extinction, du mouvement pour la liberté et la démocratie en Allemagne : faute en effet d'une alliance entre un « puissant gouvernement organique » et les « forces progressistes de la bourgeoisie urbaine », ce sont les forces régressives, autoritaristes et liberticides de la féodalité qui allaient marquer de leur empreinte régressive une trajectoire socio-économique allemande dominée par les grands propriétaires terriens et un gigantisme capitaliste industriel de cartels et d'ententes, prospérant grâce à leurs liens incestueux avec un État centralisé, autoritaire et bureaucratique – bref, le contraire d'un libéralisme concurrentiel sain. Ainsi le basculement liberticide, qui fut politique avant d'être économique, se serait-il joué à la fin du Moyen Âge quand advint, avec la désintégration de l'Empire, la montée de « petits États absolus ». Appuyées par une féodalité brutale, ces nouvelles structures nationales et étatiques conduisirent à l'asservissement des paysans et des bourgeois des villes. Pour Röpke, la date fatidique est l'écrasement de la Révolution des paysans (1525), qui contraignit tous les Allemands à « l'obéissance » et anéantit pour longtemps les germes de la liberté. D'où une nouvelle culture politique, typiquement allemande, du conformisme, de l'obéissance et de la servilité, et plus largement « l'habitude de laisser le gouvernement penser et décider ce qu'il faut faire », « l'absence presque complète de traditions de *self-government* démocratique », et la fuite en avant vers des rêves irréels de puissance ou d'autarcie.

Toute l'histoire politique, socio-économique, culturelle et géostratégique de l'Allemagne, en particulier son démon militariste, s'éclairerait par cet échec à développer les « contrepoids nécessaires », par essence libéraux, aux périls de « l'État omnipotent » tels que « l'opinion publique » ou la « société » – on se souvient que Röpke en a détaillé les traits dans *Civitas Humana*. Faute de bourgeoisie et de noblesse indépendantes, faute plus généralement de corps indépendants et de contre-pouvoirs, l'étatisation généralisée déliée de tout obstacle s'est déchaînée, provoquant les pires tragédies. Et Röpke ne cesse d'expliquer à cette époque que la dénazification de l'Allemagne suppose non pas la constitution d'un nouvel « État fort », mais une décentralisation radicale, avec donc une forte valorisation de l'autonomie et de la démocratie locale, sur le modèle suisse. Le modèle fédéral à l'échelle européenne qu'il ne cesse alors de défendre correspond également, selon lui, à sa vision d'une « troisième voie », qui entend équilibrer les forces centrifuges et les forces centripètes. Si Röpke, comme Rüstow, doit beaucoup à Eucken et à toute l'école ordolibérale de Fribourg, s'il partage donc bien des éléments du constitutionnalisme concurrentiel, force est de constater que son « libéralisme sociologique » ne met pas au centre de sa conception de la fédération européenne future l'élaboration juridique d'une constitution économique continentale. C'est davantage la décentralisation qui lui importe manifestement – ce qui éclaire peut-être ses divergences ultérieures avec les néolibéraux français sur la construction européenne.

3 Rueff, Rougier et la constitutionnalisation des politiques économiques

Paradoxalement, ce sont davantage les néolibéraux français que Röpke qui vont développer après 1945 des éléments d'un constitutionnalisme économique en tant que dispositif central d'un nouvel ordre libéral, tant sur le plan national qu'européen, voire mondial à terme. Sans doute ce thème est-il relativement discret dans leurs écrits, mais il est bel et bien présent. Et d'abord chez Rueff, qui se voulait l'un des principaux porte-voix du néolibéralisme. En même temps, aussi bien Rueff que Rougier, qui se revendiquent de la grande tradition du constitutionnalisme libéral – notamment états-unien, pour le second – se gardent bien de trop exalter un « État autoritaire » et même un « État fort » : ce dernier thème, dès les années 1930, avait été porté en France par les néo-socialistes bien plus que par les néolibéraux. Et ils le font au nom d'une vraie « démocratie » qu'ils valorisent – c'est-à-dire, selon eux, une démocratie constitutionnelle libérale, qu'ils opposent à la démocratie « jacobine » ou rousseauiste de la souveraineté absolue, indissociable à leurs yeux du dirigisme et du « planisme » autoritaire. Bien entendu, il est permis, si on le souhaite, de douter de leur attachement à la démocratie, notamment quand on connaît les charges de Rougier, dès les années 1920, contre l'égalitarisme. Reste que cet attachement est proclamé – mieux, comme au temps du Colloque Walter Lippmann, c'est au nom de la défense de la « démocratie » libérale contre le péril totalitaire qu'un modèle constitutionnaliste, à la fois politique et économique, est défendu par ces auteurs. Le tout au nom de l'argument, assurément discutable, selon lequel des politiques inflationnistes et dirigistes portent en elles le germe de la destruction de la démocratie. Il est vrai d'ailleurs que Rueff comme Rougier font parfois référence à la crise de la République de Weimar et à l'arrivée de Hitler au pouvoir, d'une manière qui n'est pas sans évoquer Rüstow et Röpke – mais, du moins à ma connaissance, sans référence à Schmitt. Même si Rueff est assez familier des écrits de Röpke – incomparablement plus que de Rüstow –, et même s'il admire la démocratie fédérale allemande et son modèle d'économie sociale de marché, sa construction conceptuelle présente une certaine autonomie, par ses références et son contenu.

Dans *L'Ordre social* et dans de nombreux autres textes, Rueff réfléchit aux conditions d'un gouvernement capable de préserver l'ordre social, sur la base d'une théorie des droits de propriété. L'essentiel pour lui consiste à bien délimiter le droit de propriété dans le cadre d'un État libéral, c'est-à-dire qui respecte la liberté des propriétaires privés, mais qui, en même temps, est légalement autorisé à des ponctions fiscales importantes en vue de la satisfaction de besoins collectifs démocratiquement choisis par l'élection au

suffrage universel – du moins sous certaines conditions, en particulier un budget transparent et en équilibre, évitant tout risque de surchauffe inflationniste. À dire vrai, Rueff ne prétend pas trancher définitivement et sur tous les cas entre une « méthode libérale », qui fonctionne à l'incitation indirecte et à la fiscalité, et la « méthode autoritaire », qui exerce une contrainte directe sur la vie des acteurs économiques et sur les propriétaires, et qui en se généralisant devient la méthode « socialiste », voire « communiste ». Mais il est clair que le grand danger est pour lui la « méthode autoritaire », qui risque toujours de déboucher sur une étatisation de l'économie, donc selon lui sur le « totalitarisme ». Dans ce basculement intervient la transformation des « vrais droits » en « faux droits » : les premiers se constituent dans le cadre d'un régime de prix libres, donc d'équilibre entre l'offre et la demande ; les seconds émergent quand c'est l'État qui les crée par la fixation autoritaire des prix. Ainsi, Rueff ne se réclamait pas d'un « libéralisme autoritaire », mais d'une « méthode libérale », censée réaliser l'Agenda du Colloque Walter Lippmann déjà évoqué, et capable d'après lui de fédérer libéraux réformistes et socialistes modérés. Une « méthode » qui en revanche contient des éléments de contrainte – de préférence indirecte – inhérents à tout « ordre social » durable selon lui.

Ainsi, juste à la sortie de la guerre, *L'Ordre social* se veut doublement un antidote à la menace totalitaire et une défense de la démocratie libérale : d'abord, parce qu'il entend définir les conditions d'une politique économique et monétaire non inflationniste, étant postulé que l'inflation incontrôlée ne pourrait que conduire au totalitarisme ; ensuite, parce que, dans le cadre du gouvernement libéral, l'outil fiscal – central chez Rueff – permet de financer des biens, des infrastructures et des besoins publics, en accord selon lui avec les exigences des socialistes modérés. C'est dans ce cadre nettement libéral, mais qui se veut ou se prétend consensuel, que Rueff, à la fin de *l'Ordre social*, théorise un constitutionnalisme économique au nom de la défense de la démocratie bien comprise, c'est-à-dire libérale. Et cet ardent défenseur de la construction européenne – on va le voir bientôt – défend cette approche non seulement à l'échelle nationale, mais encore à l'échelle de l'Europe, voire du monde. « L'ordre financier », soutient en effet Rueff, resterait encore « exposé à de graves dangers » si le Parlement restait « libre de le troubler à son gré ». Aussi faudrait-il mettre en place une « disposition constitutionnelle » qui interdirait « toute décision génératrice de faux droits », sauf dans les cas d'exception ou de « salut public »[43]. Cependant, Rueff entend présenter cette

43 J. Rueff, *L'Ordre social*, Paris, Plon, 1981, p. 657.

transformation constitutionnelle non comme une sorte de verrou antidémocratique, mais comme une expression d'une bonne démocratie.

C'est sans doute une des raisons qui expliquent sa référence au livre de Fustel de Coulanges, qu'il aime parfois mentionner, *La Cité antique.* Ainsi soutient-il que « toute constitution démocratique » devrait revenir à la tradition hellénique des « thesmothètes », qui étaient dans la « République » ou démocratie athénienne – mais Rueff préfère manifestement le second mot – les « gardiens de la stabilité constitutionnelle ». Certes, les thesmothètes ne se substitueront pas aux parlements, ne serait-ce que parce qu'ils n'auront pas pour mission d'apprécier « l'utilité sociale » des propositions soumises au parlement. En revanche, ils auront bien des capacités décisives de blocage au regard de la considération des « répercussions financières », non seulement immédiates et directes, mais également de long terme. Sauf là encore dans les circonstances spécifiques établies solennellement comme étant de « salut public », l'institution des thesmothètes aura un véritable droit de veto sur les dispositions capables d'engendrer de « faux droits », donc inflationnistes. Sans doute conscient là encore de la portée d'une telle transformation institutionnelle que beaucoup pourraient, non sans arguments forts, juger antidémocratique, Rueff insiste sur le fait que les thesmothètes ne pourront pas empêcher le parlement « d'imposer la politique de son choix », mais ils l'obligeront à « prévoir les moyens de la mener à bien dans l'ordre et la liberté ». Mieux, veut-il croire, ou faire croire, cette institution « ne portera pas atteinte à la souveraineté populaire », mais aura pour effet de la « rendre efficace », et bien sûr durable, vu que Rueff ne cesse de souligner, on l'a vu, que les politiques socio-économiques inflationnistes sont à terme le tombeau de la démocratie et la voie de la dictature ou du totalitarisme, tant elles imposent des interventions correctrices ou compensatrices arbitraires et liberticides.

En outre, Rueff affronte la question classique de savoir qui gardera les gardiens. Car ces thesmothètes seront dotés d'un « pouvoir redoutable », en sorte qu'il faudra prendre les meilleures dispositions possibles pour qu'ils ne faillissent pas à leur mission. Manifestement, la meilleure garantie à ses yeux réside dans la qualité des profils choisis et dans des conditions spécifiques d'indépendance. Ainsi devront-ils être nommés à vie par « le collège des plus hautes autorités morales du pays », et, comme leurs précurseurs athéniens, être « nourris aux frais de l'État ». Ce seront ainsi les véritables « gardiens des libertés humaines » – là encore, Rueff entend désamorcer le soupçon qu'ils soient plutôt les bourreaux de la liberté démocratique. Ajoutons enfin une dimension essentielle : si ces « diverses précautions » contre le « désordre financier » ont un caractère « national », elles ont aussi un caractère international qui oblige à inventer des contraintes constitutionnelles

monétaires à un niveau plus élevé que les États-nations. Ce niveau apparaît même comme fondamental, voire le plus important – « au premier chef », selon ses mots. En effet, soutient Rueff, en « régime de monnaie métallique », la gestion financière de chacun des États qui conservent l'étalon-or de la monnaie affecte tous les autres. Par conséquent, « toute collectivité de nations qui ferait de la sauvegarde des libertés humaines son principal objet, devrait donc comprendre des organismes tendant à imposer à ses membres le respect de principes communs de moralité financière »[44]. Ce qui suppose l'institution d'une « Cour suprême de Justice », d'une « Cour des comptes internationale » qui aurait la capacité de juger les budgets nationaux et qui accessoirement, par ses pouvoirs d'enquête et d'inspection, serait « la seule garantie efficace d'une politique de désarmement ». Ainsi les nouveaux « thesmothètes nationaux » devraient-ils être désignés par « l'autorité internationale suprême », dont ils seraient les « représentants ». Bien entendu, ce dispositif implique *ipso facto* une mise en cause « grave » des « souverainetés » nationales, mais Rueff l'assume : en tout cas, il n'y pas de « politique fédérale » possible à ses yeux sans de telles contraintes institutionnelles.

Ces orientations, on les retrouve dans certains textes de Rougier de l'après-guerre, quand il entend préciser les traits du néolibéralisme, en référence parfois explicite à Rueff. Sur le plan constructif, une des originalités du libéralisme de Rougier dans l'après 1945 tient en effet à une réflexion, inachevée, sur les moyens dont dispose le constitutionnalisme libéral pour contrer à la fois le jacobinisme politique et le dirigisme socio-économique, qui sont à ses yeux les deux faces d'une même orientation antilibérale typique de la culture politique centralisatrice française. En ce sens, il s'agit d'une nouvelle étape du néolibéralisme, entendu comme « libéralisme constructeur », qui entend dépasser le *laissez-faire* pour mieux garantir le fonctionnement du marché et ses effets jugés positifs. Commence ainsi à se formuler l'idée, chère à beaucoup de néolibéraux – notamment allemands – de contraintes constitutionnelles pesant à la fois sur les choix politiques et économiques. Aussi Rougier mettra-il en scène un conflit central entre « la politique à court terme imposée par l'impatience des masses » et « la politique à long terme exigée par la clairvoyance des hommes d'État »[45]. En cette seconde moitié du XX^e siècle, tout indiquerait que nous sommes entrés dans une funeste « nouvelle politique » qui consiste à tirer des « traites sur l'avenir », en sacrifiant délibérément l'intérêt futur à celui présent. Sont ici visées en particulier les politiques dirigistes

44 *Ibid.*, p. 658.

45 L. Rougier, *La Défaite des vainqueurs*, Paris/Bruxelles, La Diffusion du livre, 1947, p. 240.

et inflationnistes qui procèdent de la conviction, bien exprimée par Keynes dans sa fameuse formule, selon laquelle, sur le long terme, « nous serons tous morts ». Néanmoins, rétorque Rougier à l'auteur de la *Théorie générale* – sans toutefois le nommer –, « le malheur des politiques à court terme », c'est que le déluge arrive bien avant que nous ne soyons tous morts.

En somme, il y aurait bien un « problème de l'organisation du pouvoir » dans les régimes démocratiques, cause et symptôme de l'interventionnisme et du dirigisme au XX^e siècle, et à ce titre clé décisive de résolution des problèmes économiques, au premier chef l'inflation – bête noire de tous les néolibéraux. Ce conflit ou ce problème, on a commencé à le voir, ne date pas d'hier en France : il trouve son expression, rappelle Rougier, dans le conflit entre « l'esprit métaphysique des partis » et « l'esprit positif des techniciens ». Contrairement à Mises ou Hayek, le néolibéralisme français puise ici dans la tradition du positivisme, en expliquant que « l'esprit positif » dont il se réclame à son tour veut qu'on aborde les problèmes de la vie sociale sans aucune « idéologie préconçue ». Cela suppose donc de rompre avec la « mentalité aprioriste » ou avec « l'esprit jacobin » qui prétend que la voix du peuple est la voix de dieu – *Vox Populi, vox dei* – pour mieux imposer la contrainte de ses porte-paroles.

Pour autant, la stratégie libérale de Rougier ne consiste pas à court-circuiter totalement la souveraineté du peuple. Il faudrait plutôt « s'affranchir de la métaphysique des partis » pour « poser les véritables problèmes ». Selon lui, la détermination des fins à poursuivre peut faire l'objet d'une « discussion politique », où sont en jeu et s'expriment « les préférences affectives, les croyances idéologiques, l'échelle des valeurs et des joies qui constituent l'idiosyncrasie des familles spirituelles, des groupes ethniques suffisamment différenciés »[46]. Ce serait même le « seul » véritable domaine où la délibération et le combat politiques auraient leur place pour arbitrer entre des orientations ou des valeurs essentielles, pour trancher entre des alternatives, parmi lesquelles « liberté ou sécurité », « bien-être des particuliers ou puissance de l'État », « enrichissement général ou nivellement des conditions », « expansion coloniale ou développement culturel ». Comme dans ses écrits néolibéraux des années 1930, Rougier considère que la démocratie libérale, en plus de consacrer la « souveraineté du consommateur », permet de choisir entre des orientations divergentes y compris au plan socio-économique, du moins dans certaines limites. Et encore, précise-t-il à nouveau, cette discussion politique et idéologique, loin d'être sans borne, devrait se trouver sous l'obligation contraignante de « poursuivre des fins compatibles entre elles, réalisables

46 *Ibid.*, p. 257.

dans les conditions existantes et universalisables pour tout ce qui touche aux rapports internationaux », si on veut la paix entre les peuples. La détermination des « fins » est donc affaire ultimement politique, quoique bornée par les contraintes d'universalisation au plan mondial – manière pour Rougier de redire qu'un dirigisme autarcique, par exemple, est inacceptable de façon principielle, car incompatible avec la paix mondiale.

Précisons cependant – et là semble résider la relative nouveauté de son propos – que le vrai bridage de la démocratie représentative se situe ailleurs, au niveau des « moyens » propres à atteindre la « fin » démocratiquement choisie. Ici, on aurait affaire à un enjeu de « pure technique » dont la gestion devrait être retirée aux « politiciens » pour être confiée à des « experts »[47]. Bref, Rougier assume, selon son lexique, une véritable dépolitisation de la gestion des moyens. La version libérale ou néolibérale qu'il en propose passe alors par un dispositif constitutionnel nouveau qui filtrerait la décision démocratique pour en établir les modalités concrètes et jugées viables de réalisation.

Parmi les normes de ce filtrage se trouveraient la transparence et la rigueur budgétaires que Rougier, dès l'Agenda du libéralisme du Colloque Walter Lippmann, n'a cessé – tout comme Rueff – de mettre en avant :

> On pourrait concevoir une structure constitutionnelle propre aux régimes démocratiques, dont le schéma général serait le suivant : une chambre représentative, issue du suffrage universel assorti d'une loi électorale sincère, qui interprèterait les vœux populaires et discuterait des fins à poursuivre par ordre de priorité et d'urgence ; des Corps savants et des Commissions d'experts qui discuteraient des voies et des moyens ; un Conseil de la République, cumulant les fonctions élargies d'un Conseil d'État, d'une Cour des comptes et d'une Cour suprême de justice, qui jugeraient de l'opportunité, de l'interdépendance des fins poursuivies et de la conformité des moyens proposés avec les règles, que nous avons formulées dans la section précédente, des interventions permises, du financement sincère, du Code des pratiques autorisées sur le plan national et international. L'action législative devrait être subordonnée aux vœux des masses interprétés par leurs mandataires, étudiés

47 N.d.E. : cette « technocratisation » du politique est abordée *infra* dans ce volume, pour le cas de l'Union européenne et de la gestion de la crise économique liée à la pandémie, par P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

> dans leurs voies et moyens par les experts, contrôlés par les Conseillers de la nation.[48]

À suivre Rougier, cette « nécessité de “dépolitiser” les problèmes » n'aurait rien de très nouveau – les grands hommes d'État, tel Henri IV, auraient déjà mis en place les linéaments d'un tel contrôle sur les décisions politiques. Reste que, ce faisant, le constitutionnalisme libéral de Rougier entend réinventer les structures de la politique pour sortir de la fuite en avant dirigiste et inflationniste qu'il exècre autant que Rueff.

4 Le néolibéralisme de Rueff et Röpke face au Marché commun : deux approches différentes

Aussi bien Rueff que Rougier ont projeté leurs espoirs de concrétisation du néolibéralisme ainsi entendu dans la construction européenne – d'abord la CECA, puis le Traité de Rome. Ils y ont manifestement trouvé le possible garde-fou idéal aux tendances dirigistes, et selon eux totalitaires, sous les deux angles déjà évoqués : d'abord, la construction européenne permettrait de fixer un cadre constitutionnel capable de garantir la libre concurrence et une certaine rigueur monétaire et budgétaire ; ensuite, dans ce cadre strict, elle permettrait d'opérer des choix fiscaux, en principe démocratiquement choisis, en faveur de plus ou moins de redistribution, donc de plus ou moins de satisfaction des besoins collectifs, et donc enfin de plus ou moins de « libéralisme » ou de « socialisme » tempéré[49]. Or, chose remarquable, alors que Rueff, Rougier et d'autres néolibéraux fédéralistes français, tels Maurice Allais et Daniel Villey, célèbrent dans la Communauté européenne l'avènement d'un « marché institutionnel », leur ami Röpke se montre beaucoup moins enthousiaste. C'est même peu dire : au moment des négociations du Traité de Rome, il sera du côté d'Erhard contre Adenauer, et multipliera ensuite les critiques contre la Communauté européenne, perçue comme un nouvel État dirigiste en puissance[50]. De ce point de vue, son approche diffère aussi de

48 L. Rougier, *La Défaite des vainqueurs*, *op. cit.*, p. 258.

49 Ces deux dimensions – rigueur budgétaire généralisée à toute l'Union européenne, et affirmation ou prétention de choix possibles de type libéral ou socialiste très tempéré – se trouvent déjà explicitées, sur les enjeux monétaires, dans J. Rueff, « L'Europe se fera par la monnaie ou ne se fera pas », *Synthèse*, Bruxelles, n°45, 1950, pp. 386–388, repris in *L'Âge de l'inflation*, Paris, Payot, 1967, pp. 123–129.

50 Voy. notamment, W. Röpke, « Political Enthusiasm and Economic Sense: somme Comments on European Econonomic Intergration », *Modern Age*, 1958, n°2, pp. 170–176.

celle de Müller-Armack, même si ce dernier, malgré sa contribution active au processus, s'inquiétait aussi des tendances dirigistes de l'Europe issue du Traité de Rome.

Aussi proche soit-il de Röpke, Rueff ne partage pas du tout ses inquiétudes, bien au contraire. Son commentaire du Traité de Rome, publié dans la *Revue d'économie politique*, est un des textes où il explicite le plus clairement ce qu'il entend par néolibéralisme. Il s'agit bien, en effet, d'un libéralisme institutionnel :

> Si l'on donne à la notion d'institution son acception la plus large, entendant par elle l'ensemble des règles de droit que l'organisme institué a mission de mettre en œuvre, c'est essentiellement parce qu'il crée, non seulement un marché commun, mais un "marché institutionnel", que le Traité de Rome est différent de tous ceux qui, antérieurement, ont poursuivi vainement le même objet.[51]

Pour Rueff, ce « marché institutionnel », contrairement au « marché manchestérien », constitue bien une zone de « laisser-passer », mais certainement pas une zone de « laisser-faire ». Les auteurs du Traité auraient fait un tel choix pour répondre à l'inquiétude que ce « laisser-faire » ne revienne à « exposer le marché aux entreprises des intérêts privés qui, sitôt qu'il aurait été "fait", tendraient à le "défaire", pour s'y réserver, par ententes expresses ou tacites, des débouchés protégés, qu'ils pourraient exploiter à leur gré »[52].

Encore ne s'agirait-il là que d'un volet de ce libéralisme institutionnel. La philosophie qui animait les créateurs du Traité incluait, estime Rueff, des accompagnements sociaux visant à rendre viable le marché commun :

> Mais ils savaient aussi que la suppression des barrières douanières, imprimées par des siècles d'existence dans les réalités économiques et humaines, susciterait, quels que soient les avantages qu'à moyen et long terme elle dût entraîner, des résistances vivaces, fondées sur la crainte des transformations qu'elle imposerait et sur l'ampleur de leurs conséquences sociales. Ils ont pensé que, pour donner quelque chance de ratification à leur projet, il fallait, par des interventions directes, atténuer

51 J. Rueff, « Une mutation des structures politiques : le marché institutionnel des communautés européennes », *Revue d'économie politique*, janvier-février 1958, repris en Annexe in *De l'aube au crépuscule*, Paris, Plon, 1977, pp. 353–354.

52 *Ibid.*, p. 354.

> au maximum celles-là et panser au maximum les blessures que celles-ci pourraient infliger.[53]

C'est pourquoi, au « laisser-passer » intégral, les concepteurs du Traité auraient préféré « un marché limité au domaine géographique dans lequel la création des Institutions sans lesquelles le marché ne pourrait, ni exister, ni durer, était possible » ; et, au « laisser-faire » total, ils auraient substitué « le laissez-faire limité par les interventions qui lui donneraient la chance d'être moralement acceptable et politiquement accepté » par les citoyens. Ainsi, comme dans son plaidoyer de l'*Epître aux nouveaux dirigistes* en faveur du « libéralisme social », Rueff souligne que le libéralisme institutionnel du Traité implique de n'intervenir que par des procédures respectant le mécanisme des prix : s'il est possible, et parfois même recommandé, d'agir sur les causes ou sur les effets des variations des prix, il ne faudrait pas, selon eux, perturber leur libre formation sur le marché.

C'est dans ce cadre théorique et dans ce contexte que Rueff met en avant la notion de néolibéralisme qu'il avait jadis combattue et qu'il revendique rarement :

> Le marché institutionnel est ainsi l'aboutissement et le couronnement de l'effort de rénovation de la pensée libérale, qui a pris naissance il y a une vingtaine d'années, qui, sous le nom de néo-libéralisme ou de libéralisme social, voire de socialisme libéral, a pris conscience, progressivement, de ses aspirations et des méthodes susceptibles de les satisfaire, pour se reconnaître finalement dans les formules communautaires de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et dans celle dont la Communauté Economique Européenne sera, demain, l'application généralisée.[54]

Ce néolibéralisme, dont il est remarquable de noter qu'il est ici assimilé à un « libéralisme social » – comme cela avait été le cas chez le « néolibéral » Louis Marlio – se veut décidément différent du vieux libéralisme. En effet, pour les néolibéraux, au sens de Rueff, « la liberté est le fruit, lentement obtenu, et toujours menacé, d'une évolution institutionnelle, fondée sur des millénaires d'expériences douloureuses et d'interventions religieuse, morale, politique et sociale »[55] . Aux antipodes du naturalisme d'un Rousseau, cette doctrine pose

53 *Ibid.*
54 *Ibid.*, p. 355.
55 *Ibid.*

que « la grande majorité des hommes est née dans les fers, dont le progrès des institutions peut seul la sortir et ne l'a encore que très partiellement sortie »[56]. Sans doute les néolibéraux ont-il une confiance comparable aux libéraux dans les bienfaits de la liberté, mais loin de croire aux vertus d'une « génération spontanée » de celle-ci, ils pensent qu'elle est le produit d'un travail complexe susceptible de la développer « en la rendant acceptable et en écartant d'elle les entreprises qui tendent constamment à l'annihiler »[57]. S'il est donc bien « social » en ce sens, le néolibéralisme pourrait permettre, veut croire Rueff, des compromis et des alternances :

> Le marché institutionnel doit ainsi rassembler les partis que préoccupe, avant tout, la liberté de la personne humaine et ceux qui, tout en refusant la contrainte des volontés humaines, veulent, dans la répartition, moins d'inégalité et plus de justice. Libéraux et socialistes sont voués également, s'ils veulent atteindre leurs fins, aux disciplines du marché institutionnel. Assurément, des nuances importantes les distingueront. Les uns voudront plus de liberté, les autres plus de satisfactions éthiques ou sociales. Mais leurs revendications s'exerceront dans le cadre d'une même structure : celle qu'établit le marché institutionnel.[58]

On peut évidemment interpréter ce texte comme une tentative habile, voire cynique, de faire avaler aux partis socialistes et sociaux-démocrates des compromis qui, à terme, détruiront tout ce pour quoi ils se sont jadis battus – services publics et protection sociale, pilotage volontariste de l'économie, primat du collectif, souveraineté nationale. Il n'en reste pas moins vrai que le néolibéralisme, tel que le comprend ici Rueff – sans trouver d'ailleurs beaucoup d'écho – ne se réduit pas à une politique de la concurrence.

Dans son hommage tardif intitulé « Jacques Rueff, un libéral moderne », publié en 1967, Daniel Villey a bien souligné la visée à la fois philosophique et idéologique du libéralisme institutionnel et social de son vieil ami, avec lequel il partageait nombre d'idées. Il montre alors ce par quoi Rueff se détache du « paléo-libéralisme » à la Mises :

> Tout comme n'importe quel paléo-libéral, M. Jacques Rueff bien sûr est partisan de l'économie de marché. Mais à ses yeux l'économie de marché n'est rien moins qu'une donnée naturelle primitive. Ni, comme le

56 *Ibid.*
57 *Ibid.*, p. 356.
58 *Ibid.*

> supposait Adam Smith, le produit de la poussée spontanée des instincts. Le marché, c'est un fruit de la civilisation. Il implique des mœurs évoluées et raffinées. Et non moins un réseau d'institutions ingénieusement conçues et savamment combinées.[59]

En ce sens, Villey pense pouvoir rapprocher Rueff de Lippmann, car l'un et l'autre estimaient que la prospérité du capitalisme américain tient pour beaucoup à l'effet de dissuasion qu'exercent les lois *antitrust*, ce qui signifie que « la concurrence ne règne qu'à la condition que l'État l'impose »[60]. Mieux, affirme Villey, « la propriété, la monnaie, la concurrence – sans quoi le marché ne se concevrait pas – existent par la grâce de l'État »[61]. Enfin, au plan doctrinal et idéologique, Villey pointe les affinités entre Rueff et Allais – lui aussi partisan d'une union européenne qu'il ne considérait nullement comme incompatible, bien au contraire, avec le progrès de la protection sociale dans chaque nation[62] – dans leur recherche commune d'un libéralisme social, qui était alors l'autre nom du néolibéralisme ainsi conçu :

> À l'instar de M. Maurice Allais, M. Rueff répugne à tenir pour irréductible, voire pour consistante l'opposition du libéralisme et du socialisme. Ne les peut-on réconcilier en une sorte de synthèse, qui marierait ensemble les valeurs de l'humanisme et les vérités de la théorie économique, et qui devrait alors rallier la quasi-unanimité des suffrages ?[63]

Selon les points de vue, on pourra interpréter cette quête d'une position de consensus comme une tromperie idéologique ou comme la recherche sincère et solide d'une troisième voie, chère en particulier à Allais, entre dirigisme et laisser-fairisme. Mais il reste certain, en tout cas, que cette vision-là du libéralisme n'est pas la même que celle promue, durant cette période, par l'école de Chicago et l'école autrichienne.

On se demande ce que Rueff a pu vraiment penser des développements dévastateurs de Röpke sur la construction européenne dans de nombreux textes de la même époque, y compris son maître-ouvrage, *Au-delà l'offre et la demande*. Il ne s'y attarde pas dans la préface à la version française, mais il est

59 D. Villey, « Jacques Rueff, un libéral moderne », in J. Rueff, *Les Fondements philosophiques des systèmes économiques*, Paris, Payot, 1967, pp. 153–171, spéc. p. 156.
60 *Ibid.*, p. 157.
61 *Ibid.*
62 *Ibid.*
63 *Ibid.*, p. 167.

clair que, sur ce point décisif, leur divergence est forte. En ces années, le théoricien « néolibéral » allemand n'a pas de mots assez durs, en effet, contre le processus de « centralisation internationale » qui se pare des objectifs les plus nobles, et en particulier du projet d'Europe supranationale. De fait, la liberté et sa condition politique structurelle, le « décentrisme » ou décentralisme, ne sont-elles pas en train d'être liquidées « "au nom de l'Europe", de la "souveraineté supranationale", de l'"harmonisation internationale", du "combat contre le communisme" » [64]? Sous ces mots séduisants serait érigé le tombeau sur ce qui reste de « saine décentralisation nationale » et de « saine diversité internationale ». Sans parler du cauchemar qui se dessine à l'horizon, celui d'un « État-providence international » qui est pour Röpke le synonyme d'un nouveau totalitarisme. C'est aussi l'occasion pour lui, alors que l'encre du Traité de Rome n'est pas encore sèche, de synthétiser ses nombreuses interventions antérieures contre la construction européenne telle qu'elle s'accomplit alors, et de plaider de nouveau pour une simple zone de libre-échange. Car la Communauté européenne lui apparaît rien moins que l'outil mortifère de ce cauchemar de l'État-providence mondial :

> Sur cette voie, l'étape la plus récente est le projet de *Marché Commun,* tandis qu'un caractère moins centralisateur s'attache au plan de la *Zone de Libre Échange.* L'économiste a de nombreuses critiques à exprimer à ce sujet, hors de notre propos actuel. Dans le cadre des considérations présentes, il est significatif que ce projet, par l'étendue alarmante qui est donnée au dirigisme économique, et par la perspective d'une concentration et d'une organisation croissante de la vie économique, donnera une nouvelle et forte impulsion au centrisme international. La dépendance des individus et des petits groupes vis-à-vis des grandes centrales croîtra démesurément, de même que s'amenuiseront considérablement les possibilités de rapports humains et personnels, et cela au nom de l'Europe et de ses obligations traditionnelles à l'égard de la liberté, de la diversité et de la personnalité.[65]

L'intégration européenne serait donc indissociablement le cheval de Troie de l'hégémonie de « l'économisme », qu'il ne cesse alors de fustiger. Et Röpke d'inventer un mot pour désigner ce péril tant sur le plan de l'efficacité que de la liberté et de la vie sociale « saine » : « *l'économocratie* ». Littéralement, ce

64 W. Röpke, *Au-delà de l'Offre et de la Demande. Vers une économie humaine* (trad. L. Piau et A. Rosenweg, préf. J. Rueff), Paris, Payot, 1961, p. 273.

65 *Ibid.*, p. 274.

« pouvoir de l'économie » doit s'entendre en deux sens inséparables : d'abord, il signifie que l'économie se déploie comme discipline aveugle, sur la base de statistiques et d'agrégats, dans une totale ignorance de ses préconditions juridiques, sociales, naturelles ou spirituelles ; ensuite, il veut dire que le véritable pouvoir de décision reviendra bien aux planificateurs, statisticiens, « économétriciens », tant au niveau national qu'international, décidant de tout, y compris du taux de « subventions » de pays à pays. Nous retrouvons, s'alarme Röpke, « l'esprit du saint-simonisme » et il pointe la concrétisation du « saint-simonisme européen »

Cette critique du saint-simonisme converge largement avec le propos de Hayek depuis *The Counter-Revolution of Science*, mais elle renoue surtout avec ses propres thèses développées en même temps dans *La Crise sociale de notre temps* et *Civitas humana.* Car la critique röpkéenne du saint-simonisme européen porte en elle une dénonciation de la modernisation technologique qui évoque davantage Heidegger et l'École de Francfort que Hayek. Et elle se situe, une fois encore, aux antipodes du libéralisme de Mises :

> Voulons-nous faire de la production de masse et des villes massives notre idéal européen, qui ne pourrait même plus être mis en question ? Est-ce un avantage indiscutable que de suivre aussi en Europe la voie d'une concentration et d'une rationalisation toujours plus poussées ? N'avons-nous pas sujet d'être inquiets à la pensée de cette menace d'écrasement ? Et qui ne serait pas effrayé à l'idée d'un Détroit européen, consommant une quantité monstrueuse de voitures, et transférant sur notre continent, où la population est si dense, l'intensité du trafic automobile des États-Unis ?[66]

Röpke sait bien que, en cette fin des années 1950 poussées par le culte de la croissance exponentielle, ce type de question est de plus en plus difficile à poser. Mais il faut « oser » le faire si l'on est sincèrement partisan du « décentralisme » qui, bien compris, est la « véritable philosophie de l'Europe »[67]. Le courage, pour Röpke, se situe dans la capacité d'aller à contre-courant de la fuite en avant productive et technicienne de son temps, dont la construction européenne est pour lui un des principaux leviers. Car, une fois encore, le problème d'une Europe centralisée, dirigiste et bureaucratique n'est pour lui pas seulement économique : il est aussi, et peut-être surtout, civilisationnel.

66 *Ibid.*, p. 276.
67 *Ibid.*

On peut certes soupçonner parfois Röpke de surjouer son hostilité à la construction européenne, qu'il cherche aussi, par ses diatribes, à orienter dans le « bon sens », le sien. Il ne peut ignorer que les ordolibéraux ont gagné des points dans les négociations donnant naissance au Marché commun, même s'il est et restera persuadé que rien n'interdit alors fondamentalement, dans la Communauté européenne, une évolution dirigiste qu'il redoute[68]. Et puis, si dans le conflit opposant Erhard à Adenauer sur le Traité de Rome il s'est très nettement situé aux côtés du premier, cela ne signifie pas qu'il retire son estime au second. Au fond, ses propos publics et privés suggèrent plutôt qu'il y a une bataille à conduire, de la part des Allemands, sur les orientations de l'Europe, faute de quoi elle pourrait basculer dans le camp français, donc planificateur et dirigiste. Une lettre de mai 1959 à son vieil ami Angelo Dalle Molle, figure importante parmi les libéraux italiens, est à cet égard révélatrice[69]. Ayant évoqué ses « réserves » répétées à l'égard du Marché commun qui doit tellement à « l'initiative » d'Adenauer, Röpke tente toutefois de se rassurer et de rassurer son interlocuteur en évoquant une intervention du Chancelier allemand auprès des libéraux et démocrates-chrétiens italiens, dans la revue de Dalle Molle, *Via aperta alla prosperità per tutti* – un titre qui sonne comme un quasi-plagiat de *La Prospérité pour tous* d'Erhard, traduit en italien dès 1957 sous le titre *Benessere per tutti*. Là, Adenauer aurait donné en effet des gages que son objectif ne fût pas de constituer une Europe « plus ou moins fermée », mais de compléter le dispositif du Traité de Rome par une zone de libre-échange – projet cher à Erhard et Röpke – pour bâtir une « Europe libre ». Et puis, dans son pays, Adenauer serait viscéralement attaché à l'économie de marché et adversaire de l'étatisme, bénéficiant depuis le début de la confiance du peuple allemand. Néanmoins, cette réassurance de Röpke en 1959 ne clôt pas le chapitre de ses inquiétudes : bien au contraire, tout au long des années 1960, il ne cessera de dénoncer une dégénérescence du libéralisme en Europe, mais aussi en Allemagne – sans parler d'une dégénérescence civilisationnelle, toujours plus au cœur de ses obsessions.

68 N.d.E. : sur l'ambivalence des ordolibéraux vis-à-vis des débuts de l'intégration européenne et le caractère indéterminé, entre planification et libéralisme, du Traité de Rome, voy. *infra* dans ce volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

69 D'autant que cette lettre est reproduite par Dalle Molle, sans doute avec l'autorisation de Röpke, dans sa préface de la traduction italienne de *Jenseits von Angebot und Nachfrage* : W. Röpke, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, (trad. N.Portinari), Varese, Edizioni di "Via aperta", 1965.

Conclusion

Bien sûr, on peut expliquer les divergences entre les néolibéraux français et Röpke sur la construction européenne par leur ancrage national respectif : tandis que l'Allemand craint pour son pays une dérive dirigiste à la française, les Français se réjouissent que l'arrimage à l'Allemagne et les contraintes constitutionnelles européennes conduisent au fond leur pays à se germaniser, selon les normes de l'ordolibéralisme. Cette interprétation comporte peut-être une part de validité, et elle sera explicitement avancée par Villey. Reste que les différences ne s'expliquent sans doute pas seulement par une spécificité des contextes nationaux. Le fédéralisme de Röpke se méfie de toute centralisation, fût-ce au nom d'un constitutionnalisme libéral continental. En revanche, les néolibéraux français voient davantage dans l'architecture européenne en gestation l'occasion de réaliser leur propre vision du libéralisme rénové. Et puis, la version du néolibéralisme allemand portée par Röpke et Rüstow diffère en partie de l'École de Fribourg et de son fort tropisme juridique. Leur « libéralisme sociologique » ne réfléchit pas seulement aux conditions juridiques et constitutionnelles d'une société libre, mais aussi à ses conditions communautaires, morales et même religieuses. L'antimodernisme de Röpke diffère à cet égard de la conception de Rueff : tandis que l'Allemand fustige le culte de la croissance – à la différence d'ailleurs d'Adenauer et Erhard –, le Français exalte ce qu'on appelle alors « l'expansion » productive dont l'Europe doit être le levier. Preuve supplémentaire, s'il en est besoin, que le néolibéralisme ne peut se réduire à quelques stéréotypes hâtifs.

Bibliographie sélective

Audier, S., *Penser le"néolibéralisme". Le moment néolibéral, Foucault et la crise du socialisme*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2015.

Audier, S., *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2015.

Bonefeld, W., *The Strong State and the Free Economy*, Londres, Rowman & Littlefield, 2017.

Cristi, R., *Carl Schmitt and the Authoritarian liberalism*, Cardiff, University of Wales Press, 1998.

Marcuse, H., « La lutte contre le libéralisme dans la conception totalitaire de l'État » (1934), in H. Marcuse, *Culture et société* (trad. G. Billy, D. Bresson et J.-B. Grasset), Paris, Les Éditions de Minuit, 1970, pp. 61–102.

Röpke, W., « Wirtschaftlicher Liberalismus und Staatsgedanke », *Hamburger Fremdenblatt*, 13 novembre 1923, repris in *Gegen die Brandung*, Erlenbach-Zürich, Eugen Rentsch, 1959, pp. 42–46.

Röpke, W., « Fascist Economics », *Economica*, février 1935, pp. 85–100.

Röpke, W., *Civitas Humana, ou les questions fondamentales de la réforme économique et sociale* (trad. P.Bastier), Paris, Librairie de Médicis, 1946.

Röpke, W., « Die Natürliche Ordnung. Die Neue Phase der Wirtschaftspolitischen Diskussion », *Kyklos*, 1948, n° 2, pp. 211–232, repris partiellement in *Mass und Mitte*, Erlenbach-Zürich, Eugen Rentsch, 1950, pp. 135–159.

Röpke, W., « Liberalismus Vergängliches und Unvergängliches », in *Mass und Mitte*, Erlenbach-Zürich, Eugen Rentsch, 1950, pp. 19–20.

Röpke, W. « Political Enthusiasm and Economic Sense : somme Comments on European Econonomic Intergration », *Modern Age*, 1958, n°2, pp. 170–176.

Röpke, W., *Au-delà de l'Offre et de la Demande. Vers une économie humaine* (trad. L. Piau et A. Rosenweg, préf. J. Rueff), Paris, Payot, 1961.

Röpke, W., « L'educazione alla libertà economica e le grandi decisioni dell'epoca attuale », Congresso dell'Internazionale Liberale, Gardone, octobre 1959, repris in *Scritti liberali*, Rome, Sansoni, 1974, pp. 57–69.

Röpke, W., « Economia e democrazia », *La Tribuna*, 5 septembre 1963, repris in *Scritti liberali*, Rome, Sansoni, 1974, pp. 152–162.

Röpke, W., « La statizzazione dell'uomo », *La Tribuna*, 5 avril 1964, repris in *Scritti liberali*, Rome, Sansoni, 1974, pp. 182–203.

Rougier, L., *La Défaite des vainqueurs*, Paris/Bruxelles, La Diffusion du livre, 1947.

Rueff, J., *L'Ordre social*, Paris, Plon, 1981.

Rueff, J., *L'Âge de l'inflation*, Paris, Payot, 1967.

Rueff, J., *De l'aube au crépuscule*, Paris, Plon, 1977.

Rüstow, A., *Freedom and Domination. A Historical Critique of Civilization* (trad. S. Attanasio), Princeton, Princeton University Press, 1980.

Scheuerman, W. E., *Carl Schmitt. The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.

Discussion
L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire

Vincent Valentin

Introduction

Je dois commencer cette contribution par un aveu : lorsque j'ai préparé ma thèse de doctorat, consacrée aux conceptions néolibérales du droit[1], je n'ai pas considéré que l'ordolibéralisme devait y avoir une place importante. Je ne l'ai pas intégré au corpus doctrinal qu'il me semblait nécessaire de réunir pour saisir le sens et l'originalité du renouveau libéral au XX^e^ siècle. Il me semblait alors (la thèse a été soutenue en 2000) que ce qui donnait sa cohérence au néolibéralisme était la radicalisation individualiste du libéralisme classique, autour de figures aussi différentes que Mises, Hayek, Friedman, Buchanan, Rothbard ou Nozick, et que, par conséquent, l'ordolibéralisme, très critique à l'égard du laissez-faire et porteur d'un certain conservatisme, et pour cela durement critiqué, voire rejeté, par ces auteurs, n'était que le témoignage d'un moment très bref et très circonstancié de la réflexion libérale, avant le véritable déploiement de la pensée néolibérale à partir des années 1960.

Dois-je regretter ce choix, avais-je raison de marginaliser l'ordolibéralisme, de considérer que son apport à la pensée néolibérale était somme toute minime ? Oui, parce que, si son influence s'est progressivement éteinte, il a bel et bien été un moment intellectuel important, comme le montrent les nombreux échanges entre ces principaux représentants et les autres courants libéraux[2] ; oui aussi, car travaillant sur la dimension proprement juridique du néolibéralisme je n'aurais pas dû passer à côté d'une pensée accordant une place prépondérante à l'idée de constitution économique[3].

1 V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit : fondements d'un individualisme radical*, Thèse, Paris 2 Panthéon-Assas, 2000. En est issu l'ouvrage : V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, 2002.

2 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, S. Audier, « Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ».

3 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

© VINCENT VALENTIN, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_010
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

Néanmoins, au-delà de ce *mea culpa*, je garde quelque chose de ma réserve première. Tout d'abord, il est bien exact que le regain libéral observable dans les années 1970 ne doit pas grand-chose à l'ordolibéralisme. Ces principaux représentants, soit s'en sont détournés, Hayek en tête, soit l'ont parfaitement ignoré. Surtout, l'esprit de ce nouveau libéralisme était bien différent. Plus question de chercher une troisième voie entre laissez-faire et socialisme, plus question de renier le vieux libéralisme et ses excès individualistes, mais, bien au contraire, il s'agissait d'approfondir les principes de « l'individualisme possessif » et de l'autorégulation, tout en fustigeant les méfaits de l'intervention de l'État dans la société. Les figures de proue du néolibéralisme, par-delà leurs nombreuses divergences, qu'ils se rattachent à l'école autrichienne, à l'évolutionnisme, à l'école de Chicago ou au courant libertarien, proposent une critique radicale de l'action publique, qu'il s'agit de limiter plus que de refonder, même sur des bases qui ne seraient pas celle du socialisme réformateur mais s'inscriraient dans le sillage d'un libéralisme modéré. Je pense donc toujours que l'esprit ayant porté le néolibéralisme dans la seconde partie du XX^e^ siècle n'était pas celui de l'ordolibéralisme qui, lié à un contexte national et international bien particulier, occupé à penser le sauvetage de l'essentiel du libéralisme face au totalitarisme, a développé un programme différent du néolibéralisme plus tardif, portée par la crise des États-providence, le retour au libéralisme politique et l'aspiration à un renversement individualiste du conservatisme social et moral.

Ces réserves n'empêchent évidemment pas de considérer que l'ordolibéralisme est un jalon important de l'histoire du libéralisme. Son étude permet notamment d'éclairer deux points auxquels nous invitent à réfléchir Werner Bonefeld[4] et Thomas Biebricher[5] : la pente autoritaire du néolibéralisme et son rapport à la démocratie, d'une part ; la réalité de son agenda politique, la relation exacte de l'État au marché, de l'autre. En outre, l'approfondissement de ces deux questions permet d'aborder un aspect essentiel de la théorie politique contemporaine : la nature des politiques publiques et de l'orientation générale de ce que l'on nomme la *gouvernance* des États démocratiques[6]. Un fort courant d'analyse considère que le néolibéralisme, et en son sein

4 Voy. *supra* dans ce volume, W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" ».

5 Voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

6 N.d.E.: voy. également *infra* dans ce volume, les contributions de D. Piron, M.M. Mohamed Salah, T. Biscahie & S. Gill et S. Adalid reprises dans la Section 6 consacrée au thème *Global Governance and New* (*Economic*) *Constitutionalism*.

l'ordolibéralisme en particulier, serait la matrice sous-terraine des politiques contemporaines, au niveau national mais aussi bien sûr dans le cadre de l'Union européenne[7]. Vue ainsi, l'étude de l'ordolibéralisme, et en particulier de la notion de « constitution économique », a un double enjeu : il en va de l'histoire des idées, puis de l'évaluation de la nature des États contemporains. L'inscription des contributions de Werner Bonefeld et Thomas Biebricher dans la partie de l'ouvrage dédié à la généalogie du concept incite à ne traiter que le premier point, mais il me semble qu'il ne prend toute son importance que dans la perspective du second[8]. Le véritable enjeu de ce retour sur la notion de « constitution économique » est, je crois, de savoir si nous devons notre situation politique au néolibéralisme.

À la suite des deux très stimulantes réflexions que l'on me propose de commenter, et dont je ne pourrai hélas évoquer tous les aspects, je distinguerai deux facettes de l'idée de constitution économique. Celle d'abord qui touche au rapport de l'État néolibéral à la démocratie, de manière à revenir sur la notion de « libéralisme autoritaire », dont je voudrais discuter la portée ; celle ensuite qui concerne le marché, en analysant en particulier la notion d'« interventionnisme libéral », pour en évaluer la pertinence au regard de l'agenda ordolibéral.

1 La signification du libéralisme autoritaire

La notion de libéralisme autoritaire, telle que proposée par Herman Heller, visait à désigner la position de Carl Schmitt et d'une partie des élites politiques au pouvoir en Allemagne dans les années 1930, et non directement la doctrine néo ou ordolibérale, comme il sera ensuite tentant de le faire, en produisant ainsi une grille de lecture pour le rapport du néolibéralisme à la

7 F. Bottini (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Paris, Mare & Martin, 2017. N.d.E. : voy. aussi *infra* dans ce volume, les contributions de la Partie 2 relative à la « Constitution économique européenne. Du micro au macro », et notamment celles de F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE: de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale? » ; de F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire » (qui tempère toutefois l'influence ordolibérale dans l'avènement de l'UEM et s'intéresse surtout à la nouvelle macroéconomie classique) ; et H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation ? » (qui rapproche l'intégration européenne du fédéralisme interétatique d'Hayek).

8 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

démocratie au cours du XXe siècle[9]. On voudrait d'abord discuter la substance de la notion chez Schmitt lui-même, avant de s'interroger sur la possibilité de la retrouver chez les ordolibéraux, et enfin de conclure sur la nature de la conception néolibérale de la démocratie.

1.1 *Schmitt libéral ?*

S'il ne fait guère de doute que Schmitt défend une conception autoritaire de l'exercice du pouvoir, sa pensée peut-elle être qualifiée de libérale ? Plaiderait en ce sens le fait qu'il dénonce l'effet sur l'État de la démocratie de masse, envahi par les demandes d'intervention en tous sens au profit d'intérêts particuliers. Schmitt fait le constat qu'est apparu un « État total » qui, loin d'être un veilleur de nuit, « s'empare de tous les domaines de la vie humaine »[10]. L'action publique s'est substituée à l'abstention de l'État libéral, ce qui conduit à « une politisation de toutes les questions économiques, culturelles, religieuses, et autres de l'existence humaine »[11]. L'État, en « grossissant » s'affaiblit, puisque ses interventions marquent son incapacité à résister aux revendications sociales. Il est absorbé par la société, elle-même absorbée par l'État. L'État total est un État qui a perdu sa transcendance, son autonomie à l'égard de la société civile. La cause de cette dégénérescence est à chercher du côté de la démocratie, qui organise le clientélisme électoral, et produit la confusion du politique et de l'économique.

Cela a incontestablement des accents libéraux. L'idée d'un « État fort et d'une économie saine »[12] dessine d'une certaine manière l'idéal libéral de l'État gendarme protecteur de l'économie de marché. Comme l'écrit Werner Bonefeld, l'insistance sur la nécessaire séparation entre l'État et la société de masse est conforme à avec la conception de l'économie comme sphère dépolitisée. De même, la conception de l'État fort, qui, je cite Werner Bonefeld, « met en place les règles, les modifie et les fait respecter, qui est chargé de dépolitiser les relations sociales, qui contraint les passions de l'intérêt personnel, les demandes pluralistes de protection contre les pressions concurrentielles » est effectivement autant schmittienne que néolibérale. On sait qu'Hayek rendra hommage, bien plus tard, à la sagacité de Schmitt concernant l'origine de

9 G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », in C. Schmitt et H. Heller, *Du libéralisme autoritaire*, Paris, La Découverte (Zones), 2020, pp. 6-82.

10 *Ibid*., p. 10.

11 *Ibid*., p. 13.

12 Titre d'une conférence de Schmitt, mais aussi quelques semaines plus tôt, de Rustow (*ibid*., p. 39).

l'interventionnisme démocratique[13]. La critique des effets interventionnistes de la démocratie est bien sûr au cœur du libéralisme, anticipé par Tocqueville et analysé depuis, notamment, par l'analyse économique du droit et l'école du *Public Choice*. On peut considérer que l'ensemble du néolibéralisme est une tentative pour protéger le marché et les droits individuels de la démocratie.

Néanmoins, il ne semble pas que l'horizon critique de Schmitt soit libéral, ni politiquement ni économiquement[14]. Pour sortir de l'État total de la démocratie interventionniste, il envisage un autre État total, un État autoritaire qui assumera la rupture avec la démocratie. Schmitt oppose l'État total *qualitatif*, qu'il souhaite, fondé sur la force de s'émanciper de l'emprise de la société civile, et l'État total *quantitatif*, qu'il s'agit de supprimer[15]. À l'État né de la démocratie de masse, Schmitt n'oppose pas le retour à l'État de droit neutre de la tradition libérale mais l'État fasciste, totalitaire, dans une référence explicite à Mussolini[16]. Aussi propose-t-il une conception autoritariste du pouvoir, voyant dans le Président du Reich le foyer de la réaction possible à la démocratie de masse et le sauveur des impasses de la République de Weimar[17]. Il s'agit pour lui de rompre avec l'impasse du pluralisme, plus profondément qu'avec la seule intervention de l'État dans l'économie. Par ailleurs, Schmitt n'envisage pas vraiment la liberté économique, mais plutôt une économie organisée par le monde des affaires, à l'abri de la contestation politique, certes, mais ressemblant davantage à la logique des cartels qu'à celle de la concurrence[18]. Il enterre « le vieux principe libéral d'absolue non-ingérence, d'absolue non-intervention, (qui) n'est plus à l'ordre du jour »[19]. Comme le souligne Heller, le retrait de l'État de l'économie, c'est la fin des actions sociales mais pas des subventions et du soutien étatique aux intérêts industriels et financiers[20]. Il

13 F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 849 (note subpaginale 1).

14 N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

15 G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », *op. cit.*, p. 17.

16 C. Schmitt, « État fort et économie saine » (1932), in C. Schmitt et H. Heller, *Du libéralisme autoritaire*, *op. cit.*, pp. 87–118, spéc. p. 97. Voy. aussi H. Rabault, « C. Schmitt et l'influence fasciste. Relire La théorie de la constitution », *Revue Française de Droit Constitutionnel,* 2011, vol. 88, n°4, pp. 709–732.

17 C. Schmitt, « Die diktatur des Reichspräsident nach Art. 48 der Reichsverfassung », in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer*, 1, Berlin, Leipzig, De Gruyter, 1924, pp. 63–104.

18 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

19 Cité par G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », *op. cit.*, p. 31.

20 *Ibid.*, p. 26.

n'y a pas chez Schmitt d'adhésion aux principes du libéralisme économique ; il veut que l'État soumette l'économie à sa volonté[21]. Ce qu'il déplore dans l'État total, ce n'est pas en tant que tel que l'État se mêle d'économie, c'est que le pouvoir politique perde son autonomie.

Plus largement, indépendant du slogan « État fort, économie saine », Schmitt rejette la *Weltanschauung* libérale, incapable selon lui d'une pensée positive de la politique, et, engluée dans la morale des droits de l'homme, de se saisir des enjeux du temps[22]. Le libéralisme est une philosophie de l'affaiblissement de l'État, de sa neutralité mais aussi de sa neutralisation, dans tous les domaines, et tourne le dos à ce qui est pour Schmitt la fonction du politique, qui est précisément d'affirmer selon la dichotomie ami/ennemi un projet substantiel (et pas seulement un ensemble de règles formelles).

Il semble donc, tout compte fait, qu'il soit impropre de considérer que Schmitt se fait le propagateur d'un libéralisme, même qualifié d'autoritaire. Cela ne signifie cependant *a priori* pas que l'on ne trouve pas dans l'ordolibéralisme des traces d'une influence schmittienne. Si Schmitt n'est pas libéral, des libéraux peuvent être schmittiens. Il est un fait : Schmitt est cité par certains ordolibéraux, qui approuvent son analyse quant à la situation de l'État total quantitatif[23]. Considérant que l'économie est malade de l'interventionnisme démocratique, Rüstow, notamment, déplore la dissolution du principe d'autorité de l'Allemagne impériale dans la République de Weimar ; l'économie ne s'est pas déréglée toute seule mais sous les coups de la corruption de l'État démocratique[24]. Aussi, pour les ordolibéraux comme pour Schmitt la solution est-elle politique, elle passe par un arraisonnement de la démocratie.

1.2 *L'hypothèse autoritaire chez les ordolibéraux*

À ce stade, le rapprochement peut être jugé superficiel. Peut-on aller plus loin, en repérant chez les ordolibéraux une profonde tentation autoritaire, voire dictatoriale ? En 1929, Rüstow fait une conférence sous un intitulé qui suggère une réponse positive : « la dictature dans les limites de la démocratie »[25]. Le texte montre, au minimum, que la solution dictatoriale, au profit du Chancelier, est envisagée pour sortir l'Allemagne du marasme

21 *Ibid.*, p. 30.

22 Voy. C. Schmitt, *La notion de politique* (1932), Paris, Calmann-Lévy, 1994.

23 G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », *op. cit.*, p. 33.

24 *Ibid.*, p. 35.

25 A. Rüstow, « Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie » (1929), *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 1959, vol. 7, n° 1, pp. 87–102 (cité par G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », *op. cit.*, p. 37).

parlementaire ; il en appelle à un changement de constitution qui permettrait de s'en remettre à un homme providentiel afin d'imposer le bon rapport de l'État à la société. Dans le contexte de crise du début des années trente, la solution césariste apparaît comme opportune au père de l'ordolibéralisme, qui voit en elle la possibilité de mettre en place une constitution économique. Peut-on réduire la proximité entre Schmitt et Rüstow à un concours de circonstances, le contexte rendant souhaitable une solution autoritaire (fasciste ou libérale, ou communiste pour d'autres), qui ne serait que la forme d'une sortie de crise ? Peut-on à l'inverse considérer qu'elle révèle une telle défiance de l'ordolibéralisme à l'égard de la démocratie que l'autoritarisme technocratique lui apparaîtrait comme une forme supérieure de gouvernement ? Werner Bonefeld, comme Grégoire Chamayou en France, semble considérer la connexion avec Schmitt comme une clé de compréhension de l'ordolibéralisme, et peut-être de l'ensemble du néolibéralisme, qui serait profondément un libéralisme autoritaire[26]. Les liens entre l'école de Chicago et plus encore Hayek, non seulement avec le Chili de Pinochet mais aussi avec d'autres expériences dictatoriales, n'exprimeraient pas de l'opportunisme ou du pragmatisme mais plus profondément leur véritable philosophie de l'État. Le programme même du néolibéralisme serait autoritaire. Mais en quel sens exactement ?

La notion même de libéralisme autoritaire mérite d'être discutée. Est-ce que, au-delà du rapprochement très daté entre les intérêts de certains industriels et le décisionnisme fasciste, au-delà même de l'aversion partagée (mais pour des raisons différentes) à l'égard de la démocratie interventionniste, au-delà du stimulant oxymore de Heller, il est possible de considérer qu'il existe un « libéralisme autoritaire » ? Je ne suis pas sûr que l'on puisse utiliser l'expression comme si elle désignait une réalité acquise. Aussi suis-je un peu gêné par la façon dont Werner Bonefeld qualifie Schmitt de libéral autoritaire, comme si la seule idée d'une économie débarrassée des effets des revendications sociales par un État fort suffisait à définir une position libérale. Werner Bonefeld écrit que « le libéralisme autoritaire conçoit l'économie libre comme un ordre de l'État. Il reconnaît la constitution économique de la liberté comme une pratique politique de l'ordre ». Concevoir l'ordre économique concurrentiel comme une décision de l'État, et protéger cet ordre d'une remise en cause politique et sociale, est-ce que cela implique l'autoritarisme ?

Sans se perdre dans une querelle de mot, il semble que l'autoritarisme désigne dans le langage courant une hypertrophie de l'autorité érigée en valeur suprême. En ce sens, le libéralisme ne saurait être autoritaire. Grégoire

26 G. Chamayou, *La société ingouvernable*, La Fabrique, 2018.

Chamayou propose une autre définition, propre à servir sa critique du néolibéralisme : serait autoritaire « un pouvoir qui s'affirme comme le seul véritable auteur de la volonté politique »[27]. Cela pourrait s'appliquer à un État libéral, détaché du *Demos*, où la protection du marché serait garantie par un contrôle de l'action contre le marché. Pour illustrer ce modèle, Chamayou énumère les moyens de ce contrôle : répression des mouvements sociaux, affaiblissement des parlements, restriction des droits syndicaux et de la liberté de la presse, affaiblissement des garanties judiciaires[28]. Cette définition offre une belle cohérence mais ne correspond à aucune composante, sur le plan strictement théorique, de la doctrine libérale, qui aurait osé explicitement associer dans son programme une sorte de fondamentalisme de marché avec la suppression des libertés politiques. Elle ne me semble opérationnelle pour qualifier aucune branche du discours néolibéral.

Werner Bonefeld propose une autre approche, plus convaincante : serait autoritaire le fait que le marché soit posé par l'État comme un acte d'autorité. C'est effectivement le cas dans l'ordolibéralisme, dont c'est même le principe. Autoritaire serait le dispositif constitutionnel bloquant toute remise en cause via la vie politique de l'ordre concurrentiel. Double autoritarisme : par la fondation et pendant le fonctionnement de l'ordre politique et économique. En ce sens le qualificatif est convaincant mais rencontre une difficulté : quelle constitution ne serait pas autoritaire ? Toute idée de constitution repose sur un acte de souveraineté, qui en soi est autoritaire. Plus encore, le principe même du constitutionnalisme est d'encadrer l'exercice de la liberté politique par des règles fixes et strictes, afin de préserver ou de produire un type d'ordre social jugé souhaitable. On touche alors une évidence incontestable : dans le sens suggéré par Werner Bonefeld, toute la tradition constitutionnaliste libérale, qui entend mettre une digue à l'emprise du pouvoir politique sur la vie individuelle et collective, est autoritaire dans la mesure où la séparation entre l'État et la société ne doit pas être remise en cause. Aussi pourrait-on alors voir une anticipation du libéralisme autoritaire dans la formule de Benjamin Constant, évoquée par Werner Bonefeld, selon laquelle les pouvoirs du gouvernement doivent être inexistants hors de sa sphère mais ne sauraient jamais être trop puissants dans sa sphère[29].

27 *Ibid*., p. 264.
28 *Ibid*.
29 B. Constant, *Écrits politiques*, Gallimard, 1997, p. 305.

1.3 *De la démocratie dans le néolibéralisme*

De fait, c'est un thème des études en science politique usé jusqu'à la corde, le libéralisme conçoit la démocratie à la fois comme une évidence – aucun autre régime ne s'accorde à sa conception de la légitimité du pouvoir, fondée sur le consentement – et comme une menace, puisque la démocratie donne au peuple un pouvoir qui par principe remet en cause le caractère intouchable de la liberté économique et de la propriété privée. Tout au long du XIX^e^ siècle, cette tension est perçue par les théoriciens libéraux du gouvernement représentatif, aussi bien que par Marx[30], et par Schmitt ensuite. L'avènement du suffrage universel, l'apparition des partis ouvriers et des projets de réforme ou de révolution d'un ordre économique et social fondé sur la propriété privée et le capitalisme, vont amener les libéraux à repenser leur propre doctrine, non seulement pour ce qui touche au fonctionnement du marché, mais aussi pour ce qui est de la démocratie, afin de limiter ses effets. Toutes les branches du néolibéralisme concourent à redéfinir les bornes d'un pouvoir issu des urnes et perçu comme une menace, dans une veine utilitariste ou déontologique. Si l'on considère qu'est autoritaire le système qui permet de bloquer par le haut toute possibilité de mettre en œuvre une organisation sociale autre que libérale, alors tout le libéralisme est bel et bien autoritaire. L'État (néo)libéral est pensé pour empêcher l'emprise du pouvoir sur les individus et aussi sur la distribution des richesses produites par la concurrence.

Aussi une bonne part du renouveau théorique constitutif du néolibéralisme consiste à théoriser la critique de l'interventionnisme démocratique, en ses fondements, par le refus de la justice sociale (Hayek, Nozick ou Rothbard), ou ses mécanismes, notamment dans le cadre de l'analyse économique du droit, par Posner, Down, Buchanan et Tullock. Est-ce assez pour considérer que le néolibéralisme est autoritaire, au-delà de sa méfiance constitutionnalisée à l'égard de la démocrate providence ? Est-il pertinent, ou heureux, de qualifier d'autoritaire une pensée ou une pratique du pouvoir qui consiste à gouverner par la liberté, par l'incitation et non par le commandement et la contrainte ? Même si l'on considère, dans la perspective ouverte par

30 Citons ce long passage de *La lutte des classes en France* (Pauvert, 1965, p. 107) : « La vaste contradiction de cette constitution consiste en ceci : les classes dont elle doit perpétuer l'esclavage social [...] sont mises par elle en possession du pouvoir politique au moyen du suffrage universel. Et à la classe dont elle sanctionne l'ancienne puissance sociale, à la bourgeoisie, elle enlève les garanties politiques de cette puissance. Elle enserre sa domination politique dans des conditions démocratiques qui aident à chaque instant les classes ennemies à remporter la victoire ».

Foucault[31], que le néolibéralisme exerce une contrainte sur la vie des populations par une intervention sur le champ d'action des individus, il me semble excessif et quelque peu impropre de parler de gouvernement autoritaire. Une telle qualification ne correspond pas à la perspective générale du néolibéralisme, qui est de dégager l'individu de l'autorité politique – avec certes comme effet de l'abandonner à ce que Chamayou nomme « les autoritarismes privés »[32]. Il me semble que le projet néolibéral est essentiellement individualiste, porté par la volonté de dissoudre le politique dans l'économique, et que le libertarianisme, voire l'anarcho-capitalisme, exprime davantage sa vérité que le moment schmittien.

Il est vrai, par ailleurs, que l'on peut parler d'une véritable compromission de nombre de libéraux, en particulier Hayek et de représentants de l'école de Chicago, avec les expériences dictatoriales d'Amérique du Sud[33]. Les échanges qu'ils ont eus avec Pinochet, notamment mais pas seulement, les accusent, et l'on ne peut pas les écarter d'un revers de main, en les relativisant, soit comme choix du moindre mal, face au danger d'un totalitarisme communiste, soit comme expression d'un opportunisme carriériste. Il y a indiscutablement quelque chose à penser. L'attitude de Hayek, apologue d'un évolutionnisme a priori bien loin du décisionnisme, est particulièrement problématique. Elle est sans doute l'expression d'une hiérarchisation excessive entre la liberté économique et les autres formes de liberté. Raymond Aron avait écrit qu'Hayek défendait surtout la liberté du chef d'entreprise[34] ; c'est bien ce qui transparait dans ses propos touchant à sa préférence pour une dictature libérale plutôt que pour une démocratie socialiste, et plus encore à son indifférence pour les atteintes portées aux libertés politiques individuelles par les régimes concernés. Comme si la protection des libertés rattachées au travail faisait écran au mépris des libertés politiques, celles tournées vers une possible contestation d'un ordre social qu'il fallait coûte que coûte maintenir dans le cadre de l'évolutionnisme libéral.

Néanmoins, si je tente de résumer mon propos, de Rüstow à Hayek, on trouve la trace moins d'un libéralisme autoritaire que d'une ouverture à la nécessité historique d'un autoritarisme libéral. Il me semble que le libéralisme autoritaire ne peut pas être considéré comme la matrice du néolibéralisme

31 M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, Cours du Collège de France 1978–1979*, Paris, Gallimard, 2004.

32 G. Chamayou, *La société ingouvernable*, *op. cit.*, p. 265.

33 *Ibid.*, p. 215.

34 R. Aron, « La définition libérale de la liberté » (1961), reproduit par P. Manent, *Les libéraux* (*II*), Hachette, 1986, pp. 467–488.

qui se déploiera à partir des années 1960, dans un horizon plus critique du pouvoir d'État que dans les années 1930 et dans l'esprit du colloque Lippmann. Reste la question de sa pertinence pour le seul ordolibéralisme. Pour répondre véritablement, il est, je crois, nécessaire d'approfondir l'idée de constitution économique, afin de savoir si, indépendamment de son principe, de son type de fondation, son contenu est porteur d'autoritarisme actif. La constitution économique est un moyen de neutraliser la démocratie, mais est-elle une façon de « diriger » l'économie, et les hommes dans l'économie ?

2 Peut-on parler d'interventionnisme néolibéral ?

Une fois posé le principe d'une constitution qui donne un cadre juridique au marché, reste la question du type d'action que le pouvoir politique pourra mettre en œuvre, afin de protéger l'ordre concurrentiel mais concernant aussi l'ensemble des tâches que peut accomplir le gouvernement d'une démocratie. Passé le moment constituant, le pouvoir ordolibéral dispose-t-il des moyens d'une profonde intervention, porteuse d'une véritable révolution de la gouvernementalité libérale, en rupture avec le laissez-faire – comme l'affirme notamment la doxa foucaldienne ? La réponse à cette question appelle une définition rigoureuse des notions de laissez-faire et d'intervention, la frontière entre les deux devant être parfaitement tracée. Dans une partie de la littérature consacrée à l'ordolibéralisme, mais aussi chez certains de ses représentants, le laissez-faire apparaît comme une notion fonctionnelle, repoussoir utile pour renvoyer à un imaginaire où l'État ne jouerait aucun rôle. Il n'est pas certain qu'un tel laissez-faire ait jamais existé, en théorie comme en pratique. Ce n'était certainement pas l'idée de Legendre répondant à Colbert : même comme fiction régulatrice, elle ne contient pas le principe d'une abstention totale de l'État mais seulement de sa non-intervention dans les décisions des acteurs sur le plan industriel et commercial, sa tâche d'amélioration du cadre juridique étant de son côté parfaitement admise. À côté de la notion de laissez-faire, la notion d'intervention est elle-même symétriquement flottante. À proprement parler, fixer des règles du jeu économique, ce n'est pas « intervenir » dans le jeu. On ne peut donc parler d'interventionnisme libéral que si le gouvernement devient un acteur du marché, pas seulement un gardien ou même un promoteur.

La nécessité de définir des règles propres à soutenir l'ordre concurrentiel est à la source du libéralisme. Dès le XVIII^e siècle, James Steuart présente le marché comme une montre qui se dérègle et que l'État doit « remonter » ; Adam Smith, dans *La Richesse des nations* comme dans *Les Leçons de jurisprudence*,

cherche à définir les règles par lesquelles le gouvernement peut permettre à la liberté de produire ses effets ; les physiocrates s'adressent au roi pour qu'il agisse sur une réalité juridique et sociale jusqu'alors incompatible avec l'épanouissement de ce qui pourrait être un ordre naturel ; Bentham, à rebours d'un jusnaturalisme moqué, veut que soit établies et garanties les normes les plus capables de profiter des effets de la concurrence. La démarche se poursuit au XXe siècle : chez Hayek, par un mélange de constitutionnalisme formel, et de la valorisation des règles de juste conduite issues non d'une volonté constituante mais de la sélection par l'expérience ; chez les libertariens Rothbard ou David Friedman, qui à travers la définition d'un code civil et pénal libertarien montrent que même dans une perspective anarchiste il est admis que l'adoption d'un système juridique adéquat est nécessaire au fonctionnement du marché. On peut considérer que dans l'histoire du libéralisme, l'État (comme garant du droit) et le marché ne sont jamais des domaines absolument indépendants l'un de l'autre en tous leurs aspects, qu'un pur absolu laissez-faire, qui confinerait en fait à l'anarchisme, est sans défenseur (en dehors de l'anarcho-capitalisme), et que la rupture avec ce laissez-faire imaginaire ne saurait être un apport important de l'ordolibéralisme. Réciproquement, on ne peut considérer que l'ordolibéralisme a découvert la nécessité d'une constitution juridique matérielle pour que le marché fonctionne.

La démarche ordolibérale n'est véritablement originale que dans son insistance sur l'ancrage d'une constitution économique dans la constitution politique, dans l'idée que la création du marché serait finalement un acte de souveraineté, que l'économie de concurrence reposerait sur une décision et une fondation politiques. On peut à ce stade émettre l'hypothèse que la singularité ordolibérale est moins le résultat d'une conception particulière du rapport entre le droit et l'économie que le produit d'une singularité historique et nationale. En effet, non seulement le contexte de crise des années 1920 et 1930, puis l'effondrement du troisième Reich nécessitaient que le libéralisme soit institué par un acte politique, mais la situation de l'Allemagne au XIXe siècle, acquise plus tardivement à la modernité que l'Angleterre ou la France, installait la réflexion politique dans un cadre nécessairement interventionniste[35]. Dans un cadre social d'ancien régime maintenu jusqu'en 1918, sans État de droit libéral, sans laissez-faire, l'Allemagne se construit comme

35 M. Stolleis, « La naissance de l'Etat interventionniste et le droit public », *Trivium*, 2016, n°21, disponible à l'adresse : http://journals.openedition.org/trivium/529; (dernière consultation le 12 février 2022) ; version originale : « Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1989, vol. 11, pp. 129–147.

État interventionniste, à la fois garant de l'ordre social et politique et participant à l'organisation économique. Ce cadre historique est favorable à un « libéralisme par l'État », qui, d'une certaine façon, ne pouvait apparaître et convaincre que de cette façon en Allemagne. Certains auteurs soutiennent d'ailleurs que la notion de constitution économique ne vient pas de l'ordolibéralisme mais de la République de Weimar, où des juristes de gauche, sous l'influence de Rudolf Stammler, proposaient d'inscrire dans la Constitution la limitation du pouvoir du capital, la représentation des travailleurs et les droits sociaux[36].

Si spécificité de l'ordolibéralisme il y a, cela ne peut être lié au seul principe d'une constitution économique qui est, dans son acception matérielle, défendu par tous les libéraux, mais à son contenu, s'il fondait un véritable interventionnisme. Pour évaluer l'originalité doctrinale de l'ordolibéralisme, il faut donc se pencher sur la notion de constitution économique non en son principe mais dans sa portée pratique : définit-elle un cadre pour le jeu ou un programme d'intervention dans le jeu ? Quelle est exactement la fonction économique gouvernementale permise ou appelée par la constitution économique ordolibérale, et correspond-il à l'agenda néolibéral général ?

2.1 *La fonction de la constitution économique, fonder, protéger, réformer ?*

Il s'agit d'abord de définir la notion. Thomas Biebricher montre bien les nuances qu'il faut apporter à l'idée de « constitution économique », qui peut être au sens strict un texte unique fondant l'ordre politique et économique, ou plus substantiellement un ensemble des normes qui constituent un cadre global pour l'économie[37]. De fait, il semble qu'au sein de l'ordolibéralisme on trouve plusieurs réponses : l'idée d'un ordre juridique dans le sens d'un droit constitutionnel positif, avec une structure constitutionnelle exacte (Franz

36 L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, n°20–21, pp. 445–482. N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, Section 1ère – *The Emergence of the Concept: From the Physiocrats to the Weimar Republic*, et en particulier G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles » ; H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique: émergence et fonctions » ; P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution »).

37 Voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

Böhm), mais aussi la simple demande de règles créant les conditions de fonctionnement d'un ordre économique soutenable (Hans Carl Nipperdey)[38].

Concernant la substance de la constitution, il est possible de distinguer au moins deux types d'action étatique à l'égard de la société civile et du marché. L'État ordolibéral établit et garantit les règles d'une société régulée en un second temps par les interactions individuelles : la propriété privée, la liberté contractuelle, la responsabilité civile, les brevets et le droit d'auteur, mais aussi des institutions plus spécifiquement économiques, comme ce qui concerne le système bancaire et la monnaie. Sur ce plan, on ne peut pas parler de véritable spécificité ordolibérale (mis à part l'accent décisionniste). On trouve le besoin de ces règles à l'appui du laissez-faire, comme Eucken le dit lui-même[39].

L'État ordolibéral a une autre fonction : contrôler et corriger les externalités et les effets pervers de l'activité économique, en particulier les distorsions de la concurrence (lutte contre les cartels et les monopoles), et mener aussi une action plus sociale, notamment par une attention à la situation des classes pauvres, au niveau du salaire minimum éventuellement et plus généralement par une politique de redistribution. La fonction de contrôle du bon ordre concurrentiel contient la possibilité de nationalisation (Rüstow, en 1932[40]), et une politique douanière. Pour désigner ce deuxième type de responsabilité publique, je ne sais si le terme d'interventionnisme libéral, utilisé par Rüstow, est le plus exact, mais elle correspond à la mise en place de principes non plus « constitutifs », mais « régulateurs », qui corrigent les effets du jeu sans rentrer dans le jeu – bien que la possibilité de dissoudre ou de nationaliser les abus de position dominante consiste à remettre en cause les effets d'un jeu concurrentiel qui n'est plus tout fait libre[41].

Sur ce second plan, l'ordolibéralisme sera de plus en plus isolé au fur et à mesure du XX^e^ siècle, mais se dessine précisément ici son originalité, qui consiste à percevoir la possibilité d'un danger pour l'ordre libéral contenu

38 Voy. J. Drexl, « La constitution économique européenne – l'actualité du modèle ordolibéral », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011, vol. XXV, n°4, pp. 419–454, spéc. P. 424.

39 Voy. R. Fèvre, *L'ordolibéralisme (1932–1950), une économie politique du pouvoir*, Thèse, Lausanne, 2017, p. 197.

40 Voy. A. Rüstow, « Liberal intervention » (1932), in H. F. Wünsche (dir.), *Standard Texts on the Social Market Economy: Two Centuries of Discussion*, Stuttgart, Gustav Fischer, 1982, pp. 183–186 (trad. by D. Rutter).

41 Voy. F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, LGDJ, 1964, pp.174–206 ; L. Simonin, *La doctrine ordolibérale et la politique économique allemande de 1948 à 1966*, Nancy 2, 1999, pp. 144–157.

dans le marché lui-même. En son sein peut se développer un pouvoir économique susceptible de corrompre en même temps la sphère politique et la sphère économique. À cela se rattache une réflexion de nature sociologique, qu'il est sans doute possible de rattacher à Franz Oppenheimer, concernant les conditions sociales, morales et culturelles permettant à l'intérêt personnel et à l'intérêt général de converger[42]. L'idée que le marché, indépendamment de la question de l'autorégulation des activités commerciales, ne produit pas lui-même le substrat social de son meilleur fonctionnement, est plutôt absente du néolibéralisme dans son ensemble, et constitue indiscutablement un trait spécifique à l'ordolibéralisme. De fait existe en son sein une « question sociale » qu'on ne trouve pas chez les autres néolibéraux. Cela s'exprime par la reconnaissance que le sort fait aux ouvriers de l'industrie est épouvantable (Eucken), par la nécessité d'une action pour améliorer les conditions d'hygiène et de santé des travailleurs, mais aussi par une fiscalité progressive et redistributrice, notamment via l'impôt sur les successions et la mise en place d'assurances sociales. Il ne s'agit pas seulement de « charité » mais bien de lutte contre le pouvoir économique : l'État doit empêcher la concentration des richesses sur plusieurs générations, qui porterait atteinte au socle moral et politique de l'ordre concurrentiel. Eucken disait en ce sens qu'il fallait intervenir pour que la propriété privée soit acceptable même pour les citoyens qui ne possèdent pas[43]. Cela dit, la portée de cette préoccupation pour les conditions sociales et culturelles de l'ordre libéral est difficile à appréhender. L'économie sociale de marché prévoit un système de sécurité sociale mais compte pour l'essentiel sur les effets sociaux d'un bon fonctionnement économique. Le social est d'abord assuré par la concurrence, selon une anticipation de la théorie du ruissellement, mais contient des principes redistributifs complémentaires.

2.2 *La nature de l'intervention publique ordolibérale*

Du coup, que penser d'un tel contenu normatif ? Il est difficile de qualifier ce programme d'action « interventionniste » – ou alors en un sens tellement faible qu'on ne voit pas quelle mesure étatique ne serait pas interventionniste, l'État de droit pouvant être en lui-même vu comme une « intervention ». Il n'est même pas certain qu'il constitue une véritable rupture avec le laissez-faire, dont la réalité antagoniste est peut-être largement fantasmée. En effet,

42 Voy. F. Oppenheimer, *Moyens économiques contre moyens politiques*, textes choisis et présentés par V. Valentin, Paris, Les Belles Lettres, 2013.

43 Voy. J. Drexl, « La constitution économique européenne – l'actualité du modèle ordolibéral », *op. cit.*, p. 431.

à part la lutte contre les monopoles, nulle trace d'un appel à une action positive au sein du jeu économique, d'une « direction d'acteurs », et, à part via la fiscalité, nulle remise en cause de la justice catallactique. Dès lors, on peut se demander si l'ordolibéralisme ne consiste pas, paradoxalement, à constitutionnaliser le laissez-faire. Agir, ça ne relève pas du laissez-faire, mais agir en faveur du laissez-faire, n'est-ce pas le programme ordolibéral ? Lorsque Rüstow évoque une intervention consistant en « l'accélération des processus naturels »[44], cela ne porte pas un programme de rupture ni même de révision de ce processus « naturel » qu'est la concurrence. L'action demandée à un État libéral fort consiste à rompre avec l'État total, à installer l'ordre concurrentiel, éventuellement par une « mise à feu » initiale (Eucken) sous la forme, par exemple, d'une extension du crédit, mais ensuite à laisser faire les acteurs de cet ordre. Le programme de sortie de crise des ordolibéraux dans les années 1920 et 1930 est « interventionniste » parce qu'il faut sortir de l'interventionnisme de l'État total. Il ne vaut pas pour l'avenir, une fois la constitution économique mise en place.

En définitive, dans la critique que propose l'ordolibéralisme du laissez-faire, celui-ci sert de slogan politique, de symbole voire d'épouvantail, mais n'est pas saisi avec rigueur, et c'est à tort que l'on admet que l'ordolibéralisme incarnerait une révolution dans le libéralisme parce qu'il marquerait une rupture avec un vieux libéralisme enterré. Le laissez-faire, comme demande adressée au prince, ne concernait que les décisions liées à l'activité commerciale ; le conseil ne valait en rien pour toutes les dimensions de la vie sociale ou tous les domaines de l'État. Il n'exigeait donc pas l'inertie de l'État dans sa fonction de définition des règles du jeu, et se trouvait compatible avec l'idée d'une constitution économique. C'est ensuite devenu un mot-valise pour désigner l'indifférence et l'inaction devant un certain nombre d'effets sociaux de la révolution industrielle, et appeler en retour un programme d'encadrement de l'ordre concurrentiel. Mais dans le domaine économique à strictement parler, cet encadrement laisse faire les acteurs (à l'exception des ententes anticoncurrentielles). S'il n'y avait pas de laissez-faire pour les entrepreneurs et les consommateurs, il n'y aurait tout simplement pas d'économie de marché. Autrement dit, l'ordolibéralisme est un programme d'action de l'État dans la société autour du marché mais pas d'intervention dans le marché, où le principe premier demeure le « laissez faire, laissez passer ». Il ne récuse que la dimension politique du laissez-faire, conservant sa dimension économique

44 Cité par G. Chamayou, « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », *op. cit.*, p. 42.

(à la différence de Keynes, qui lui plaide pour une action de l'État dans les mécanismes économiques[45]). Comme le suggère le titre du célèbre et influent ouvrage de Henry Simons, *A Positive Program for Laissez-Faire* (1934), et comme le développera plus tard Vanberg (et comme le souligne W. Bonefeld), le plein fonctionnement de la main invisible – métaphore du laissez-faire – requiert des conditions que l'État peut garantir.

Vu ainsi, du point de vue de l'action positive, l'ordolibéralisme n'est pas si éloigné des autres branches du néolibéralisme. Au-delà de leurs divergences épistémologiques et paradigmatiques, certes importantes, Eucken, Röpke, Hayek, Mises, ou Milton Friedmann, entendent que l'État laisse librement fonctionner la logique de la concurrence, n'intervenant pas dans les décisions des entreprises privées, laissant se faire spontanément la rencontre de l'offre et de la demande. Le principe d'une action de régulation permanente de l'ordre concurrentiel, dans une logique de « maintien de l'ordre », dont la part la plus spectaculaire est la lutte contre les abus de confiance et les monopoles, n'a pas une portée suffisante pour exclure l'ordolibéralisme du néolibéralisme[46]. Si, comme le montre très bien Thomas Biebricher[47], le fossé s'est creusé en avançant dans le siècle, c'est parce que le paradigme volontariste ou constructiviste a vu son succès décliner avec la crise des États-providence. L'évolution du néolibéralisme vers un approfondissement de l'individualisme et de l'autorégulation, et de manière générale vers la thématique du moins d'État n'était plus favorable, chez les libéraux, à la thématique de l'interventionnisme. Néanmoins, le niveau d'action sur et dans le marché proposé par l'agenda ordolibéral n'est pas différent de celui proposé, par exemple, par Hayek dans *La constitution de la liberté*. On en retrouve des accents, comme le souligne Thomas Biebricher, chez Buchanan et Brennan lorsqu'ils évoquent la nécessité d'une constitution fiscale[48]. La marginalisation progressive des

45 Les principaux traits du laissez-faire tel que défini par Keynes se retrouvent dans l'ordolibéralisme (J. M. Keynes, *La fin du laissez-faire* (1926), Paris, Payot, 2017). Ainsi, Keynes prône une forme de planification dans le cadre d'une société fidèle aux principes moraux du libéralisme, alors qu'Eucken veut réaliser consciemment l'ordre concurrentiel (voy. R. Fèvre, *L'ordolibéralisme (1932–1950), une économie politique du pouvoir*, *op. cit*., pp. 331 et s).

46 N.d.E. : voy. aussi *infra* dans ce volume, F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? ».

47 Voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

48 G. Brennan et J. Buchanan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985 ; voy. aussi *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, New York, Cambridge University Press, 1980.

ordolibéraux dans la galaxie néolibérale est due à une évolution de l'état d'esprit dominant, et non à un refus de la notion de constitution économique.

2.3 *L'illusion de l'interventionnisme néolibéral*

L'ordolibéralisme ne peut donc être considéré comme le cœur d'une révolution intellectuelle ayant vu le libéralisme se transformer, à partir de lui, en une doctrine de l'interventionnisme, au sens d'une modification substantielle de la fonction du gouvernement libéral. Cette idée gagne pourtant du terrain parmi les travaux sur le néolibéralisme. Cela devient même, notamment en France, un lieu commun de la critique du néolibéralisme, envisagé il est vrai moins comme doctrine qu'en tant que pratique gouvernementale. Cette réorientation s'appuie essentiellement sur les analyses de Foucault, (re) découvertes en 2004.

L'analyse de l'ordolibéralisme par Foucault s'inscrit dans une recherche sur les formes de la gouvernabilité qui se déploient avec la modernité. Le fond de sa thèse est connu : avec le libéralisme, le gouvernement des hommes consiste à peser sur leurs intérêts par une modification de leur milieu. Le libéralisme produit une façon de conduire les individus, non par un centre unitaire de commandement mais par une action incitative sur le milieu du sujet ; en ceci, il trouve dans l'utilitarisme de Bentham sa première grande expression : en agissant sur le calcul économique des individus, on parvient à gouverner par une manipulation des intérêts, par la liberté économique et la logique propre au marché. Foucault insiste sur le fait que la dimension jusnaturaliste, présente dans le discours libéral, tend à s'effacer dans la pratique du pouvoir au profit de la dimension utilitariste. Le libéralisme contient donc dès son origine un programme de gouvernement, et pas seulement un idéal d'abstention. Avec Bentham, la liberté n'est pas une donnée naturelle mais l'objet de l'action de l'État. Foucault évoque une production active de liberté, à la fois sécurisée et surveillée, selon le modèle du panoptique (la « forme même du gouvernement libéral[49] »). À lire Foucault, on peut considérer que le libéralisme classique contient déjà un principe « interventionniste », à l'œuvre dans la « biopolitique », qui devant maximiser les processus vitaux de la population, produit et consomme de la liberté. L'homme économique du libéralisme est un individu discipliné par l'action indirecte du pouvoir.

Paradoxalement, alors qu'il fonde l'essentiel de son analyse de la gouvernementalité libérale sur Bentham, Foucault perçoit dans le néolibéralisme (à l'intérieur duquel distingue-t-il principalement l'ordolibéralisme et l'école de

49 M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 69.

Chicago) une inflexion à l'égard du libéralisme antérieur, en ceci qu'il serait un « interventionnisme ». En quoi porte-t-il un nouvel art de gouverner ? La grande nouveauté serait que le marché est le but et non la limite du gouvernement. Selon Foucault, le néolibéralisme inverse le rapport du politique et de l'économique à l'œuvre dans le libéralisme classique : le marché fonde la légitimité de l'État plutôt que l'inverse, et devient l'objectif, le principe et la forme de l'État. Ce n'est plus « l'État qui surveille le marché » mais « le marché qui surveille l'État »[50]. Passons sur le fait que cela ressemble à un contre-sens puisque l'ordolibéralisme se distingue précisément par l'idée que l'État est le fondement du marché, cela ne dit pas grand-chose de la réalité pratique de l'interventionnisme. Sur ce terrain il semble que Foucault se satisfasse des formules par lesquelles certains ordolibéraux définissent leur programme : ainsi de l'idée de « politique de société » et d'« action sur l'environnement social », avancée par Müller-Armack[51]. On ne trouve guère chez Foucault plus de précision ; le vague demeure quant à la portée pratique de « l'intervention permanente »[52], qui est limitée au principe de l'action publique pour le marché. Alors pourtant que Foucault entend non pas faire de l'histoire des idées mais éclairer la rationalité gouvernementale des années 1970, il ne s'avance guère plus loin sur le terrain de la *praxis*. En définitive, l'interventionnisme libéral consiste à faire en sorte que l'individu soit libre en un sens libéral, et à intervenir dans et par le droit pour lui garantir ce droit à la liberté. L'intervention n'est que production des règles et des services publics qui permettent au marché de fonctionner, dans une logique d'extension de la concurrence à tous les domaines de la vie. Seul compte finalement le principe selon lequel le libéralisme est une technique du pouvoir, une façon particulière de gouverner par la discipline des conduites, ce qu'il nomme le passage d'un « sois libre » à un « je vais te produire de quoi être libre »[53].

Conclusion

Pour conclure sur la question de la constitution économique, je voudrais résumer mon scepticisme quant à la réalité de la rupture doctrinale entre libéralisme de laissez-faire et néolibéralisme d'intervention. Sur le plan de la

50 *Ibid.*, p. 120.
51 *Ibid.*, p. 152.
52 *Ibid.*, p. 137.
53 *Ibid.*, p. 65.

gouvernementalité, il est certain que le cadre général des démocraties libérales a évolué dans le sens d'une action publique favorable à la fois à l'économie de marché et aux droits sociaux. S'il est possible de qualifier cette réalité pratique de « néolibérale », synthèse du libéralisme et de sa correction par effet des idéologies contraires, cela ne peut être accepté qu'en prenant la mesure de l'écart avec la doctrine néolibérale. L'usage du terme peut laisser sceptique tant la distance entre la réalité de la présence étatique contemporaine et les idées des maîtres à penser du néolibéralisme est grande. Cela peut sembler une étrange démarche que de vouloir expliquer la réalité de la gouvernementalité contemporaine par l'application d'une doctrine qui en rejette la plus grande part. De surcroît, ranger l'ensemble du droit et des politiques publiques contemporaines sous l'étiquette néolibérale ne permet sans doute pas d'en comprendre la complexité ; d'autres influences doctrinales, d'autres lignes de force historiques, liées à une modernité qui ne saurait se réduire au libéralisme, s'y déploient, qui se trouvent ignorées et incomprises.

Sur le terrain de l'histoire des idées, il semble erroné de parler de rupture interventionniste dans la pensée libérale, la réalité étant plutôt celle d'une continuité, certes traversée par de fortes tensions, entre les libéralismes d'hier et d'aujourd'hui. Par-delà les situations historiques, le projet libéral demeure la constitution d'un ordre juridique favorable au marché. Les idées de liberté comme donnée naturelle (non au sens de produite naturellement par l'histoire mais au sens de conforme avec la nature humaine) et comme artifice économique sont au cœur du libéralisme dès son origine, et appellent une action de l'État, plus ou moins volontariste selon le contexte, qui consiste à « constituer » le cadre des interactions inter-individuelles. À l'intérieur de ce cadre, que seuls les anarcho-capitalistes pensent pouvoir être produit dans une logique « d'autorégulation de l'autorégulation », les individus agissent librement. Le laissez-faire, comme principe de limitation de l'ingérence du politique dans l'économique et non comme stigmatisation du « conservatisme bourgeois », répétons-le, n'est pas l'anarchisme mais l'action libre dans un cadre défini. Par conséquent, si l'interventionnisme ne consiste qu'à définir ce cadre, et il me semble que c'est *grosso modo* le cas dans l'ordolibéralisme, il n'y a pas d'incompatibilité fonctionnelle entre le laissez-faire et « l'interventionnisme » libéral.

Le rapport de l'État au laissez-faire économique peut faire l'objet de configurations variées. Là où les institutions favorables à la liberté sont déjà en place, le rôle du pouvoir sera modeste ; là où elles n'existent pas, l'État devra les instituer. Il est vrai qu'autour de 1900, et de plus en plus jusqu'aux années 1930, est apparue une critique libérale du laissez-faire, identifié à une trahison du message émancipateur des origines. Mais il semble qu'il s'agissait moins

d'une critique du « laissez-faire » que du « ne faites rien du tout ». Si Lippmann, par exemple, en accord avec les ordolibéraux, plaide pour davantage de taxation des héritages et une socialisation du droit du travail, il rejette résolument toute intervention du pouvoir dans ce que font les citoyens de leur liberté, y compris en matière économique[54]. Non abstention, certes, mais pas non plus « intervention permanente ». L'ordolibéralisme ne veut pas revenir à l'État de police mais donner un État de droit à l'économie de marché. L'innovation théorique importante qu'est la constitution de l'économie par le droit ne doit pas laisser croire que les acteurs de l'économie se trouvent soumis au pouvoir politique : le droit renforce la concurrence comme seule règle à la fois juste et efficace ; il s'agit de construire un ordre juridique pour que le gouvernement ne puisse donner aucun ordre aux acteurs du marché. Il est vrai que dans ce cadre les hommes sont contraints à la liberté et à la responsabilité individuelle, contraints de jouer le jeu de la concurrence. Si l'ordolibéralisme porte bien un gouvernement des hommes, il ne contient pas une intervention du gouvernement dans leurs choix économiques.

Si enfin je rassemble la problématique des deux contributions auxquelles j'ai tenté de réagir, la question se pose de savoir si, dans l'ordolibéralisme, la notion de constitution économique est la forme d'un libéralisme autoritaire. J'ai essayé de montrer, en rejoignant en partie le point de vue de Werner Bonefeld, que, si à quelques moments de l'histoire, était apparue une sympathie ou un acquiescement pour le principe d'une dictature libérale, cette tentation ou cette possibilité n'était pas contenue dans la notion de constitution économique. Son principe contient manifestement une volonté d'endiguement des effets de la démocratie mais porte également un mode de gouvernement des individus consistant à les laisser se gouverner eux-mêmes. Si dans une perspective foucaldienne, ce rapport de l'État à la société relève d'un gouvernement disciplinaire des conduites, il ne constitue ni une rupture dans l'histoire du libéralisme, ni le support d'un véritable interventionnisme, la société civile demeurant « ouverte » en ce qu'elle a de plus profond.

Bibliographie sélective

Bilger, F., *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, LGDJ, 1964.

Bottini, F., (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Paris, Mare & Martin, 2017.

54 W. Lippmann, *La cité libre*, Paris, Médicis, 1936.

Brennan, G., et Buchanan, J., *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

Chamayou, G., « Présentation. 1932, Naissance du libéralisme autoritaire », in C. Schmitt, H. Heller, *Du libéralisme autoritaire* (édité par G. Chamayou), Paris, Éditions La découverte (Zones), 2020, pp. 6–82.

Drexl, J., « La constitution économique européenne – l'actualité du modèle ordolibéral », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011,vol. XXV, n°4, pp. 419–454.

Fèvre, R., *L'ordolibéralisme (1932–1950), une économie politique du pouvoir*, Thèse, Lausanne, 2017.

Foucault, M., *Naissance de la biopolitique, Cours du Collège de France 1978–1979*, Paris, Gallimard, 2004.

Keynes, J. M., *La fin du laissez-faire* (1926), Paris, Payot, 2017.

Oppenheimer, F., *Moyens économiques contre moyens politiques*, textes choisis et présentés par V. Valentin, Paris, Les Belles Lettres, 2013.

Rabault, H., « C. Schmitt et l'influence fasciste. Relire La théorie de la constitution », *Revue Française de Droit Constitutionnel,* 2011, vol. 88, n°4, pp. 709–732.

Schmitt, C., *La notion de politique* (1932), Paris, Calmann-Lévy, 1994.

Simonin, L., *La doctrine ordolibérale et la politique économique allemande de 1948 à 1966*, Nancy 2, 1999.

Stolleis, M., « La naissance de l'Etat interventionniste et le droit public » (1989), *Trivium*, 2016, n°21, disponible à l'adresse : http://journals.openedition.org/trivium/529 (dernière consultation le 12 février 2022).

Valentin, V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, 2002.

Zevounou, L., « Le concept de "constitution économique" : une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, n°20–21, pp. 445–482.

PART 2

The European Economic Constitution

From Micro to Macro



SECTION 3

The Microeconomic Constitution of the European Union

Fundamental Economic Freedoms and Competition Law



The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market

Pieter Van Cleynenbreugel and Xavier Miny

Introduction

At the time when the Treaties establishing a European Coal and Steel Community,[1] a European Economic Community[2] and a European Atomic Energy Community[3] entered into force, the constitutional implications of creating a common market may have been difficult to predict.[4] However, over time, the case law of the Court of Justice allowed for a market constitution gradually to come in place. The objective of establishing a common market envisaged by the Treaty establishing the European Economic Community has enabled the Court of Justice of the European Union to turn fundamental free movement provisions into constitutional benchmarks that have come to determine Member States' freedom to regulate their economies.[5]

As the Court of Justice acted increasingly as a constitutional court relying on its previously established doctrines of direct effect and primacy of supranational law[6], a particular substantive constitutional understanding of those

1 Treaty establishing the European Coal and Steel Community of 18 April 1951, 261 *United Nations Treaty Series* 140.

2 Treaty establishing the European Economic Community of 25 March 1957, 298 *United Nations Treaty Series* 11 (hereafter EEC Treaty).

3 Treaty establishing the European Atomic Energy Community of 25 March 1957, for a consolidated version, see https://www.consilium.europa.eu/media/29775/qc0115106enn.pdf (last consulted on 12 February 2022).

4 Ed.: see *infra* in this volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

5 See to that extent, M. Poiares Maduro, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998. Ed.: for a critical assessment of this 'constitutional' rhetoric applied to European integration, see however *infra* in this volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

6 See in that regard, J.H.H. Weiler, « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, n° 1, pp. 267–306; L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, pp. 29–45.

© PIETER VAN CLEYNENBREUGEL AND XAVIER MINY, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_011
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

freedoms took shape. More than fifty years of case law today allows to confirm that the core economic constitutional value underlying the EU's internal market freedoms is essentially one of market access. Any national rule rendering the access to one Member State's territory more difficult for imported or exported goods, workers, services and capital is to be considered as suspicious and therefore potentially prohibited. In that case, Member States have to justify the rules they wish to maintain. The constitutional framework carved out in that way has influenced economic policy choices underlying Member States' regulatory decision-making as well as EU secondary legislation. From that perspective, it has constitutionalized the internal market perhaps more than originally foreseen.[7]

The interpretation and application of free movement provisions in the Court of Justice's case law in particular allow to discern a specific balancing focus made in that regard, with market access becoming a key principle in the setup of the EU's internal market. That focus has seen the light in the case law regarding the free movement of goods and has spread subsequently to other fundamental freedoms (1.). The market access focus has a direct impact on the ways in which Member States can still regulate their economies, on the interaction and tensions between economic freedoms and other fundamental rights and on the format and scope of EU secondary legislation completing the internal market (2.). The contribution summarizes those developments, aiming to give the reader a general overview of the current shape of the EU's microeconomic constitution underlying its internal market project. The purpose here is not to criticise, confirm or reject this economic constitution.[8] It only aims to present its *status quo* and impact on EU and national rule- and policymaking. From that point of view, it is meant to serve as a starting point for a more critical reflection and debate on the (positive and/or negative) effects the constitutionalization of the internal market has brought about.

---

7 J.-P. Jacqué, « La Constitution de la Communauté européenne », *Revue universelle des Droits de l'Homme*, 1995, p. 405 : « *Le traité CEE exprime une vision économique qui se traduit sur le plan juridique par un certain nombre de principes et de règles. Si une constitution contient une vision du devenir de la société, il était possible de dire en 1958 que le traité constituait une constitution économique pour la CEE. L'œuvre de la Cour contribuera au renforcement de ce caractère constitutionnel en faisant, à défaut de dispositions spécifiques, application des principes économiques contenus dans les articles préliminaires du traité tant à l'encontre des États membres qu'à l'égard des institutions* ».

8 Ed.: for a more engaged assessment regarding this economic constitution, see *infra* in this volume, H.-W. Micklitz, « Society, Private Law and Economic Constitution in the EU ».

1 Market Access Constitutionalism in the Context of the EU Fundamental Freedoms

In order to ensure lasting peace across the European continent, the integration of different national economies had been proposed in the wake of the Second World War.[9] Following a successful integration of the War-related coal and steel industries, the project of European economic integration continued across other sectors as well, despite the failures to advance political and military integration.[10] In that context, the EEC Treaty envisaged the establishment of a common market.[11] Absent a clear definition appearing within the Treaty itself, the 1956 preparatory Spaak Report defined the key ambition of the common market as creating "*une vaste zone de politique économique commune, constituant une puissante unité de production, et permettant une expansion continue, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et le développement de relations harmonieuses entre les États qu'il réunit*" .[12] Since 1986, the TFEU envisaged the establishment of an internal market.[13] That notion has replaced the common market notion since the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009 and is defined as an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties.

The description and definition of such area without internal frontiers leave much room for the design and development of different types of economic governance. The notion of an 'area without internal frontiers' or a '*zone de politique économique commune*' can be organized in different ways and by making different economic choices. In a certain way, the Treaty did reflect an important degree of variety present in the different Member States' economic systems.[14] Those differences granted more or less room to state-owned enterprises, to private initiative or to government participation in corporate governance. Given those varieties, the founding fathers of the common market did not desire to impose one clear economic policy choice at the outset. As a result, the

9 For a personal account of that ambition, J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976.

10 L. Van Middelaar, *The passage to Europe – How a continent became a Union*, New Haven, Yale University Press, 2013, pp. 159–180.

11 Article 2 EEC Treaty.

12 The Spaak Report is available at http://aei.pitt.edu/996/1/Spaak_report_french.pdf, p. 13 (last consulted on 12 February 2022).

13 *Single European* Act, Luxemburg, 17 February 1986, [1987] O.J. L169/1. See on the Single European Act in general, J. De Ruyt, *L'Acte Unique Européen*, Brussels, Editions ULB, 1987.

14 See Q. Slobodian, *Globalists – The end of Empire and the birth of neoliberalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2020, pp. 191–193.

internal market provisions in the EEC Treaty and TFEU remain open-ended ones. Within the common/internal market territory, goods,[15] workers and economically active independent persons,[16] services[17] and capital[18] were to circulate freely upon condition that secondary legislation measures were taken to ensure that restrictions to such free movement were removed. Together, the provisions guaranteeing such freedom and limiting restrictive rules constitute the four freedoms that lie at the heart of EU internal market (constitutional) law.

The four freedoms and the legal framework surrounding them can be considered as the constitution of the internal market.[19] That constitution has appeared very open-ended at the outset and it has fallen upon the Court to make it more concrete (1.1.). Starting with an important line of case law in the realm of the free movement of goods (1.2.) and transpiring into the other fundamental freedoms (1.3.), a so-called market access-oriented constitutional framework has taken shape thanks to (or because of) the Court's interventions. That judicially refined economic constitutional framework has a profound impact on the ways in which Member States and the EU legislative institutions remain free to organize their economies, as the next subchapter of this contribution will highlight.

1.1 *The Open-Ended EU Economic Constitution and the Court of Justice of the European Union as a Constitutional Actor*

The EEC Treaty left Member States a significant amount of choice and freedom in the organization of their different – and diversified – national economies (1.1.1.). However, the Court of Justice's increasing role as a constitutional actor has come to influence those choices directly (1.1.2.), steering the format of the EU internal market into a market access-oriented clearer direction (1.1.3.).

1.1.1 An Open-Ended Economic Constitutional Framework

Upon its entry into force, the EEC Treaty contained several provisions aimed at creating and perfecting the EU common market, which sought to integrate the different Member States' economies. Apart from the fact that the Treaty

15 Articles 3, 9,12–17, 30–37 EEC Treaty.
16 Articles 48–58 EEC Treaty.
17 Articles 59–66 EEC Treaty.
18 Articles 67–73 EEC Treaty.
19 See also A. Hatje, « The Economic Constitution within the Internal Market », in A. von Bogdandy and J. Bast (eds.), *Principles of European constitutional law*, Oxford/Munich, Hart Publishing/C.H. Beck, 2010, pp. 589–622.

presupposed that a capitalist market system of some sort was in place in participating Member States, no clear economic policy choices were enshrined directly in the Treaty itself. The EEC Treaty contained a series of prohibitions directly addressed to Member States, yet did not make the hard choice of requiring the Member States directly to reorganize their economies as a result.[20] In the interest of creating a common market, maintaining customs duties and equivalent taxes between different Member States were prohibited and to be replaced, in relation to third countries, by a customs union with a common customs tariff.[21] In the same way, quantitative import and export restrictions as well as measures having an equivalent effect to such restrictions were outlawed.[22] Member States had to adduce public interest justifications grounded in the protection of public order, public safety, public security, protection of intellectual property, national heritage and the life and well-being of humans and animals to maintain any such rules.[23] The same went for workers, where the EEC Treaty prohibited all discrimination on the basis of nationality for workers who are nationals of one Member State yet seeking employment in another Member State.[24] In the framework of the other fundamental freedoms, prohibited or justifiable restrictions to the freedom to provide cross-border services and the freedom of establishment of independent professional natural and legal persons in other Member States were enshrined and phrased in similar ways, albeit only following a transitional period in which those restrictions were to be abolished gradually.[25] The Treaty additionally contained prohibitions on state aid and on discriminatory and protectionist national taxes.[26]

The creation of a common market was to take place gradually, in a transitional period spanning more than a decade following the entry into force of the Treaty.[27] Member States were to abolish their restrictive rules and a more

20 Article 222 EEC Treaty additionally confirmed that "[t]he Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership". However, the Court of Justice confirmed in its case law that any choices in favour of private or State-owned property have to comply with the fundamental economic freedoms, see Joined Cases C-105/12, C-106/12 and C-107/12, Essent, judgment of 22 October 2013 (EU:C:2013:677) Case; see also P. Van Cleynenbreugel, « No privatisation in the service of fair competition? Article 345 TFEU and the market-state balance after Essent », *European Law Review*, 2014, vol. 39, pp. 264–275.

21 Articles 18–29 EEC Treaty.

22 Articles 30–37 EEC Treaty.

23 Article 36 EEC Treaty.

24 Article 48 EEC Treaty.

25 Articles 52–55 and 62–66 EEC Treaty.

26 Articles 92–99 EEC Treaty.

27 Article 8 EEC Treaty.

harmonized legal framework on the basis of EEC law was to be set up.[28] The newly established Council of the European Economic Community could also take measures, deciding unanimously, to harmonize Member States' legislation in the interest of ensuring the establishment and functioning of the common market.[29]

Upon first glance, those different provisions do not as such contain the fundamentals of a particular economic system, as would be expected normally of an economic constitution.[30] The Treaty setup acknowledges the varieties of economic organization that exist in the different Member States and essentially asks those States to move towards more integration by facilitating free movement and by abolishing discriminatory rules and practices.[31] A clear choice as to how much integration is to be aimed for, remains open for debate and appears to be highly dependent on the willingness and ability of the participating Member States to move forward. Apart from a clear choice for capitalist and market-based economic systems, the EEC Treaty did not at the outset impose a single economic integration model on participating Member States. It could therefore be questioned whether the Treaty could be framed as an economic constitution at all.

The EEC Treaty has been amended by the Single European Act,[32] the Maastricht Treaty, which transformed the European Economic Community in a European Community,[33] the Treaty of Amsterdam,[34] the Treaty of Nice[35] and the Treaty of Lisbon, which renamed it the Treaty on the Functioning of the

28 Article 2 EEC Treaty.

29 Article 100 EEC Treaty.

30 It is therefore not surprising that the European project was initially criticized by many neoliberal economists (see M. Wegmann, *Früher Neoliberalismus und europäische Integration: Interdependenz der nationalen, supranationalen und internationalen Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (1932–1965),* Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 368). Ed.: concerning the position of Röpke, see also *supra* in this volume, S. Audier, « Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien? ».

31 See on the vexed relationship between free movement rights and varieties of capitalism, J. Snell, « Varieties of capitalism and the limits of European economic integration », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2011, vol. 13, pp. 415–434.

32 Single European Act of 17 & 28 February 1986, 1754 *United Nations Treaty Series* 3.

33 Treaty on European Union (Maastricht Treaty) of 7 February 1992, 1757 *United Nations Treaty Series* 3.

34 Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts of 2 October 1997, 2700 *United Nations Treaty Series* 161.

35 Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts Participant(s) of 26 February 2001, 2701 *United Nations Treaty Series* 3.

European Union.[36] Despite the gradual extension of competences, the successive Treaty amendments have not directly addressed the open-ended nature of the fundamental freedoms and the structure of the economic constitution implicitly underlying them. By contrast, as a result of the removal of transitional period provisions, the TFEU still contains even more explicit prohibitions on restrictions to the freedom of establishment, the freedom to provide services and the free movement of capital.[37] In addition, provisions prohibiting restrictions and discrimination on the basis of nationality remain in place. The above interim conclusion that the Treaty provisions as such do not make a decisive economic policy choice beyond requiring market integration thus remains standing in the current EU economic constitutional framework.

1.1.2 The Constitutional Role Played by the Court of Justice

Despite initiatives taken during the transitional period, the common market as envisaged by the Spaak Report had not been completed in the time frame proposed by the EEC Treaty.[38] The question therefore remained whether and to what extent the prohibitions on customs duties and equivalent charges, quantitative restrictions and equivalent charges, discriminatory treatment of workers and restrictions on the freedom of establishment and to provide services would have become purposeless.

In hindsight, the Court of Justice's emerging case law gave the impression that this would not be the case. During the transitional period, the Court already showed that it would be able – thanks to the creation of the preliminary ruling mechanism which allowed it to reply to national judges' legal questions – and willing to defend and interpret the EEC Treaty as if it were a constitutional charter of a supranational polity.[39]

The carving out of its doctrines of 'direct effect' in *Van Gend & Loos* and 'primacy' in *Costa v ENEL* confirmed the Court's constitutional role in that regard.[40]

---

36 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community of 13 December 2007, 2702 *United Nations Treaty Series* 3.

37 Articles 26 (internal market), 49–55 (establishment), 56–62 (services) and 63–66 (free movement of capital) of the TFEU.

38 See G. Rambow, « The End of the Transitional Period », *Common Market Law Review,* 1969, vol. 6, n°4, pp. 434–450. On the end of the transitional period as an important constitutional moment, see P. Pescatore, « Some Critical Remarks on the "Single European Act" », *Common Market Law Review*, 1987, vol. 24, n°1, pp. 9–18, esp. p. 11.

39 A. Stone Sweet and T. L. Brunell, « Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community », *The American Political Science Review*, 1998, vol. 92, n° 1, pp. 63–81, esp. p. 65.

40 ECJ, Judgment of 5 February 1963, *van Gend en Loos*, Case 26/62 (ECLI:EU:C:1963:1), [1963] ECR 1; ECJ, Judgment of 15 July 1964, *Costa v. ENEL*, Case 6/64 (ECLI:EU:C:1964:66), [1964]

As a result, provisions of European Community law were to be invoked directly and they could be relied on to obtain the setting aside, within the framework of the dispute at hand, of conflicting lower-ranking legal provisions. As EEC law was deemed to have primacy over all norms of national law, including national constitutional norms, this meant that national law could not limit the economic integration ambitions set out in the EEC Treaty.[41] According to the Court, direct effect and primacy flow from the fact that, in approving the Treaties, the Member States have created a new legal order for the purpose of which they have limited the exercise of their erstwhile sovereign rights.[42] As a result, a new legal order of international law, autonomous from the Member States that created it, would have emerged since.[43]

Those judgments have laid the foundations for our understanding of the EEC Treaty as a supranational economic constitution,[44] and then a basic constitutional Charter.[45] It suffices to remember that, in both *Van Gend & Loos* and *Costa v. Enel*, the Court touched upon questions of economic policy at Member State level. Although the Court did not address those economic choices directly by interpreting the substantive scope of the EEC Treaty as an economic constitution, both judgments demonstrate that the Court would not shy away from doing so in the future.

Van Gend & Loos directly dealt with a customs duty question in the transitional period, the Court confirmed that individuals could rely on EEC Treaty provisions to the extent that they were sufficiently clear, precise and unconditional.[46] Insofar as such provisions contained negative

---

ECR 585; see R. Lecourt, « Qu'eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in J. Boulouis (ed.), *Mélanges Jean Boulouis, L'Europe et le* droit, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349–361; A. Vauchez, *L'union par le droit : L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Science Po, 2013, pp. 181–223.

41 O. De Schutter, « The Balance Between Economic and Social Objectives in the European Treaties », *Revue française des affaires sociales*, 2006, n°5, pp. 119–142, esp. p. 122.

42 ECJ, Judgment of 5 February 1963, *van Gend en Loos*, Case 26/62 (ECLI:EU:C:1963:1), [1963] ECR 1.

43 E. Stein, « Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution », *The American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, n°1, pp. 1–27; J. H. H. Weiler, « The Transformation of Europe », *Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, pp. 2403–2483.

44 C. Engel, « Imposed Liberty and its Limits: the EC Treaty as an Economic Constitution for the Member States », in T. Einhorn (ed.), *Spontaneous Order, Organization and the Law: Roads to a European Civil Society – Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmaecker*, The Hague, Asser Press, 2003, pp. 429–437.

45 ECJ, Judgment of 23 April 1986, Parti écologiste 'Les Verts' v European Parliament, Case 294/83 (ECLI:EU:C:1986:166), [1986] ECR 1365.

46 ECJ, Judgment of 5 February 1963, *van Gend en Loos*, Case 26/62 (ECLI:EU:C:1963:1), [1963] ECR 24.

obligations – prohibitions to maintain certain situations – individuals could directly rely on them in disputes before national courts.[47] As a result, an individual could take a Member State *de facto* imposing higher customs duties to court and, relying on the primacy of EU law, require that this national rule be set aside in the dispute at hand.[48] The judgment highlights that the prohibitions in the EEC Treaty had some teeth that could impose obligations on Member States directly. In *Costa v ENEL*, the Italian legislator had decided to nationalize an electricity company. A private shareholder contested this process as it would be market-distorting in light of the EEC Treaty, yet obtained the response that the Italian nationalization Act benefited from the *Lex posterior derogat anteriori* principle. As the EEC Treaty was incorporated in by Act in the Italian legal order, later Acts contradicting it would be constitutional as a matter of Italian law. The Court replied that EU law would have primacy over such national acts, which could not detract from the fundamental market integration premises the EEC Treaty projected.[49] To the extent that the Italian nationalization law conflicted with the principles of market integration in the EEC Treaty, it would have to be disapplied in the case at hand. The Court referred to the prohibition to creating new commercial monopolies, but diverted to the national court to decide whether that provision was applicable in the specific circumstances of the case.[50]

It follows from both judgments that the Court of Justice would be willing to interpret the scope of the EEC Treaty's economic integration provisions in disputes between *individuals* and *Member States*.[51] By recognizing direct effect and primacy, despite the reluctance of some States to do so,[52] the Court could come to play a direct role as the guarantor of the Treaty's economic choices. One could even argue that, absent clear choices in the Treaty and

47 ECJ, Judgment of 5 February 1963, *van Gend en Loos*, Case 26/62 (ECLI:EU:C:1963:1), [1963] ECR 25.

48 ECJ, Judgment of 9 mars 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, Case 106/77 (ECLI:EU:C:1978:49), [1978], ECR 644, para. 21–22.

49 ECJ, Judgment of 15 July 1964, *Costa v. ENEL*, Case 6/64 (ECLI:EU:C:1964:66), [1964] ECR 594.

50 ECJ, Judgment of 15 July 1964, *Costa v. ENEL*, Case 6/64 (ECLI:EU:C:1964:66), [1964] ECR 598.

51 J. Rondu, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Brussels, Bruylant, 2020, pp. 133–212.

52 This is why the former President of the Court, Robert Lecourt, asked in 1976 the following question : « *Combien de temps eût-on dû attendre la claire reconnaissance de l'effet direct et de la primauté des actes communautaires s'il avait fallu les subordonner à la négociation d'un texte explicite ?* » (R. Lecourt, *L'Europe des juges* (1976), Brussels, Bruylant, 2008, p. 307).

in case of unwillingness of the EU legislator to intervene, the Court would have the power and ability to interpret the directly effective prohibitions and obligations imposed by the Treaty, thus carving out the contours of the EEC's economic constitution. That is precisely what happened after the end of the transitional period.

1.1.3 Integrating Economies: Between Non-discrimination and Market Access

Confronted with an unfinished common market at the end of the transitional period and a Court having acknowledged the existence of direct effect and primacy of EEC law provisions, it could have been expected that the Court would come to play the role of an economic constitutional arbiter.[53] Such role proved necessary as it was unclear what type of economic constitutions the prohibitions on free movement restrictions envisaged. As apparent from the cursory overview above, one can essentially identify two key legal principles appearing simultaneously within the EEC Treaty.

On the one hand, the Treaty could be understood essentially as requiring above all the abolition of restrictions that contained a discrimination on the basis of nationality or origin of persons, goods or capital. That prohibition on discrimination would entail the obligation to create a level playing field for all goods, persons and capitals independent of where they come from or are headed to. In that economic constitutional framework, the supranational polity would only consider maintaining or adopting discriminatory rules as suspicious and potentially prohibited. National rules that would apply without any distinction to national and foreign products, persons, services or capital transactions would be left untouched by supranational law. Those rules could remain in place and they would not have to be justified or evaluated against the background of the EEC Treaty. Rules that are not discriminatory would not be considered restrictive from a supranational law point of view. As a result and comparable to international trade agreements such as the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), those Member States would remain free to impose

53 See the discussion, recently mentioned by Jean Félix Delile (« La démocratie à l'épreuve de la constitution économique européenne : réflexions autour de la proposition Grimm », in E. Carpano and G. Marti (eds.), *Démocratie et marché dans l'Union européenne*, Brussels, Bruylant, 2021, p. 74) between Pierre-Henri Teitgen, Maurice Lagrange and Léontin-Jean Constantinesco (see Institut d'Études Juridiques Européennes (ed.), *La Constitution économique européenne. Actes du 5e colloque sur la fusion des communautés européennes organisé à Liège les 16, 17 et 18 décembre 1970*, Liège/The Hague, Martinus Nijhoff, 1971, pp. 191–197). See also L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, nos 20–21, pp. 445–482, spéc. pp. 472–475.

more or less stringent regulation, on condition that those rules apply without distinction to all products, persons, services or capitals.[54] A discrimination-focused economic constitution would theoretically leave Member States in control of their economies, as long as they give access to foreign products, workers, services and capitals on the same level as to their own nationals. Foreign products, workers, services providers and capital transactions would have to comply with the rules thus imposed by the host State.[55]

On the other hand, the Treaty's provisions prohibiting restrictions on the free movement could also be understood more generally as incorporating a wider market access rule. According to that rule, all Member States have to guarantee the widest possible access to their markets of goods, persons, services and capital coming from another Member State. Any rule, even when it is indistinctly applicable with regard to the origin of the good or subject concerned, would be considered suspicious under the market access principle. The Member State which has adopted the rule in question would be required to justify its maintenance in force by referring to objectives in the general interest recognized as such under supranational law. In the same way, the Member State could be required to demonstrate that the rule in question is the most apt and the least restrictive to protect the objective in the general interest recognized under supranational law. Contrary to the non-discrimination approach, which focuses primarily on host state regulatory powers, the market access rules require host states to the largest extent possible to recognize products, workers, services and capital manufactured, trained, offered and generated in accordance with home state rules. From the perspective of different Member States, any rule on their books that has an even indirect impact on free movement, would have to be justified, even when it would not distinguish between national and foreign characteristics.

The question as to whether the Treaty contained an elaborate non-discrimination rule – comparable with the GATT provisions and leaving Member States free to impose rules that apply without discrimination to all goods, persons, services or capital transactions – or rather a more broad-brush market access rule – making any national rule potentially suspicious and requiring justification by national rule-setters – has come to dominate

54 For an argument in favour of such a discrimination-centred approach, see G. Marenco, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *Cahiers de Droit Européen*, 1984, vol. 20, n^{os} 3–4, pp. 291–364, esp. p. 349.

55 R. Schütze, « Re-constituting the internal market: Towards a common law of international trade? », *Yearbook of European Law*, 2020, vol. 39, pp. 250–292, esp. p. 262.

doctrinal and judicial debates on the fundamental freedoms in the 1970–2000 period[56] and remains the object of scientific debates even today. Those debates notwithstanding, we submit that the Court early on made the choice principally to orientate its case law towards a market access rule in the framework of fundamental freedoms. However, that market access focus has not excluded fully reliance on the non-discrimination approach. Despite those non-discrimination focuses, the current scope and state of the Court's case law no longer allows to deny that the principal economic constitutional value underlying the EU's internal market constitutional framework is enabling free market access.

1.2 *The Emergence of a Market Access Constitution in the Realm of Goods*

The question whether a non-discrimination and/or market access rule was to be interpreted in the fundamental freedoms emerged in the very first place in the context of the free movement of goods. The abolition of non-fiscal barriers has been subject to a market access approach since the seminal cases in *Dassonville* and *Cassis de Dijon.* At the same time, however, cases such as *Groenveld* and even *Keck & Mithouard* gave the impression that the Court's choice for a market access rule was not as absolute as its proponents would have wanted. More recent case law nevertheless has removed any doubts, fully adhering to the market access approach (1.2.1.). In the framework of fiscal barriers to the free movement of goods, a market access approach has been defended as well, albeit limited to taxes levied on the occasion of crossing an inter- or intra-State border. For non-border-related taxes, a non-discrimination approach remains in place due to the explicit recognition of this approach in Article 110 TFEU (1.2.2.). The overall picture that emerges is a preference for market access constitutionalism, unless the founding Treaties explicitly require a non-discrimination approach to be maintained. It is submitted that this market access focus also explains the limited role the fundamental freedoms play in legal relationships between private individuals (1.2.3.).

1.2.1 Non-physical Barriers: the Meandering Road to Market Access Constitutionalism

The question as to the nature of the EEC's economic constitution emerged most prominently in the framework of non-fiscal barriers to the free movement of

56 See e.g. M. Waelbroeck, *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Brussels, Edition de l'Université de Bruxelles, 1975, p. 23.

goods. In that context, current Articles 34 and 35 TFEU prohibit Member States from maintaining quantitative import and export restrictions and measures having an equivalent effect to those restrictions. Article 36 TFEU nevertheless allows such restrictive measures to be justified if and to the extent that they contribute – in a proportionate manner – to the protection of a closed list of public interest objectives: public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property.

The key question that has emerged in practice is whether the notion of measures having an equivalent effect to quantitative import and export restrictions (MEEQR) contains a market access or non-discrimination principle. The Court's case law on the matter, both in relation to import and export restrictions, has for a long time, given mixed responses, although the question currently seems settled in favour of the market access interpretation.

In relation to import restrictions, the Court in *Dassonville* famously proclaimed that all trading rules enacted by Member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.[57] It would follow from that definition that any national rule that has an even indirect effect on the cross-border flow of goods would be qualified as an MEEQR and would therefore be suspicious to such an extent that it would be prohibited unless a suitable justification could be offered by the State that adopted the rule under scrutiny.[58] That case law has been interpreted as the start of the Court's market access constitutionalism approach, in accordance with which the Court would require all Member States to critically review their rules in place and to remove the ones that impose an unjustifiable restriction on the free movement of goods.[59] The fact that those rules do not discriminate against imported goods would not be relevant. The mere potentiality that the rule could have that effect would suffice to qualify it as an MEEQR.

57 ECJ, Judgment of 11 July 1974, *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, Case 8–74 (ECLI:EU:C:1974:82), [1974] ECR 852.

58 M. Poiares Maduro, « Revisiting the free movement of goods in a comparative perspective », in A. Rosas, E. Levits and Y. Bot (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and perspectives on sixty years of case law*, The Hague, Asser Press, 2012, pp. 489–490.

59 J. H.H. Weiler, « Epilogue: Towards a Common Law of International Trade », in J.H.H Weiler (ed.), *The EU, The WTO and the NAFTA: Toward a Common Law of International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 201–232, esp. p. 215.

That traditional understanding deserves to be put in context. We submit that it would be overambitious to infer from *Dassonville* that a market access rule was established as such in that case. *Dassonville* concerned the criminal prosecution by Belgian authorities of an importer of Scotch whisky for failure to produce a certificate of origin delivered only by the British customs authorities. The lot of whisky at hand had been exported from the United Kingdom (then an EU Member State) to France, which did not require such certificate, before being imported in Belgium. The Belgian importers had not been able to obtain such a certificate. For that reason, they were prosecuted criminally.[60] The Belgian rule that was contested before the Court of Justice was not an indistinctly applicable rule to all Belgian and foreign traders. By contrast, it concerned a rule that introduced a difference in treatment for directly and indirectly imported goods. As a result, one could argue that the contested Belgian rule maintained a discriminatory treatment depending on the origin of the product prior to being imported in Belgium. The fact that the Court in *Dassonville* outlawed such a distinctly applicable national rule, albeit by referring to a very broad MEEQR definition, cannot as such offer evidence that a full-fledged market access rule had been established.[61]

Legitimate questions have been raised therefore as to whether the Court had really meant to offer a definition that also extended to such indistinctly applicable rules. One had to wait for the famous *Cassis de Dijon* judgment to obtain confirmation in that regard. In that case, an indistinctly applicable rule limiting the commercialization of an alcoholic beverage was at stake. The French Cassis de Dijon could not be sold as liquor in Germany, because of

60 During the 1930s, the Belgian parliament passed several acts to give 'special powers' (for a presentation of this notion, see F. Bouhon, A. Jousten and X. Miny, « Belgique: Entre absence d'état d'exception, pouvoirs de police et pouvoirs spéciaux », in I. Diez Parra (ed.), *Droit d'exception, une perspective de droit comparé*, Brussels, Publication of the European Parliament Research Service, 2021) to the King – i.e. the Government – "in the hope of economic and financial recovery" and to enhance the protection of industrial and commercial property rights. On the basis of a legislative act of 31 july 1934, the Royal Decree no. 57 of 2 December 1934 provides that it is prohibited to import, sell, display for sale, have possession of or transport for the purposes of sale or delivery, spirits bearing a designation of origin duly adopted by the Belgian Government when such spirits are not accompanied by any official document certifying their right to such designation.

61 See R. Joliet, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck et Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *Journal de droit européen*, 1994, vol. 2, n°12, pp. 145–151, esp. 146; R. Schütze, « 'Re-Reading' Dassonville: Meaning and understanding in the history of European law' », *EUI Department of Law Research Paper* no. 2018/09, available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=3150391 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3150391 (last consulted on 12 February 2022).

stricter rules regarding the percentage of alcohol needed in order for a product to be recognized as such under German law. However, in France, Cassis de Dijon had always been sold as liquor. The German rule, which would apply in the same way to German alcoholic beverages containing the same alcohol percentage as Cassis de Dijon, was applicable to any product, without distinguishing between the origins of that product. Contrary to the Belgian rule in *Dassonville*, the German rule was therefore considered indistinctly applicable. Confronted with that rule, the Court of Justice reiterated its *Dassonville* definition. As a result, any national rule, even an indistinctly applicable one with regard to a product's origin, would qualify as an MEEQR whenever it potentially impacted upon the free import of goods coming from another Member State.[62] It follows from the *Cassis de Dijon* judgment that the Court indeed favours a market access approach. Given the fact that this approach implies that the majority of Member State rules indirectly affecting goods will be considered suspicious, the Court offered Member States the possibility to adduce additional justifications, so-called mandatory requirements in the public interest. Those justifications may be different from the ones outlined in Article 36 and could, at the outset, be offered particularly to justify maintaining indistinctly applicable rules.[63] Another consequence of the judgment has been that the Court implicitly called upon host Member States to give access to their territories to products lawfully manufactured in their home Member State. That gave rise to the emergence of a principle of mutual recognition underlying many EU secondary legislation initiatives in the 1980s[64]. In practice, this phenomenon gave rise to fears of a 'race to the bottom', in accordance with which Member States would lower their standards to attract businesses to be established in their territories.[65]

62 ECJ, Judgment of 20 February 1979, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (*Cassis de Dijon*), Case 120/78 (ECLI:EU:C:1979:42), [1979], ECR 649.

63 ECJ, Judgment of 20 February 1979, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (*Cassis de Dijon*), Case 120/78 (ECLI:EU:C:1979:42), [1979], ECR 662.

64 See « Completing the Internal Market », *White Paper from the Commission to the European Council*, COM(85) 310 final. See also M. Ortino, « The Role and Functioning of Mutual Recognition in the European Market of Financial Services », *The International and Comparative Law Quarterly*, 2007, vol. 56, n°2, pp. 309–338, esp. p. 310.

65 See in that regard, E. Carpano, M. Chastagnaret and E. Mazuyer (eds.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Brussels, Bruylant, 2018, 380 p. Ed.: regarding this « competition between jurisdictions », but on a more global context, see also *infra* in this volume, M.M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux ».

The apparent preference for a market access rule in *Cassis de Dijon* nevertheless continued to stir debate.[66] As traders began to invoke the presence of an MEEQR in cases involving rules that originally had nothing to do with import restrictions, new questions arose as to whether all such rules were to be qualified as MEEQR.[67] The Sunday Trading saga is frequently cited as a clear illustration of these doubts and controversies and revealed the increasing tension between the interests of businesses and those of the Member States.[68]

In *Keck & Mithouard*, the Court of Justice decided, in light of those circumstances, to exclude national rules on selling arrangements from the MEEQR's definition. According to the Court, those rules are supposed not directly or indirectly to hinder the free movement of goods and do not therefore qualify as MEEQR, "so long as those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States".[69] In practice, the Court has interpreted the category of excluded selling arrangements very narrowly[70] to rules involving sales and promotions such as shop opening hours[71] and methods of advertisement[72] or

66 See, e.g., E. L. White, « In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty », *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, n°2, pp. 235–280; J. Steiner, « Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC », *Common Market Law Review*,1992, vol. 29, n°4, pp. 749–774.

67 T. Connor, « Accentuating the Positive: The 'Selling Arrangement', the First Decade, and beyond », *The International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol. 54, n°1, pp. 127–160, esp. p. 130.

68 Case 145/88, Torfaen Borough Council v B & Q plc., Judgment of 23 November 1989 (EU:C:1989:593), [ECR], 3851. See also C. Barnard, « Sunday Trading: A Drama in Five Acts », *Modern Law Review*, 1994, vol. 54, n°3, pp. 449–460 and J. Tillotson, « Sunday Trading and Free Movement of Goods in the EEC. Clarification at Community Level », *World Competition*, 1993, vol. 16, n°4, pp. 139–143.

69 ECJ, Judgment of 24 November 1993, *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, Joined Cases 267/91 and 268/91 (ECLI:EU:C:1993:905), [1993], ECR I-6097. See B. Van Leeuwen, « Market Access, the New Approach and Private Law », *European Review of Private Law*, 2019, pp. 279–280.

70 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, pp. 142–143.

71 See e.g ECJ, Judgment of 2 June 1994, *Criminal proceedings against Tankstation 't Heukske vof and J. B. E. Boermans*, Joined cases 401/92 and 402/92 (ECLI:EU:C:1994:220), [1994], ECR I–2199; ECJ, Judgment of 2 June 1994, *Punto Casa SpA v Sindaco del Comune di Capena and Comune di Capena and Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) v Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo and Comune di Torri di Quartesolo*, Joined cases 69/93 and 258/93 (ECLI:EU:C:1994:226), [1994], ECR I–2355.

72 ECJ, Judgment of 15 December 1993, *Ruth Hünermund and others v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Case 292/92 (ECLI:EU:C:1993:932), [1993], ECR I–6787 ; ECJ, Judgment of 10 November 1994, *Lucien Ortscheit GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel*

selling products.[73] In practice, since the notion of selling arrangements is first defined in a negative way,[74] identifying each situation falling within its scope in an *ex ante* general manner has become difficult if not impossible.

The *Keck* exception category has re-opened debates on whether or not the Court wanted to introduce a discrimination-oriented approach over a market access approach. At first sight, the fact that only selling arrangements that are discriminatory or that, *de jure* or *de facto*, render the marketing of foreign products more difficult, appears to highlight that the Court targets above all measures distinguishing between national and foreign products.[75] However, in different cases applying the *Keck* reasoning, the Court seems to imply that any selling arrangements making market access of foreign products more difficult cannot benefit from the exception.[76] As a result, it would seem that the market access approach remains in place, yet is softened for one exceptional category of national rules. In recent case law, the *Keck* exception category is seldom invoked in a successful way, giving rise to questions whether it has any

---

GmbH, Case 320/93 (ECLI:EU:C:1994:379), [1994], ECR I-5243; ECJ, Judgment of 9 February 1995, *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA*, Case 412/93 (ECLI:EU:C:1995:26), [1995], ECR I–179; ECJ, Judgment of 9 July 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) and TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 and C-36/95)*, Joined cases 34/95, 35/95 and 36/95 (ECLI:EU:C:1997:344), [1997], ECR I–3843; ECJ, Judgment of 8 March 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)*, Case 405/98 (ECLI:EU:C:2001:135), [2001], ECR I-1795; ECJ, Judgment of 15 July 2004, D*ouwe Egberts NV v Westrom Pharma NV and Christophe Souranis, carrying on business under the commerical name of 'Etablissements FICS' and Douwe Egberts NV v FICS-World BVBA*, Case 239/02 (ECLI:EU:C:2004:445), [2004] ECR I-7007.

73 ECJ, Judgment of 29 June 1995, *Commission of the European Communities v Hellenic Republic*, Case 391/92 (ECLI:EU:C:1995:199), [1995], ECR I-1621; ECJ, Judgment of 13 January 2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH*, Case C-254/98 (ECLI:EU:C:2000:12), [2000] ECR I-151; ECJ, Judgment of 11 December 2003, *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*, Case 322/01 (ECLI:EU:C:2003:664), [2003], ECR I-14887.

74 ECJ, Judgment of 14 February 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v Avides Media AG*, Case 244/06 (ECLI:EU:C:2008:85), [2008] ECR I-505.

75 See also W. Wils, « The Search for the Rule in Article 30 EEC: much ado about nothing? », *European Law Review*, 1993, pp. 475–492.

76 ECJ, Judgment of 14 December 1995, *Criminal proceedings against Giorgio Domingo Banchero*, Case 387/93 (ECLI:EU:C:1995:439), [1995] ECR I-4663; ECJ, Judgment of 9 July 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) and TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 and C-36/95)*, Joined cases 34/95, 35/95 and 36/95 (ECLI:EU:C:1997:344), [1997], ECR I-3843; ECJ, Judgment of 8 March 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)*, Case 405/98 (ECLI:EU:C:2001:135), [2001], ECR I-1795.

added value at all.[77] The Court has since refused to extend that category to other types of rules such as rules of use of certain products.[78] That evolution could be interpreted as the Court remaining willing to maintain its market access approach.[79]

With the explicit recognition of its market access approach, the Court extended the possibilities for Member States to justify their suspicious rules. In *Cassis de Dijon*, it was ruled that indistinctly applicable measures could be justified by mandatory requirements in addition to the Treaty derogations. However, the Court held for a long time that distinctly applicable measures could not be justified on the basis of those requirements. Those measures could be justified only on the basis of the derogations outlined in Article 36 TFEU.[80] As a result, the classification of a measure as discriminatory had an impact on the scope of justifications available. In its most recent case law, however, the Court abandoned this distinction, allowing mandatory requirements to be invoked in the context of distinctly applicable measures as well.[81] That

77 See. A Mattera, « De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck' : l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *Revue du marché unique européen*, 1994, pp. 117–160; D. Wilsher, « Does Keck Discrimination Make Any Sense? An Assessment of the Non-Discrimination Principle Within the European Single Market », *European Law Review*, 2008, vol. 33, n°1, pp. 3–22; E. Spaventa, « Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos », *European Law Review*, 2009, vol. 34, n°6, pp. 914–932.

78 ECJ, Judgment of 10 February 2009, *Commission of the European Communities v Italian Republic* (*Trailers*), Case 110/05 (ECLI:EU:C:2009:66), [2009], ECR I-519; ECJ, Judgment of 4 June 2009, *Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos*, Case 142/05 (ECLI:EU:C:2009:336), [2009], ECR I-4273.

79 See also A. Tryfonidou, « Further Steps on the Road to Convergence among the Market Freedoms », *European Law Review*, 2010, vol. 35, n°1, pp. 36–56 and C. Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford, Oxford Universtiy Press, 2019, pp. 136–137.

80 ECJ, Judgment of 17 June 1981, *Commission v Ireland*, Case 113/80 (ECLI:EU:C:1981:139), [1981] ECR 1625, para 11. The Court nevertheless rapidly acknowledged that indistinctly applicable measures producing *de facto* discriminatory effects could also be justified by referring to mandatory requirements, see ECJ, Judgment of 17 June 1981, *Commission v Ireland*, Case 113/80 (ECLI:EU:C:1981:139), para 14; see equally ECJ, Case 16/83, *Criminal proceedings against Karl Prantl,* Case 16/83 (ECLI:EU:C:1984:101), [1984] ECR 1299; ECJ, Judgment of 25 April 1985, *Commission v United Kingdom*, Case 207/83 (ECLI:EU:C:1985:161), [1985] ECR 1201; ECJ, Judgment of 2 February 1989, *Commission v Germany*, Case 274/87 (ECLI:EU:C:1989:51), [1989] ECR 229; ECJ, Judgment of 13 December 1990, *Pall Corp. v P. J. Dahlhausen & Co*, Case C-238/89 (ECLI:EU:C:1990:473), [1990] ECR I-4827.

81 E. Spaventa, « On Discrimination and the Theory of Mandatory Requirements », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2000, vol. 3, pp. 457–478. See e.g. ECJ, Judgment of 19 June 2003, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, Case 420/01

evolution may show the Court attaches more importance to market access constitutionalism than to maintaining discrimination as an underlying core principle of the internal market constitution.

In the framework of export restrictions, the Court has not unequivocally applied its *Dassonville-Cassis de Dijon* formula. In its 1979 *Groenveld* judgment, the Court held that national rules restricting exports of goods constituted prohibited MEEQR only if they explicitly distinguished between products destined for the national market and exported products.[82] In order to qualify as an MEEQR, the national rule would have to be discriminatory. Absent such overt discrimination, export restrictions did not violate EU internal market law. However, in its *Ghysbrechts* and *New Valmar* judgments, the Court confirmed the applicability of its market access approach to export restrictions as well.[83] As a result, every national rule that potentially hinders the free export of goods is suspicious and needs to be justified by the Member State wishing to maintain it. In practice, that means that almost all rules that have an even remote or potential impact on exports towards other Member States, now fall within the MEEQR definition.[84]

It follows from the foregoing that, despite the Court's market access approach in *Dassonville* and *Cassis de Dijon*, its case law in *Keck & Mithouard* and *Groenveld* for a long time kept debates open as regards whether or not the presence of discrimination on the basis of nationality, origin or destination of a product was a necessary or sufficient element to consider a measure as an MEEQR. Recent case law makes clear that this approach is not maintained: any rule that restricts, even remotely or potentially, the access to the market of goods lawfully present in another Member State, would need to be justified on the basis of one of the public interest objectives recognized by the Court. As a result, all national rules are in theory unlawful, unless and until they have been confirmed as proportionate to one of those objectives. The Court of Justice,

---

(EU:C:2003:363), [2003], ECR I-6445; ECJ, Judgment of 5 February 2004, Commission of the European Communities v Italian Republic, Case-270/02 (EU:C:2004:78), [2004] ECR I-1559.

82 ECJ, Judgment of 8 November 1979, *P.B. Groenveld BV v Produktschap voor Vee en Vlees*, Case 15/79 (ECLI:EU:C:1979:253), [1979] ECR 3409.

83 ECJ, Judgment of 16 December 2008, *Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA*, Case 205/07 (ECLI:EU:C:2008:730), [2008], ECR I-9947 and ECJ, Judgment of 21 June 2016, *New Valmar BVBA v Global Pharmacies Partner Health Srl.*, Case 15/15 (EU:C:2016:464).

84 See A.-L. Sibony, « Au-delà de Dassonville : l'arrêt New Valmar ou l'entrave issue du risque juridique que fait peser le législateur sur un opérateur économique (CJUE 21 juin 2016, aff. C 15/15, New Valmar, EU:C:2016:464) », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, n°3, pp. 821–824.

accompanied by the domestic courts, retains the final authority over that question. As a result, the Court of Justice remains at the heart of and in control over the scope of Member States' regulatory powers that would or could frustrate market access of freely moving goods across the internal market.[85]

1.2.2 Fiscal Barriers to Goods: A Complementary Non-discrimination Approach?

In the framework of fiscal barriers to trade, the EEC Treaty itself made and the TFEU still makes an important distinction between customs duties and equivalent charges, which had to be abolished in the interest of setting up a customs union and other taxes levied on goods, in the context of which Member States retain an important degree of autonomy.

Article 30 TFEU prohibits all customs duties between the Member States as well as any charge having an equivalent effect. The latter notion has been defined in an extensive fashion by the Court of Justice as comprising any charge which, by altering the price of an article exported, has the same restrictive effect on the free circulation of that article as a customs duty.[86] The Court later clarified that the imposition of such a tax when crossing an internal border within a single Member State is equally prohibited by EU law.[87] As a result, the Court has favoured an unfettered market access approach in this context as well. Any tax that would be levied for the sole or principal reason of having crossed a territorial border within the EU internal market is prohibited. Such taxes directly impede the free circulation of goods anywhere across the internal market territory and cannot therefore be maintained.[88] Contrary to non-tariff barriers, Member States do not as such have the possibility to justify the maintaining of such taxes, which are prohibited absolutely.[89]

---

85 See M. Jesse, « What about Sunday Trading – The Rise of Market Access as an Independent Criterion under Article 34 TFEU », *European Journal of Risk Regulation*, 2012, vol. 3, pp. 437–444.

86 ECJ, Judgment of 10 December 1968, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, Case 7–68, (ECLI:EU:C:1968:51), [1968] ECR 429.

87 ECJ, Judgment of 16 July 1992, *Administration des Douanes et Droits Indirects v Léopold Legros and others*, Case 163/90 (ECLI:EU:C:1992:326), [1992] ECR I-4625.

88 ECJ, Judgment of the Court of 1 July 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders v S.A. Ch. Brachfeld & Sons and Chougol Diamond Co*, Joined cases 2 and 3/69 (ECLI:EU:C:1969:30), [1969] ECR 211.

89 The case law nevertheless acknowledged that fees charged for services offered by public authorities (e.g. stocking products temporarily at the border or in customs depots or charges to compensate for inspections imposed by EU law) do not constitute charges having an equivalent effect to customs duties. See to that extent, ECJ, Judgment of 17 May 1983, *Commisison v Belgium*, Case 132/82 (ECLI:EU:C:1983:135), [1983] ECR 1649, para

Despite the clear market access approach underlying the prohibition on customs duties and equivalent charges, the Court has not gone so far as to outlaw all taxes that make the import or export of goods more difficult. In contrast with the Court's approach regarding MEEQR, Article 110 TFEU itself allows Member States to maintain taxes on goods, as long as those taxes do not discriminate against foreign goods.[90] It follows from the case law of the Court that Member States can maintain their taxation regimes, as long as foreign goods are not taxed more heavily than nationally produced goods.[91] Although taxes on goods undoubtedly make the access to the market of goods more difficult (or at least more expensive), the Treaty explicitly allows their non-discriminatory application vis-à-vis similar foreign goods.[92] Article 110, 2nd paragraph TFEU nevertheless also requires Member States to remove protectionist taxes to the disadvantage of foreign goods comparable with nationally produced goods. Those goods can be taxed differently, yet the tax rates and systems may not maintain a protectionist system that favours the commercialization of nationally produced goods.[93] Although the Court could have given a wide, market access-oriented interpretation to that provision, case law has remained limited. As a result, Member States have been given more leeway to decide how to organize their taxation system. The limited competences conferred on the Union in this domain undoubtedly explain the Court's reticence in this area.[94] At the same time, however, it is remarkable that this field is somewhat shielded from the Court's market access approach which pervades non-fiscal barriers and the other fundamental freedoms.

---

8 (services rendered); ECJ, Judgment of 27 September 1988, *Commission v Germany,* Case 18/87 (ECLI:EU:C:1988:453), [1988] ECR 5427, para 8 (inspections imposed by EU law) and J. Molinier and N. De Grove-Valdeyron, *Droit du marché intérieur européen*, 2nd ed., Paris, LGDJ, 2008, pp. 32–34.

90 See J. Tudor, « Discriminatory internal taxation in the European Union: the power of the European Court of Justice to limit the tax sovereignty of member-states under article 110 of the TFEU », *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 2015, vol. 23, n° 1, pp. 141–186.

91 ECJ, Judgment of 4 April 1968, *Firma Fink-Frucht GmbH v Hauptzollamt München-Landsbergerstrasse*, Case 27/67 (ECLI:EU:C:1968:22), [1968].

92 Article 110 of the TFEU.

93 ECJ, Judgment of 7 May 1987, *Cooperativa Co-Frutta Srl v Amministrazione delle finanze dello Stato*, Case 193/85 (ECLI:EU:C:1987:210) [1987] ECR 2085.

94 M. de Wolf, *Souveraineté fiscale et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour Suprême des Etats*-Unis, Brussels/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005, p. 207; K. Lenaerts and L. Bernardeau, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *Cahier de droit européen*, 2007, vol. 43, n° 1–2, pp. 19–110, esp. p. 60.

1.2.3 A Preference for Market Access Constitutionalism?

The free movement of goods case law overview allows to establish that the Court has maintained a preference for market access constitutionalism. That preference has only manifested itself gradually, as the case law shows that non-discrimination approaches have not been discarded completely. The explicit non-discrimination approach in Article 110 TFEU appears to highlight that market access constitutionalism cannot be extended to the field of the taxation of goods, whenever the Treaty explicitly provides for a non-discrimination approach to be followed. However, the more recent goods case law clearly demonstrates that market access constitutionalism now presents itself as the preferred interpretation of the free movement of goods in the Court's case law.[95] Absent an explicit Treaty preference for a non-discrimination approach, the Court has steered the constitutional framework ensuring the free movement of goods in the direction of a market access constitution.

The preference for market access constitutionalism and the wide scope of the free movement of goods that follows from it has an important side effect. Since almost all rules or practices may be considered suspicious when they have an indirect effect on the free movement of goods, it cannot be excluded that private individuals can also restrict the free movement of goods by refusing to buy foreign products or refusing to contract with importers of certain goods. In a purely market access-oriented economic constitutional framework, such private unilateral actions could also have an impact on the free movement of goods. The Court nevertheless confirmed that the free movement of goods provisions only target action by public authorities and those private associations that have been delegated or are assuming regulatory powers in the collective interest. Over time, however, the Court has not shied away from interpreting that notion in an extensive manner. As a result, standardization organizations, sports associations or trade unions would all fall within its scope.[96] Despite that extensive interpretation, the market access-oriented interpretation given to the free movement of goods by the Court does not extend to purely private actions.

---

95 M. Jesse, « What about Sunday Trading – The Rise of Market Access as an Independent Criterion under Article 34 TFEU » *op. cit.*, p. 437.

96 In the context of the free movement of goods, see ECJ, Judgment of 12 July 2012, *Fra.bo SpA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, Case C-171/11 (ECLI:EU:C:2012:453); see also S. Van den Bogaert, « Horizontality », in C. Barnard and J. Scott (eds.), *The Legal Foundations of the Single Market: Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 123–152; C. Krenn, « A Missing Piece in the Horizontal Effect "Jigsaw": Horizontal Direct Effect and the Free Movement of Goods », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, pp. 177–216 and L. Gormley, « Private Parties and the Free Movement of Goods: Responsible, Irresponsible, or a Lack of Principles? », *Fordham International Law Journal*, 2015, vol. 38, n°4, pp. 993–1018.

1.3 *Market Access Constitutionalism within the Other Fundamental Freedoms*

The preference for market access constitutionalism characteristic of the free movement of goods can also be found in the Court's case law on the free movement of workers (1.3.1.), the freedom of establishment and to provide services (1.3.2.) and the free movement of capital (1.3.3.). That is striking, given that such coherent interpretation between all four freedoms had not necessarily been imposed or foreseen by the EEC Treaty itself.[97] Somewhat remarkable, despite the Treaty's reference to discrimination in the context of workers, the Court interpreted that notion as referring to all restrictions, even absent any kind of discriminatory treatment of workers of different nationalities. The preference for market access constitutionalism also implies that the provisions generally target state measures and measures emanating from private organizations or associations assuming or having been delegated some kind of State power. Given their wide scope, the market access-oriented fundamental freedoms do not generally apply in relationships between private persons.

The emerging preference for market access constitutionalism within the other fundamental freedoms has not completely downplayed the importance of discrimination as a pillar of the EU's internal market constitution. In the freedoms outlined here, the Court still considers that the presence of direct discrimination in Member States' rules under scrutiny limits the justifications those States can offer. In that case, only Treaty derogations can be adduced to justify maintaining a discriminatory restriction. By contrast, Member State rules that do not explicitly distinguish between foreign and national workers, services or economic actors, could still be justified on the basis of the broader overriding reasons in the public interest justification category.[98] The presence or not of discriminatory treatment thus still determines the scope of justificatory reasons that can be offered in the framework of the freedoms analysed here.

---

97 See M. Tison, « Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services », in M. Andenas and W.-H Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, Ofxord University Press, 2001, p. 328 quoted by S. Enchelmaier, « Four Freedoms, How Many Principles? – A review of Jukka Snell, Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the freedom (Oxford: OUP, 2002), xxxix and 251 », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, vol. 24, n°1, p. 156.

98 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, p. 503.

1.3.1 Free Movement of Workers

Article 45 TFEU ensures the free movement of workers by prohibiting all discrimination against workers having a nationality different from the Member State of employment.[99] The Court of Justice made clear that the notion of discrimination covered in Article 45 also covers rules and practices that do not distinguish directly between workers of different nationalities but are applicable without any distinction.[100] Rules or practices that make the access to another labour market potentially more difficult would be considered restrictive under Article 45 TFEU and therefore suspicious. As a result, almost all rules that have a potential impact on the free movement of workers could be prohibited absent justification. Although the Court has seemingly indicated that some rules inherently do not constitute restrictions,[101] it has not identified an exception category: in principle, all access-restraining rules constitute restrictions to the free movement of workers.[102] The Member State wishing to retain them would have to offer a justification on the basis of one of the explicitly recognized Treaty derogations or the open-ended list of overriding reasons in the public interest and would have to convince the courts of the proportionate nature of that rule or practice.

In this particular context, the Court confirmed that private employers could not discriminate on the basis of nationality.[103] The Court left it open for future interpretation whether those private employers could not impose non-discriminatory and indistinctly applicable restrictions either. In light of the

---

99 ECJ, Judgment of 4 December 1974, *Yvonne van Duyn v Home Office*, Case 41–74 (ECLI:EU:C:1974:133), [1974] ECR 1347.

100 ECJ, Judgment of 23 May 1996, *John O'Flynn v Adjudication Officer*, Case 237/94 (ECLI:EU:C:1996:206), [1996] ECR I-2617; ECJ, Judgment of 15 December 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*, Case 415/93 (ECLI:EU:C:1995:463), [1995] ECR I-4921. See J. Iliopoulos-Strangas, *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 1120.

101 See ECJ, Judgment of 11 April 2000, *Christelle Deliège v Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) and François Pacquée (C-191/97)*, Joined Cases C-51/96 en C-191/97 (ECLI:EU:C:2000:199), [2000] ECR I-2549, para 67 and ECJ, Judgment of 13 June 2019, *TopFit & Daniele Biffi t Deutscher Leichtathletikverband*, Case C-22/18 (ECLI:EU:C:2019:497), para 60.

102 ECJ, Judgment of 27 January 2000, *Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH*, Case 190/98 (ECLI:EU:C:2000:49), [2000] ECR I-523: "Provisions which, even if they are applicable without distinction, preclude or deter a national of a Member State from leaving his country of origin in order to exercise his right to freedom of movement therefore constitute an obstacle to that freedom".

103 ECJ, Judgment of 12 December 1974, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española*

Court's market access focus within the context of this fundamental freedom as well, it seems unlikely that private employers could be targeted by the general market access restriction prohibition in the same way as public authorities could. This evolution demonstrates that in addition to the Court's general market access approach, the Court also adheres to a non-discrimination approach in the context of private legal relationships, allowing it to intervene in those relationships as well.

1.3.2 Freedom of Establishment and Freedom to Provide Services

The same market access-oriented definition of restrictions underlies the freedom of establishment and the freedom to provide services recognized by Articles 49 and 56 TFEU. According to well-established case law, the notion of restriction implies that "any national measure which is liable to hinder or render less attractive the exercise by EU nationals of the freedom of establishment guaranteed by the TFEU. [It also] covers measures taken by a Member State which, although applicable without distinction, affect access to the market for undertakings from other Member States and thereby hinder trade within the EU".[104] The same definition applies to the freedom to provide services.[105] The Court implicitly acknowledges that any rule that makes the cross-border establishment or service offering more difficult is suspicious and could be prohibited absent justification by an overriding objective in the public interest

---

Ciclismo, Case 36–74 (ECLI:EU:C:1974:140), [1974] ECR 1405; ECJ, Judgment of 8 April 1976, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Case 43/75 (ECLI:EU:C:1976:56), [1976] ECR 475: « as the court has already found in other contexts, the fact that certain provisions of the treaty are formally addressed to the member states does not prevent rights from being conferred at the same time on any individual who has an interest in the performance of the duties thus laid down ».

104 ECJ, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 12 December 2013, *Ministero dello Sviluppo economico and Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture v SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA*, Case 327/12 (ECLI:EU:C:2013:827), para 45.

105 ECJ, Judgment of 25 July 1991, *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd*, Case 76/90 (ECLI:EU:C:1991:331), [1991], ECR I-4243. See also ECJ, Judgment of 10 May 1995, *Alpine Investments BV v Minister van Financiën*, Case 384/93 (ECLI:EU:C:1995:126), [1995], ECR I-1141. In this case, Alpine Investments BV claimed that the Dutch Ministry of Finance was violating the freedom to provide services by prohibiting from 'cold calling' by telephone for financial services : « Although a prohibition such as the one at issue in the main proceedings is general and non-discriminatory and neither its object nor its effect is to put the national market at an advantage over providers of services from other Member States, it can none the less, as has been held above [...], constitute a restriction on the freedom to provide cross-border services. Such a prohibition is not analogous

and proof of the proportionality of the measure at hand.[106] The TFEU in this context not only targets State measures, but also the ones emanating from private associations acting in the public interest such as sports clubs or trade associations.[107]

The only exception to this wide market access principle lies in the concept of legal personality. If the corporate law of one Member State does not allow the transformation of a legal person created under the law of another Member State (e.g. a Belgian *Société Anonyme*) into an equivalent legal person in its own legal order (e.g. a German *Aktiengesellschaft*) without dissolving the corporation in its Member State of origin first, no restriction of free movement is in place.[108] Given that corporate laws and the formal and substantive requirements to establish corporations differ between and are essentially linked to the sovereign choices made by the different Member States, it cannot be expected that every Member State simply allows the relocation of such corporations without dissolution and re-establishment in the territory of another Member State.[109] Apart from that exception, the Court retains a market access approach in relation to both fundamental freedoms.

---

to the legislation concerning selling arrangements held in Keck and Mithouard to fall outside the scope of Article 30 of the Treaty.[…] A prohibition such as that at issue is imposed by the Member State in which the provider of services is established and affects not only offers made by him to addressees who are established in that State or move there in order to receive services but also offers made to potential recipients in another Member State. It therefore directly affects access to the market in services in the other Member States and is thus capable of hindering intra-Community trade in services » (para 35–38).

106 ECJ, Judgment of 10 March 2005, *Laboratoires Fournier SA v Direction des vérifications nationales et internationales*, Case C-39/04 (ECLI:EU:C:2005:161), [2005], ECR-I-2075.

107 See ECJ, Judgment of 12 December 1974, *Walrave and Koch v UCI*, Case 36/74 (ECLI:EU:C:1974:140), [1974] ECR 1405 ; ECJ, Judgment of 15 December 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman,* Case C-415/93 (ECLI:EU:C:1995:463), [1995] ECR I-4921, para 83; ECJ, Judgment of 11 December 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, Case C-438/05 (ECLI:EU:C:2007:772), [2007] ECR I-10779; ECJ, Judgment of 18 December 2007, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet,* Case C-341/05 (ECLI:EU:C:2007:809), [2007] ECR I-11767.

108 ECJ, Judgment of 27 September 1988, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, Case 81/87 (ECLI:EU:C:1988:456), [1988] ECR 5483, para 25.

109 See ECJ, Judgment of 12 July 2012, *VALE Építési kft.*, Case C-378/10 (ECLI:EU:C:2012:440), para 27 and ECJ, Judgment of 25 October 2017, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, Case C-106/16 (ECLI:EU:C:2017:804).

1.3.3 Free Movement of Capital

The free movement of capital is enshrined in Article 63 TFEU and has benefited from direct effect only since the Maastricht Treaty.[110] From the outset, however, the Court has also propelled a market access approach in this field. By way of example, the Court has stated that "[m]easures taken by a Member State which are liable to dissuade its residents from obtaining loans or making investments in other Member States constitute restrictions on movements of capital within the meaning of that provision".[111] The market access focus pervades all cases regarding capital movements, rendering all potentially restrictive rules suspicious. The prohibition on restrictions only targets state measures or measures emanating from private associations acting in the public interest.[112]

Somewhat remarkably, and contrary to the free movement of goods case law, the Court acknowledged that tax measures that dissuade the free movement of capital also need to be considered as suspicious. However, Article 65 TFEU allows Member States to continue to apply the relevant provisions of their tax law which distinguish between taxpayers who are not in the same situation with regard to their place of residence or with regard to the place where their capital is invested.[113]

2 The Lasting Impact of EU Market Access Constitutionalism

It follows from the overview in the previous sections that the Court identifies market access as the core value underlying free movement restrictions in EU internal market law. Although non-discrimination focuses remain in place in the context of the taxation of goods and as a means to extend the horizontal

110 See J. Snell, « Free movement of capital: Evolution as a non-linear process », in P. Craig and G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 547–574. See also ECJ, Judgment of 14 December 1995, *Criminal proceedings against Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez and Figen Kapanoglu*, Joined cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94 (ECLI:EU:C:1995:45), [1995] ECR I-4841 : « Article 73b(1) of the Treaty lays down a clear and unconditional prohibition for which no implementing measure is needed ».

111 ECJ, Judgment of the Court of 26 September 2000, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*, Case 478/98, (ECLI:EU:C:2000:497), [2000] ECR I-7620, para 18.

112 See H. Schepel, « Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law », *European Law Journal*, 2012, vol. 18, pp. 177–200.

113 By way of example, see Case C-282/12, *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda v Fazenda Pública*, Judgment of 3 October 2013 (EU:C:2013:629), para 35.

scope of application of the free movement of workers, those approaches complement and do not as such replace the core market access focus underlying those fundamental freedoms. The same goes for the maintaining of less extensive justification regimes in the context of national rules that directly enshrine a difference in treatment between a state's own nationals and foreigners from other Member States.

It is submitted that, despite the apparent open-ended nature of the TFEU's free movement provisions, the Court's market access focus steers Member States' and EU' legislative policies in a decisive direction. More particularly, it directly impacts the ways in which Member States can regulate their economies (2.1.), the relationship between fundamental freedoms and other fundamental rights (2.2.) and the scope of legislative harmonization measures taken at EU level (2.3.). As a result, market access constitutionalism also influences legislative and regulatory policies that are not directly aimed at addressing the free flow of goods, persons, services or capital.

2.1 *The Impact of Market Access Constitutionalism on Member States' Regulation of the Economy*

The Court's choice to interpret the fundamental freedoms as key drivers for market access in the EU internal market has a profound impact on the ways in which constitutions and regulations of Member States – at national, regional or local levels, including the ones emanating from private associations acting in the collective interest – can regulate the economy and, more generally, socio-economic relationships within their territories.[114] It follows directly from the Court's case law that any Member State rule or administrative practice – even in domains not directly referring to the free flow of goods, persons, services or capital – that may have a potential impact on free movement would have to be justified in order to guarantee its continued application. As a result, Member States had to become aware that any regulation they intended to maintain or adopt could have a potential impact on market access.

From a more practical point of view, Member States are thus forced in a defensive mode. When adopting, revising or evaluating the rules in place, they are in principle required to assess whether their rules have an impact on free movement. Given the very wide definition read into the TFEU by the Court, that tentative conclusion will almost always be drawn. In that case, the rule may potentially constitute a prohibited restriction on free movement, unless a

114 L. Azoulai, « La formule de l'entrave », in L. Azoulai (ed.), *L'entrave dans le droit du marché intérieu*r, Brussels, Bruylant, 2011, pp. 1–21, esp. p. 14.

suitable justification is brought forward to justify its maintenance. Absent such justification, the rule may have to be removed or disapplied in the context of a specific legal dispute. Across all fundamental freedoms, Member States must be aware of this risk and ideally have to address it in a pro-active manner. That also means that legislators or regulators may have to *de facto* ignore national constitutional provisions that impose a certain type of economic intervention, whenever such intervention would contradict the free movement core principles.

It would therefore be tempting to argue that the Court thus gives way to a neoliberal society in which regulation needs to make way for free market access.[115] However, that argument lacks nuance. Although Member States' rules would have to be justified, the Court has left a significant amount of discretion to the Member States to adduce a justificatory reason. In the context of goods, every rule, even one containing explicitly discriminatory provisions against foreign goods, can be justified by the limited Treaty derogations and an open-ended list of mandatory requirements. In the context of the other freedoms, rules that discriminate explicitly against foreigners would need to be justified on the more limited justificatory derogations recognized explicitly by the TFEU; other rules could also be justified by an open list of non-economic overriding reasons in the public interest. Those requirements or reasons include grounds of social policy, the protection of other fundamental rights such as the freedom of expression, consumer protection, a balanced budget in social security and other essentially non-economic policy justifications. In the absence of EU secondary legislation, Member States retain discretion to justify their regulatory choices and to bring evidence that the rule does not constitute a disproportionate intrusion into guaranteeing market access.

In addition, the market access focus proposed by the Court implies that Member States essentially avoid confrontations with EU economic constitutional law when they recognize rules of other Member States as equivalent and have to grant products and persons respecting those rules access to their markets. Any exception to such equivalence remains possible and could be the subject of regulation, yet such regulation would need to be justified. In addition, Member States could still regulate situations not having a cross-border element more strictly than cross-border market access situations.[116] Theoretically, that would mean that Member States can impose stricter rules

115 F. W. Scharpf, « The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a 'social market economy'», *Socio-Economic Review*, 2010, vol. 8, pp. 211–250.

116 ECJ, Judgment of 23 April 1991, *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH*, Case 41/90 (ECLI:EU:C:1991:161), [1991], ECR I-2020; See R-E. Papadopoulou, « Situations purement

on national situations than on cross-border ones. In practice, however, such actions are unlikely to take place, resulting in an overall more accessible and less regulated economy. As a result of this, Member States will be less likely to maintain fully independent and diverging economic policies without taking into account the policies, rules and practices of other Member States.

2.2 *Market Access, Economic Freedoms and Other Fundamental Rights*

By interpreting market access as the principle and other regulations as exceptions which require justification, the Court implicitly yet controversially awards a super-constitutional status to the Treaty fundamental freedoms. Those freedoms are presented as core values that need to be protected, whereby any limitation of them requires careful justification. As a result, measures taken to protect other, non-economic fundamental rights such as the freedom of expression, the freedom of association and the protection of human dignity would be framed as exceptions to the overall key principle of free movement. More generally, that framing would mean that other fundamental rights appear less important and would give way to the oft-heard criticism that the Union internal market freedoms pursue an essentially neoliberal agenda.[117] Criticism to this approach has most notably been voiced in the context of the *Viking* and *Laval* cases whereby freedom of establishment or to provide services colluded with the right to strike or other social rights.[118] The fact that, for a long time, those other fundamental rights were not explicitly referred to in the founding EU Treaties most likely contributed to that sentiment. The adoption of a binding Charter of Fundamental Rights in the European Union was believed by some to contribute to the

internes et droit communautaire : instrument jurisprudentiel à double fonction ou arme à double tranchant ? », *Cahiers de droit européen,* 2002, vol. 38, n° 1–2, pp. 95–130.

117 V. Trstenjak and E. Beysen, « The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU », *European Law Review*, 2013, n°3, pp. 293–315.

118 ECJ, Judgment of 11 December 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, Case 438/05 (ECLI:EU:C:2007:772), [2007] ECR I-10779; ECJ, Judgment of 18 December 2007, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*, Case 341/05 (ECLI:EU:C:2007:809), [2007] ECR I-11767. See L. Azoulai, « The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n°5, pp. 1335–1355; S. Douglas-Scott, « The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon », *Human Rights Law Review*, 2011, vol. 11, n°4, pp. 676–678 and E. Christodoulidis, « The European Court of Justice and "Total Market" Thinking », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 10, pp. 2005–2020.

abolishing of such framing.[119] In practice, however, the Court still structures its reasoning in accordance with its market access focus and logic.

Despite that framing and the criticism it faces, the Court has acknowledged the existence of other fundamental rights as general principles of EU law since the 1970s.[120] More particularly, market access and the protection of other fundamental rights need to be balanced on a case-by-case basis.[121] The Court therefore does not exclude that market access can be refused in the interest of fundamental rights protection.[122] In practice, that means that the fundamental freedoms do not automatically and always supersede those other fundamental rights, despite the case law framing internal market cases as requiring a balance between economic freedoms and other fundamental rights. Given the interpretation accorded to the fundamental freedoms by the Court, attention to market access cannot be ignored, simply because other fundamental rights recognized at EU or national constitutional level are at stake. The constitutional status of market access requires this value to be taken into consideration at all times when rules – including other fundamental rights – may have an impact on EU internal market freedoms.

---

119 See. B. Favreau, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne? Pourquoi? Comment? », in B. Favreau (ed.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Brussels, Bruylant, 2010, pp. 3–38.

120 ECJ, Judgment of 14 May 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*, Case 4/73 (ECLI:EU:C:1974:51), [1974] ECR 491. The Court has taken an even more active stance in this matter in response to the German *Bundesverfassungsgericht* threatening to review the compatibility of EEC acts with German constitutional law, as long as no fundamental rights framework was in place within the Community, see *BVerfG*, judgment of 25 May 1974, *Solange I*, 2 BvL 52/71BVerfGE 37, 271. See also K. Lenaerts, « How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy », *Fordham International Law Journal*, 2013, vol. 36, n°5, pp. 1302–1371, esp. p. 1309: "Last, but not least, once the constitutional foundations of the EU legal order were put in place and the establishment and functioning of the internal market secured, the ECJ moved onto a new paradigm. As the constitutional court of a more mature legal order, it now tends to be less assertive as to the substantive development of EU law. It sees its role primarily as one of upholding the 'check and balances' built into the EU constitutional legal order of States and peoples, including the protection of fundamental rights".

121 S. de Vries, « The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market after Lisbon – An Endeavour for More Harmony », in S. de Vries, U. Bernitz and S. Weatherill (eds.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 57–94; S. de Vries, « Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice », *Utrecht Law Review*, 2013, vol 9, n°1, pp. 169–192; T. Georgopoulos, « Constitution économique : un concept de droit comparé au service de l'intégration européenne », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2021, n°1, pp. 17–63, esp. p. 48.

122 ECJ, Judgment of 12 June 2003, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich, Case 112/00 (ECLI:EU:C:2003:333), [2003], ECR I-5659.

It follows from this that, just like any other instrument of economic regulation, rules and instruments aimed at the protection of other fundamental rights will always have to be weighed against their impact on the EU's constitutional value of market access. The EU's economic constitutional framework thus at the very least elevates market access to a value that requires to be taken seriously, even when measures taken to protect other non-economic fundamental rights are contemplated. As a result of this, the protection of those other fundamental rights necessarily needs to take the economic prerogatives of internal market integration into account.

2.3 *Legislative Harmonization against the Background of a Market Access Constitution*

The Court's market access constitutionalism approach also profoundly influenced the way in which EU legislative measures to complete the internal market have been structured. One the one hand, it has given rise to a harmonization framework based on mutual recognition of goods', persons' or services' regulations. On the other hand, EU regulatory initiatives, both directly and indirectly related to the free movement, have been structured in accordance with a clear market access logic.

During the transitional period, the Member States had envisaged to harmonize the regulatory requirements imposed on products and services by adopting instruments that outlined in a more uniform way the production processes, commercialization opportunities and other arrangements. However, this approach soon reached its limits, as technological process and rapid innovation meant that harmonized product standards would soon be outdated and ineffective.[123] The European Commission therefore took steps to reframe its harmonization initiatives in line with the Court's market access approach. In the wake of the *Cassis de Dijon* judgment, the Commission proposed a regulatory framework grounded in the mutual recognition of products (and services) lawfully manufactured or offered in another Member State. Host Member States would have to recognize those products or services as equivalent with their own safety standards and grant them access to their market.[124] To ensure the safety and security of those products, the EU set up an elaborate standardization regime, whereby industry representatives united in standardization

123 On the old and new approaches to harmonization, see J. Pelkmans, « The New Approach to Technical Harmonization and Standardization », *Journal of Common Market Studies*, 1987, vol. 25, n° 3, pp. 249–269.

124 See the Communication of the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in case 120/78 ('Cassis de Dijon'), [1980] OJ C256/2.

organizations agreed upon common standards.[125] Respect for those standards triggers a presumption that a product is safe and removes the possibility for the host Member State to limit its market access.[126] In the framework of goods, EU secondary legislation confirmed this principle of market access to products manufactured in compliance with such standards.[127] The mutual recognition approach also essentially underlies harmonization initiatives in the context of the other fundamental freedoms.[128]

In addition to EU regulatory initiatives grounded in mutual recognition, other harmonization initiatives are also very much influenced by the dominant market access frame. It suffices to refer to harmonization taking place in the fields of consumer, public procurement and financial services law,[129] where attention to market access determines how those fields are regulated. In applying or transposing those instruments in their national legal orders, national law is essentially moving towards a more market access – and overall, more economic efficiency-oriented – framework.[130] Those developments again force Member States in the defensive and require them to justify, on the basis of other non-economic public interest objectives, why they would want to maintain *prima facie* restrictive rules. When the EU legislator reverts to maximum harmonization, the regulatory instrument itself strikes a balance between market access and other public interest objectives.[131] Market access there also keeps operating in the background and directly limits Member States' regulatory autonomy in that context, despite the EU's increasing attention to other values as well. The constitutional role played by the fundamental freedoms requires that the

125 H.-W. Micklitz and R. van Gestel, « European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, pp. 145–181.

126 See on that approach, Council Resolution of 7 May 1985 on a new approach to technical harmonization and standards, [1985] O.J. C136/1.

127 See Regulation 2019/515 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 on the mutual recognition of goods lawfully marketed in another Member State and repealing Regulation (EC) No. 764/2008, [2019] O.J. L91/1.

128 For illustrations, see K. Nicolaidis, « Trusting the Poles? Constructing Europe through Mutual Recognition », *Journal of European Public* Policy, 2007, vol. 14, pp. 682–698.

129 For an overview of such influence, see H.-W. Micklitz, « The Visible Hand of European Regulatory Private Law-The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation », *Yearbook of European law*, 2009, vol. 28, n° 1, pp. 3–59.

130 C. Joerges, « What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy », *European Law* Review, 2005, vol. 30, pp. 461–489.

131 An example of this approach can be found in the 2006 Services Directive, see Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, [2006] O.J. L376/36; in its Article 14, the Directive explicitly

impact of measures on market access is always taken into consideration in the setup and structuring of EU secondary legislation initiatives.

Conclusion

The purpose of this contribution has been to revisit how the Court of Justice contributed to the constitutionalization of the EU's internal market. Focusing on the case law related to the internal market fundamental freedoms, it retraced how the Court has been instrumental in translating open-ended Treaty provisions into an economic constitutional framework centred on market access. Although the Treaties refer to non-discrimination as a key value underlying the internal market, the Court's case law makes clear that such attention to non-discrimination needs to be embedded directly in the ambition to ensure the widest possible access for goods, persons (at least workers), services and capitals to other Member States' markets.

The market access focus thus read into the EU Treaties has a profound and direct impact on the ways in which Member States can structure and regulate their economies, on the interaction between economic freedoms and other fundamental rights and on the scope and focus of EU secondary legislation initiatives. The contribution therefore submitted that, despite the open-ended nature of the free movement provisions, the Court contributed significantly to shaping the ways in which Member States at present can still take initiatives to regulate their economies in the shadow of the internal market freedoms. That legacy cannot be ignored in and continues to shape current debates and reflections on whether and how to constitutionalize the economy at the level of the EU itself and of its Member States.

Select Bibliography

Azoulai, L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, pp. 29–45.

states that some restrictions on the freedom of establishment of services providers cannot be justified, even when they are applicable without discrimination; the Court confirmed that the EU legislator could make that choice, see ECJ, Judgment of 16 June 2015, *Presidenza del Consiglio dei Ministri and Others v Rina Services SpA and Others*, Case C-593/15 (ECLI:EU:C:2015:399).

de Vries, S., « The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market after Lisbon – An Endeavour for More Harmony », in S. de Vries, U. Bernitz and S. Weatherill (eds.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 57–94.

Engel, C., « Imposed Liberty and its Limits: the EC Treaty as an Economic Constitution for the Member States », in T. Einhorn (ed.), *Spontaneous Order, Organization and the Law: Roads to a European Civil Society – Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmaecker*, The Hague, Asser Press, 2003, pp. 429–437.

Hatje, A., « The Economic Constitution within the Internal Market », in A. von Bogdandy and J. Bast (eds.), *Principles of European constitutional law*, Oxford/Munich, Hart Publishing/C.H. Beck, 2010, pp. 589–622.

Jacqué, J.-P., « La Constitution de la Communauté européenne », *Revue universelle des Droits de l'Homme*, 1995, pp. 397–424.

Jesse, M., « What about Sunday Trading – The Rise of Market Access as an Independent Criterion under Article 34 TFEU », *European Journal of Risk Regulation*, 2012, vol. 3, pp. 437–444.

Mattera, A. « De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck' : l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *Revue du marché unique européen*, 1994, pp. 117–160.

Poiares Maduro, M., *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

Schepel, H., « Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law », *European Law Journal*, 2012, vol. 18, pp. 177–200.

Schütze, R., « Re-constituting the internal market: Towards a common law of international trade? », *Yearbook of European Law*, 2020, vol. 39, pp. 250–292.

Sibony, A.-L., « Au-delà de Dassonville : l'arrêt New Valmar ou l'entrave issue du risque juridique que fait peser le législateur sur un opérateur économique (CJUE 21 juin 2016, aff. C 15/15, New Valmar, EU:C:2016:464) », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, n°3, pp. 821–824.

Steiner, J., « Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC », *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, n°4, pp. 749–774.

Stone Sweet, A., and Brunell, T. L., « Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community », *The American Political Science Review*, 1998, vol. 92, n° 1, pp. 63–81.

Tryfonidou, A., « Further Steps on the Road to Convergence among the Market Freedoms », *European Law Review*, 2010, vol. 35, n°1, pp. 36–56.

Van Cleynenbreugel, P., « No privatisation in the service of fair competition? Article 345 TFEU and the market-state balance after Essent », *European Law Review*, 2014, vol. 39, pp. 264–275.

Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ?

Frédéric Marty

Introduction

L'ordolibéralisme fait l'objet de maints amalgames dans le cadre des débats européens. Dans le domaine des politiques de concurrence, dans lequel s'inscrit cette contribution, il a pu être critiqué comme relevant d'une conception juridique, formaliste et insensible aux arguments d'efficacité économique. À ce titre, il apparaissait comme appelé à être supplanté par une approche plus économique qui fonderait l'application des règles de concurrence sur une approche par les effets – laquelle se limite cependant aux effets en termes d'efficacité allocative ou d' « efficience », *i.e.* d'une approche néolibérale[1]. Dans d'autres domaines, notamment la politique monétaire et budgétaire, l'ordolibéralisme a été présenté comme une *cage de fer* imposant aux États-Membres la loi d'airain de règles immuables dont l'application ne peut être adaptée aux circonstances[2]. Enfin, plus récemment dans le cadre du développement de la *Law and Political Economy* (L&PE), l'ordolibéralisme est simplement présenté comme l'équivalent européen de l'École de Chicago. Il est alors le vecteur d'interventions discrétionnaires dans l'économie basées sur

1 L'approche plus économique reprend en grande partie le modèle de mise en œuvre des règles de concurrence qui s'est imposé à la fin des années 1970 aux États-Unis. Elle repose sur la réalisation d'une balance des effets sur la base d'un seul et unique critère qui est le bien-être du consommateur. Ce critère correspond de fait à celui de l'efficacité allocative (M. Steinbaum et M. Stucke, « The Effective Competition Standard – A New Standard for Antitrust », *University of Chicago Law Review*, 2020, vol. 86, pp. 595–623).

2 Voy. par exemple F. Denord, R. Knaebel et P. Rimbert, « L'ordolibéralisme allemande, cage de fer pour le Vieux Continent », *Le Monde Diplomatique*, août 2015, pp. 20–21. Pour une discussion des usages contemporains de la notion d'ordolibéralisme dans le débat public européen, voy. par exemple M. Dold et T. Krieger, « The ideological use and abuse of Freiburg's ordoliberalism », *Public Choice*, 2021, https://link.springer.com/article/10.1007/s11127-021-00875-0 (last consulted on 12 February 2022).

© FRÉDÉRIC MARTY, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_012
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

une seule logique de type coûts/avantages et menaçant l'État de droit et la démocratie[3].

Cette contribution se propose d'analyser les liens entre l'ordolibéralisme et ce que la L&PE désigne sous l'appellation de *synthèse du XX^e siècle*, c'est-à-dire une application du critère d'efficacité comme unique étalon des politiques économiques, une extension maximale de la sphère du marché et une limitation des capacités d'interférence de la sphère politique (régie par la délibération démocratique) sur la sphère du marché (régie par le seul mécanisme des prix). Cette synthèse fait écho à un néolibéralisme américain résultant de la convergence entre l'École de Chicago (dans sa seconde version comme nous le verrons) et l'École de Virginie (ou École des Choix Publics). Nous appliquons cette analyse aux politiques de concurrence pour étudier les liens entre *Wettbewerbsordnung* et *more economic approach*. Il s'agit de s'attacher aux spécificités de l'une et l'autre et de discuter l'hypothèse de l'éviction de la première par la seconde. À cette fin, notre travail se structure en cinq parties. Une première partie insiste sur le fait que l'ordolibéralisme est une version du néolibéralisme des années 1930 parmi d'autres. Une deuxième partie montre que l'ordolibéralisme n'a que peu à voir avec la *synthèse du XX^e siècle* au sens de la L&PE. Une troisième partie discute de la convergence vers une approche plus économique qui avait été initiée par la Commission européenne à partir de la première décennie du XXI^e siècle. Une quatrième partie s'attache à un possible retournement de la politique de concurrence vers des fondements autres que ceux de l'approche plus économique dans la période actuelle, notamment dans le domaine du numérique. Enfin, une cinquième partie conclusive ouvre une discussion sur les liens actuels dans les politiques européennes entre interventions ciblées et *rule of law*.

3 I. Kampourakis, « Bound by the Economic Constitution: Notes for "Law and Political Economy" in Europe », *Journal of Law and Political Economy*, 2021, vol. 2, n°1, pp. 301–332. N.d.E. : ce courant, principalement américain, recoupe, mais seulement *partiellement*, l'approche contextuelle du droit économique présentée en introduction (*supra* dans ce volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires »). Nous, directeurs scientifiques de l'ouvrage, partageons en effet certains des postulats méthodologiques et épistémologiques de la L&PE, en particulier aux niveaux de l'articulation entre institutions juridiques et structures économiques, d'une part, et de la place des rapports de pouvoir dans celle-ci, d'autre part ; mais nous en différencions cependant sur le plan normatif : là où l'approche « traditionnelle » de la L&PE endosse explicitement un objectif de transformation sociale par la science, nous proposons de nous en tenir, tant que faire se peut, à la neutralité axiologique héritée de Max Weber.

1 L'ordolibéralisme : Ceci n'est pas *le* néolibéralisme mais *un* néolibéralisme

1.1 *Les convergences avec l'*Old Chicago*, un néolibéralisme contemporain du premier ordolibéralisme*

Le néolibéralisme se définit aisément par sa négative. Il se distingue du libéralisme manchestérien qui préconisait la non-intervention en matière économique (le *laissez faire, laissez passer*)[4]. Le néolibéralisme des origines, qui remonte aux années 1930, reposait sur l'idée que l'État gendarme, garantissant droits de propriété et droit des contrats, ne suffisait pas à garantir la pérennité du libre marché. Une intervention résolue sur le marché lui-même était nécessaire pour surmonter des situations de blocages liées à la montée des inégalités (peur des années 1890) ou celle des modèles planistes (peur des années 1920)[5].

L'ordolibéralisme[6], quant à lui, repose sur l'admission que les libertés économiques ne peuvent être garanties par le seul laissez-faire. Il est nécessaire, pour que le marché puisse fonctionner, qu'il soit structuré par des règles de droit, afin de le protéger à la fois des interférences politiques et de lui-même. En effet, la concurrence peut d'elle-même s'épuiser au travers de la

4 N.d.E. : pour une discussion et une remise en question de la « rupture interventionnisme » entre libéralisme et néolibéralisme, voy. *supra* dans ce volume, V. Valentin, « L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire ».

5 Pour une mise en perspective de l'histoire longue du libéralisme, voy. notamment A. Kahan, *Liberalism in nineteenth-century Europe*, Palgrave McMillan, 2003.

6 L'ordolibéralisme allemand s'est formé autour d'universitaires en « semi-exil » à l'Université de Fribourg entre 1933 et 1945 (D.A. Gerber, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, New York, Oxford University Press, 1998). L'opposition au totalitarisme manifestée par l'immense majorité d'entre eux leur permettra d'exercer une forte influence sur la définition de la politique économique allemande de l'immédiat après-guerre. Suivant S. Kolev (« F.A. Hayek as an Ordo-Liberal », *Hamburg Institute of International Economics, Research Paper*, n°5–11, August 2010), il serait possible de considérer que l'École de Fribourg correspond à ceux qui sont restés dans le Bade-Wurtemberg entre 1933 et 1945, à savoir, Walter Eucken, Franz Böhm et Hans Großman-Doerth. Les ordolibéraux « hors École de Fribourg » sont Wihlem Röpke et Alexander Rüstow, respectivement exilés en Suisse et en Turquie – ces derniers sont parfois rattachés à une approche culturelle de l'ordolibéralisme ou à un libéralisme sociologique (C. Mongouachon, « Recension d'ouvrage : *Walter Eucken entre économie et politique* », *Revue de Philosophie Économique*, 2020, vol. 21, n°2, pp. 211–224). Dans le dernier cercle, qui correspond aux néolibéraux difficiles à rattacher à l'ordolibéralisme, Kolev (« F.A. Hayek as an Ordo-Liberal », *op. cit.*) place Alfred Müller-Armack, lequel comme nous le verrons a une approche bien plus pragmatique.

concentration du pouvoir économique[7]. Selon Böhm, la constitution économique désigne « une "décision globale" sur la nature et la forme du processus de coopération socio-économique »[8]. Le principe est de construire un cadre stable sur lequel ni les pouvoirs publics ni les pouvoirs économiques privés ne peuvent interférer[9]. Il s'agit de construire les *rules of the game* sans visée explicite quant à leur résultat. Les *moves of the game* ne doivent résulter, quant à eux, que des interactions de marché. C'est ce cadre stable qui doit permettre le développement d'une concurrence complète (*vollständiger Wettbewerb*). Ce cadre ne fait pas l'objet d'une construction orientée vers un objectif d'efficacité mais vers la garantie de la liberté des acteurs et vers la construction d'un ensemble de contraintes pour les opérateurs économiques les plus puissants, afin d'éviter qu'ils ne puissent remettre en cause le processus même de marché[10].

Cependant, le foisonnement des modèles néolibéraux à partir de l'après-Seconde Guerre mondiale se traduit par une difficulté particulièrement significative à trouver une définition unificatrice[11]. Certaines des variantes du néolibéralisme sont revenues à des logiques d'une intervention minimale, d'autres ont conduit à des modèles d'action publique managérialisants

---

7 D.A. Gerber, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, pp. 25–84. La constitution économique ordolibérale ne se limite pas à la concurrence libre et non faussée, elle porte également sur les libertés de marché, la stabilité monétaire, *etc*. Sur le sujet, voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ». Nous considérons uniquement les dimensions concurrentielles dans cette contribution.

8 « [*E*]*ine „Gesamtentscheidung" über Art und Form des wirtschaftlich-sozialen Kooperationsprozesses* » (F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf : Eine Untersuchung zur Frage des Wirschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der Rechtlichen Struktur der Geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin, Carl Heymann, 1933, p. 107). N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

9 L'entrave à la concurrence peut avoir deux origines. La première résulte du comportement des acteurs économiques eux-mêmes. La seconde peut résulter des pouvoirs publics au travers de l'édiction de *législations fautives* (W. Eucken, « The competitive order and its implementation », *Competition Policy International*, 1949, vol. 2, n°2, pp. 219–245). Pour une présentation générale de la politique de concurrence dans un cadre ordolibéral voy. C. Mongouachon, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences,* 2011, n° 4, pp. 70–78.

10 H.G. Grossekelter, « On designing an economic order. The contributions of the Freiburg School », in D.A. Walker (dir.), *Twentieth Century Economic Thought*, Cheltenham, Edward Elgar, vol 2, 1989, pp. 38–84.

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

prônant la construction de marchés par le droit, d'autres enfin désignent la politique mise en œuvre par les institutions européennes, quand bien même leur lien direct avec le néolibéralisme des années 1930 peut être légitimement questionné.

Les juristes américains qui animent le courant – critique – *Law and Political Economy* le caractérisent à partir de ses objectifs actuels (allégués)[12]. Comme le note Benjamin Alemparte: « *Neoliberalism is a mode of governance and legitimation that enforces specific distributions and configurations of 'market discipline' that supports profits and managerial power against democratically determined social guarantees* »[13]. Nonobstant l'aspect provocateur de la définition, plusieurs dimensions vont nous être utiles dans la suite de notre propos. Le néolibéralisme désigne une intervention de l'État sur le marché. Ce n'est donc pas une théorie de la non-intervention ou de l'État minimal. Il vise à renforcer les ajustements de marché et peut être lu sous l'angle d'une conflictualité entre le fonctionnement de la sphère économique, caractérisé par des phénomènes de concentration de pouvoirs, et la sphère politique, lieu de la délibération démocratique. Enfin, la mise en œuvre des politiques néolibérales a un lien avec les questions de distribution. Nous verrons que ce lien est indirect en ce que le propre d'une certaine définition du néolibéralisme est de raisonner exclusivement en termes d'efficacité (au sens économique), en rejetant la question de la répartition du bien-être hors du champ économique.

Il est d'importance de distinguer les deux courants néolibéraux que sont l'ordolibéralisme et le néolibéralisme américain tel que défini par la Seconde École de Chicago (et dans une certaine mesure par l'École du *Public Choice* issue de l'Université de Virginie). Malgré leurs différences, ces deux approches ont une matrice commune : le rejet du libéralisme manchestérien, *i.e.* le laissez-faire. Ces deux approches n'avaient pas encore divergé dans l'immédiat avant-guerre. L'ordolibéralisme et la Première École de Chicago (ou *Old Chicago*) avaient de fortes connexions intellectuelles au-delà même de la participation commune de certains de leurs représentants au Colloque

12 D.S. Grewal et J. Purdy, « Introduction – Law and Neoliberalism », *Law and Contemporary Problems*, 2014, vol. 77, n°4, pp. 1–23.

13 B. Alemparte, « Towards a theory of neoliberal constitutionalism: Addressing Chile's first constitution-making laboratory », *Global Constitutionalism,* 2021, pp. 1–27.

Lippmann à Paris en 1938[14]. Celles-ci avaient pu être maintenues malgré la coupure du second conflit mondial par les efforts de Hayek[15].

Henry Simons constitue un exemple des plus significatifs en matière de convergence dans le domaine de l'*Antitrust*. Ce dernier, proche de Frank Knight et de Jacob Viner, était professeur d'économie à la faculté de droit de l'Université de Chicago. C'est lui qui jeta les fondations dans l'immédiat après-guerre du *Free Market Studies Project*, le programme de recherche qui forgea la Seconde École de Chicago[16]. Ce fut Friedrich A. von Hayek qui obtint les financements du *Volker Fund*, mais, professeur à la London School of Economics, il devait trouver une université aux États-Unis pour que le programme soit mis en œuvre. Henry Simons faisait figure de relai naturel. Il imposa le programme et le recrutement d'Aaron Director à la Law School. Son décès prématuré fit qu'il ne participa pas aux travaux de l'École mais il en fut le créateur et nomma à sa tête Aaron Director et Edward Levi. Si dans les premières années d'après-guerre les économistes de l'École de Chicago restèrent proches de ses options, comme en témoignèrent les positions de Director à la première conférence de la Société du Mont Pèlerin en 1947 ou celles de Stigler sur la concentration au début des années cinquante, la rupture survint à la fin de cette décennie pour donner l'École de Chicago que nous connaissons aujourd'hui et qui peut être dans notre champ assimilée au courant *Law and Economics*[17].

---

14 Le colloque Lippmann était lié à la publication par ce dernier aux États-Unis en 1937 de son ouvrage *The Good Society*. Pour une analyse du colloque voy. S. Audier, *Le Colloque Lippmann : aux origines du néo-libéralisme*, Paris, Éditions Le Bord de l'Eau, 2008.

15 E. Köhler et S. Kolev, « The conjoint quest for a liberal positive program: 'Old Chicago', Freiburg and Hayek », *Hamburg Institute of International Economics Research Paper*, n°109, juillet 2011.

16 P. Bougette, M. Deschamps et F. Marty, « When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law », *Enterprise and Society*, 2015, vol. 16, n°2, pp. 313–353.

17 Milton Friedman lui-même considérait qu'en matière de concurrence les vues qui étaient les siennes en début de carrière avaient été forgées par Henry Simons et Walter Eucken (M. Friedman, *Capitalism and Freedom* (1962), Chicago, University of Chicago Press, 2002, p. 28). De fait, la similarité des positions des ordolibéraux allemands et de l'École de Chicago, avant que celle-ci n'entame sa mue, était très forte dans les premières années de l'après-guerre (E. Köhler et S. Kolev, « The conjoint quest for a liberal positive program: « Old Chicago, Freiburg and Hayek », *op. cit.*). Pour autant les liens directs étaient très faibles. Ce fut Hayek qui assura la connexion entre les deux écoles. Kolev (« F.A. Hayek as an Ordo-Liberal », *op. cit.*) note d'ailleurs qu'il est possible de dégager une quasi-période ordolibérale de Hayek dans les années 1940 (entre la fin de ses travaux sur les cycles économiques et le début de ses travaux en philosophie politique) dont *La Route de la Servitude* (F.A. Hayek, *La route de la servitude* (1944), Paris, Presses Universitaires de France, 2002) témoigne par plusieurs aspects.

Il convient donc de s'attacher aux positions qui étaient celles de Simons. Il faisait figure dans les années trente d'opposant libéral au *National Industrial Recovery Act* (NIRA) mis en place par Franklin D. Roosevelt. Sa position était jeffersonienne, pour reprendre les catégories américaines, en ce qu'il s'opposait à la fois à la concentration du pouvoir économique privé et à une intervention active de l'État en matière économique. D'une part, un pouvoir économique concentré peut essayer de capturer le pouvoir politique pour protéger ses rentes à la fois contre ses concurrents actuels ou potentiels et contre l'État lui-même. D'autre part, la concentration du pouvoir économique appelle dans l'électorat des tentations de régulation, en d'autres termes d'un *Big Government* à même de rééquilibrer le *Big Business*. La dispersion du pouvoir économique conditionne ainsi celle du pouvoir politique. De surcroît, et toujours dans une perspective jeffersonienne, l'indépendance en termes économiques des citoyens et une relative égalité de conditions représentent une condition *sine qua non* à la stabilité politique. En d'autres termes, dispersion du pouvoir économique et maîtrise des inégalités sont des objectifs légitimes en termes politiques.

L'un des points essentiels dans la pensée économique d'Henry Simons pour notre propos tient à sa position sur les questions de concurrence. Il publia en 1934 un ouvrage contre la politique du *New Deal* intitulé *A Positive Program for Laissez-Faire*[18]. Malgré le titre de l'essai, il est difficile de ramener Simons à la position d'un *classical liberal*. Pour lui les marchés ne sont pas, par nature, autorégulateurs. Tout comme les ordolibéraux, il a une vision pessimiste du processus de concurrence en ce qu'il appréhende qu'il converge naturellement, pour des raisons d'efficacité même, vers la concentration du pouvoir économique[19]. Il s'agit d'intervenir activement sur le marché, si besoin pour contrarier sa dynamique même – c'est-à-dire pour défendre la concurrence pour elle-même et contre elle-même[20]. Il en résulte une défense d'une

18 H. C. Simons, *A Positive Program for Laissez-Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1934.

19 Relevons que pour un jeffersonien pur comme Louis Brandeis (ainsi qu'après-guerre pour William Douglas) la concentration du pouvoir économique génère toujours de l'inefficacité économique (G. Berk, *Louis D. Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900–1932*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2009).

20 Il convient de noter que la position de Thurman Arnold, Assistant Attorney General à la tête de la division Antitrust du *Department of Justice* (DoJ) à compter de 1938 ne suivra que partiellement les recommandations de Simons. Si l'activisme sera bien au rendez-vous, la question de la concentration des firmes n'apparaîtra pas comme un problème en soi. En ce, Thurman Arnold annonce la Seconde École de Chicago : la question de l'efficience économique est vue comme le critère pertinent pour l'application des règles antitrust (T. Kirat et F. Marty, « The Late Emerging Consensus Among

application résolue des règles de concurrence pouvant aller jusqu'à une préconisation de démantèlement des opérateurs dominants, même si ce démantèlement devait générer des pertes en termes d'efficacité économique[21].

La concurrence est vue dans ce cadre comme un outil essentiel de dispersion du pouvoir dans la sphère économique, tout comme la démocratie est considérée comme un outil de dispersion du pouvoir dans la sphère politique. Cette dispersion ne doit pas reposer sur des interventions discrétionnaires mais sur la mise en place de règles stables de nature quasi-constitutionnelle. À l'instar des ordolibéraux[22], les règles du jeu que donnent les normes de concurrence chez Simons ont une portée constitutionnelle. Elles doivent être le produit d'un consensus et se révéler stables. Surtout, à la différence de ce que deviendra l'École de Chicago à partir des années 1950, ces règles sont indifférentes au résultat de la concurrence. Nulle intervention ne doit viser à garantir un résultat précis sur le marché en termes d'efficacité.

Simons, pour défendre l'*Antitrust*, se place dès lors moins sur le registre de l'économie (et encore moins sur celui de l'efficacité) que sur le registre politique : l'*Antitrust* participe à la défense de la démocratie américaine. Le lien fait entre libertés de marché et libertés politiques ainsi que celui entre les sphères de l'économie et de la politique ne lui est par ailleurs en rien spécifique. Au sein de la Première École de Chicago, Frank Knight défendait (et défendra après-guerre) les mêmes positions[23].

American Economists on Antitrust Laws in the Second New Deal (1935–1941) », *History of Economic Ideas,* 2021, vol. 29, n°1, pp. 11–51).

21 Simons développa à l'occasion d'un article dans l'*American Economic Review* en 1936 une défense de son ouvrage, dans lequel il répondait aux critiques qui lui avaient été faites à la fois sur le terrain de l'efficacité économique (comment accepter des pertes d'efficacité au nom de la défense de la concurrence ?) et sur le terrain d'une recommandation assez iconoclaste pour un libéral : le démantèlement est préférable à la nationalisation qui elle-même est préférable à la régulation publique d'un monopole privé (H. C. Simons, « The requisites of free competition », *American Economic Review*, 1936, vol. 26, n°1, pp. 68–76). La position de Simons sur la propriété publique des monopoles naturels, vue comme un moindre mal par rapport à une régulation publique d'un monopole privé fait également écho à la neutralité affichée en matière de régime de propriété par les ordolibéraux, laquelle se retrouve dans le Traité de Rome (C. Mongouachon, « Recension d'ouvrage : *Walter Eucken entre économie et politique* », *op. cit.,* p. 219). De façon très significative, Röpke considérait lui-même que tout monopole privé ou sans contrôle public est intolérable (W. Röpke, *International Economic Disintegration*, Londres, William Hodge, 1942).

22 W. Eucken, *Free Enterprise and Competitive Order*, Address to the Mont Pèlerin founding meeting, April, 1st 1947.

23 F. Marty et T. Kirat, « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques et de la démocratie » *Revue Internationale de Droit Économique*, 2018, vol. XXXII, n°4, pp. 471–498.

1.2 *La divergence de l'après-guerre entre l'École de Chicago et l'ordolibéralisme*

La convergence (relative) entre ordolibéraux et néolibéraux américains s'est d'abord manifestée dans le cadre du colloque Lippmann à Paris en 1938, avant de s'exprimer lors de la première conférence de la Société du Mont Pèlerin en 1947[24].

La rupture entre les deux approches fut nette dès après la deuxième conférence. Elle apparaît comme concomitante à la rupture de l'École de Chicago vis-à-vis des principes qui guidaient la première du nom, l'*Old Chicago*[25]. Le Second Chicago sépare en effet les sphères économique et politique. Il considère que la première doit être jaugée à l'aune du seul critère de l'efficacité économique. La distribution n'est pas une question économique mais politique. Si des inégalités procèdent du marché, elles peuvent être corrigées par la fiscalité[26]. Deux hypothèses disparaissent par rapport à la première période. D'abord, l'action de l'État est négative même quand elle doit protéger la concurrence ; ensuite le but n'est pas de protéger le *processus* de concurrence mais son *résultat*. On revient paradoxalement au laissez-faire. Toute intervention sur la concurrence est analysée en termes de capture. La théorie des prix est la seule boussole de l'*Antitrust*, ce dernier devant de surcroît être cantonné aux pratiques les plus nuisibles. C'est Aaron Director (avec l'application de la théorie des prix de Stigler) qui marque la rupture entre les deux écoles. Les

24 Cette première conférence constitua de fait l'apogée de cette convergence autour de la nécessité de mettre en œuvre une politique de concurrence active pour garantir le cadre dans lequel se déploie le processus de concurrence. Simons, décédé avant même la tenue de la conférence, y fut remplacé par Director (A. Director, *Free Enterprise and Competitive Order,* Address to the Mont Pèlerin founding meeting, April, 1st 1947), qui se situait encore pour quelques années sur une ligne comparable. Eucken allait décéder en 1950. Hayek (F.A. Hayek, *Free Enterprise and Competitive Order*, Address to the Mont Pèlerin founding meeting, April, 1st 1947) sera le dernier des trois à avoir pris la parole sur le thème de l'ordre concurrentiel à la conférence du Mont Pèlerin à pouvoir poursuivre ses travaux (E. Köhler et S. Kolev, « The conjoint quest for a liberal positive program: 'Old Chicago', Freiburg and Hayek », *op. cit.*). La première conférence du Mont-Pèlerin n'associait pas seulement les membres de l'École de Chicago et les ordolibéraux, mais également des économistes autrichiens comme von Mises ou des proches de la social-démocratie comme Maurice Allais et Karl Popper.

25 P. Bougette, M. Deschamps et F. Marty, « When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law » *op. cit*.

26 La capitation, à l'exemple de la *Poll Tax* telle que tenta de la mettre en place Margareth Thatcher à la fin des années 1980 au Royaume-Uni, représente, en ce sens, le mécanisme idéal. Voy. M. Castanheira, « Where the economics of personal income tax reforms meet political constraints », *Reflets et perspectives de la vie économique,* 2011, vol. LIII, n°4, pp.87–111.

travaux de Simons furent en effet vivement critiqués dans les décennies suivantes par les économistes de l'École de Chicago[27].

Par ailleurs, la Seconde École de Chicago introduit une rupture non seulement par rapport à Simons et à Knight, mais également par rapport à Hayek. Elle porte une conception complètement différente de ce que doivent être les liens entre droit et économie. Elle repose sur une logique d'un marché construit au travers de règles finalisées et sur une logique de calcul peut-être plus proches du *scientisme* que de la *catallaxie*, pour reprendre des termes hayekiens. De fait, malgré l'étroitesse des liens qu'ils nouèrent entre les années 1920 et 1950, les ordolibéraux et la Première École de Chicago, d'une part, et les autrichiens et la Seconde École de Chicago, d'autre part, s'opposaient en de nombreux points. Suivant Kolev, Goldschmidt et Hesse, trois différences majeures peuvent être soulignées[28].

Premièrement, les ordolibéraux considèrent que la liberté individuelle seule ne suffit pas à fonder et à pérenniser l'ordre concurrentiel[29]. Pour Eucken, des règles de droit sont nécessaires et leur sélection a un effet structurant sur le processus même de concurrence[30]. L'*Ordnungspolitik* qui en procède doit alors rendre possible le développement d'une concurrence « complète », c'est-à-dire une situation de marché caractérisée par l'impossibilité pour tout acteur de profiter d'un pouvoir économique. L'ordolibéralisme repose sur la volonté de faire pièce à tout pouvoir économique, fût-il public ou privé. Pour ces derniers, l'erreur des idéologies planistes est de penser que les pouvoirs publics sont capables de se substituer au mécanisme de marché et que le degré de liberté des agents économiques est amélioré quand ces derniers passent d'une situation de dépendance vis-à-vis d'un pouvoir économique privé à une situation de tutelle exercée par les pouvoirs publics[31]. À ce titre,

27 E. Kitch, « The Fire of Truth: Remembrance of Law and Economics at Chicago (1932–1970) », *Journal of Law and Economics*, 1983, vol. 26, n°1, pp. 163–234.

28 S. Kolev, N. Goldschmidt et J.-O. Hesse, « Walter Eucken's Role in the Early History of the Mont Pèlerin Society », *Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics*, 2014, Discussion Paper 14/02, Walter Eucken Institute.

29 Voy. déjà la thèse d'habilitation de Böhm (F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf: eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung* (1933), Baden-Baden, Nomos, 2010). N.d.E.: voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

30 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolik* (1952), 7e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

31 Voy. C. Mongouachon, « Recension d'ouvrage : *Walter Eucken entre économie et politique* », *op. cit.*

l'ordolibéralisme a une visée de dé-potentialisation du pouvoir économique privé[32]. La constitution économique se structure alors au travers de deux ensembles de règles : les principes constitutifs et les principes régulateurs[33]. Les principes constitutifs organisent le cadre structurel de l'économie ; ils définissent sa morphologie. Ce sont ceux qui caractérisent les règles du jeu concurrentiel. Les principes régulateurs, quant à eux, permettent une intervention sur le processus même de concurrence. Il s'agit, pour reprendre Claire Mongouachon[34], du contrôle des structures de marché et des pratiques abusives, de la gestion des externalités et de la redistribution.

Deuxièmement, pour les ordolibéraux la concentration économique peut s'expliquer par d'autres facteurs que l'efficacité économique, notamment les stratégies capitalistiques de prises de participation entre les entreprises. Un marché peut être bien plus concentré que ce qui est nécessaire du strict point de vue de l'efficience. Pour Eucken[35], les positions dominantes, qui entravent en elles-mêmes le processus de concurrence, devraient être prohibées et, quand une position de dominance est liée un monopole naturel, une régulation s'impose. En ce sens, il s'oppose à ce que sera la vision de la Seconde École de Chicago, pour laquelle la concentration ne pose pas de problème en elle-même, et aux positions des autrichiens comme von Mises, pour lequel les règles de concurrence n'ont pas d'utilité spécifique et ne devraient pas entraver les accords entre compagnies[36].

Troisièmement, les ordolibéraux ne prônent en rien un État minimal mais au contraire un État « fort »[37]. Ce qualificatif désigne effectivement un

32 R. Fèvre, « Le marché sans pouvoir: au coeur du discours ordolibéral », *Revue d'économie politique*, 2017, vol. 127, n°1, pp. 119–151.

33 F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 153–160.

34 C. Mongouachon, « Recension d'ouvrage : *Walter Eucken entre économie et politique* », *op. cit*.

35 W. Oswalt, *Walter Eucken: Ordnungspolitik*, Münster/Hamburg/Londres, LIT-Verlag, 1999.

36 Les positions d'Hayek sont également bien plus ambiguës sur la question du monopole en ce qu'il considère que la situation peut être le résultat *indésirable* du processus de concurrence mais qu'il demeure opposé aux remèdes relevant d'une logique constructiviste (remèdes structurels) ou d'une régulation spécifique (F.A. Hayek, *La constitution de la liberté* (1960), Paris, LITEC, 1993).

37 N.d.E. : sur la notion d'« État fort » chez les ordolibéraux, et les controverses vis-à-vis d'éventuels liens avec les théories de Carl Schmitt, voy. *supra* dans ce volume, Section 2 – *The* (*Neo*)*liberal Recapture of the Concept*, et spécialement les contributions de W. Bonefeld (« Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" ») – qui défend une liaison forte entre les néolibéraux et Schmitt –, d'une part, et de S. Audier (« Le néolibéralisme : Un "libéralisme

interventionnisme sur le processus même de la concurrence. Cependant, cet interventionnisme libéral n'est pas celui du dirigisme à la française (ou de la convention de l'État extérieur pour reprendre Salais[38]). Il ne s'agit pas de désigner les vainqueurs ou de se livrer à du *meccano industriel*. L'État n'a pas à se limiter à fixer les règles du jeu concurrentiel, il doit les faire respecter et au besoin aller à leur encontre si le résultat conduit à une situation sinon de monopole du moins de concentration excessive du pouvoir économique. La question qui demeure est, comme chez Hayek, celle de l'articulation entre l'ordre constitutionnel (*Rechtsordnung*) et le choix démocratique[39].

Les différences d'appréciation avec l'École de Chicago à partir des années 1950 contrastent avec la proximité des programmes de la Première École de Chicago et des ordolibéraux. Comme le notent Kolev, Goldschmidt et Hesse, le *Positive Program for Laissez Faire* de Simons[40] fait encore pleinement écho aux arguments en faveur de la construction d'un cadre concurrentiel par les règles de droit[41]. Le *laissez-faire within rules* s'oppose donc à l'*unrestrained laissez-faire*, tel que défendu par von Mises. La Seconde École de Chicago marque en revanche une rupture avec le néolibéralisme des années 1930 à quasiment tous les points de vue : la concentration du pouvoir économique n'est plus un problème en soi[42], l'efficacité doit être le seul et unique critère d'évaluation des phénomènes de marchés[43] et la délibération démocratique

---

autoritaire" néo-schmittien? ») et V. Valentin (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire ») – qui contestent une telle liaison, en tout cas jugée par trop directe dans une partie de la littérature scientifique actuelle.

38 R. Salais, « Revisiter la question de l'État à la lumière de la crise de l'Europe: État extérieur, situé ou absent », *Revue française de socio-économie*, 2015, n°2, Hors-série, pp. 245–262.

39 L'ordre économique dans lequel s'insère la concurrence n'est pas, pour les ordolibéraux, le résultat d'un ordre spontané comme chez Hayek, mais d'un choix politique de nature constitutionnelle.

40 H. C. Simons, *A Positive Program for Laissez-Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy, op. cit.*

41 S. Kolev, N. Goldschmidt et J.-O. Hesse, « Walter Eucken's Role in the Early History of the Mont Pèlerin Society », *op. cit.*, p. 17.

42 R. Van Horn, « Reinventing Monopoly and the Role of Corporations: the Roots of Chicago Law and Economics » in P. Mirowski et D. Plehwe (dir.), *The Road from Mont Pèlerin: the Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009, pp. 204–237; Van Horn, « Chicago's Shifting Attitude toward Concentrations of Business Power (1934–1962) », *Seattle University Law Review*, 2010, vol. 34, pp. 1527–1544.

43 F. Marty, « Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence : une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'Antitrust américain », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2014, n° 4, pp. 471–497.

doit interférer le moins possible sur les allocations de marché[44]. À l'inverse, l'ordolibéralisme demeurera en premier lieu une approche orientée vers la préservation et le développement des libertés individuelles, notamment au travers de la politique de concurrence, qui est en premier lieu un outil de préservation d'une société libre[45].

2 L'ordolibéralisme ne peut être assimilé à la *synthèse du XX^e siècle*

Comme noté *supra*, la Seconde École de Chicago s'inscrit dans une nette rupture avec les approches néolibérales des années 1930, qu'il s'agisse de la première École de Chicago ou de l'ordolibéralisme allemand. Il convient de souligner que les appellations de Seconde École de Chicago, de *Law and Economics* et d'« approche plus économique » ou « approche par les effets » en matière d'application des règles de concurrence s'inscrivent dans la même dynamique. Le droit de la concurrence n'est certes qu'un domaine d'application de l'approche chicagoéenne (tout comme de la *Law and Economics* d'ailleurs) et considérer que toute « approche par les effets » en matière de droit de la concurrence est d'essence chicagoéenne serait également réducteur[46]. Cependant, une constante se dégage : l'approche par les effets repose sur la prise en compte de la seule efficacité allocative.

Et c'est par ce trait spécifique que la définition du néolibéralisme américain est apportée dans le champ des études juridiques critiques américaines à travers l'expression de *synthèse du XX^e siècle* (ou parfois *synthèse du XX^e siècle tardif*). Elle recouvre ce qui est présenté comme l'idéologie dominante des juridictions et des pouvoirs publics américains de la fin de la décennie 1970 jusqu'à ces dernières années. Cette définition repose en effet sur une caractéristique simple : le champ des activités économiques doit être encadré par des règles dont l'objectif unique doit être celui de l'efficience économique,

44 F. Marty et T. Kirat, « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques et de la démocratie », *op. cit.*

45 F. Maier-Rigaud, « On the normative foundations of competition law – efficiency, political freedom and the freedom to compete », in D. Zimmer (dir.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham (UK)/Northampton (MA), Edward Elgar, 2012, pp.132–168.

46 La *Law and Economics* peut dans certaines de ses variantes prendre en compte des enjeux distributifs comme le montre le travail de Guido Parisi, l'une de ses quatre figures de proue dans les années 1960. De la même façon, l'approche par les effets en matière d'*Antitrust* a été également adoptée par l'École dite de Harvard dès la fin des années 1970. Cette convergence conduit à parler de *Consensus Antitrust.*

perçu comme la maximisation du bien-être du consommateur[47]. La notion de pouvoir économique disparaît de l'analyse. La *synthèse* considère que les dimensions politiques, dont celle des inégalités dans la répartition du bien-être, doivent être séparées des objectifs poursuivis par les règles de droit et les politiques publiques dans la sphère économique. Enfin, cette sphère politique doit être régie par des règles de nature constitutionnelle[48]. De façon implicite, une hiérarchie se dessine entre les deux sphères en ce que la *synthèse* insiste sur la protection de la sphère économique contre les interférences qui pourraient provenir de la sphère politique.

Si la sphère politique est susceptible d'être capturée par certains intérêts, c'est moins le cas dans les analyses de la *synthèse* pour la sphère économique où le critère de l'efficacité ne prête pas le flanc à pareils risques. L'efficacité économique est non seulement présentée comme un objectif légitime, mais également comme un objectif « *tractable* » (*i.e.* que l'on peut effectivement rechercher et atteindre) et neutre. En d'autres termes, il ne porte pas de choix de société en lui-même, notamment en matière de répartition.

Pour Richard Posner, les jugements moraux et politiques sont inconciliables, garantir l'efficacité en regard des défaillances de marché conduit à l'état du monde le meilleur possible pour atteindre les différentes fins possibles[49]. Dans le domaine du droit de la concurrence, la *more economic approach* reprend cette logique. Il s'agit de considérer les seuls effets sur l'efficience – définie à l'exclusion de toute autre considération d'intérêt général – pour trancher un cas. La maximisation du bien-être du consommateur est le seul objectif de la politique de concurrence. Le critère du bien-être du consommateur fait cependant l'objet de nombreuses controverses[50]. Une pratique de marché peut avoir un effet net positif sur les consommateurs pris dans leur ensemble mais avoir des effets redistributifs allant dans le sens d'un creusement des inégalités.

---

47 J. Britton-Purdy, D. Singh Grewal, A. Kapczynski et K. Sabeel Rahman, « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth Century Synthesis », *Yale Law Journal*, 2020, vol. 129, pp. 1784–1835.

48 La sphère politique dans ce cadre doit être régie selon des principes de liberté individuelle, d'égalité devant la loi et de neutralité de l'État (*ibid.*, p. 1806).

49 R.A. Posner, « Law and Economics is Moral », *Valpareiso University Law Review*, 1990, vol. 24, pp. 163–173.

50 D. Melamed et N. Petit, « The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets », *Review of Industrial Organization*, 2018, vol. 54, n°4, pp. 741–774 ; M. Steinbaum et M. Stucke, « The Effective Competition Standard – A New Standard for Antitrust », *op. cit.*

Une spécificité de l'approche de la *Law and Economics* tient à son inclinaison managérialiste. Comme le notent Jedediah Britton-Purdy, Davinder Singh Grewal, Amy Kapczynski et K. Sabeel Rahman, « *The agent of law reform imagined here was not the people but the technician: the judge, economist, bureaucrat who would calculate hypothetical consumer and producer surplus to order law and policy to serve the aims of wealth maximization* »[51]. Nous sommes très éloignés de la conception des règles de droit des ordolibéraux ou de celle de Hayek.

Une autre spécificité de l'approche chicagoéenne est de considérer qu'une concentration forte du pouvoir économique (pouvant aller jusqu'à une situation de monopole) n'est pas un problème économique en soi[52]. Si le marché est contestable, le monopole qui peut être la résultante d'une efficacité supérieure est toujours incité à investir et à reverser ses gains aux consommateurs. Non seulement il ne pose pas de problèmes dans la sphère économique, mais il est considéré comme ne soulevant pas de problèmes en termes politiques. Au contraire, il s'agit de « *shielding economic power against political disruption* »[53].

La Seconde École de Chicago demeure certes néolibérale en ce qu'elle admet qu'une forme d'intervention est nécessaire pour gérer les externalités. Cependant, cette décision doit être de nature technique et permettre soit de créer des marchés dans une logique coasienne soit de mimer le marché comme le fait le juge posnérien. La logique est alors celle d'un calcul coût-avantage. Dans le cas états-unien, pour Jedediah Britton-Purdy, Davinder Singh Grewal, Amy Kapczynski et K. Sabeel Rahman, « *The administrative state was remade along the way, with cost-benefit analysis used to block any regulation that did not meet a market-denominated test of value from the Reagan Administration onward* »[54]. Un point essentiel est que la logique de l'analyse coût-bénéfice introduite aux États-Unis en 1982 en tant qu'instrument *ex ante* d'évaluation

51 J. Britton-Purdy, D. Singh Grewal, A. Kapczynski et K. Sabeel Rahman, « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth Century Synthesis », *op. cit.*, p. 1784.

52 R. Van Horn, « Reinventing Monopoly and the Role of Corporations: the Roots of Chicago Law and Economics », *op. cit.*; R. Van Horn, « Chicago's Shifting Attitude toward Concentrations of Business Power (1934–1962) », *op. cit.*

53 J. Britton-Purdy, D. Singh Grewal, A. Kapczynski et K. Sabeel Rahman, « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth Century Synthesis », *op. cit.*, p. 1810.

54 *Ibid.*, *op. cit.*, p. 1812.

des politiques publiques[55] s'est également diffusée pour l'évaluation *ex post* des politiques publiques, conduisant donc à jauger de la décision politique sur la base d'un critère d'efficacité. Le libéralisme porté par la Seconde École de Chicago diffère de l'ordolibéralisme en ce qu'il ne s'agit plus de construire le cadre permettant au processus de concurrence de créer les conditions de l'efficacité, mais d'atteindre cette efficacité au travers d'une action publique de nature managéraliste. Il y a ici l'idée que des interventions finalisées dans la sphère économique peuvent renforcer l'efficacité et que des décisions dans la sphère politique peuvent être adoptées et mises en œuvre plus efficacement si elles sont décidées de façon technocratique que si elles sont le fruit d'une délibération démocratique[56].

Les trois éléments de caractérisation de la *synthèse du XX^e siècle,* tels que dégagés par Jedediah Britton-Purdy, Davinder Singh Grewal, Amy Kapczynski et K. Sabeel Rahman[57] permettent de compléter la distinction, déjà amorcée dans le sous-chapitre précédent, entre l'ordolibéralisme et le néolibéralisme.

Le premier élément est la concentration sur la question de l'efficacité plutôt que sur celle du pouvoir de marché. Considérer seulement la première dimension conduit à occulter les conséquences des déséquilibres de pouvoirs de négociation dans les transactions et des positions de contrôleurs d'accès de tel ou tel acteur économique. Quand un acteur économique ne peut être soumis aux pouvoirs compensateurs de ses concurrents, de ses partenaires commerciaux ou de ses clients, il échappe aux conditions qui doivent être celles d'une concurrence complète. Due à Walter Eucken[58], la notion de « concurrence complète » correspond à une situation dans laquelle aucun acteur de marché ne dispose de la puissance économique suffisante pour influer par ses propres décisions sur les prix de marché. Notons que cette notion de concurrence complète peut également conduire à l'imposition de

55 Executive order n° 12.2191, 3 CFR §127 (1982).

56 Il convient d'insister sur la différence entre cette conception et celle d'Henry Simons qui défendait une définition de la démocratie comme un *government by discussion* (H.C Simons, « Introduction – A Political Credo » (1945), in *Economic Policy for a Free Society*, Chicago, University of Chicago Press, 1948, pp. 240–259). Notons en revanche que l'engagement démocratique des ordolibéraux est plus nuancé, comme en témoignent les critiques portées par Walter Eucken ou Alexander Rüstow contre la République de Weimar (voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles »).

57 J. Britton-Purdy, D. Singh Grewal, A. Kapczynski et K. Sabeel Rahman, « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth Century Synthesis », *op. cit*., pp. 1818 et s.

58 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit*.

remèdes spécifiques à l'opérateur dominant. Il peut être prescrit à ce dernier qu'il se comporte comme s'il ne disposait pas de la puissance de marché liée à sa situation, que cela soit en matière de prix ou de nature des offres (*Als-Ob Politik*). La notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant en droit de la concurrence de l'UE, que nous présenterons *infra*, trouve ici ses racines[59]. Il est en effet important de noter que cette notion a une portée normative. Une intervention active sur le processus de marché est justifiée si elle recrée ces conditions[60].

Le deuxième élément consiste à présenter l'objectif d'efficacité comme neutre. L'approche chicagoéenne se distingue de l'approche ordolibérale en ce qu'elle n'implique pas un traitement asymétrique de l'opérateur dominant. Or, une position dominante permet dans certains cas de faire obstacle à la contestabilité du marché et de créer les conditions d'une concurrence qui n'est plus une concurrence à égalité des armes. Un opérateur en position dominante – surtout s'il occupe une position de contrôleur d'accès – peut priver ses concurrents de l'accès aux opportunités de marché. L'ordolibéralisme a pour objectif de maximiser la liberté économique des agents. Une concurrence orientée vers la performance (*Leistungswettbewerb*) et non vers l'entrave aux concurrents (*Behinderungswettbewerb*) a pour effet de permettre aux agents d'exercer leur pleine liberté de choix, *i.e.* leur liberté économique réelle. La sphère du marché comme la sphère politique doivent permettre l'exercice d'une pleine liberté aux acteurs. Pour Röpke, le marché est un plébiscite de tous les jours[61].

Le troisième élément tient à l'autonomie de la sphère politique et donc à la place réservée à la délibération démocratique. Le propre de la *synthèse* est à la fois de protéger la sphère économique des interférences politiques et de préconiser la mise en œuvre d'une logique économique dans les décisions prises dans la sphère politique. Dans cette seconde sphère, les risques de capture ou les biais dans la formation des préférences des citoyens conduisent à des préconisations de la mise en œuvre de règles de « bonne gouvernance » visant à renforcer la place des logiques de marché dans le traitement des questions collectives. Il s'ensuit une approche technocratique de la mise en œuvre des règles mais aussi de leur conception même.

---

59 C. Mongouachon, « Pour une concurrence régulée : l'apport de Leonhard Miksch » in H. Rabault (dir.), *L'ordolibéralisme. Aux origines de l'école de Fribourg im Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 161–187.

60 M. Vatiero, « Ordoliberal Competition », *Concorrenza e Mercato*, 2010, pp. 371–381.

61 W. Röpke, *Explication économique du monde moderne*, Paris, Librairie Médicis, 1940.

3 Le droit de la concurrence européen : néolibéralisme contre néolibéralisme

3.1 *L'adoption de l'« approche par les effets » par la Commission dans la première décennie de notre siècle: un néolibéralisme en remplacerait-il un autre ?*

La convergence de la politique européenne de concurrence vers une « approche plus économique » a été initiée au début des années 2000. Un double mouvement expliquait cette convergence. Un premier avait fait suite à l'annulation de plusieurs décisions de la Commission par le Tribunal de Première Instance, notamment en matière de contrôle des concentrations. Ces annulations s'étaient essentiellement faites sur la base d'erreurs manifestes d'appréciation en matière économique. Un second mouvement tenait à des arguments en faveur d'une convergence vers le modèle américain. Celui-ci était perçu comme préférable en ce qu'il était orienté vers la recherche de gains d'efficacité et mieux fondé sur des théories économiques solides. Ainsi deux arguments étaient présents : d'une part, celui de la sécurité juridique qui se déclinait sur le registre de la robustesse des décisions dans le cadre du contrôle juridictionnel ainsi que sur celui de l'homogénéité des décisions de part et d'autre de l'Atlantique ; d'autre part, celui de l'efficacité économique du droit de la concurrence.

Les grandes dates de la convergence vers l'approche plus économique sont l'adoption du Règlement 139/2004 en matière de contrôle des concentrations (qui ouvre plus largement à une défense sur la base des gains d'efficience), la modernisation de l'encadrement des aides publiques et, enfin et surtout, sa mise en œuvre en matière d'abus de position dominante. Celle-ci avait été proposée par un rapport d'experts économiques pour la Commission en 2005 et consacrée en février 2009 par une communication de la Commission relative à ses priorités en matière d'application de l'article 82 (actuel 102 TFUE) quant aux abus d'éviction[62].

Cette évolution vers l'« approche plus économique » était analysée, pour reprendre les catégories de Foucault[63], comme marquant l'abandon de la tradition néolibérale européenne (l'ordolibéralisme) au profit de celle

62 F. Marty, « La révolution n'a-t-elle pas eu lieu? De la place de l'analyse économique dans le contentieux concurrentiel européen », in V. Giacobbo-Peyronnel et C. Verdure (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne – Questions d'actualité et perspectives,* Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 27–79.

63 M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978–1979)*, Paris, Seuil, 2004.

américaine[64]. Cette rupture n'a pas été aussi nette qu'espérée par ses thuriféraires et était en grande partie déjà en germe dès les années 1980 dans la pratique des autorités chargées de l'application des règles de concurrence. Cependant, les deux approches ont leur spécificité et sont irréductibles. Or, des travaux menés dans le champ de la L&PE, et notamment ceux de Ionnis Kampourakis, considèrent que l'ordolibéralisme participe de la même *synthèse du XX^e^ siècle* (citée *supra*) que la Seconde École de Chicago[65]. Nous nous proposons ici de discuter ces arguments non seulement pour leur intérêt propre, mais également pour évaluer une des critiques qu'ils adressent à la pratique actuelle de la Commission, qui opterait de plus en plus pour des interventions sélectives et discrétionnaires qui pourraient être problématiques en regard du respect des règles de droit. Ces points qui doivent être discutés seront également abordés *infra* dans notre partie conclusive.

Comme nous l'avons exposé, cette *synthèse* repose sur le fait que la préservation des mécanismes économiques prime sur les choix politiques. Ces mécanismes sont considérés comme neutres par nature et leur libre fonctionnement est la seule condition pour atteindre un équilibre efficace. Ils devraient à ce titre être isolés des interventions reflétant des préférences exprimées dans la sphère politique[66]. L'ordolibéralisme peut dans cette perspective n'être que partiellement rapproché de ce modèle. Certes, il repose sur des règles qui doivent être protégées contre toute instrumentalisation politique. Il en est ainsi dans le domaine monétaire et dans le domaine de la concurrence. Cependant, il ne repose pas sur un primat accordé à l'efficacité allocative. Le point où il est possible de suivre Kampourakis est celui des effets de la constitution économique européenne[67], en l'occurrence la *dépolitisation du cadre économique*[68]. En effet, l'allocation des ressources n'a pas

64 Les catégories construites par Foucault dans le cadre de son cours au Collège de France peuvent être critiquées (ne serait-ce que dans la mesure où la publication correspond à des notes prises durant les séances). Nous les utilisons cependant par commodité.

65 I. Kampourakis, « Bound by the Economic Constitution: Notes for "Law and Political Economy" in Europe », *op. cit*.

66 A. Kapczynski, « The Law of Informational Capitalism », *Yale Law Journal*, 2020, vol. 129, pp. 1460–1515.

67 I. Kampourakis, « Bound by the Economic Constitution: Notes for "Law and Political Economy" in Europe », *op. cit.* Pour une analyse de la notion même de constitution économique européenne et de ses liens avec l'ordolibéralisme, voy. J. Drexl, « La constitution économique européenne – l'actualité du modèle ordolibéral », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011, vol. XXV, n°4, pp. 419–454.

68 N.d.E. : concernant la « dépolitisation du cadre économique », voy. aussi, quoique dans des perspectives et sous des angles différentes, *supra* dans ce volume, W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a

à y être décidée par les pouvoirs publics mais doit résulter du processus de concurrence. Il peut être considéré que le formalisme que pourrait porter la logique ordolibérale peut conduire les décideurs politiques à se conformer à une politique donnée figée dans les règles constitutionnelles. Cependant, ces règles ne visent pas une fin en particulier dans le domaine économique. Elles créent, avec la jurisprudence qui leur est rattachée, un cadre stable pour les anticipations des acteurs économiques rendant possible leur coopération. La L&PE critique donc le cadre même construit par l'ordolibéralisme considérant que celui-ci porte, malgré sa neutralité affichée quant au « résultat », un choix de politique publique.

3.2 *Un ordolibéralisme irréductible au néolibéralisme américain*

Longtemps, l'approche ordolibérale a été critiquée dans le champ des politiques de concurrence comme étant excessivement formaliste[69]. Ce formalisme était vu non comme un élément de nature à renforcer la sécurité juridique d'acteurs de marché appelés à autoévaluer la conformité de leurs pratiques avec les règles de concurrence, mais comme participant d'une réglementation de la concurrence potentiellement défavorable au consommateur en ce qu'elle privait les firmes dominantes de la possibilité d'une défense sur la base de l'efficience.

En effet, comme nous l'avons noté, le propre de l'approche chicagoéenne est de faire de l'effet net des pratiques sur le bien-être le critère exclusif de jugement d'une pratique donnée en regard des règles de concurrence. Une approche formaliste conduisant à interdire certaines pratiques de marché dès lors qu'elles sont mises en œuvre par un opérateur dominant est, dans ce cadre, vue comme ne reposant pas sur des bases économiques solides.

Ceci est particulièrement le cas pour les rabais de fidélité proposés par les opérateurs dominants. Les débats initiés par la décision *Intel* de la Commission européenne en 2009 et qui se sont développés jusqu'à l'arrêt de la Cour de Justice en 2017[70] illustrent ces divergences

---

"Sound Economy" », et *infra*, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? », P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance », et T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

69 N. Petit, « From formalism to effects? The Commission's Communication on enforcement priorities in applying article 82 EC », *World Competition*, 2009, vol. 32, pp.485–504.

70 CJUE, Grande Chambre, Arrêt du 6 septembre 2017. *Intel Corp. Inc. contre Commission européenne*, Affaire C-413/14 P (EU:C:2017:632).

d'approches[71]. Pour les tenants de l'approche plus économique, ne pas réaliser une balance des effets revenait à priver les consommateurs de montages favorables en termes de bien-être. La protection des concurrents ne devait pas l'emporter sur celle des consommateurs. La perspective est inverse dès lors qu'est prise en considération la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant. Des pratiques lui sont refusées alors qu'elles ne seraient pas considérées comme anticoncurrentielles si elles étaient mises en œuvre par un opérateur non dominant.

Cette approche ne doit pas être conçue dans le sens d'une régulation asymétrique de la concurrence comme cela est souvent dénoncé par les promoteurs de l'approche plus économique. Il ne s'agit pas plus d'un biais structuraliste basé sur l'idée que le droit de la concurrence doit privilégier les petites firmes. Il s'agit au contraire de s'assurer de la possibilité d'une concurrence à égalité des armes (un *level playing field*) en empêchant un opérateur dominant d'éliminer du marché des opérateurs qui pourraient être aussi efficaces que lui mais qui ne peuvent s'aligner sur ses pratiques seulement parce qu'ils ne possèdent pas sa surface de marché.

Le cas des remises de prix *ex post* sur la base des parts de marché est caractéristique de ce problème concurrentiel. Leur seuil de déclenchement dans le cas *Intel* était si élevé qu'il aurait été nécessaire aux concurrents de disposer de capacités de productions comparables aux siennes. La stratégie n'était donc pas réplicable pour les concurrents dotés de moindres parts de marché[72]. Le principe économique sous-jacent au principe de responsabilité particulière de l'opérateur dominant peut donc se trouver dans ce critère de réplicabilité de la stratégie[73]. Il est possible de le discuter au point de vue économique en ce qu'il fait écho à la notion de barrière à l'entrée. Dans une approche chicagoéenne, la seule barrière à l'entrée admissible pour déclencher une intervention publique sur le marché est une barrière de nature réglementaire[74]. Dans cette logique, les barrières financières ne peuvent être de mise dans la mesure où les marchés financiers forment des anticipations rationnelles quant aux chances de succès des firmes. De la même façon, l'ensemble des

71 N. Petit, « From formalism to effects? The Commission's Communication on enforcement priorities in applying article 82 EC », *op. cit.*; N. Petit, « The Judgment of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases », *European Law Review*, 2018 vol. 43, n°5, pp. 728–750.

72 F. Marty, « La révolution n'a-t-elle pas eu lieu? De la place de l'analyse économique dans le contentieux concurrentiel européen », *op. cit*.

73 M. Vatiero, « Dominant market position and ordoliberalism », *International Review of Economics*, 2015, vol. 62, n°4, pp. 291–306.

74 G. Stigler, *The Organization of Industry*, Chicago, University of Chicago Press, 1968.

technologies est tenu pour accessible et le temps ne rentre pas en considération dans l'analyse[75]. Le cas des microprocesseurs est particulièrement pertinent pour notre propos. La spécificité des investissements à réaliser pour répondre à la stratégie d'Intel, leurs coûts et leurs délais de mise en œuvre empêchaient AMD d'investir pour répondre à la stratégie d'Intel. La question était donc non-réductible au seul critère de l'efficacité mais devait donc également être envisagée sous l'angle de la *réplicabilité* de la stratégie.

Les pratiques verticales constituent un autre domaine pour lequel approches ordolibérale et néolibérale (dans le sens chicagoéenne) entrent en conflit. Une grande partie des travaux de l'École de Chicago dans les années 1950 et 1960 a porté sur les pratiques verticales, que celles-ci soient envisagées sous l'angle des pratiques unilatérales ou sous celui des concentrations. Dans le premier domaine, au-delà même des questions reliées au prix de revente imposés, les pratiques de ventes liées, de ventes groupées et plus largement les stratégies de levier ont fait l'objet d'intenses débats.

L'opposition entre l'approche plus économique et l'approche ordolibérale ne doit donc pas être limitée à une opposition entre balance des effets et application de règles formelles. Paradoxalement au vu de sa dynamique initiale, l'approche chicagoéenne a peu à peu convergé dans les années 1980 vers des règles *per se* appliquées à certaines pratiques… mais allant non plus dans le sens d'une interdiction des pratiques concernées, ce qui était le cas dans les années 1950 et 1960 aux États-Unis, mais à des présomptions de conformité aux règles de concurrence[76]. Cette présomption de conformité est particulièrement significative pour les stratégies de levier. Les pratiques de marché par lesquelles un opérateur dominant est susceptible d'étendre sa position dominante à un marché verticalement relié ne sont pas vues comme susceptibles de poser des problèmes de concurrence en soi. Au contraire, l'hypothèse dominante est celle de gains d'efficience au travers notamment de la fin d'une possible double marginalisation si le segment amont ou aval concerné était lui-même contrôlé par un opérateur dominant. De façon encore plus générale, un opérateur dominant sur un des maillons d'une chaîne verticale n'aurait guère d'intérêts à « monopoliser » un autre maillon. La raison en tient à la loi du profit de monopole unique. Il est impossible d'extraire plus de valeur sur une telle chaîne que ce que peut faire un monopole sur un seul de ses maillons. En éliminant la concurrence sur un des maillons, le monopole réduirait

75 J.L. Gaffard, M. Amendola et F. Saraceno, *Le temps retrouvé de l'économie,* Paris, Odile Jacob, 2020.

76 P. Bougette, M. Deschamps et F. Marty, « When Economics met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law », *op. cit*.

même son profit, car celle-ci permet de différencier les offres et donc d'accroître les débouchés potentiels.

Il s'ensuit donc une appréciation favorable aux stratégies unilatérales verticales des opérateurs dominants qui conduit à un traitement différencié des stratégies de *leveraging*. Le cas *Microsoft* avait été archétypal de ces divergences il y a de cela deux décennies[77]. L'accusation portée par les autorités américaines selon lesquelles l'*Antitrust* américain visait à protéger les consommateurs alors que le droit européen visait à protéger les concurrents est à relire dans ce contexte[78]. La Commission sanctionnait le *leveraging* en ce qu'il constituait une stratégie à laquelle un opérateur non dominant ne pouvait répondre. Il s'agissait en l'espèce de s'appuyer sur la position de quasi-monopole sur le segment des systèmes d'exploitation pour supplanter ses concurrents sur ceux des logiciels applicatifs. Il n'était pas acquis que le bien-être du consommateur en soit affecté. Cela peut ne pas être le cas dès lors que l'opérateur dominant est plus efficace, propose des services de meilleure qualité ou avec une meilleure ergonomie ou qu'il innove plus[79].

La sanction par la Commission européenne se base donc sur l'impossibilité pour un concurrent aval de répliquer par une pratique équivalente de *tying*. En effet, l'entrée sur le marché des systèmes d'exploitation était techniquement et financièrement impossible à réaliser dans des délais « raisonnables ». Le principe de responsabilité particulière de l'opérateur dominant

77 Commission européenne, décision du 24 mai 2004, Microsoft, affaire COMP/C-3/37.792.

78 M. Deschamps et F. Marty, « Les politiques de la concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, 2008, n° 22, pp. 2571–2593.

79 Notons qu'une analyse en tout point identique à celle des pratiques d'éviction verticales peut être menée en matière de concentrations verticales. Celles-ci faisaient l'objet d'une pratique décisionnelle extrêmement restrictive dans les années 1950 et 1960 aux États-Unis. Elles ont vu leurs conditions d'admission s'assouplir drastiquement dans les années 1980. A l'heure actuelle de nombreux travaux mettent en exergue les dommages concurrentiels liés à un traitement trop clément de ces opérations. Ces derniers en font une des origines de la baisse tendancielle du degré de concurrence aux États-Unis en comparaison de ce qui est observé au sein de l'Union européenne (T. Philippon, *The Great Reversal – How America Gave Up on Free Markets*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2019). La problématique est particulièrement importante dans le domaine des marchés numériques en regard de l'importance sinon des acquisitions tueuses du moins des acquisitions consolidantes – voir à ce sujet la prise de position commune du 20 avril 2021 des autorités de concurrence allemande, australienne et britannique (Bundeskartellamt, « Competition and Markets Authority (CMA) and Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) », *Joint statement on merger control*, 21 avril 2021).

peut donc être appliqué en l'espèce. Il serait cependant réducteur de limiter le cas Microsoft à cette seule dimension. La question de la liberté de choix du consommateur était également déterminante ainsi que celle de la protection du processus de concurrence. Il s'agissait notamment de préserver la possibilité de trajectoires technologiques différenciées dans le futur. La notion de protection de l'innovation subséquente doit être saisie de cet objectif.

Il est néanmoins important de relever que cette approche ne conduit en rien à renoncer à des gains d'efficience. Le cas de la théorie des facilités essentielles peut être pris comme exemple. La notion d'obligation d'accès à une infrastructure non *réplicable* contrôlée par un opérateur dominant a été forgée aux États-Unis. Elle y fut cependant rejetée hors du champ du droit de la concurrence par l'arrêt *Trinko* de la Cour Suprême rendu en 2004[80]. Une obligation d'accès à une infrastructure remplissant les conditions d'« essentialité » (*i.e.* détenue par un opérateur dominant et indispensable à l'accès au marché) peut être prononcée quand un refus ne se fonde pas sur une cause objective. Plusieurs conditions sont posées par la jurisprudence, notamment lorsque la théorie est appliquée à des droits de propriété intellectuelle, comme la réalisation d'une balance des incitations ou celle de la proposition d'un nouveau produit. Ces conditions sont de fait peu souvent imposées comme l'a montré la décision Microsoft citée *supra*. Pour autant, il serait excessif de lire l'application de la théorie des facilités essentielles sous l'angle d'une régulation asymétrique de la concurrence au profit des nouveaux entrants. La Cour de Justice dans son arrêt *Bronner*[81] a pu montrer que la finalité n'était pas d'imposer un accès à une infrastructure déployée par un concurrent sur la seule base de l'efficacité de cet accès ou du fait qu'il serait coûteux de développer une infrastructure alternative.

Comme a pu le préciser à nouveau la Cour de Justice dans ses arrêts *Slovak Telekom* et *Deutsche Telekom* du 25 mars 2021[82], il s'agit dans les décisions donnant l'accès à de telles infrastructures de veiller à la préservation des incitations à l'investissement des différentes firmes, qu'il s'agisse de l'opérateur dominant ou des nouveaux entrants, incitations qui sont l'une des conditions

80 US Supreme Court, *Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, LLP – 540 U.S. 398, 124 S. Ct. 872 (2004).

81 CJCE, Arrêt du 26 novembre 1998, *Oscar Bronner Gmbh & Co. KG / Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag Gmbh & Co. KG e.a.*, Affaire C-7/97 (EU:C:1998:569).

82 CJUE, Jugement du 25 février 2021, *Slovak Telekom a.s. v Protimonopolný úrad Slovenskej Republiky*, Affaire C-857/19 (EU:C:2021:139); CJUE, Jugement du 25 mars 2021, *Deutsche Telekom / EU Commission*, Affaire C-152/19P (EU:C:2021:238), et CJUE, Jugement du 25 mars 2021, *Slovak Telekom / Commission*, Affaire C-165/19 (EU:C:2021:239).

sine qua non pour l'efficacité dynamique. En effet, tout accès en « subventionnant » l'entrée des nouveaux concurrents a pour effet d'accroître l'efficacité allocative *i.e.* statique (l'opérateur installé a déjà investi), mais les autorités chargées de l'application des règles de concurrence ne peuvent ignorer l'impact de ces mesures sur les incitations des firmes[83]. L'argument de l'efficacité dynamique est toujours présent dans l'appréhension européenne des règles de concurrence, comme le montrent la pratique décisionnelle actuelle et les initiatives de la Commission dans le domaine du numérique.

Ces évolutions sont d'autant plus remarquables que de nombreux signes semblaient indiquer une convergence vers les standards préconisés par l'approche plus économique. Cependant ces derniers n'étaient pas sans faire montre de leur relative inadaptation à la logique même des règles de concurrence européenne. Le rapport de la Cour des comptes européenne sur la politique de concurrence menée par la Commission illustrait les limites de l'approche fondée sur le seul critère du bien-être du consommateur dans le cadre d'une évaluation *ex post* de l'efficacité de l'action[84].

De façon très significative, le rapport présentait le bien-être du consommateur comme l'un des deux objectifs du droit de la concurrence de l'UE avec l'édification de marché intérieur. Cependant, la définition du critère du bien-être ne se limite guère à une maximisation. Il est en effet défini comme recouvrant prix, quantité, diversité des choix ouverts et innovation (§06). Le problème dans une perspective d'évaluation *ex post* est que l'imprécision des critères ne permet pas de mesurer la réalisation de ces objectifs[85]. Dans une optique d'évaluation de la performance des politiques publiques sur le seul objectif de l'efficience, les critères manquent pour la politique de concurrence même si celle-ci devait être réduite à la maximisation du bien-être du

83 Un même raisonnement était défendu en matière de libéralisation sectorielle des télécommunications avec l'approche dite de l'échelle des investissements. Il s'agissait de programmer des conditions d'accès telles que les nouveaux entrants pourraient entrer sur le marché dans le cadre d'une concurrence par les services mais seraient progressivement inciter à investir dans leurs propres actifs de réseau pour basculer vers une concurrence par les investissements.

84 Cour des comptes européenne, *Contrôle des concentrations dans l'UE et procédures antitrust de la Commission : la surveillance des marchés doit être renforcée*, 2020, Rapport Spécial n°24.

85 « L'évaluation de la performance de la Commission dans le contrôle de l'application des règles de concurrence au sein du marché intérieur renforce la transparence et l'obligation de rendre compte devant le Parlement européen et les autres parties prenantes, tout en leur permettant de fournir un retour d'information. Elle nécessite une définition claire des objectifs à atteindre et devrait aboutir à la mise en évidence des possibilités d'amélioration du processus décisionnel » (*ibid.*, §78).

consommateur. À ce titre, les regrets de la Cour témoignent de l'impasse d'une logique d'évaluation quantifiée des effets de la politique de concurrence[86].

4 Histoire du temps présent : un retour de l'ordolibéralisme dans le secteur numérique

4.1 Ordo is not dead*: les enseignements de la proposition de Digital Markets Act européen*

La littérature de type L&PE citée *supra* peut donner l'impression d'un remplacement de l'approche ordolibérale européenne par l'approche chicagoéenne par les effets. Le renvoi de l'examen de la décision *Intel* au Tribunal par la Cour de Justice en septembre 2017 marquerait alors ce basculement … quatre décennies après l'arrêt *GTE Sylvania* de la Cour Suprême des États-Unis en 1977, qui marqua la nouvelle hégémonie de l'approche chicagoéenne[87]. L'abandon des règles formelles de nature juridique au profit du seul critère de l'efficience conduirait à une uniformisation progressive des droits de la concurrence de part et d'autre de l'Atlantique. Il serait même possible de considérer que l'abandon progressif des règles du fait du primat de l'efficacité constitue une tendance commune à plusieurs politiques de l'Union, notamment en termes monétaires, budgétaires et financiers depuis la crise de 2008[88]. La discrétion l'emporterait sur la règle, la décision au coup par coup en fonction de la balance des effets qui sera réalisée sur le seul critère du bien-être du consommateur.

Le caractère général et quasi-constitutionnel des règles de concurrence défendu par les ordolibéraux ou le principe d'une règle issue de la découverte (*i.e.* de l'invention) par le juge des *règles de juste conduite* défendu par Hayek ne semblent guère pouvoir s'accorder avec cette approche. La Cour déplore le fait que la Commission ne puisse guère plus évaluer l'impact de son action

86 « Il n'est pas non plus possible de vérifier si la décision de la Commission d'intervenir dans un secteur de l'économie a eu une incidence plus importante sur la croissance du PIB que si elle avait agi dans un autre secteur. Or ces informations seraient précieuses pour une affectation efficiente et axée sur la performance des ressources de la Commission » (*ibid*., §81).

87 US Supreme Court, Décision du 23 juin 1977, *Continental T.V. Inc. V GTE Sylvania Inc*., 436. U.S. 36 (1977).

88 N.d.E. : sur l'évolution de l'Union économique et monétaire, voy. *infra* dans ce volume, les contributions de F. Martucci, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, S. Cafaro et P. Lindseth & C. Fasone, dans la Section 4 – *The Macroeconomic Constitution of the European Union: the Advent of the Economic and Monetary Union*.

sur le PIB et donc mettre en regard les résultats de son action avec les ressources budgétaires employées. Nous retrouvons ici la logique relevée par la L&PE : le critère de jugement du fonctionnement de la sphère politique tient à une logique d'efficience. Or, la mesure de la performance sur la base du rapport coût-effectivité est non seulement partielle si elle est basée sur le critère du bien-être, mais elle est de plus impossible à mettre en œuvre.

Plusieurs points conduisent cependant à nuancer cette vision… sans pour autant régler la question du pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de l'application des règles de concurrence. Le premier a tenu au développement des procédures transactionnelles en droit de la concurrence. Le second à l'inflexion donnée par la Commission à sa politique du fait du développement de l'économie numérique et des enjeux qui lui sont reliés.

Un premier glissement a pu être observé avec le développement des procédures transactionnelles. Celles-ci ont, dans le cas de transaction proprement dite, pour effet de limiter la place du contradictoire dans la procédure et donc la discussion des griefs en tant que telle. L'argument d'une place croissante donnée à l'analyse économique en matière de mesure de l'effet net sur le bien-être du consommateur est limité d'autant. Il en est également ainsi des procédures d'engagements. Non seulement le contradictoire disparaît, mais la notification des griefs peut également s'effacer au profit d'une seule communication de préoccupations de concurrence. Au-delà même de cette dimension qui conduit à l'absence de qualification des pratiques, il est à relever que les remèdes concurrentiels mêmes qui peuvent en résulter sont caractérisés par une certaine part de discrétion dans la mesure où le contrôle juridictionnel qui s'exerce sur ces derniers est bien moins rigoureux que celui qui est appliqué sur les décisions prises sur la base de l'article 7 du Règlement 1/2003[89]. De façon évocatrice, les seuls remèdes structurels mis en œuvre dans le cadre de procédure concurrentielle l'ont été dans le cadre des procédures d'engagements conclues sur la base de l'article 9 du Règlement 1/2003. Notons enfin que la Commission jouit d'une large part de discrétion dans les procédures transactionnelles. Elles sont certes entamées à l'initiative des entreprises, mais le choix de communiquer des préoccupations de concurrence et non de notifier des griefs donne un signal aisément interprétable. La Commission peut de plus revenir à tout moment à une procédure relevant de l'article 7 si elle considère que les propositions d'engagements de l'entreprise mise en cause ne suffisent pas. Au final, plus les procédures d'engagements et

89 CJUE, Grande Chambre, Arrêt du 29 juin 2010, *Commission européenne contre Alrosa Company Ltd*, Affaire C-441/07 P (EU:C:2010:377).

procédures de transactions se développent, plus l'approche par les effets est marginalisée.

Ce premier déplacement vis-à-vis de l'approche par les effets s'est confirmé avec le développement des contentieux dans le domaine du numérique. Les décisions *Google Shopping* et *Android* ont été critiquées en ce que la balance des effets n'a pas été réalisée par la Commission[90]. En d'autres termes, l'évaluation de l'effet net des pratiques sur le bien-être du consommateur n'a pas été réalisée. De fait, la Commission a fait reposer ses décisions sur la jurisprudence : est par exemple sanctionné l'opérateur dominant qui accorderait des conditions contractuelles à sa filiale aval par rapport à celles imposées aux concurrents de celle-ci. L'effet d'exclusion potentiel existe dès lors et il ne se fonde sur aucun argument objectif. Il s'agit donc bien moins de mesurer un dommage que de garantir l'existence d'une concurrence à égalité des armes. Il serait d'ailleurs possible d'appliquer à ces contentieux une grille de lecture en termes de stratégies de nature à accroître la concurrence par la performance et de stratégies visant à contraindre les concurrents. Les pratiques d'auto-préférence, de ventes liées, de ventes groupées et d'exclusivité forcée (incitations fortes ou contraintes au mono-hébergement) peuvent être effectivement envisagées au moins pour partie dans ce second ensemble. Eucken distingue par exemple le comportement concurrentiel de la lutte pour le monopole[91].

La question de l'auto-préférence doit être lue en ce sens. Elle n'est pas liée à ses effets sur les prix, sur la qualité et même éventuellement sur l'innovation. Il n'est en effet pas exclu que l'intégration d'un service aval à la prestation directement rendue par la plateforme en amont ne conduise pas à une meilleure expérience utilisateur ou ne fasse bénéficier au consommateur d'un service plus innovant. Il peut n'exister nul dommage en termes d'efficacité ou d'innovation mais possiblement un dommage au processus de concurrence. La puissance de marché de l'opérateur dominant lui permet de s'abstraire de la pression concurrentielle et de maîtriser la dynamique du marché au détriment de ses concurrents. Un pouvoir économique qui ne peut être rééquilibré par les seules forces du marché fait obstacle à la pérennité d'une concurrence complète.

Les décisions récentes de la Commission dans le domaine numérique se rattachent donc à une défense de la concurrence comme processus et n'adoptent

90 Commission européenne, Décision du 18 juillet 2018, *Google Android*, Affaire AT-40099 et Commission européenne, Décision du 27 juin 2017, *Moteur de recherche Google* (*Shopping*), Affaire AT.39740.

91 W. Eucken, « The competitive order and its implementation » (1949), *op. cit*.

pas l'efficacité comme critère unique comme le recommanderait l'approche plus économique. La (double) procédure lancée contre Amazon relève également de cette logique[92]. À nouveau, les griefs qui ont été notifiés en novembre 2020 portent sur des pratiques d'auto-préférence. L'argument n'est pas celui d'un dommage concurrentiel, mais celui d'une rupture d'une concurrence à égalité des armes liée à un accès asymétrique à l'information au profit de la plateforme et au détriment des vendeurs indépendants.

Au-delà des contentieux concurrentiels, l'évolution des politiques de la Commission dans le domaine numérique s'oriente vers des principes de moins en moins aisément rattachables à l'approche par les effets et évoquant de plus en plus l'approche ordolibérale. Il en a d'abord été ainsi du Règlement *Platform to Business* de juin 2019[93]. L'accent mis sur l'équilibre des contrats entre plateformes d'intermédiation et complémenteurs[94] souligne la volonté non pas de remettre en cause l'efficacité économique de celles-ci, mais d'encadrer les phénomènes de pouvoir économique[95]. Cet accent sur les relations inter-entreprises a d'ailleurs été relayé dans de nombreux États membres par un développement de la notion d'abus de dépendance économique. L'instrument juridique, déjà présent dans les droits internes français, italien et allemand, a été introduit en juin 2019 en Belgique[96]. Plus récemment encore, en janvier 2021, le 10e amendement à la loi allemande sur les restrictions de concurrence introduit une notion de position dominante relative permettant de prendre en compte les déséquilibres de pouvoirs économiques entre un complémenteur d'un écosystème numérique et la firme pivot de celui-ci[97].

---

92 Commission européenne, affaires AT.40462 et AT.40703, 10 novembre 2020.

93 Commission européenne, Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.

94 Nous désignons comme « complémenteurs » les entreprises indépendantes proposant leurs services sur une plateforme et/ou proposant des biens et des services complémentaires à ceux fournis directement par celle-ci.

95 F. Marty, « Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique », *Thémis*, 2019, vol. 53, pp. 73–104.

96 J. Blockx, « Belgian Prohibition of Abuse of Economic Dependence Enters into Force », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, vol. 12, n°4, pp. 321–325.

97 En effet, il est de l'intérêt d'une plateforme d'intermédiation de devenir un partenaire commercial incontournable pour les consommateurs et les complémenteurs. Pour ce faire elle va pousser les seconds à conclure des contrats d'exclusivité et fidéliser les premiers pour qu'ils concentrent leurs achats sur une seule plateforme. Pour un consommateur accéder à certains produits et services suppose d'utiliser une plateforme donnée et dans le même temps accéder à certains consommateurs « captifs »

Les déséquilibres contractuels entre les complémenteurs et les plateformes donnèrent lieu à un ensemble de réflexions sur les objectifs mêmes du droit européen de la concurrence dont l'un des exemples les plus caractéristiques a été le rapport rédigé pour le compte de la Fondation Konrad Adenauer à l'automne 2020 par Philipp Marsden et Rupprecht Podszun. Ce rapport met en exergue trois principes dont la logique ressort indubitablement de principes concurrentiels ordolibéraux et non fondés sur l'efficience. Le premier est le principe d'accès au marché, le second tient en la garantie d'une absence de discrimination sur le marché, et enfin le troisième réside dans le respect de la souveraineté économique des agents économiques[98].

Ces dimensions sont d'autant plus fondamentales que les grandes plateformes se comportent comme des pouvoirs régulateurs sur leur propre écosystème. Elles peuvent décider qui accède au marché et sous quelles conditions. Elles peuvent unilatéralement imposer les termes des transactions, voire dicter algorithmiquement la politique de prix de leurs complémenteurs. Le pouvoir économique dont les plateformes bénéficient les dote d'une capacité de structuration du marché incompatible avec les conditions d'une concurrence complète. Il s'agit indubitablement plus d'un dommage au processus de concurrence que d'un dommage au bien-être du consommateur. L'approche plus économique n'est qu'un instrument imparfait dans ce cadre pour saisir les dommages à la concurrence qui en découlent.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'envisager le *Digital Markets Act* (DMA) proposé le 15 décembre 2020 par la Commission européenne[99]. Celui-ci se place en complémentarité tant avec l'application des règles de concurrence (en l'espèce l'article 102 du Traité) qu'avec les logiques de régulation sectorielle. Il serait possible, en effet, de considérer que les règles de concurrence répondent à une visée logique d'efficacité et d'analyser les dispositions du DMA sous l'angle d'une régulation visant à permettre un accès non faussé au marché dans des situations caractérisées par des défaillances de marché.

Dans ses considérants, le DMA se donne deux objectifs qu'il est possible de lire dans une logique ordolibérale. Il s'agit à la fois de garantir la contestabilité des marchés et leur *fairness*. L'un et l'autre de ces termes semblent issus

d'une plateforme suppose pour les complémenteurs d'accepter les termes contractuels que celle-ci impose.

98 P. Marsden et R. Podszun, *Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement*, Berlin, Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

99 Commission européenne, Proposition de Règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (Digital Markets Act), COM(2020) 842 final, 15 décembre 2020.

de l'*Antitrust* américain. La notion de contestabilité a été construite par Baumol, Panzar et Willig dans le cadre des discussions autour du démantèlement d'AT&T au début des années 1980[100]. La notion de *fairness* semble se rattacher à la notion de raisonnabilité défendue par les économistes insitutionnalistes américains dans le premier tiers du XX^e^ siècle.

Cependant, il est également possible de relire ces deux notions dans une optique plus européenne. La contestabilité peut être lue dans une perspective de garantie d'accès au marché, de libre concurrence. Elle peut donc être conçue comme la garantie d'une réelle concurrence pour le marché. La *fairness* quant à elle peut être conçue comme une absence de distorsions dans la concurrence dans le marché. Cette notion fait écho aux notions d'égalité et de loyauté dans la concurrence[101]. La notion de concurrence libre et non faussée peut être considérée comme le fondement de l'approche du DMA tout comme celle de la préservation du processus de concurrence contre les abus de pouvoirs économiques privés[102].

4.2 *Ce que peut changer le* Digital Markets Act

Les débats noués autour du DMA permettent d'illustrer de nombreux points de tensions entre l'approche néolibérale et l'approche ordolibérale. Plusieurs points peuvent être soulignés. Un premier tient au retour à des règles *per se*, un second à un accent mis sur des critères hors efficience et enfin un troisième à la part de discrétion dont jouira la Commission.

Le premier point tient à la place de l'approche par les effets par rapport à des règles formelles. Le DMA repose sur des *dos and donts*. Les articles 5 et 6 présentent par exemple des pratiques en liste noire ou en liste grise. Une fois qu'une firme est désignée comme contrôleur d'accès, les règles s'appliquent sans qu'une balance des effets soit à réaliser. Ses possibilités de défense sur la base de l'efficience sont très limitées. La substitution d'une approche *per se* à une analyse sur la base des effets correspond à une ligne de fracture nette entre approche chicagoéenne et approche ordolibérale[103].

---

100 W. J. Baumol, J. C. Panzar et R. D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

101 M. Malaurie-Vignal, « La loyauté, l'égalité et l'équité en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation*, 2021, n° 2, février, repère 2.

102 Rappelons que le DMA n'est pas appelé à se substituer à l'application de l'article 102 du Traité mais pourra être un outil complémentaire. L'approche par les effets pourra donc perdurer en matière de sanction des abus de position dominante.

103 R. Chopra et L. Khan, « The Case for "Unfair Methods of Competition" Rulemaking », *Chicago Law Review*, 2020, vol. 87, pp. 357–379.

La relative marginalisation des tests économiques dans la décision concurrentielle au profit de principes fait également écho aux controverses aux États-Unis entre approche technique de l'*Antitrust*[104] et *hipster Antitrust*, expression utilisée pour dénigrer le courant néo-brandeisien[105]. Comme l'écrit Lina Khan en évoquant le rapport du *Department of Justice* qui avait marqué à l'automne 2008 l'apogée de l'approche économique en matière d'*Antitrust* aux États-Unis : « *The fact that antitrust had shed its public appeal in favor of an expert-driven enterprise – becoming "less democratic and more technocratic" – was generally seen as further evidence of its success* »[106]. La concurrence était dès lors vue comme une question purement technique et qui ne relevait en aucun cas de choix politiques. Il s'agit dans cette perspective de protéger la sphère des activités économiques des interférences de la sphère politique, toujours susceptible d'être l'objet de vagues populistes[107]. Les règles de concurrence n'ont pas à refléter dans cette perspective des choix collectifs sauf à renoncer à toute objectivité et à impliquer des pertes d'efficience.

Le deuxième point porte sur la place du critère de l'efficacité dans la décision concurrentielle. Les contentieux concurrentiels noués autour de la thématique de l'auto-préférence (*self preferencing*) par la Commission européenne témoignent de l'acuité de cette question. La décision *Google Shopping* et les griefs notifiés à Amazon et à Apple entrent dans ce cadre[108]. La décision *Google Shopping* est emblématique des divergences d'appréciation

104 D. A. Crane, « Technocracy and Antitrust », *Texas Law Review,* 2008, vol. 86, pp. 1159 et s.

105 G. Shapiro, « Antitrust in a Time of Populism », *International Journal of Industrial Organization*, 2018, 61, pp. 714–748. Pour une présentation des dénominations utilisées pour caractériser les différentes sensibilités *antitrust* contemporaines, voy. J. Newman, « Reactionary Antitrust », *Concurrences*, 4–2019, pp.66–72. Le courant « néo-brandeisien » est nommé comme tel en ce qu'il reprend les positions qu'avait prises Louis Brandeis, avant son accession à la Cour Suprême des États-Unis en 1916. Pour lui nulle position de monopole ne pouvait être acquise par les seuls mérites et l'existence même d'une telle position de marché faisait obstacle à une concurrence loyale. La *dominance* ne pouvait procéder d'une efficacité supérieure initiale et était porteuse de perte d'efficacité. Tim Wu, professeur de droit à l'Université de Columbia, reprit comme titre de son ouvrage de 2018, *The Curse of Bigness*, le titre même d'un article publié par Louis Brandeis: T. Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York, Columbia Global Report, 2018.

106 L. Khan, « The End of Antitrust History Revisited », *Harvard Law Review*, 2020, vol. 133, pp. 1655–1682, spec. p. 1655.

107 H. Hovenkamp, « Whatever Did Happen to the Antitrust Movement », *Notre Dame Law Review*, 2018, vol. 94, n°2, pp. 583–638.

108 Commission européenne, notification des griefs du 30 avril 2021, *Apple*, Affaire AT.40437.

susmentionnées. La sanction a été décidée sur la base d'une différence de traitement entre les services rendus par la plateforme et ceux prestés par des tiers. C'est l'inégalité de traitement et donc la discrimination qui justifie la sanction et non la mesure d'un effet net négatif des pratiques sur le bien-être du consommateur. Dès lors qu'un opérateur dominant met en œuvre une stratégie de nature à induire une rupture d'égalité en aval il peut être sanctionné, que cette rupture d'égalité se fasse au profit de son service aval (s'il est verticalement intégré) ou d'un opérateur aval tiers (si ce dernier a des liens contractuels avec lui conduisant à un traitement préférentiel). Cette exigence de non-discrimination est rejetée par les tenants de l'approche plus économique en ce qu'elle peut potentiellement priver le consommateur d'offres plus efficaces, elle n'en est pas moins essentielle dans un sens ordolibéral en ce que l'auto-préférence peut mettre en cause une concurrence libre et non faussée sur les marchés numériques[109]. Cette exigence de neutralité peut être vue comme conduisant à imposer des obligations proches de la théorie des facilités essentielles aux plateformes dominantes (accès obligatoires dans des conditions techniques raisonnables et non discriminatoires) pouvant conduire à des obligations de type *common carrier* pour reprendre les catégories britannique et américaine[110]. Elle peut aussi conduire à des règles *per se* prohibant l'auto-préférence et ne laissant donc que très peu de place à une défense sur la base de l'efficience comme cela semble devoir être le cas dans le cadre du DMA.

Le troisième point porte sur la discrétion dont va pouvoir jouir la Commission dans le cadre de l'application du DMA. C'est un paradoxe sachant que les règles sont posées *ex ante*. Mais deux questions sont possibles. Une première a trait à leur caractère trop rigide dans un secteur évolutif. Une seconde concerne les marges de manœuvre dont jouit la Commission pour faire évoluer ces catégories, en ajoutant par exemple certaines pratiques à la liste.

---

109 Pour une revue de littérature sur la question de l'autopréférence, voy. F. Marty, « Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to Tackle the Issue of Self-Preferencing? », *GREDEG Working Paper*, n°2021–20.

110 Une telle régulation peut être envisagée dès que l'activité de l'entreprise a un impact sur des dimensions sociales limitrophes, comme la distribution du bien-être ou le pluralisme de l'information. Le juge Clarence Thomas a ainsi défendu, dans le cadre d'une opinion dissidente en avril 2021, l'application d'une réglementation sur les *common carriers* aux plateformes numériques (US Supreme Court, Décision du 5 avril 2021, *Joseph R. Biden, President of the United States, et al. v. Knight first amendment institute at Columbia University, et al. on petition for writ of certiorari to the United States court of appeals for the second circuit*, No. 20–197).

5 Discussion : La politique européenne de concurrence, entre interventions ciblées et *rule of law*

De fait, le débat entre approche plus économique et approche par les règles dans la constitution économique européenne illustre la tension entre interventions étatiques finalisées et construction d'un cadre démocratique délibératif commun[111]. L'intervention que propose l'approche chicagoéenne se présente comme neutre et objective. L'efficacité est présentée comme une option indiscutable. Le domaine de la politique, du choix, n'est que second. Il s'exprime dans les domaines de la redistribution. Il se situe en aval et ne doit pas interférer avec le domaine de l'économie. Ce caractère second du politique n'est pas que chronologique, il peut apparaître également comme subordonné à la réalisation de fins économiques.

Le propre de l'approche de la *Law and Economics* est d'avoir une conception instrumentale et finalisée de la règle de droit. Celle-ci peut être utilisée à des fins de réalisation de l'efficacité économique. Une règle de droit peut donc, à l'inverse de l'approche autrichienne, être construite dans un but précis. La constitution économique ne revêt pas le sens qui est le sien dans l'approche ordolibérale ou dans le cadre d'une approche autrichienne. Nous sommes ici dans le domaine des règles d'organisation. La règle ne tire pas sa valeur de sa généralité ou de la sécurité juridique qu'elle garantit mais de ses effets. La logique qui prévaut dans la décision de justice, la balance des effets, est réalisée au cas par cas et le critère pertinent est celui de l'efficacité économique.

L'approche plus économique participe donc d'une logique qui attribue une finalité à la règle de droit, finalité qui ne correspond pas à la délibération démocratique ou à la garantie de l'État de droit. L'efficacité économique peut en effet aller à l'encontre de la *rule of law*. Une telle situation est paradoxale en ce que la relation entre respect de l'état de droit et croissance ou démocratie et croissance a pu être de longue date établie dans la littérature économique. Cependant, l'une des grandes interrogations liées à l'École de Chicago tient à

111 Pour Kampourakis, la constitution économique européenne participe de cette logique d'isolation de la sphère économique contre tout choix collectif émanant de la sphère politique (I. Kampourakis, « Bound by the Economic Constitution: Notes for "Law and Political Economy" in Europe », *op. cit.*). Il définit en effet cette constitution économique comme: "*the ensemble of rules that undergrid the supranational economy and which in their fundamental goal to create and protect the internal market, have consistently performed the function of insulating the economy from democratic contestation*" (*ibid.*, p.301). N.d.E. : voy. aussi *infra* dans ce volume, la conclusion de C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

sa compatibilité avec des logiques illibérales au point de vue économique[112]. La promotion des libertés économiques l'emporte sur la garantie des libertés politiques.

Paradoxalement, l'approche ordolibérale fait l'objet à l'heure actuelle de critiques comparables. L'origine en est l'assimilation de la politique européenne actuelle à celle-ci. Ce grief s'appuie sur la critique d'une politique de plus en plus finalisée et discrétionnaire. Celle-ci porterait des objectifs d'efficacité pouvant mettre en cause la stabilité des règles, la *rule of law* ou la délibération démocratique.

Il est possible de renvoyer vers les travaux de Robert Salais[113] reprochant à la construction européenne de s'être orientée à partir des années 1980 vers un projet de planification d'un marché parfait reposant sur un projet de construction d'un marché à partir d'interventions de plus en plus finalisées. Dans cette perspective, la convention de l'État portée par la construction européenne est celle de l'État absent. L'État intervient dans l'économie au travers de la production de règles visant à développer les espaces de régulation marchande au détriment de l'action publique. Dans une perspective coasienne, le traitement des questions d'externalités peut être soustrait du choix collectif pour être pris en charge par des ajustements de marché. La logique chicagoéenne est alors sous-jacente : accroître la sphère du marché par rapport à la sphère politique. Cependant, l'un des points spécifiques de l'analyse de Robert Salais tient au fait que la construction européenne se distingue par la mise en œuvre simultanée de ce programme que l'on pourrait qualifier rapidement de néolibéral et d'une logique interventionniste, verticale et discrétionnaire à la française qu'il qualifie de convention de l'État extérieur. Cette convention se caractérise par le fait que l'intérêt général peut être défini par le seul État et sa réalisation imposée aux parties prenantes sans délibération démocratique. Son expression de *planification du marché parfait* rend compte de cette *chimère* en matière d'intervention publique, éloignée des objectifs initiaux de la construction européenne[114].

Le travail de Robert Salais nous invite à réinterroger l'histoire de la construction européenne. En effet, si les débats actuels peuvent être considérés avec une circonspection certaine en regard des confusions entre les différentes

112 F. Marty et T. Kirat, « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques et de la démocratie », *op. cit.*

113 R. Salais, « Revisiter la question de l'État à la lumière de la crise de l'Europe : État extérieur, situé ou absent », *op. cit.*

114 F. Marty, « Conventions de l'État et politique de concurrence européenne », *Document de travail* GREDEG, 2019, n° 2019–39.

modalités du néolibéralisme et de l'assimilation de la politique européenne actuelle à un ordolibéralisme tel qu'il s'est construit dans les années 1930 et 1940, un retour à l'histoire peut être particulièrement intéressant. Il est en effet pertinent de revenir sur les divergences de vues entre les ordolibéraux allemands quant aux débuts mêmes de la construction européenne[115]. Stefan Kolev montre les divergences de vues entre Wilhem Röpke, d'une part, et Ludwig Erhard et Alfred Müller-Armack[116], d'autre part[117]. À la différence des seconds les activités du premier se sont essentiellement exercées dans le monde universitaire. Son approche de la construction européenne était celle de la recherche d'un optimum de premier rang ordolibéral sur la base de principes faisant écho à un modèle helvétique[118].

Un arbitrage peut en effet être fait comme le relève Kolev entre une Union bâtie sur le modèle suisse et une Union fondée sur le modèle français. Le premier modèle est celui d'une entité décentralisée au point de vue politique, unifiée au point de vue économique et libre-échangiste. Le second modèle est considéré comme politiquement centralisé, économiquement intégré et possiblement protectionniste. La vision de Röpke s'inscrivait à la fois dans son expérience d'enseignant à Genève[119] et une appréciation positive de l'expérience politique allemande d'avant l'unification de 1870, celle du *Kleinstaaterei*. Pour lui le morcellement politique pouvait permettre de combiner libre-échange et expérimentations juridiques, sociales et politiques. Ce modèle, tout comme celui de la Confédération helvétique, paraissait à Röpke

115 N.d.E. : en ce sens, voy. *infra* dans ce volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

116 Le concept d'économie sociale de marché a été forgé par Müller-Armack (A. Müller-Armack, « The Social Market Economy as an Economic and Social Order », *Review of Social Economy*, 1978, vol. 36, n°3, pp. 325–331). Müller-Armack ne fut pas le seul ordolibéral considéré avec méfiance par les autres membres de la Société du Mont Pèlerin dans ses premières années. Cela était également le cas de Rüstow, écarté du fait de son approche trop *socialisante* qui l'avait conduit à s'opposer frontalement à von Mises dans le cadre du Colloque Lippmann de 1938 (S. Kolev, N. Goldschmidt et J.-O. Hesse, « Walter Eucken's Role in the Early History of the Mont Pèlerin Society », *op. cit.*).

117 S. Kolev, « 'Large Switzerland' or 'Large France'? The Ordoliberals and Early European Integration », in F. Giavazzi, F. Lefebvre D'Ovidio et A. Mingardi (dir.), *The Liberal Heart of Europe. Essays in Memory of Alberto Giovannini*, Londres, Palgrave MacMillan, 2021, pp. 47–66.

118 N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, S. Audier, « Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien? ».

119 Il a rejoint Genève en 1937 après quatre premières années d'exil en Turquie. Alexander Rüstow avait également quitté l'Allemagne pour Istanbul jusqu'en 1945.

comme une voie de construction européenne idéale[120]. Comme le décrit Kolev[121], les préférences de Röpke consistaient en cinq caractéristiques. La première était un retour à la situation de la mondialisation d'avant 1914 (du moins une version idéalisée de celle-ci) combinant libre-échange, stabilité monétaire et multilatéralisme en matière de relations internationales. La deuxième tenait à la mise en œuvre de politiques ordolibérales dans chaque État. La troisième résidait en une convertibilité des monnaies. La quatrième résidait en l'abandon de toute approche planiste. La cinquième était de se garder de l'*économisme* dans la construction européenne, c'est-à-dire une vision de l'intégration qui se limiterait aux seules dimensions économiques au détriment des dimensions politiques et culturelles.

Les principes de Röpke, inspirés par le catholicisme social des années 1930, tenaient donc à la combinaison du fédéralisme, de la décentralisation et de la subsidiarité. Le lieu de la délibération démocratique devait rester situé au sein des États sur le modèle des cantons suisses et non d'un État centralisé. À l'inverse de Director et des économistes de la Seconde École de Chicago, Röpke rejetait la séparation des sphères économiques et politiques. La sphère économique fonctionne sur la base de choix politiques et de valeurs[122]. De la même façon, le modèle de Röpke (ou celui de l'économie sociale de marché de Müller-Armack[123]) se distingue de l'approche chicagoénne en ce qu'il fait écho au modèle de capitalisme de propriétaires défendu par John Rawls[124], alors que celle-ci fait plus écho à ce que Rawls nommait le capitalisme de

120 La question de la décentralisation est essentielle tant pour les ordolibéraux que pour les économistes de la Première École de Chicago. La décentralisation a un aspect politique (*strenghtening federalism*) et un aspect économique (*disempowering the economy*).

121 S. Kolev, « 'Large Switzerland' or 'Large France'? The Ordoliberals and Early European Integration », *op. cit.,* p. 53.

122 W. Röpke, *International Economic Disintegration*, *op. cit*.

123 La notion d'« économie sociale de marché » peut s'apprécier au travers de l'exemple de la Loi Fondamentale allemande et notamment son article 2, alinéa 1 (selon H. C. Nipperdey). La « constitution économique » de la République fédérale d'Allemagne comprendrait neuf premiers points qui font écho aux libertés de marché (libre concurrence, liberté du commerce, liberté contractuelle, liberté en matière de consommation, d'association ou de choix de profession, garantie des droits de propriété) et enfin un dixième point lié aux dimensions sociales (voy. Mongouachon, « Les débats sur la constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, vol. 90 n°2, pp. 303–337). N.d.E. : cette interprétation fut néanmoins rejetée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande (voy. *infra* dans ce volume, P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law»).

124 J. Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2001.

laissez-faire. La démocratie de propriétaire de Rawls repose sur une limitation des inégalités économiques dont l'un des effets recherchés est d'éviter la capture du pouvoir politique. Pour ce qui était de la Première École de Chicago, Simons considérait également que la liberté supposait une égalité en termes de pouvoirs économiques et politiques entre les personnes[125]. Comme le note Gamel, « [e]n résumé, c'est donc bien l'idée d'une dispersion la plus large possible du pouvoir qui illustre le mieux la grande cohérence des volets politique et économique du libéralisme rawlsien »[126]. L'ordolibéralisme est en ce sens rawlsien et jeffersonien : il est méfiant à la fois vis-à-vis de la concentration du pouvoir économique et du pouvoir politique. Röpke porte particulièrement cette logique décentralisée.

L'approche de l'ordolibéralisme défendue par Röpke, très peu ouverte au compromis, ne pouvait que l'éloigner des accords progressivement négociés, qu'il s'agisse de la CECA ou de la CEE. La coordination par une autorité lui semblait porter une logique supranationale et planiste. Il s'opposa donc au compromis de 1957[127] qui ne lui semblait pas porter son option d'un *liberalism from below*[128]. Ses positions s'écartèrent donc de celles de Müller-Armack, plus prompt à adopter un libéralisme pragmatique[129] et considérant les ambiguïtés initiales du Traité comme un acceptable optimum de second rang. Les premières décennies de l'histoire de la construction européenne donnèrent d'ailleurs raison à ce dernier dans la mesure où l'équilibre potentiel initial

125 H.C. Simons, « Introduction – A Political Credo », *op. cit*. Simons était, de façon très significative, partisan d'un impôt sur le revenu progressif (M. Reder, « Chicago School », *op. cit.*), ce qui le distinguait de la Seconde École de Chicago et des vues de Hayek mais ce qui le rapprochait des positions de Röpke (W. Röpke, *Civitas humana* (1944), 2e ed., Paris, Librairie Médicis, 1946) qui défendait également un fort degré de redistribution via l'imposition progressive des revenus et des successions.

126 C. Gamel, *Esquisse d'un libéralisme soutenable – Travail, capacités, revenu de base*, Paris, Presses Universitaires de France, 2021 p. 33.

127 F. Marty, « Towards an Economics of Convention-Based Approach of the European Competition Policy », *Historical Social Research*, 2015, vol. 40, n°1, pp. 94–111.

128 R. Sally, « Wilhem Röpke and International Economic Order: 'Liberalism from Below' », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirschaft und Gesellschaft*, 1999, vol. 50, pp.47–51. N.d.E.: voy. aussi *supra* dans ce volume, S. Audier, « Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ».

129 P. Commun et R. Fèvre (*Walter Eucken entre économie et politique*, Lyon, ENS Editions, 2019) considèrent que sa position constitue un affaiblissement de l'approche ordolibérale. Suivant Mongouachon (C. Mongouachon, « Recension d'ouvrage : *Walter Eucken entre économie et politique* », *op. cit.*), nous avons tendance à considérer qu'il s'agit d'une transition assez classique entre la construction d'un cadre théorique et sa mise en œuvre dans une politique publique.

entre politiques de concurrence et politiques industrielles bascula progressivement en faveur des premières[130].

Lola Avril, de même qu'Ergen et Kohl, a d'ailleurs montré que le basculement vers une approche concurrentielle très chicagoéenne s'est fait dans les années 1970 et 1980 dans le cadre de contentieux axés sur la question des droits de la défense[131]. Ce mouvement parallèle à celui observé aux États-Unis, avec un décalage, et somme toute convergent avec l'hypothèse de la L&PE d'un consensus de la fin du XX^e^ siècle, se serait combiné au sein de la CEE puis de l'Union européenne à une montée en puissance de l'administration à partir des années 1980. L'hypothèse d'une Union européenne plus proche d'un modèle à la française que d'un modèle à la suisse rejoint celle de Robert Salais. L'efficience est le seul objectif, le choix démocratique est vu comme un risque[132], la gouvernance par les marchés est vue comme un idéal, mais le management technocratique repose de plus en plus sur des interventions ciblées et de moins en moins sur des règles générales.

Le débat noué autour de la politique européenne de concurrence et plus largement de la politique menée par la Commission illustre les enjeux posés par la place de l'objectif économique, réduit en l'espèce à l'objectif d'efficience. La L&PE montre comment cet objectif est devenu consensuel aux États-Unis à partir de la fin des années 1960[133]. Elle montre également quelles

130 L. Warlouzet, « The EEC/EU as an evolving compromise between French Dirigism and German Ordoliberalism », *Journal of Common Market Studies*, 2019, vol. 55, pp.77–93; M. Vay, « L'impossible doctrine européenne du service public – aux origines du service d'intérêt économique général (1958–1968) », *Revue française de science politique*, 2019, vol. 69, n°1, pp. 75–94. Globalement l'influence ordolibérale sur la politique de concurrence européenne s'exerça très progressivement. Si son premier vecteur, le Règlement 17/62, conduisit à une saturation des services de la DG IV (L. Warlouzet, « Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire. La naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960 », *Histoire, Économie et Société*, 2008, vol. 27, n°1, pp. 47–61), ce fut surtout la pratique décisionnelle de la Cour de Justice que l'influence ordolibérale s'est exercée.

131 L. Avril, « Passer à l'Europe. Logiques et formes de l'investissement des premiers Eurolawyers dans les politiques européennes », *Politique européenne* 2020, vol. 69, n° 3, pp. 124–148 ; T. Ergen et S. Kohl, « Varieties of Economization in Competition Policy: Institutional Change in German and American Antitrust, 1960–2000 », *Review of International Political Economy*, 2019, vol. 26, n° 2, pp. 256–286.

132 J.P. Fitoussi, *La règle et le choix – de la souveraineté économique en Europe*, Paris, Seuil, 2005.

133 Insistons néanmoins sur le fait, déjà mentionné *supra*, que l'approche dite plus économique n'est pas l'apanage de la seule Seconde École de Chicago. Elle a été acceptée et mise en œuvre par l'École dite de Harvard dès les années 1970. Jedediah Britton-Purdy *et al.* (J. Britton-Purdy, D. Singh Grewal, A. Kapczynski et K. Sabeel Rahman, « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth Century Synthesis »,

sont les conséquences politiques (et économiques en termes d'inégalités et de concentration du pouvoir économique) de ce choix qui ne peut être tenu comme neutre. Cette focalisation sur l'efficience économique a également des conséquences en termes de définition et de mise en œuvre des politiques publiques. Elle réduit inexorablement la place de la délibération démocratique au profit de la décision technique et managériale. Cette tendance était présente dès l'entre-deux-guerres tant en Europe qu'aux États-Unis. La notion d'*intelligent handling* de l'économie devait s'imposer par rapport au laissez-faire qui lui reposait sur la main invisible.

Lippmann lui-même, qui fut à l'origine indirecte de la première réunion des néolibéraux (ordolibéraux et néolibéraux américains) dans les années 1930 à Paris[134], insistait sur cette dimension technocratique. On la retrouvait également dans la communauté des ingénieurs américains dans les années 1920 et 1930 pour prôner d'étendre le management scientifique des ateliers à la coordination inter-entreprises[135]. Cependant, cette défense de l'interventionnisme, défendue par un publiciste et par des associations d'ingénieurs tayloristes, était à l'opposé de la logique ordolibérale ou de l'approche autrichienne. Elle fait cependant bien plus écho à la Seconde École de Chicago. Celle-ci adosse les règles de droit sur le calcul économique. La règle donne un signal de prix qui doit guider les décisions humaines (lesquelles sont basées sur des calculs coûts avantages). Au point de vue « micro-économique », le juge est un législateur interstitiel qui peut définir la solution la plus efficace économiquement. Au point de vue « macroéconomique », l'action sur la règle de droit – une ingénierie juridique en d'autres termes – peut conduire à un résultat social plus efficace. L'approche est normative et fondée sur le calcul ou du moins sur l'anticipation des effets de la règle sur le comportement futur des agents économiques.

En ce sens, la Seconde École de Chicago se distingue des autres variantes du « néolibéralisme » par sa conception des règles de droit et par l'admission d'interventions finalisées dans la sphère économique. Cette intervention lui paraît légitime en ce qu'elle est fondée sur le calcul. Elle promeut l'efficience

---

op. cit., pp. 1815 et 1816) montrent comment la constitution de la Seconde École de Chicago a débuté comme une réaction conservatrice vis-à-vis de la montée de la régulation publique du fait du *New Deal* et comment l'argument de l'efficacité a pu devenir consensuel à partir des années 1960 et 1970 auprès d'une large part des décideurs politiques en ce qu'il est présenté comme un préalable nécessaire à une redistribution.

134 S. Audier, *Le Colloque Lippmann : aux origines du néo-libéralisme, op. cit.*

135 F. Marty et T. Kirat, « De la Grande Guerre à la National Recovery Administration (1917–1935) : Les arguments en faveur d'une concurrence régulée dans les États-Unis de l'entre-deux-guerres », *Revue de l'OFCE*, 2021, vol. 171, n°1, pp. 239–278.

et paraît à ce titre neutre, objective et profitable à tous. Elle relève donc d'une vision managériale et technocratique du fonctionnement de l'économie qui pose à la fois le problème de la relation entre l'économie et le droit et celle de la relation entre la politique économique et la délibération démocratique[136]. Nul débat n'apparaît comme légitime dès lors qu'il n'y a pas d'alternative.

Cette option peut avoir des conséquences pour le moins négatives en termes démocratiques. Luigi Zingales relève le paradoxe de l'analyse économique actuelle : le consommateur est réputé rationnel dans la sphère du marché pour conduire ce dernier vers une allocation efficace des ressources, mais il est considéré dans le même temps incapable de faire un choix éclairé en termes politiques[137]. Il est possible de relever ici la double influence de la Seconde École de Chicago et de l'École de Virginie (théorie des choix publics). Si les défaillances de marché sont rares, les défaillances de la sphère politique sont nombreuses. Le choix politique est vu comme un choix pris par des acteurs non rationnels, myopes, ou encore inconstants dans le temps[138].

136 Il conviendrait ici de mettre en perspective cette absence d'alternative chicagoéenne avec la neutralité de la constitution économique ordolibérale. La logique portée par la Seconde École de Chicago fait qu'il est possible d'identifier l'intérêt général et qu'il est également possible de définir les règles d'organisations idoines pour l'atteindre. La fonction objective n'est pas susceptible de discussion dès lors qu'on assimile l'efficacité maximale avec l'intérêt général et que l'on suppose une redistribution possible *ex post* dans une logique de compensation (même hypothétique) à la Kaldor-Hicks. À l'inverse, la constitution ordolibérale est neutre. Elle ne porte pas d'objectifs finalisés et vise simplement à permettre aux agents économiques d'exercer leurs libertés de marché. Il ne s'agit donc pas de contraindre les comportements dans une direction donnée. La différence, si l'on se base sur le cas allemand, vient de ce que l'approche de la constitution économique ne relève pas de la recherche d'un état donné de l'économie (*Seinordnung*) mais d'une constitution (*Wirtschaftsverfassung*) qui relève d'un devoir être (*Sollenordnung*). Il s'agit, comme le montre Mongouachon, d'élaborer un cadre économique (C. Mongouachon, « Les débats sur la constitution économique en Allemagne », *op. cit.*). Il n'y a donc pas – du moins dans une certaine mesure – de décision économique positive dans la constitution économique (*Nicht-Entscheidung*), ce qui fonde l'hypothèse de neutralité économique de la Constitution. N.d.E. : voy. aussi *infra* dans ce volume, P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law ».

137 L. Zingales, « The Political Limits of Economics », *American Economic Association Papers and Proceedings*, 2020, vol. 110, pp. 378–382.

138 F.E. Kydland et E.C. Prescott, « Rules rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, 1977, vol. 85, n°3, pp. 473–492.

Il est alors légitime dans cette perspective de protéger la sphère économique contre les interférences qui pourraient provenir de la sphère politique[139].

Cependant, les effets de cette approche peuvent aller jusqu'à une sélection sur la base des enseignements de l'analyse économique des règles existantes à appliquer, comme le souligne Luigi Zingales[140]. Le « mouvement néo-Brandeis » en matière de concurrence aux États-Unis a fait l'objet de vives critiques de la part des tenants du *consensus Antitrust*. Il est décrié car non technique, non basé sur de l'analyse économique solide, aisément *capturable*, voire populiste. L'idée est qu'une politique de concurrence rationnelle ne doit suivre qu'un seul objectif l'efficacité et que ce dernier est défini par l'analyse économique. Que faire alors d'une règle de droit qui s'écarte des recommandations de l'analyse économique ?

L'exemple du *Robinson-Patman Act* de 1936 donne la réponse : la règle n'est plus appliquée. Zingales[141] montre que cet amendement, qui ajoutait à la Section 2 du *Clayton Act* de 1914 une interdiction de discrimination entre les acheteurs, n'est plus appliqué dans la mesure où il est dénoncé comme « *inconsistent with the antitrust goal of promoting competition* »[142]. Or, les débats actuels sur la concurrence dans le numérique, et notamment les stratégies d'auto-préférence, montrent que cette question est déterminante pour le contrôle de l'exercice des pouvoirs économiques privés.

Nous avons noté *supra* que selon certains auteurs[143], l'un des traits caractéristiques du néolibéralisme américain était de « *fortify the line between the political and the economic by shielding economic power from political disruption* ». Une des critiques faites à l'UE est de porter un agenda économique pouvant conduire à interférer avec la sphère politique parfois au détriment des principes constitutionnels qui doivent régir celle-ci. Il s'agit donc dans une certaine mesure de préserver le sens de la constitution économique qui tient à la stabilité et à la généralité des règles[144]. Les libertés sont garanties par

139 N.d.E. : pour une analyse de l'influence de ces théories sur l'Union économique et monétaire, voy. *infra* dans ce volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

140 L. Zingales, « The Political Limits of Economics », *op. cit.*

141 *Ibid.*

142 R.D. Blair et C. DePasquale, « Antitrust's Least Glorious Hour: The Robinson-Patman Act », *Journal of Law and Economics*, 2014, vol. 57, n° S3, pp. 201–215, spéc. p. 214.

143 J. Britton-Purdy, D. Singh Grewal, A. Kapczynski et K. Sabeel Rahman, « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth Century Synthesis », *op. cit.*, p. 1810.

144 N.d.E. : pour une réflexion sur le sens et l'évolution de la « stabilité » défendue par la Constitution économique européenne, voy. *infra* dans ce volume, S. Cafaro, « The Evolving Economic Constitution of the European Union: Eulogy to Stability? ».

le respect des règles fondamentales de l'État de droit. Des interventions finalisées n'ont pas à les compromettre ou à les contraindre tant dans la sphère économique que dans la sphère politique. Nous avons vu que l'un des traits caractéristiques de la *Law and Economics* était son instrumentalisme. Celui-ci vient de son histoire propre et tire ses racines du *Legal realism* américain du début du XX^e siècle. Cet instrumentalisme peut faire du droit un instrument de transformation sociale d'un point de vue égalitaire et émancipateur. Il peut cependant également le conduire à ne prendre en considération que des dimensions strictement utilitaristes comme cela peut être dénoncé par la L&PE.

Le concept de constitution économique vise à ne pas instrumentaliser la règle pour atteindre une fin donnée et *a priori* ne vise pas à réaliser un agenda particulier. C'est un point qui est dénoncé par les tenants de la L&PE pour lesquels « *the economic constitution limits the scope of political possibility, setting implicit bounds on what type of policies might be deemed feasible and which are not* [...] »[145]. Leur argument tient au primat dans le droit européen des règles de concurrence et des quatre libertés sur les autres politiques sociales, industrielles, *etc.* qui sont à la fois menées sur une base nationale et conditionnées aux règles de concurrence.

Cependant, cette situation est le fruit d'une dynamique historique et non de l'esprit ou de la lettre du Traité[146]. Le poids relatif des différentes politiques publiques a pu effectivement être affecté par les modalités de mise en œuvre du droit européen, conduisant à marginaliser la place de certaines politiques décidées par les États membres. Cette critique mise en avant par la L&PE peut être acceptée d'autant plus aisément que le phénomène ne résulte pas d'une volonté de faire prévaloir un agenda « ordolibéral » sur d'autres politiques publiques, mais qu'il procède plus d'une dynamique autonome des règles produite par leur mise en œuvre par les parties prenantes. Cette dynamique a pu être portée par l'effet direct des règles européennes[147] conduisant à une prédominance de celles-ci sur les règles nationales[148].

---

145 I. Kampourakis, « Bound by the Economic Constitution: Notes for "Law and Political Economy" in Europe », *op. cit.*, p. 314. N.d.E. : en ce sens, voy. aussi *infra* dans ce volume, S. Adalid, « De la constitution économique à la constitution écologique: l'avènement de la méta-politique ».

146 M. Vay, « L'impossible doctrine européenne du service public – aux origines du service d'intérêt économique général (1958–1968) », *op. cit.*

147 CJCE, Jugement du 5 dévrier 1963, *van Gend en Loos*, Affaire 26/62 (EU:C:1963:1).

148 CJCE, 15 juillet 1964, *Costa v. ENEL*, Case 6/64 (EU:C:1964:66).

Pour la L&PE, ce processus revient à la même logique que celle qui est défendue par l'École de Chicago. Dans le cadre de celle-ci, c'est le marché – créé par la réglementation publique – ou, à défaut, le juge qui décide sur la base de l'efficacité. Dans le cadre « ordolibéral », il y aurait une sur-constitutionnalisation de certaines règles qui induit une asymétrie conduisant la règle de droit à masquer une politique donnée[149] qui immuniserait l'application des règles européennes de toute objection politique et de toute possibilité de revirement[150]. Le formalisme dans cette perspective serait moins un principe de gouvernement qu'une stratégie de préservation d'une stratégie économique contre les choix démocratiques[151].

Conclusion

Pour autant, peut-on attribuer une finalité économique[152] au processus par lequel la construction européenne s'est réalisée à partir de la pratique décisionnelle de la Cour de la Justice ? Cette appréciation pourrait être remise en perspective avec les dimensions du Traité relatives à la solidarité entre les États membres. La construction européenne et – principalement pour notre propos – l'élaboration des règles de concurrence n'ont pas été menées à une fin d'efficacité allocative. La politique de concurrence européenne n'est pas réductible à l'approche plus économique. Le possible trait de convergence serait éventuellement à rechercher dans le développement d'interventions plus finalisées, plus discrétionnaires, moins assises sur des règles générales, moins contraintes par les règles et s'exerçant au cas par cas. Cette critique a été formulée pour de nombreuses politiques européennes dans les domaines financiers et monétaires depuis la crise de 2008[153]. Ce déplacement par rapport à la *rule of law* et surtout par rapport au cadre formel constitue un réel déplacement par rapport à l'ordolibéralisme et non pas un simple changement

149 A.-M. Burley et W. Mattli, « Europe before the Court: A Political Theory of Legal Interpretation », *International Organization*, 1993, vol. 47, n°1, pp. 41–76.

150 D. Grimm, « The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n°4, pp. 460–473.

151 I. Kampourakis, « Bound by the Economic Constitution: Notes for "Law and Political Economy" in Europe », *op. cit.*

152 T. Isikel, *Europe's Functional Constitution. A Theory of Constitutionalism beyond the State*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

153 N.d.E.: voy. *infra* dans ce volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? ».

de vecteur pour une même finalité politique[154]. Il constituerait alors un déplacement vers l'approche chicagoéenne plus qu'une preuve de la proximité entre les deux néolibéralismes[155].

Bibliographie sélective

Britton-Purdy, J., Singh Grewal, D., Kapczynski A., et Sabeel Rahman, K., « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth Century Synthesis », *Yale Law Journal*, 2020, vol. 129, pp. 1784–1835.

Gerber, D. A., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, New York, Oxford University Press, 1998.

Kampourakis, I., « Bound by the Economic Constitution: Notes for "Law and Political Economy" in Europe », *Journal of Law and Political Economy*, 2021, vol. 2, n°1, pp. 301–332.

Marsden, P., et Podszun, R., *Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement*, Berlin, Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

Marty, F., et Kirat, T., « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques et de la démocratie » *Revue Internationale de Droit Économique*, 2018, vol. XXXII, n°4, pp. 471–498.

Mongouachon, C., « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences,* 2011, n° 4, pp. 70–78.

154 L. P. Feld, E.A. Köhler et D. Nientiedt, « Ordoliberalism, Pragmatism and the Eurozone Crisis: How the German Tradition Shaped Economic Policy in Europe », *Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics*, 2015, n°15/04.

155 Il serait d'ailleurs possible de tracer un parallèle avec le contrôle exercé par la Cour Constitutionnelle allemande pour s'interroger sur la capacité des pouvoirs publics dans une configuration ordolibérale de prendre des décisions en matière économique qui pourraient être problématiques en matière de respect de l'État de droit. Comme le note Mongouachon (C. Mongouachon, « Les débats sur la constitution économique en Allemagne », *op. cit.*, p.327) dans le cas de l'Allemagne, « la liberté d'action du législateur [est] subordonnée au pouvoir d'interprétation de la Cour constitutionnelle ». La constitution économique à ce titre concilie l'autonomie de la décision publique avec le respect de libertés et de principes collectifs garantis institutionnellement (État de droit et État social). À cette aune, le modèle d'un capitalisme illibéral n'a pas de sens alors qu'il peut être envisageable au point de vue théorique dans une approche plus *économicisante* (J. Kwak, « Law and Economicism », *Critical Analysis of Law*, 2018, vol. 5, n°1, pp.39–59). Voy. également, G. Grégoire, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, avril 2021, vol. 2490–2491, n° 5–6, pp. 5–96.

Mongouachon, C., « Pour une concurrence régulée : l'apport de Leonhard Miksch » in H. Rabault (dir.), *L'ordolibéralisme. Aux origines de l'école de Fribourg im Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 161–187.

Simons, H.C., « The requisites of free competition », *American Economic Review*, 1936, vol. 26, n°1, pp. 68–76.

Vatiero, M., « Ordoliberal Competition », *Concorrenza e Mercato*, 2010, pp. 371–381.

Discussion
Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne

Claire Mongouachon

Introduction

Convoquer la pensée ordolibérale pour analyser la constitution économique européenne est aujourd'hui un passage obligé, tant cette doctrine a été mobilisée ces dernières années, souvent à des fins critiques, pour expliquer l'importance des réformes économiques structurelles menées dans les États membres de l'Union. De l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux autrefois organisées sous forme de services publics monopolistiques aux politiques de réduction des déficits publics sous la bannière de l'Union économique et monétaire, ces réformes ont été bien souvent présentées comme étant le résultat du néolibéralisme ou de l'ordolibéralisme[1]. Certains économistes[2], philosophes ou sociologues[3] ont ainsi exploré les liens entre l'Union européenne et l'ordolibéralisme pour tenter d'expliquer le primat accordé à la libre concurrence et à la stabilité de la politique monétaire.

Plus fondamentalement, certains auteurs n'hésitent pas à faire remonter l'origine du découplage entre l'économique et le social au traité de Rome. D'importantes compétences d'harmonisation en matière économique auraient été offertes, tandis que dans les autres domaines les compétences seraient restées limitées, préfigurant le phénomène d'intégration négative à l'œuvre dans la construction européenne[4]. L'influence de la doctrine ordolibérale

1 F. Denord, R. Knaebel et P. Rimbert, « L'ordolibéralisme allemand, cage de fer pour le Vieux Continent », *Le Monde diplomatique*, août 2015, pp. 20–21.

2 R. Salais, *Le viol d'Europe. Enquête sur la disparition d'une idée*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

3 P. Dardot et C. Laval, *Ce cauchemar qui n'en finit pas. Comment le néolibéralisme défait la démocratie*, Paris, La Découverte, 2016.

4 G. Majone, *Rethinking the Union of the Europe Post-Crisis. Has Integration Gone too Far ?*, Cambridge University Press, 2014, spéc. p. 151. Majone reconnaît que le traité de Rome ne paraît pas attacher de caractère normatif à la distinction entre intégration négative et intégration positive mais soutient que si le marché commun devait pouvoir être réalisé par

© CLAIRE MONGOUACHON, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_013
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

est alors soulignée pour expliquer que l'intégration européenne était à ses débuts « quasi exclusivement un projet économique »[5]. Mais certains travaux vont jusqu'à amalgamer ces différents facteurs, proposant une lecture quasi déterministe du mode actuel de gouvernance économique européenne. Celui-ci serait le résultat d'un « programme ordolibéral » accepté dès l'origine et visant la « construction d'un marché concurrentiel » doté de son propre appareil juridique et institutionnel[6].

L'enjeu politique d'un tel constat est fort, car celui-ci conduit à distiller dans le débat public l'idée que l'Union européenne serait entièrement façonnée par un programme idéologique, fermée à toute autre vision quant aux finalités et aux méthodes de réalisation de la construction européenne.

L'objet de cet article est de discuter le rôle qu'a pu jouer l'ordolibéralisme dans la formation et l'application de la constitution économique de l'Union européenne. Les caractéristiques de la constitution micro-économique ayant été brossées dans les contributions précédentes[7], il s'agit de mettre en évidence à la fois la force et les ambiguïtés du discours ordolibéral. On insistera sur le caractère pluriel des analyses que produit la pensée ordolibérale, tant les propositions ordolibérales ont été hétéroclites et mouvantes dans le temps, s'agissant aussi bien d'interpréter les règles du marché intérieur que les règles de concurrence.

En retraçant précisément l'orientation politique sous-jacente au droit du marché intérieur, Pieter Van Cleynenbreugel et Xavier Miny ont souligné que le critère de « l'accès au marché » constituait une valeur centrale de la constitution économique européenne. Mais les auteurs insistent sur le fait que cela est bien moins le fruit de la volonté des Pères fondateurs que le résultat de l'action de la Cour de justice. Le point de départ de la présente réflexion confortera ce

---

le biais de ces deux méthodes, il s'est appuyé majoritairement, dans les faits, sur l'intégration négative (spéc. p. 154).

5 K. Tuori, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011, vol. xxv, n°4, pp. 559–599 : « même si l'on ne souscrit pas à la notion ordolibérale de la Constitution économique européenne, il faut reconnaître l'impact des présupposés socio-théoriques sous-jacents sur l'interprétation et l'application du droit » (p. 572), concède l'auteur après avoir pris soin d'écarter l'idée ordolibérale d'une constitution économique, celle-ci étant jugée au contraire neutre (p. 571).

6 P. Dardot et C. Laval, *Ce cauchemar qui n'en finit pas. Comment le néolibéralisme défait la démocratie*, *op. cit.*, pp. 117 et s.

7 Voy. *supra* dans ce volume, P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market », et F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? ».

point de vue en examinant la place de l'ordolibéralisme dans l'établissement de la constitution économique originaire (1.).

Dans la deuxième partie de la discussion, on se propose de revenir sur les différents modèles constitutionnels d'application des règles du droit du marché intérieur qui ont prévalu au cours de la construction européenne. On montrera que la pensée ordolibérale occupe une place ambiguë, en ce sens qu'elle paraît pouvoir commander des formes d'harmonisation du marché intérieur bien diverses (2.).

À l'instar de la présentation de l'école de Chicago, dont Frédéric Marty a pu décortiquer à la fois ses mouvances et son influence sur la politique européenne de concurrence, on montrera dans la troisième partie que la pensée ordolibérale a subi certaines inflexions qui doivent être mises en perspective avec le tournant hayekien de l'école de Fribourg (3.).

1 La place résiduelle de l'ordolibéralisme dans la constitution économique originaire

Loin d'avoir milité en faveur de la consécration d'un traité d'obédience ordolibérale, les ordolibéraux ont nourri une relative indifférence à l'égard du projet communautaire (1.1). C'est en réalité en termes d'équilibre qu'il convient d'analyser la constitution économique originaire (1.2.).

1.1 *La relative indifférence ordolibérale à l'égard du projet communautaire*

Un bref retour vers les négociations ayant précédé la signature du traité de Rome s'impose pour comprendre que celui-ci ne scelle alors nullement une vision commune et partagée du destin économique et social de la future Communauté. La délégation française ne pouvait se laisser convaincre par les thèses ordolibérales, alors même que celles-ci commençaient à peine en Allemagne à investir le terrain politique, sous l'influence notamment du ministre de l'Économie, Ludwig Erhard. Certes, deux responsables favorables à l'ordolibéralisme se trouvaient en situation de négocier le traité. D'une part, Hans von der Groeben, avant d'être l'artisan de la politique de concurrence en tant que commissaire européen à la concurrence, a été le principal rédacteur du rapport Spaak[8] et le président du comité Marché

8 On rappelle que le Rapport Spaak rendu le 21 avril 1956 faisait suite à la conférence de Messine et à la création le 9 juillet 1955 d'un comité intergouvernemental présidé par le Belge Paul-Henri Spaak. Il devait trancher le choix fondamental entre une intégration

commun[9]. D'autre part, Alfred Müller-Armack, inventeur du concept de l'économie sociale de marché, est également le représentant de la République fédérale d'Allemagne dans le comité « Marché commun ». Mais, comme l'explique Patricia Commun, il ne faut « pas imaginer une action concertée entre (ces) différents acteurs [...] en vue d'imposer une vision ordolibérale au niveau européen »[10]. Müller-Armack n'était pas soutenu par le chancelier Adenauer, qui était loin de partager ses vues libérales. Ce dernier voyait d'abord dans le projet européen un instrument de réconciliation avec la France et se distanciait des thèses libérales exprimées par Ludwig Erhard. Müller-Armack dut se livrer à un délicat exercice de synthèse de la classe politique allemande afin de la faire avancer sur le chemin de l'intégration européenne[11].

En réalité, les ordolibéraux ont exprimé des positions très mitigées à l'égard du projet européen. Si Röpke se montre favorable à la création d'une vaste zone de libre-échange, c'est ainsi avant tout pour favoriser le commerce international[12]. Aussi s'exprime-t-il clairement contre le marché commun qu'il voit comme vecteur d'une bureaucratie européenne et source de planification[13]. De même, Ludwig Erhard voit dans le traité une possible menace pour la libéralisation des marchés et les exportations allemandes. De fait, les traités européens paraissent consacrer certains choix en termes de politique économique et sociale qui ne correspondaient alors guère à la vision ordolibérale. Le contenu du traité de Rome est ainsi fortement critiqué pour certaines de ses dispositions pro-interventionnistes qui contredisent l'idée d'intégration par le marché : les politiques sectorielles, telles que la politique agricole commune, s'analysent d'un point de vue ordolibéral comme autant

---

sectorielle partielle et un marché commun général, et tracera le plan d'action concret de réalisation de ce dernier.

9 L. Warlouzet, *Le choix de la CEE par la France. L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955–1969)*, Paris, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011.

10 P. Commun, *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Paris, Les Belles Lettres, 2016, p. 333.

11 *Ibid.*, p. 329.

12 M. Wohlgemuth, « Europäische Ordnungspolitik », in *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, Walter Eucken Institut, 08/5, p. 3, disponible à l'adresse : http://www.eucken.de/fileadmin/bilder/Dokumente/Diskussionspapiere/08_5bw.pdf (dernière consultation le 12 février 2022).

13 A. Lechevalier, « Why has German Ordoliberalism Become a French Issue? Some Aspects about Ordoliberal Thoughts we can Learn from the French Reception », in J. Hien et C. Joerges (dir.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2017, pp. 23–48, spéc. p. 39. N.d.E.: voy. aussi *supra* dans ce volume, S. Audier, « Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ».

de sources potentielles pour la planification et la recherche de rentes (« *capture by rent-seeking* »[14]).

Sans doute le cadre européen n'offrait-t-il pas véritablement un ancrage pertinent à l'épanouissement de la doctrine ordolibérale. Lorsque la première génération de penseurs ordolibéraux développait les principes de l'*Ordnungspolitik* fondés sur des marchés ouverts et des monnaies librement convertibles, c'était principalement dans le cadre de l'État-nation. L'instauration de l'ordre concurrentiel était conçue comme une mission qui devait incomber à l'État, pensé dans le cadre national[15]. L'idée est que le contrat social qui fonde la constitution économique doit reposer sur un consensus suffisamment fort, réunissant une communauté de citoyens suffisamment homogène pour partager des intérêts communs[16]. Loin de vouloir universaliser leur doctrine, les ordolibéraux envisageaient plutôt la constitution économique d'un point de vue national dans la mesure où celle-ci devait procéder d'un choix collectif reflétant des préférences culturelles et éthiques communes. Rien ne vouait donc l'ordolibéralisme à la postérité européenne, et ce d'autant moins que les forces politiques lui étaient plutôt défavorables au moment où le traité de Rome est négocié.

Car il faut par ailleurs rappeler que le contexte des années 1950 est marqué par un engouement pour la planification économique dans les États fondateurs, en premier lieu en France[17]. Ce sont des socialistes (Guy Mollet) et radicaux de gauche (Maurice Faure) qui sont au gouvernement français au moment des négociations du traité. Même si le contenu du traité de Rome est rédigé sur la base des travaux menés, à l'écart des discussions nationales, au sein du comité présidé par le Belge (et socialiste) Paul-Henri Spaak, c'est un économiste français, Pierre Uri, plutôt favorable au planisme, qui en rédige la synthèse, à côté de l'ordolibéral Hans von der Groeben. La synthèse sera elle-même finalement approuvée par le chef de la délégation française, Félix Gaillard, du Parti radical et ancien collaborateur de Jean Monnet. L'élaboration de la Communauté économique européenne (CEE) s'inscrit sur ce point dans la continuité idéologique du Plan Schuman telle que restituée par Antonin

14 Cet argument est notamment celui qu'explicitent M. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community: From "Rome" to "Maastricht" », *European Law Journal*, 1995, vol.1, n°1, pp. 5–30, spéc. pp. 16 et s.

15 M. Wohlgemuth, « Europäische Ordnungspolitik », *op. cit.*, p. 3.

16 *Ibid*., p. 4. M. Wohlgemuth se réfère ici aux analyses en termes d'économie constitutionnelle qui seront développées par la suite tant par Viktor Vanberg que James Buchanan. N.d.E.: sur le sujet, voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

17 Sur ces débats, voy. L. Warlouzet, *Le choix de la CEE par la France*, *op. cit*.

Cohen, qui montre que ce Plan pouvait déjà être perçu comme une tentative de « conciliation des techniques de planification simple et de la concurrence »[18]. L'idée d'une constitution économique communautaire d'obédience ordolibérale qui se serait imposée dès 1957 doit donc clairement être écartée. Aussi est-on naturellement porté à entrevoir cette constitution économique comme le fruit d'un compromis politique acquis pour l'essentiel à la cause de la construction européenne et dotée de sa dynamique propre.

1.2 *L'indétermination constitutionnelle des méthodes d'intégration économique*

C'est très précisément en termes d'équilibre que la première étude de la doctrine française consacrée au sujet décrypte la constitution économique de la CEE. Léontin-Jean Constantinesco[19] montre que celle-ci ne consacre pas un modèle économique spécifique, mais

> qu'elle s'appuie sur une économie de marché contrôlée et à caractère social. Elle contient, avec les principes de libre concurrence et de non-discrimination, deux principes fondamentaux de l'économie de marché. D'autre part, les possibilités d'intervention dans le processus économique, prévues afin d'éviter les conséquences indésirables du libre jeu des forces économiques, montrent qu'une planification indicative, de même que des interventions ponctuelles ou des contrôles, sont toujours possibles.[20]

Le principal apport de cette étude est de révéler les modalités concrètes de réalisation de la constitution économique communautaire, d'où il ressort un examen des modalités de l'harmonisation européenne. L'auteur entreprend de mettre en relation les objectifs globaux, les instruments devant servir à la réalisation de ces objectifs, et les principes déterminant le fonctionnement des instruments. Ce sont les « trois sortes d'éléments » qui constituent les parties intégrantes d'une constitution économique. L'idée est que les objectifs exprimés à l'article 2 du traité CEE (un développement harmonieux des

18 A. Cohen, « Le Plan Schuman de Paul Reuter. Entre communauté nationale et fédération européenne », *Revue française de science politique*, 1998, vol. 48, n°5, pp. 645–663.

19 Pour une présentation de l'auteur, voy. F. Martucci, « Constitution économique, quelques fragments de doctrine française », in F. Martucci et C. Mongouachon, *La Constitution économique*, Paris, Mare & Martin, pp. 27–53, spéc. pp. 30–33.

20 L.-J. Constantinesco, « La constitution économique de la CEE », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, vol. 13, n°2, pp. 244–281, spéc. p. 278.

activités économiques, une expansion économique continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, le développement de relations plus étroites entre les États membres) sont formulés de façon si générale « qu'ils n'ont pas en eux-mêmes, de signification décisive pour la constitution économique de la C.E.E. »[21]. C'est « le choix des instruments par lesquels les objectifs seront réalisés qui est décisif »[22].

Ces instruments sont de deux sortes : d'une part, le marché commun et, d'autre part, le rapprochement des politiques économiques des États membres. Si l'on examine leurs modalités de fonctionnement, on s'aperçoit que ces deux instruments renvoient à deux concepts qui sont aujourd'hui bien connus. L'*intégration* pour le premier instrument, lequel est fondé sur le principe de non-discrimination, sur les libertés économiques et le principe de concurrence non faussée, et implique un transfert de compétences au profit des organes de la Communauté ; et la *coopération* pour le second instrument, qui se réalise par une simple coordination de certaines politiques sectorielles, dans lesquelles les États membres conservent leur compétence décisionnelle, tout en n'étant plus complètement autonomes puisqu'ils doivent se coordonner avec leurs partenaires. Constantinesco percevait dans ces deux instruments un « effet déséquilibrant »[23], source de difficultés pour le développement de la CEE. De surcroît, il n'existe pas de cohérence entre les domaines d'action de la Communauté économique et les instruments à sa disposition. Ainsi, le rapprochement des politiques économiques s'applique-t-il aussi, de façon supplétive, à certains aspects du marché commun : par exemple, le traité prévoit un mécanisme de coordination de la politique commerciale, alors que celle-ci est la conséquence directe de l'Union douanière, laquelle relève de l'intégration. De même, peut-on ajouter, l'ensemble des libertés de circulation n'obéit pas à un mode de réalisation uniforme puisque la liberté de circulation des

21 *Ibid.* p. 256. Selon Constantinesco, « [t]ous, libéraux et dirigistes, conservateurs et marxistes, fascistes et communistes, se réclament de ces formules quasi stéréotypées, même si chacun en donne une interprétation différente ». Notons que cela n'empêche pas l'auteur d'en déduire certaines conclusions du point de vue des finalités et de méthodes de la construction européenne. Ainsi de l'objectif de relations plus étroites entre les États membres, il tire la proposition suivant laquelle « la C.E.E. ne peut pas être considérée comme poursuivant un but exclusivement économique ; elle est un moyen et une étape de l'intégration européenne, qui tend à dépasser le cadre économique pour se réaliser, à partir des fondements établis par la C.E.E., dans des domaines de la politique étrangère, de la défense et de la culture. [...] La C.E.E. [...] est un moyen d'atteindre un autre but (qu'économique), à savoir une Union politique ».

22 *Ibid*., p. 257.

23 *Ibid*., p. 261.

travailleurs nécessite un processus « d'harmonisation qui est orienté par les organes communautaires »[24].

En ce qui concerne précisément la question des travailleurs, l'article 117 du traité de Rome illustre parfaitement le caractère dualiste des instruments utilisés pour atteindre les objectifs qu'il définit. Premier article du titre consacré à la politique sociale, l'article 117 prévoit que

> [l]es États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives.

Certains auteurs ont pu déduire de cette disposition la préférence du traité pour une approche de la construction européenne par le marché[25] ; l'harmonisation sociale « semble devoir *résulter spontanément* du fonctionnement du Marché commun en général »[26]. En réalité, il n'est pas précisé si l'harmonisation des systèmes sociaux, censée être favorisée par le fonctionnement du marché, résultera seulement de la mise en œuvre des libertés de circulation ou bien d'une intervention *ad hoc* du législateur communautaire. Certes, l'article 117 ne comporte aucun délai et aucune procédure d'harmonisation spéciale permettant d'atteindre l'objectif social visé par le traité. Cela illustrerait très précisément le compromis réalisé par le traité « entre le point de vue de la France qui désirait voir les bénéfices sociaux, traitements et autres conditions de travail mis à égalité *avant* que le Marché commun n'entre en vigueur et le point de vue de ceux qui estimaient qu'une telle égalité n'était

24 *Ibid.*, p. 266.

25 C. Erhel et B. Palier, « L'Europe sociale : entre modèles nationaux et coordination européenne », *Revue d'économie politique*, 2005, vol. 115, n°6, pp. 677–703, spéc. p. 684. Pour ces auteurs, l'article 117 laisserait transparaître « l'idée que la création d'un espace multinational économique constitue un facteur d'accélération de la croissance et de réduction des inégalités entre les pays, exerçant des effets *automatiques et positifs* sur l'emploi et la cohésion sociale » (nous soulignons).

26 A. Limpens, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *Revue internationale de droit comparé*, 1967, vol. 19, n° 3, pp. 621–653, spéc. p. 636, termes en italique soulignés par l'auteur.

pas une condition préalable indispensable »[27]. Reste cependant la procédure d'harmonisation subsidiaire prévue par le traité de Rome : conformément à l'article 3, h) du traité, l'article 100 permet en effet au Conseil d'adopter des directives pour le rapprochement des dispositions nationales qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du Marché commun. Or, le lien entre les conditions de travail de la main-d'œuvre et la libre circulation des travailleurs est évident. Surtout, l'article 101 permet de remédier aux distorsions de concurrence liées aux disparités existant entre les législations nationales en recourant le cas d'échéant à l'élaboration de directives à la majorité qualifiée.

Si la mission programmatique de l'article 117 du traité n'a donné lieu qu'à de simples recommandations, empruntant le chemin de la coordination, cela résulte à notre sens moins des contraintes juridiques du traité que des « circonstances politiques sous-jacentes »[28]. Autrement dit, ce sont moins les potentialités offertes par la constitution économique qui firent défaut en ce domaine que l'absence d'un réel consensus politique quant à l'opportunité de recourir à des mesures d'harmonisation contraignantes pour les États.

En résumé, on doit partir du constat que la constitution économique originaire ne consacre pas de modèle économique spécifique en matière d'harmonisation. Le recours à la méthode du rapprochement des législations nationales peut être vu comme un instrument d'intégration sur le marché commun ou comme un moyen plus ou moins autonome de coordonner les politiques économiques. Il peut aussi s'effectuer par le biais d'une variété de moyens juridiques, allant du règlement à la recommandation, en passant par la directive, sans qu'il n'y ait de cohérence entre ces outils juridiques et le domaine d'intervention régi[29]. Les voies de l'harmonisation, par le marché ou par l'action législative, ne paraissent pas prédéterminées par la constitution économique. Imprécise, celle-ci laisse à la discrétion des organes communautaires le choix des modalités de sa réalisation. C'est donc vers celles-ci qu'il convient de se tourner pour mesurer le poids exact de l'influence ordolibérale,

27 *Ibid*., termes en italique soulignés par l'auteur. Référence explicite est faite au Rapport des chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères constituant le Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine, 1956, pp. 60–66.

28 *Ibid*. Selon l'auteur, la Commission ne pouvait envisager dans ce domaine d'autre moyen d'action que la recommandation.

29 Pour Constantinesco, « l'hétérogénéité des moyens juridiques disponibles correspond aux différences de degré et de nature que la coopération peut connaître dans ses divers secteurs » (L.J., Constantinesco, « La Constitution économique de la C.E.E. », *op. cit*., p. 262).

non plus désormais sur la rédaction mais sur l'*interprétation* de la constitution économique européenne.

2 La place ambivalente de l'ordolibéralisme comme outil d'interprétation du marché intérieur

Si l'on doit à l'ordolibéralisme d'avoir permis de livrer un puissant cadre d'analyse du traité sous l'angle d'une constitution économique (2.1.), il ne peut s'agir que d'une reconstitution *a posteriori* de la rationalité du traité, qui autorise du reste une variété d'approches conceptuelles du marché intérieur (2.2.). Ces approches, qui vont de l'harmonisation législative européenne à la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux en passant par la décentralisation des modes de régulation, peuvent en effet chacune trouver appui dans la doctrine ordolibérale, ce qui montre le caractère contrasté de celle-ci dans l'appréhension de la constitution économique de l'Union.

2.1 *La pertinence de l'interprétation ordolibérale de la constitution économique*

2.1.1 Le programme de l'école de Fribourg

Sans refaire ici de présentation détaillée de la doctrine ordolibérale, on peut dire que la première génération d'ordolibéraux, juristes et économistes réunis au sein de l'école de Fribourg dans les années 1930, a proposé un puissant cadre d'analyse des conditions de fonctionnement du marché[30]. Préconisant, pour des raisons d'abord philosophiques et humanistes, un programme de restauration en profondeur des bases de l'économie de marché – un système économique jugé à la fois efficace et conforme à la dignité humaine – les ordolibéraux recourent au concept central de constitution économique (*Wirtschaftsverfassung*), hérité des débats relatifs à la nouvelle Constitution de Weimar[31]. Il s'agit ainsi de construire et garantir l'ordre économique souhaité à travers un ensemble de principes jugés déterminants pour le

30 Nous renvoyons aux nombreux travaux publiés récemment en France : P. Commun et R. Fèvre, *Walter Eucken, entre économie et politique*, Paris, ENS Editions, 2019 ; P. Commun, *Les ordolibéraux. Histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Paris, Les Belles Lettres, 2016 ; H. Rabault (dir.), *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016 ; C. Mongouachon, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, 2011, n°4, pp. 70–78.

31 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

fonctionnement de l'économie de marché. Les ordolibéraux rejettent avec force la thèse du libéralisme économique traditionnel, car ils ne croient pas en l'harmonie spontanée des marchés. Il faut un « État fort »[32], et un cadre juridique solide pour garantir l'existence et la préservation de l'économie de marché. Tout comme l'exorbitance de la puissance publique est limitée par les principes de l'État de droit censés figurer dans la constitution politique, les puissances économiques privées doivent être subordonnées à des principes applicables à tous, consignés dans une constitution économique. « L'ordre juridique doit être compris et façonné comme une constitution économique », c'est-à-dire une « décision politique d'ensemble sur l'organisation de la vie économique de la nation »[33]. Si l'État doit exercer un rôle actif dans l'économie, c'est tant que possible en agissant sur le cadre (en fixant les règles du jeu) de façon à faire émerger et préserver les conditions de l'économie de marché (*Ordnungspolitik*)[34]. Dans la mesure strictement nécessaire, lorsque certains déséquilibres sont constatés, il pourra agir sur le processus économique (en intervenant sur les mécanismes de marché pour les reconstituer artificiellement ou les corriger). Le premier type d'action est encadré par des principes constituants (primat de la politique monétaire, ouverture des marchés, propriété privée, liberté contractuelle, responsabilité, constance de la politique économique) ; le second par des principes régulateurs (politique de concurrence, politique de répartition des revenus, correction des décisions individuelles, correction des comportements anti-conjoncturels), tous deux partie intégrante de la constitution économique[35].

---

32 L'État fort est celui qui est capable de résister aux pressions des puissances économiques privées. Sur la conception ordolibérale de l'État et spécialement sur la distinction entre État fort et État faible, voy. H. Rabault, « L'idée de "constitution économique" chez Walter Eucken », in H. Rabault, *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brisgau*, *op. cit.*, pp. 51–94, spéc. p. 84. N.d.E. : sur les débats concernant un éventuel héritage schmittien des thèses ordolibérales relatives à l'État fort, voy. *supra* dans ce volume W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" » – et la discussion critique de cette hypothèse par S. Audier (« Le néolibéralisme: Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ») et par V. Valentin (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »).

33 F. Böhm, W. Eucken et H. Großmann-Doerth, « Unsere Aufgabe », *Ordnung der Wirtschaft,* 1937, p. 29.

34 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

35 F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 154–160.

2.1.2 L'analogie entre les règles du traité et la constitution économique ordolibérale

Le programme ordolibéral ainsi esquissé dans ses grandes lignes, il est aisé et même tentant de reconnaître dans le droit du marché commun la transposition au niveau communautaire des préceptes issus du projet ordolibéral de constitution économique. Au fond, il suffirait de réactiver la lecture foucaldienne de l'ordolibéralisme comme source de légitimation de l'État allemand après la Seconde Guerre mondiale[36], dans un contexte où la restauration de la légitimité politique se trouvait totalement anéantie par les exactions commises par le régime politique nazi. En identifiant très précisément les conditions de l'« interventionnisme » de marché, la doctrine ordolibérale pouvait servir la cause du développement des communautés européennes et de ses instances en quête de légitimation.

La place accordée à la politique de concurrence à travers la mention à l'article 3, f) du traité CEE d'un système de concurrence non faussée et la consécration des quatre libertés de circulation rappellent fortement le principe d'ouverture du marché si fermement ancré dans la constitution économique proposée par Walter Eucken. L'idée d'un marché commun qui se réaliserait à travers une politique active de la Communauté en faveur des libertés économiques s'avère bien en phase avec l'esprit originel de l'école de Fribourg et son rejet d'un marché livré à ses propres forces destructrices. Le critère de l'accès au marché dont l'importance a été rappelée tant s'agissant des libertés de circulation (par Pieter Van Cleynenbreugel et Xavier Miny)[37] que s'agissant des règles de concurrence (par Frédéric Marty)[38] pourrait bien trouver un fondement dans ce programme doctrinal. Les règles de concurrence et les libertés de circulation ont pu être interprétées dans le sens d'une véritable décision d'ensemble en faveur de l'économie de marché[39], conformément à l'objet de

36 M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, Cours au collège de France. 1978–1979*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004 : « L'économie produit de la légitimité pour l'État qui en est le garant » (p. 86) ; la liberté économique « produit un consensus permanent » (*ibid.*).

37 Voy. *supra* dans ce volume, P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market », et F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale? ».

38 Voy. *supra* dans ce volume, F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? ».

39 Nombreux sont les auteurs à le reconnaître outre-Rhin. Entre autres, M. E. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community: From 'Rome' to 'Maastricht' », *op.cit.*, p. 14 : « *it is a constitution which clearly establishes a market system* » ; déjà en ce sens, L.-J. Constantinesco, « La constitution économique de la CEE »,

la constitution économique ordolibérale. Enfin, le fait que le projet d'intégration européenne prenne corps par le biais d'une communauté de nature exclusivement économique a pu paraître revêtir une signification intrinsèquement ordolibérale. Selon cette perspective, le droit communautaire a pu être présenté comme un ordre juridique dévolu au maintien des libertés économiques et à la protection de la concurrence, deux domaines d'où il pouvait tirer une légitimité indépendante de celle des États[40].

2.1.3 La mobilisation ordolibérale du concept de constitution économique

Les théories ordolibérales ont dès lors pu être mobilisées avec succès comme instrument d'analyse à la fois dogmatique et critique du droit communautaire par un grand nombre d'éminents juristes allemands : Hans von der Groeben, qui fut, comme nous l'avons déjà mentionné, le premier commissaire à la concurrence[41], Carl-Friedrich Ophüls[42], également actif comme ambassadeur et qui été l'un des premiers auteurs à introduire à l'analyse du droit communautaire sous l'angle du concept ordolibéral de constitution économique, Peter Behrens[43] ou encore Ernst-Joachim Mestmäcker[44]. Sans nécessairement avoir été en mesure de faire prévaloir leur vision politique lors de l'édification du traité originaire[45], cette doctrine a pu soutenir *ex post* l'existence

---

op.cit., p. 275 : « le marché commun se fonde, en principe, sur une économie de marché, ce qui explique d'ailleurs aussi l'importance que le traité a accordée au principe de libre concurrence ».

40 C. Joerges, « Europa nach dem Ordoliberalismus: Eine Philippika », *Kritische Justiz*, vol. 43, n°4, pp. 394–406, spéc. p. 399, se référant sur ce point à A. Müller-Armack, « Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes », in A. Müller-Armack (dir.), *Wirtschaftsordnung und Wirtchaftspolitik*, Fribourg-en-Brisgau, Rombach, 1966, pp. 401 et s.

41 H. von der Groeben, *Die Europäische Gemeinschaft und die Herausforderungen unserer Zeit : Aufsätze und Reden 1967–1987* (textes rassemblés et édités par P. R. Weilemann), Baden-Baden, Nomos, 1987.

42 C. F. Ophüls, « Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung », *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1962, vol. 124, pp. 136–181.

43 P. Behrens, « Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft », in G. Brüggemeier (dir.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden, Nomos, 1994, pp. 73–90.

44 E.-J. Mestmäcker, « Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union », in R. H. Hasse, J. Molsberger et C. Watrin (dir.), *Ordnung in Freiheit,* Stuttgart, Gustav Fischer, 1994.

45 Sur les conflits d'interprétation du traité cee et les affrontements idéologiques entre partisans de la planification et défenseurs d'une forme d'intégration négative telle que prônée par les ordolibéraux, voy. L. Warlouzet, *Le choix de la CEE par la France. op. cit.*, pp. 370 et s. ; Voy. également W. Sauter, « The Economic Constitution of the European

d'une constitution économique sous-jacente au traité de Rome en s'appuyant notamment sur le régime des libertés de circulation et les règles de concurrence, directement applicables[46].

Parmi les auteurs mentionnés, il convient de s'attarder plus en détail sur la lecture que promeut Ernst-Joachim Mestmäcker[47]. Disciple de Franz Böhm, qui fut son directeur de thèse, il a contribué d'une façon déterminante au développement du droit communautaire, en particulier du droit européen de la concurrence, tant dans ses activités universitaires qu'en tant que conseiller auprès de la Commission européenne. Dans l'ensemble de ses écrits, il défend l'idée d'une constitution économique fondée sur l'existence de droits subjectifs. Comme on le précisera par la suite en matière de concurrence, la Cour de justice aurait à travers sa jurisprudence (sur l'effet direct et la primauté) constitutionnalisé les libertés économiques, comprises dans le sens de véritables « libertés fondamentales »[48]. Celles-ci ont un rang constitutionnel, ce qui implique que les citoyens des États membres ne sont pas seulement destinataires du droit communautaire, mais aussi sujets de droit communautaire. Les règles qui fondent des droits subjectifs à participer aux échanges économiques transfrontières sont aussi des droits à participer à la concurrence. C'est ici que le critère de l'accès au marché trouvera sa légitimation, tant en droit du marché intérieur qu'en droit de la concurrence – une légitimation fondamentale pour Mestmäcker, car la constitution économique issue des traités est aussi partie intégrante de la légitimité politico-constitutionnelle de l'Union[49].

Union », *Columbia Journal of European Law*, 1998, vol. 27, n° 4, pp. 27–68, spéc. p. 50 ; J. Drexl, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011, vol. xxv, n° 4, pp. 419–454.

46 Sur l'usage du concept de constitution économique dans la doctrine allemande et communautariste, voy. L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : une analyse critique », *Jus Politicum*, n° 21, disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/article/Le-concept-de-constitution-economique-Une-analyse-critique-1231.html (dernière consultation le 12 février 2022).

47 Pour une rare étude consacrée à la pensée de Mestmäcker, voy. C. Joerges, « Review Essay : The jurist as true teacher of law » (review essay on : E.-J. Mestmäcker, *Europäische Prüsteine der Herrschaft und des Rechts. Beiträge zu Recht, Wirtschaft und Gesellschaft in der EU*, Baden-Baden, Nomos, 2016), *Common Market Law Review*, 2019, vol. 56, n°3, pp. 843–864.

48 E.-J. Mestmäcker, « Recht und Politik in der EU », in E.-J. Mestmäcker, W. Möschel et M. Nettesheim (dir.), *Verfassung und Politik im Prozess der europäischen Integration*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 9–25.

49 *Ibid.*, p. 12. N.d.E. : pour une remise en cause de cette « légitimité politico-constitutionnelle », voy. *infra* dans ce volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The

On voit ainsi combien la pensée ordolibérale offre un cadre d'analyse extrêmement fécond et pertinent pour comprendre tant la pratique de la Commission européenne que la jurisprudence de la Cour de justice. Mais cette lecture ordolibérale du traité ne constitue jamais qu'une clé d'analyse possible du traité, en d'autres termes un procédé de reconstitution intellectuelle *a posteriori* de la rationalité économique du traité[50], dont les approches effectives sont en réalité bien plus contrastées.

2.2 *L'ordolibéralisme face à la pluralité des modèles de réalisation du marché intérieur*

Pour mesurer la complexité d'une lecture ordolibérale de la constitution économique européenne, il peut être utile de revenir sur les différentes approches possibles du marché intérieur. Dans sa fameuse analyse de la constitution économique européenne, Miguel Poiares Maduro a ainsi dégagé trois modèles possibles de réalisation du marché intérieur[51] (qui viennent au soutien de la thèse du caractère ouvert de la constitution économique européenne).

Le premier modèle, centralisé, considère que l'intégration négative qui résulte des libertés économiques doit être complétée par une intégration positive au niveau européen légitimée démocratiquement. Le second modèle, modèle de concurrence, correspond au mécanisme d'intégration négative, dépourvu de re-réglementation au niveau européen, le marché conférant la légitimation nécessaire. Le troisième modèle, décentralisé, est fondé sur l'idée que la source de légitimation des réglementations provient des États-nations. Pour M. Poiares Maduro ces différents modèles ont tous joué et joueront à l'avenir un rôle important dans la mise en œuvre de la constitution économique européenne[52]. Nous voulons montrer que dans chacun de ces modèles, en apparence contradictoires, il y a place pour une analyse ordolibérale du marché intérieur.

2.2.1 L'ordolibéralisme et le modèle centralisé

Le modèle dit centralisé consiste à réintroduire au niveau central et en parallèle de l'application des libertés de circulation une forme d'harmonisation

---

Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

50 C. Joerges, « Europa nach dem Ordoliberalismus : Eine Philippika », *op. cit.*, p. 399.

51 M. Poiares Maduro, *We the Court : The European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 159.

52 *Ibid.*, p. 150.

fondée sur l'intervention du législateur européen. Cette approche se met en marche dès les premières années d'existence de la CEE, moment où se mettent en place de nombreux programmes d'harmonisation. À l'occasion du passage à la deuxième phase de la période transitoire, en 1962, la Commission européenne avait établi un programme d'action tout à fait révélateur de la conception qu'elle se faisait des compétences qui lui étaient dévolues dans le traité[53]. Dans son programme, la Commission constatait que la première phase transitoire – la réalisation d'une union douanière, facilitée par une forte croissance économique et une accélération des échanges au sein des États membres – s'était révélée fructueuse. Elle estimait néanmoins que ce premier succès devrait dorénavant s'accompagner d'une harmonisation accrue des politiques nationales. Dépassant la seule logique douanière, le projet devait s'incarner dans une véritable union économique, laquelle supposait un effort d'harmonisation sociale, fiscale et économique, afin d'éliminer les disparités qui favorisaient artificiellement ou au contraire handicapaient les entreprises opérant sur le marché commun[54]. Ce programme illustre le fait que, dans sa phase formative, le projet communautaire se traduit moins par une volonté délibérée de mettre en concurrence les systèmes nationaux que de les faire converger, dans la perspective d'une future union économique, par une action bien visible et organisée au niveau européen. Or ce programme est porté par Hans von der Groeben. Cela montre que le projet pensé aux origines comportait, dans l'esprit même de certains ordolibéraux (en ligne sur ce point avec les idées fondatrices de l'école de Fribourg), une forte dose interventionniste. Cela peut s'expliquer par la nature de ce type d'intervention. Il faut se rappeler la distinction cruciale au cœur de la pensée ordolibérale entre les interventions sur le cadre et les interventions sur les processus de marché, que nous avons rappelée plus haut. À la différence des interventions portant sur le processus qui nourrissent les plus grandes réserves ordolibérales, les interventions sur le cadre sont largement plébiscitées dans la doctrine de Walter Eucken.

2.2.2 L'ordolibéralisme et le modèle concurrentiel

Ces interventions le sont assurément moins dans la seconde génération d'ordolibéraux qui prônent une approche concurrentielle du marché intérieur et ne perçoivent donc pas favorablement les possibilités d'harmonisation législative accrues suite à l'Acte unique européen en 1986. L'Acte unique

53 C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 50 et s.

54 *Ibid.*, p. 52.

européen prévoit que les mesures de rapprochement des législations concernant le marché intérieur doivent reposer sur un niveau de protection élevé en matière de santé, de sécurité et de protection de l'environnement et des consommateurs[55]. Ces possibilités d'intégration par la voie de l'interventionnisme européen seront vivement critiquées, tandis que la voie du modèle concurrentiel est au contraire valorisée[56]. C'est ainsi que Manfred Streit et Werner Mussler, deux auteurs qui appartiennent à la deuxième génération ordolibérale (l'*Ordnungsökonomik*), s'attachent à opposer deux visions économiques fondamentales du processus d'unification européenne : l'une par l'harmonisation (législative) européenne ; l'autre par le marché et la mise en concurrence des systèmes nationaux (ces deux visions correspondent donc respectivement au premier et au deuxième modèle de Paduro). Ils distinguent ainsi entre une forme d'« *integration by intervention* » (aussi appelée intégration « par le haut »), qu'ils rejettent très fermement, et une seconde forme de type « *integration by framework activities* » (équivalant à une intégration « par le bas »). Tandis que dans la première approche, l'intégration poursuit différents objectifs communs prédéfinis par le législateur, la seconde laisse aux acteurs privés le maximum de liberté de choix, non seulement quant aux biens et services sur le marché commun, mais également quant aux systèmes institutionnels prévalant sur ce même marché commun[57]. Cette seconde approche renvoie ainsi au concept de concurrence juridique[58] (*regulatory competition*) ou concurrence entre les systèmes juridiques (*competition bewteen jurisdictions*)[59]. Cette analyse reflète assez fidèlement la pensée de

55 N.d.E. : voy. *infra* dans ce volume, H.-W. Micklitz, « Society, Private Law and Economic Constitution in the EU ».

56 M. E. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community : From 'Rome' to 'Maastricht' », *op. cit.*, p. 19 : « *Considering the dichotomy between integration by competition and integration by intervention with regard to regulation, the SEA appears to have established further ambiguities* ».

57 M. E. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community : From 'Rome' to 'Maastricht' », *op. cit.*, pp. 12 et 13.

58 S. Harnay et J.-S. Bergé, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011, vol. xxv, n°2, pp. 165–192.

59 S. Barbou Des Places, « Contribution(s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation », *Revue Française d'Administration Publique*, 2004, vol. 109, n°1 pp. 37–47. N.d.E. : sur le phénomène de concurrence normative, voy. *infra* dans ce volume, les contributions reprises dans la Section 6 consacrée au thème *Global Governance and New* (*Economic*) *Constitutionalism*, et en particulier celles de M.M. Mohamed Salah (« La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux ») et de T. Biscahie & S. Gill (« Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism »).

Hayek, qui marque profondément à partir des années 1980 l'école de Fribourg, introduisant une certaine rupture au sein de l'école ordolibérale (le fameux tournant hayekien)[60]. La concurrence sur le marché commun est censée agir ici comme un processus de découverte : en permettant aux particuliers d'élargir leurs possibilités de choisir les systèmes institutionnels qui servent au mieux leurs intérêts personnels, la concurrence entre systèmes juridiques au sein de la Communauté peut aider à améliorer le cadre institutionnel, dans un sens qui ne peut être connu à l'avance.

Cette philosophie économique est évidemment favorable au modèle de concurrence. Elle favorise une forme d'harmonisation spontanée des systèmes nationaux par une mise en compétition des États qui se trouverait envisagée, selon Streit et Mussler, par l'article 3, c) du traité lui-même[61]. Cette lecture permet de rendre compte de certains raisonnements et principes jurisprudentiels. Dans l'arrêt *Schul*, la Cour, interprétant les finalités du traité énoncées aux articles 2 et 3 du traité, affirme que « [l]a notion de marché commun telle que la Cour l'a dégagée dans une jurisprudence constante, vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles de celles d'un véritable marché intérieur »[62]. Elle paraît entériner ici l'idée que les conditions d'unification du marché seront le résultat du processus d'élimination des obstacles nationaux.

Cette conception est également associée à une forme d'intégration négative. Pour que les avantages soient assurés également aux particuliers, il faut conférer à ces libertés économiques une portée maximale, c'est-à-dire un effet direct. Les obligations mises à la charge des États membres se muent alors en droits subjectifs censés renforcer considérablement le système du marché intérieur. La dimension juridique de la constitution économique définie par les ordolibéraux, conférant aux acteurs économiques une citoyenneté de marché, a été maintes fois soulignée[63]. Elle s'est accompagnée d'une dimension institutionnelle – la supranationalité, la mise en œuvre et le contrôle des

60 Voy. *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

61 M. E. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community : From 'Rome' to 'Maastricht' », *op. cit.*, p. 15 : « *Forming a common market according to Article 3*(*c*) *represents an obligation to remove existing restrictions of trade and* hence of competition between Member States » (nous soulignons).

62 CJCE, 5 mai 1982, *Gaston Schul Douane Expediteur BV c/ Inspecteur des droits d'importation et des accises*, aff. 15/81, *Rec.* 1982 p. 01409 (EU:C:1982:135), cons. 33.

63 K. Tuori, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », *op. cit.*, spéc. p. 574.

libertés étant confiés à des organes supranationaux. Pour Christian Joerges et Florian Rödl, l'institutionnalisation du système de concurrence non faussée placé au cœur de l'intégration européenne aurait ainsi été découplée de la dimension sociale de cette intégration[64], ce qui conduit à expliquer le phénomène d'intégration négative. Comme l'indiquent clairement les ordolibéraux de la seconde génération, la Communauté n'aurait pas à être investie de missions politiques reléguées, pour des raisons de légitimité, aux seules démocraties nationales. Une telle logique supranationale rend forcément inutile une action du législateur européen en vue d'harmoniser les conditions du marché. L'ouverture des systèmes nationaux au sein de la communauté s'opère de façon quelque peu mécanique, par le biais des libertés économiques, lesquelles agissent en même temps comme « un instrument effectif de dérégulation »[65].

C'est en ces termes qu'a pu être restituée la portée intégrative du principe de reconnaissance mutuelle[66], dégagé par la Cour dans l'arrêt *Cassis de Dijon*[67]. Pour Streit et Mussler, cet arrêt aurait, au moins pour partie, légitimé l'intégration par le bas, le marché commun se présentant dès lors aux individus comme un vaste espace d'opportunités susceptibles de leur offrir un large choix entre les différents systèmes juridiques européens[68]. Cette mise en concurrence des systèmes nationaux est censée générer l'harmonisation spontanée des marchés nationaux en vertu d'analyses économiques reconnues[69]. Les consommateurs établis dans les pays qui pratiquent pour certains produits des prix élevés en raison des contraintes de réglementation en vigueur peuvent se heurter à un problème d'information : ils peuvent en effet considérer que les prix bas en provenance des États à la réglementation plus

64 C. Joerges et F. Rödl, « "Social Market Economy" as Europe's Social Model? », *EUI Working Paper law*, n° 2004/82004, p. 16.

65 M. E. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community: From 'Rome' to 'Maastricht' », *op. cit.*, p. 15: « *it worked as an effective means of deregulation within the Member States* ».

66 Pour un aperçu des questions soulevées, voy. V. Michel, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », in *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 31–50.

67 CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649 (EU:C:1979:42).

68 M. E. Streit et W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community: From 'Rome' to 'Maastricht' », *op. cit.*, spéc. p. 13.

69 J. Pelkmans, « Mutual Recognition: Economic and Regulatory Logic in Goods and Services », in T. Eger et B. Schaefer, *Research Handbook on the Economics of European Union Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012 (également consultable sur le site du collège d'Europe, Bruges : European Economic Research Papers, n° 24/2012).

libérale sont un signe de moindre qualité. Cela est susceptible d'inciter les exportateurs pratiquant des prix bas à investir pour se construire une réputation en mettant en place des mécanismes de certification volontaire ou encore des tests de certification de leurs produits indiquant la conformité aux standards pratiqués par les États aux prix élevés. Ce phénomène spontané aboutirait à un système de convergence vers des niveaux de qualité plus élevés entre les États. Cette lecture « concurrentielle » du principe de reconnaissance mutuelle a été relayée par une grande partie de la doctrine allemande, qui y a vu une confirmation du caractère ordolibéral de la constitution économique communautaire.

Mais les analyses ordolibérales de la constitution économique concordent également avec le modèle décentralisé.

2.2.3 Le modèle décentralisé

Le modèle décentralisé a connu un certain succès ces dernières années. Si l'Acte unique européen pouvait favoriser tout autant une forme d'harmonisation législative centralisée au niveau européen qu'une forme de mise en concurrence des réglementations nationales par la généralisation du principe de reconnaissance mutuelle (respectivement premier et second modèle), le traité de Maastricht marque un pas franc en direction de la décentralisation. On assiste ainsi à la montée en puissance du principe de subsidiarité depuis le traité de Maastricht, aujourd'hui consacré à l'article 5 TUE. Cette montée en puissance est confortée par la protection désormais accordée à l'identité et à l'autonomie des États membres, à l'article 4, §2, TUE. Cette protection renforcée de l'autonomie des États membres peut, à première vue, être lue comme un moyen de réaliser la diversité et la pluralité dont se réclame l'Union européenne[70]. Cette diversité, reconnue également dans le protocole sur les services d'intérêt général au profit des services d'intérêt économique général, explique notamment le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales dans la définition de leurs missions. Concernant les services non économiques d'intérêt général, la compétence des États membres est même entière. Dans les deux cas, la relégation des missions et de l'organisation des services d'intérêt général au niveau national est vue comme un moyen de préserver ces services et accueillie favorablement par les défenseurs d'un certain modèle social européen. L'autonomie des États membres en matière sociale est en

70 Sur la question, voy. J. Porta, *La réalisation du droit communautaire – Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, LGDJ/Fondation Varenne, 2007.

effet parfois jugée nécessaire à la préservation des systèmes sociaux par les défenseurs d'une Europe sociale[71].

Pour autant, et non sans paradoxe, l'idée d'une subsidiarité de l'action européenne en matière sociale est aussi partie intégrante du modèle ordolibéral. Comme l'indique Frédéric Marty, Röpke est un fervent défenseur d'une logique décentralisée. La subsidiarité est par ailleurs l'un des éléments clés du modèle de concurrence des systèmes juridiques qui rallie notamment certains membres de l'*Ordnungsökonomik*. Dans le modèle évolutionniste de la concurrence juridique, c'est la diversité dynamique des systèmes juridiques qui doit permettre l'observation et l'apprentissage[72]. Facteur de création de la connaissance, cette diversité est jugée devoir être préservée des tentatives d'harmonisation législative. Le principe de subsidiarité apparaît ainsi comme l'un des avatars des partisans d'une intégration par le bas.

Comme on le voit, la pensée ordolibérale peut être sollicitée en appui tour à tour aux trois modèles de constitution économique du marché intérieur décrits par Paduro en raison, précisément, de son ambivalence. Le caractère hétérogène des propositions ordolibérales s'explique en partie par l'éclairage plus général de la généalogie des idées[73]. Le tournant hayekien a produit une rupture dans la doctrine ordolibérale et une réorientation du programme de Fribourg dans le sens d'un moindre interventionnisme en matière économique. Outre le droit du marché intérieur, ce tournant se reflète également dans l'interprétation des règles européennes de concurrence.

3 La place à réévaluer de l'ordolibéralisme dans l'application des règles de concurrence

Ainsi, après avoir rappelé l'influence fort relative de l'ordolibéralisme dans la mise en place des règles du traité fondateur de la CEE, puis montré que la pensée ordolibérale pouvait se prêter à différentes interprétations des règles relatives au marché intérieur, il convient à présent de situer l'apport de la doctrine ordolibérale à la politique européenne de concurrence, second axe de la constitution micro-économique de l'Union. Si l'influence ordolibérale

71 N.d.E. : voy. *infra* dans ce volume, la conclusion de C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

72 S. Harnay et J.-S. Bergé, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *op. cit.*

73 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

sur l'interprétation initiale des règles européennes de concurrence est plutôt bien documentée, il s'agit ici d'insister sur l'idée que cette doctrine ordolibérale n'est toutefois pas figée dans le temps et qu'il est dès lors nécessaire de mettre en perspective les conceptions ordolibérales plus contemporaines de la concurrence avec les développements récents de la politique et la jurisprudence européennes de concurrence.

Frédéric Marty a bien montré les termes de l'opposition théorique entre le courant ordolibéral qui a longuement influencé la politique européenne de concurrence, notamment à ses débuts, et l'approche développée au sein de l'école de Chicago ayant conduit à la modernisation de la politique de concurrence de l'Union à partir des années 2000[74]. Nous proposons de compléter cette analyse, en précisant le rôle ambivalent joué par l'ordolibéralisme dans ce débat. On montrera que l'approche originelle de l'école de Fribourg a pu concourir à l'émergence d'une politique de concurrence active et « interventionniste » (3.1.), tandis que l'ordolibéralisme de seconde génération se traduit par une conception plus prudente du rôle des autorités à l'égard du processus concurrentiel, qui reste néanmoins radicalement différente de celle de l'école de Chicago. C'est pourquoi les ordolibéraux ont exprimé des positions très hostiles à la mise en œuvre de la *more economic approach* (3.2.).

3.1 *L'ordolibéralisme originel et le développement d'une politique européenne de concurrence interventionniste*

Il n'est bien sûr pas possible de (re)faire ici la démonstration de l'empreinte ordolibérale sur la mise en œuvre des règles communautaires (puis européennes) de concurrence. Nous voulons simplement insister sur l'idée que cette politique de concurrence très énergique est largement servie par la vision originelle que les premiers ordolibéraux développent des règles de concurrence. Trois aspects de la politique européenne de concurrence illustrent cette influence : la protection des libertés (c'est-à-dire de l'accès au marché) ; l'approche formaliste des règles de concurrence ; le caractère interventionniste de la politique de concurrence.

3.1.1 Une politique d'ouverture du marché orientée vers la protection des libertés

En premier lieu, le premier président de la Commission européenne, le juriste Walter Hallstein, et son commissaire à la concurrence, Hans von der Groeben,

74 Voy. *supra* dans ce volume, F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale? ».

contribuent au développement d'une politique de concurrence directement orientée vers l'impératif de préservation des libertés. La Commission estime que les entreprises doivent adopter des comportements loyaux, car il s'agit de garantir au sein du marché commun un accès équitable aux opportunités, la liberté d'accéder aux activités commerciales et la liberté de choix[75]. Cet objectif est une constante pour la première phase de formation de sa politique de concurrence. La Commission place au cœur de son analyse la liberté économique et l'égalité des chances, la liberté étant censée bénéficier à toutes les entreprises, à commencer par les petites et moyennes entreprises[76]. La politique de concurrence de la Commission européenne bénéficie de l'appui de la Cour de justice qui fait alors prévaloir une interprétation de la règle de concurrence orientée vers le critère d'accès au marché, un critère qui se confond avec la protection des libertés économiques[77]. Est par exemple susceptible de constituer un abus le fait pour une entreprise dominante de « renforcer sa position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante »[78]. On assiste ici à une forme de constitutionnalisation de l'objectif de préservation de la liberté, ou de l'accès au marché pour reprendre le propos de Frédéric Marty.

Cette quête de liberté est bien sûr au cœur du programme de Fribourg. Comme l'écrit Eucken, « l'ordre concurrentiel doit créer un cadre dans lequel la libre activité de l'individu est limitée par la sphère de libertés de l'autre »[79]. Eucken explique que la liberté, telle qu'elle a été systématisée aux XVIII^e^ et XIX^e^ siècles, est la seule forme possible d'existence humaine puisque « sans liberté, sans autonomie spontanée, l'être humain n'est tout simplement pas un être humain »[80]. C'est cette sphère de liberté, que le droit doit garantir, mais qu'il doit aussi limiter pour protéger la sphère de liberté de tous[81]. L'exercice

75 Commission des Communautés européennes, 8^e^ rapport sur la politique de concurrence, Bruxelles, 1978, p. 9.

76 Dans son 7^e^ rapport, la Commission assure qu'elle continuera et multipliera ses efforts pour permettre aux petites et moyennes entreprises de surmonter leurs difficultés et profiter des avantages offerts par le marché unique (pp. 10–11).

77 Voy. *supra* dans ce volume, P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market ».

78 CJCE, Arrêt du 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6–72 (EU:C:1973:22), cons. 26.

79 W. Eucken, *Die Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (1952), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, spéc. p. 250.

80 *Ibid*., p. 176.

81 *Ibid*.

des libertés individuelles doit être protégé de la menace que créent la concentration économique et le pouvoir économique en général.

3.1.2 Une approche formelle des règles de concurrence

En second lieu, dans la pratique et la jurisprudence européennes, s'exprime une approche formelle des règles de concurrence consistant à identifier certains comportements d'entreprises dominantes comme étant nocifs « en tant que tels » (*per se*) sans qu'il soit nécessaire d'examiner les effets concrets d'un tel comportement du point de vue des consommateurs. Dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*, qui portait sur une pratique de rabais de fidélité, la Cour identifiait un abus consistant dans le fait pour un opérateur dominant d'« influencer la structure d'un marché, où à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli »[82]. Un tel comportement fait obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une « compétition normale », au maintien ou au développement de la concurrence sur le marché. Le comportement est condamné dans la mesure où le fait de lier des acheteurs par une obligation d'approvisionnement exclusif auprès de l'opérateur dominant tend à enlever ou à restreindre la possibilité de choix de l'acheteur en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché. Peu importe, précise la Cour, le montant, considérable ou minime, des achats concernés[83]. Ainsi, la Cour ne s'intéresse aucunement à la question de savoir quels effets concrets le rabais de fidélité produit sur le marché. La Cour protège ici le processus concurrentiel sans considération d'efficience économique.

Cette approche formaliste du droit de la concurrence prend corps dans l'identification de certains comportements jugés par principe anticoncurrentiels, car ils portent atteinte à la structure du marché. Il en va ainsi en matière d'ententes où certaines pratiques seront jugées anticoncurrentielles en raison de leur « objet » sans qu'une analyse supplémentaire de leur « effet » soit requise[84], ce qui permit à la Commission d'établir à travers différentes communications une liste de comportements interdits en soi (*per se*), aussi appelés « restrictions caractérisées »[85]. En matière d'abus de position dominante,

82 CJCE, Arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/79 (EU:C:1979:36), cons. 91.

83 *Ibid*., cons. 89.

84 CJCE, Arrêt du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. jtes 56 et 58–64 (EU:C:1966:41), jurisprudence qui donne aux termes de l'article 101 « objet » ou « effet » une portée distincte.

85 Règlement n° 2790/1999 de la Commission européenne, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JO* L 336 du 29 décembre 1999.

la Cour tracera le départ entre les comportements qui relève d'une « concurrence normale »[86] ou d'une « concurrence par les mérites »[87] et ceux qui portent atteinte à la structure du marché : rabais de fidélité, mais aussi prix prédateurs ou encore ventes liées.

Cette distinction s'appuie sur l'une des distinctions phares du programme de Fribourg, d'abord identifiée par le juriste Hans Carl Nipperdey[88], avant d'être reprise par Franz Böhm[89]. Ces auteurs opposent une concurrence par les mérites (*Leistungswettbewerb*) à une concurrence d'exclusion (*Behinderungswettbewerb*). L'idée est toujours de stigmatiser les situations de pouvoir de marché. En situation de concurrence, une entreprise ne peut progresser sur le marché qu'en étant plus performante ou en innovant. En revanche, lorsqu'une entreprise cherche à éliminer ses concurrents autrement que par les mérites (c'est-à-dire en améliorant ses propres performances), elle le fait nécessairement en s'appuyant sur son pouvoir économique, et cela au détriment du processus concurrentiel. Sur cette base, Böhm a pu élaborer une classification des catégories de comportements d'entreprises dominantes selon que ces comportements caractérisent une concurrence par les mérites ou par l'exclusion. Les prix prédateurs, les rabais de fidélité et les refus de vente se trouvent qualifiés de comportements d'exclusion et considérés comme étant anticoncurrentiels puisqu'une entreprise ne disposant pas d'une puissance économique suffisante ne pourrait pas se livrer à de tels agissements[90]. De son côté, Walter Eucken avait identifié certaines pratiques qu'il estimait incompatibles avec l'exercice d'un monopole[91]. Au titre de ces pratiques, on trouve la fixation de conditions contractuelles qui désavantagent les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante ou la fixation de prix supérieurs au prix d'équilibre – une liste à laquelle fera écho tant l'article 102 alinéa 2 a) que l'article 101 TFUE, dont on s'accorde parfois à dire qu'elle aurait été influencée par le courant ordolibéral. Qu'elle soit fixée dans le traité lui-même, ou confortée par la pratique de la Commission européenne et la jurisprudence de la Cour, l'approche formaliste consistant à dégager une liste de

86 CJCE, Arrêt *Hoffmann-La Roche*, précité.

87 CJCE, Arrêt du 3 juillet 1991, *AKZO*, aff. C-62/86 (EU:C:1991:286), cons. 70.

88 H.-C. Nipperdey, « Wettbewerb und Existenzvernichtung », *Kartell-Rundschau*, 1930, n° 28, pp. 127–152.

89 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung* (1933), Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1964, p. 178.

90 *Ibid*., pp. 291–317.

91 W. Eucken, « Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft*, 1949, vol. 2, pp. 1–99.

comportements par principe anticoncurrentiels puise ainsi ses racines dans divers écrits ordolibéraux.

3.1.3 Une politique de concurrence interventionniste

En troisième lieu, la politique européenne de concurrence se singularise par le caractère intrusif de son contrôle sur les monopoles et les puissances dominantes. Certes, les positions dominantes ne sont pas interdites en soi. Mais la qualification de position dominante entraîne l'application d'un régime de contrôle strict sur les comportements de ces opérateurs dominants. Ce type de contrôle s'incarne dans la notion d'abus d'exploitation dont on a pu dire un temps qu'elle était entièrement contenue dans l'article 102 TFUE et qu'elle faisait la singularité du modèle européen de concurrence[92]. C'est sur ce fondement que la Cour a pu construire sa jurisprudence relative au contrôle des prix inéquitables. Dans l'arrêt *United Brands*, la Cour de justice a considéré que l'article 102 TFUE impliquait de vérifier si le bénéficiaire de la position dominante « a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages de transaction qu'il n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace »[93]. Ce contrôle repose notamment sur un test de comparaison des prix soit par rapport aux coûts supportés par l'entreprise soit par rapport aux prix pratiqués sur des marchés analogues. Dans tous les cas, il s'agit de mettre en œuvre une forme de concurrence hypothétique, c'est-à-dire d'obliger l'entreprise dominante à se comporter comme si elle subissait la contrainte des marchés, en neutralisant en quelque sorte son pouvoir de marché. Ce type de contrôle, très intrusif, a été fort contesté, en particulier sous l'influence des travaux issus du courant de l'école de Chicago. Il amène les autorités de concurrence à s'immiscer directement dans la gestion de l'entreprise dominante et paraît en pratique circonscrit à des hypothèses bien particulières, notamment lorsque l'entreprise est détentrice de droits exclusifs ou spéciaux sur un marché donné.

Ici aussi, ce type de contrôle est directement tiré des propositions développées par la première génération d'ordolibéraux afin d'enrayer les méfaits du pouvoir économique. Les auteurs de l'école de Fribourg ont tous prôné le recours au concept de concurrence *Als Ob* (*As If Competition*). Certes, ceux-ci ne s'entendaient pas sur l'étendue de son champ d'application, ce qui illustre une fois encore l'hétérogénéité des propositions ordolibérales en matière de

92 C'était l'analyse défendue notamment par R. Joliet, *Monopolization and Abuse of Dominant Position. A Comparison Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Liège/La Haye, Martinus Nijhoff, 1970, p. 11 et 131.

93 CJCE, Arrêt du 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76 (EU:C:1978:22), cons. 249.

concurrence. La mise en place de la législation anticartels en Allemagne après la Seconde Guerre mondiale sera ainsi l'occasion d'une « première division sérieuse au sein de l'école de Fribourg »[94]. Tandis que Walter Eucken le préconisait en particulier pour les monopoles naturels[95], Franz Böhm envisageait son application bien plus largement à toutes les situations de domination du marché qui n'auraient pas été purement et simplement éradiquées[96].

Leonhard Miksch, qui est l'inventeur du concept[97], le destinait plus généralement aux situations de monopoles ou d'oligopoles. Il proposait une intervention de l'État qui aurait eu pour objet de reproduire artificiellement les conditions du modèle théorique de l'économie de marché. Ainsi, dans les cas où le processus de coordination de l'économie d'échanges (par les prix) ne fonctionne pas, il devrait être « imité »[98]. Il s'agit pour l'autorité publique de reconstituer la sévérité naturelle d'un marché qui fonctionnerait librement en éliminant les profits de monopole. La politique de concurrence est ici particulièrement offensive. L'autorité en charge du contrôle fixera notamment un prix équivalent au niveau des coûts totaux de l'entreprise, incluant une rémunération raisonnable du capital. Cette solution préfigure celle qui s'est imposée en droit de l'Union avec, notamment dans le cadre des régulations sectorielles, la mise en place d'obligations d'accès aux infrastructures à des tarifs orientés vers les coûts.

Ce concept de « comme si » est tout à fait emblématique du caractère interventionniste de la politique ordolibérale. En 1964, François Bilger insistait

---

94 L'affirmation est de Leonhard Miksch lui-même, extraite de son journal par Nils Goldschmidt, « Leonhard Mikschs Beitrag zur Ordnungstheorie und -politik », in L. P. Feld et E. K. Köhler (dir.), *Wettbewerbsordnung und Monopolbekämpfung. Zum Gedanken an Leonhard Miksch* (*1901–1950*), Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 37–52, spéc. p. 45.

95 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit.*, p. 295 : « l'objectif de la législation et du contrôle des monopoles est de faire en sorte que les détenteurs d'un pouvoir économique se comportent comme s'il existait une concurrence complète. Le comportement des monopoleurs doit être analogue à celui des entreprises en situation de concurrence ».

96 F. Böhm, « Kartellauflösung und Konzernentflechtung. Spezialistenaufgabe oder Schicksalsfrage ? » (1947), in T. Roser et W. Oswalt (dir.), *Entmachtung durch Wettbewer*b, Walter Eucken Archiv, Reihe zweite Aufklärung, vol. 3, Berlin, Lit Verlag, 2007, pp. 59–91, spéc. pp. 79–90. Les marchés affaiblis par l'existence de puissances dominantes devraient « être soumis à un contrôle extrêmement sévère de la part de l'autorité en charge de la concurrence » (p. 81).

97 Concept qu'il dégage dans sa thèse d'habilitation en 1937 : *Wettbewerb als Aufgabe. Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, Stuttgart, Berlin, Kohlhammer, 1937.

98 L. Miksch, « Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1948, vol. 105, n°2, pp. 310–338, spéc. p. 333.

largement sur ce caractère, expliquant qu'une telle politique autorisait un nombre illimité d'interventions dès lors qu'elles se justifient par la réalisation de l'équilibre parfait[99]. On touche ici aux origines de l'idée d'un « libéralisme intervenant » si communément associé au courant ordolibéral, en particulier suite à la publication du cours au Collège de France de Michel Foucault[100]. Celui-ci s'est beaucoup appuyé sur la thèse de Bilger pour étayer sa magistrale présentation de la singularité de l'ordolibéralisme, en contraste avec le néolibéralisme américain. Mais cette présentation de l'ordolibéralisme, qui se diffuse à partir du milieu des années 2000 en France au moment où le cours de Michel Foucault est publié, doit aujourd'hui être révisée. Le caractère pro-interventionniste de la doctrine ordolibéral apparaît en effet nettement moins marqué dans la seconde génération d'ordolibéraux, ce qui conduit à s'interroger sur son articulation avec la seconde école de Chicago.

3.2 *L'ordolibéralisme de seconde génération, entre remise en cause de l'intervention publique et défense continue de la liberté de concurrence*

Comme l'a montré Frédéric Marty, l'interventionnisme concurrentiel du modèle européen, son caractère rigide et dirigiste, ont été ardemment critiqués et ont conduit à la modernisation des règles de concurrence (la *more economic approach*). Mais la remise en cause de cet interventionnisme ordolibéral originel n'est pas seulement le résultat de la critique de Chicago. Elle est aussi le fait d'une rupture interne à l'école de Fribourg, qui intervient précisément avec la seconde génération d'ordolibéraux, proche de Hayek.

C'est sans doute au juriste Mestmäcker (dont on rappelle qu'il est l'élève de Böhm) que l'on doit l'une des plus virulentes critiques de l'association effectuée entre l'ordolibéralisme et cette idée d'un interventionnisme concurrentiel. Après avoir présenté le positionnement doctrinal de Mestmäcker, on montrera qu'il s'agit là d'une (re)lecture évolutionniste de la concurrence[101], qui est celle qui caractérise la seconde génération de l'école de Fribourg.

99 F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, *op. cit.*, p. 82.

100 N.d.E. : cette idée d'un « interventionnisme libéral » spécifique à un certain néolibéralisme, et en particulier à l'ordolibéralisme, est mise partiellement en doute par V. Valentin, *supra* dans ce volume (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »).

101 Sur l'approche évolutionniste du droit et sur la pensée de Hayek, voy. V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, 2002.

3.2.1 La remise en cause de l'interventionnisme

Pour remettre en cause les traits prétendument trop interventionnistes attribués à l'ordolibéralisme, Mestmäcker s'est attaché à relativiser l'importance tant du concept de concurrence « comme si » que de la notion d'exploitation.

S'agissant du concept de concurrence « comme si », l'auteur a dénoncé les travaux de David Gerber, lesquels ont pu contribuer de façon remarquable à dégager la singularité du modèle européen, dont il impute les spécificités à la pensée ordolibérale et au droit allemand, pour mieux faire ressortir l'opposition avec le droit *antitrust* américain[102]. Tout comme l'avait fait Bilger dans sa thèse, Gerber conclut que le cadre d'analyse ordolibéral génère de très nombreuses interventions de la part des autorités chargées de créer et contrôler le bon fonctionnement de l'économie de marché concurrentielle[103]. C'est cette analyse que rejette fermement Mestmäcker. Il estime qu'il y a là une mésinterprétation du rôle de la constitution économique, qui ne doit pas être perçue comme étant intrinsèquement génératrice d'interventions publiques. Le comparatiste aurait ainsi accentué exagérément certains concepts, tels que celui de concurrence « comme si »[104]. Mestmäcker rappelle, à juste titre, que ce type de contrôle n'avait pas vocation à s'appliquer à tout type de comportement mis en œuvre par une entreprise dominante, mais restait au contraire circonscrit à des hypothèses bien spécifiques.

Plus largement, c'est la notion d'abus d'exploitation qui est discréditée. Dans son commentaire du droit allemand de la concurrence, Mestmäcker souligne ainsi les dangers que le contrôle des prix excessifs fait peser sur la structure des marchés, en diminuant l'attractivité de ceux-ci pour les concurrents effectifs ou potentiels[105]. Ce type de contrôle ne devrait s'appliquer que dans des cas particuliers, notamment dans l'hypothèse d'une structure de marché très affaiblie et incapable de préserver le mécanisme de coordination par les prix inhérent au système du marché. Wernhard Möschel (lui-même élève de Mestmäcker) a montré que le contrôle de l'abus d'exploitation introduisait une contradiction dans le système de pensée ordolibéral. Aboutissant en effet à un contrôle des résultats, il s'insère mal dans un système de règles

---

102 D. J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York/Oxford, Clarendon Press, 1998.

103 *Ibid*., p. 247.

104 E.-J. Mestmäcker, « The Development of German and European Competition Law with special Reference to the EU Commission's Article 82 Guidance of 2008 », in L. F. Pace (dir.), *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 25–62.

105 V. M. Immenga et E.-J. Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht, vol. II, Kommentar zum GWB,* 4e éd., Munich, C.H. Beck, 2007, §152.

dans lequel la concurrence est pensée comme un processus dynamique de découverte[106].

La critique ordolibérale de la notion d'abus d'exploitation apparaît bien en phase avec l'évolution du droit européen de la concurrence. Si, comme on l'a dit, la Commission et la Cour de justice s'étaient emparées de cet outil pour bâtir dans les années 1970 un contrôle particulièrement approfondi des comportements inéquitables (en particulier des prix excessifs), ce type de contrôle a été délaissé ces dernières années au profit d'une plus grande attention portée aux abus d'éviction. La modernisation du droit de la concurrence, en matière d'abus de position dominante, est passée par la marginalisation du contrôle des abus d'exploitation. Ainsi la communication de 2009 n'a-t-elle concerné que les abus dits d'exclusion. Il y a dans la critique de la notion d'abus d'exploitation que développent les ordolibéraux de la seconde génération une méfiance à l'égard du contrôle des prix qui rejoint la critique portée par l'école de Chicago. Elle aboutit à une pareille remise en cause du rôle des autorités de contrôle de concurrence. Mais le rapprochement s'arrête ici. Car il n'en reste pas moins une opposition radicale de la seconde génération d'ordolibéraux avec l'école de Chicago. Dépolitisée, anti-constructiviste, cette pensée ordolibérale renouvelée rejette sans concession toute idée d'une instrumentalisation des règles de concurrence aux seules fins d'efficacité.

3.2.2 Une conception dépolitisée des règles de concurrence

Dans la perspective ordolibérale originelle, la concurrence est vue comme un ordre qui doit être construit par des règles et, si besoin, par une intervention de l'État. Organisée par des principes, soumise au respect de règles, cette intervention publique au service de l'ordre concurrentiel est clairement assumée. Comme l'indique Eucken, « l'ordre concurrentiel doit *créer* un cadre dans lequel la libre activité de l'individu est limitée par la sphère de libertés de l'autre »[107]. Cet aspect constructiviste des règles de concurrence est servi par une certaine vision politique de la société qui apparaît bien dans la définition que Böhm donne de la constitution économique. Au contraire, Mestmäcker promeut une conception dépolitisée du droit de la concurrence. Il s'agit de protéger la concurrence pour elle-même, comme processus de découverte, et non pour les résultats qui sont censés en découler.

---

106 W. Möschel, in V. M. Immenga et E.-J. Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht, op. cit.,* §12. Même remarque du même auteur au sujet du droit européen de la concurrence : W. Möschel, in V. M. Immenga et E.-J. Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht,* 4e éd., Munich, C.H. Beck, 2007, § 145.

107 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit.*, p. 250 (nous soulignons).

Mestmäcker, dont la pensée n'est pas dépourvue de toute contradiction, s'inscrit ici dans le sillon tracé par Hayek et Hoppmann. Hayek condamnait toute forme de « constructivisme rationnel », c'est-à-dire toute tentative de contrôle du processus de concurrence par le biais d'objectifs définis politiquement, et concevait le droit comme un ordre abstrait[108]. Les ordolibéraux de cette nouvelle vague s'attachent alors à promouvoir des règles générales et abstraites qui puissent être valables pour elles-mêmes.

Certes, cette insistance sur l'idée que l'ordre concurrentiel repose sur des règles clairement définies et applicables à tous est exprimée depuis fort longtemps. Franz Böhm, recourant dès 1937 à la métaphore des « règles du jeu », insistait sur l'exigence du respect de la norme[109]. Mais cette métaphore sera reprise par la nouvelle école de Fribourg pour préciser que les règles du jeu ne doivent pas être orientées vers un but prédéfini. Garantir à chacun l'exercice de ses libertés suppose de les soustraire à l'emprise d'objectifs collectifs, que ces objectifs soient politiques, sociaux ou économiques.

Une distanciation s'effectue avec le concept de « concurrence complète » (*vollständige Wettbewerb*) auquel adhéraient les premiers ordolibéraux. Trop statique, ce concept s'avère être aussi un concept hétéronome, c'est-à-dire qu'il repose sur une représentation définie par le politique de ce que doit être le résultat de la concurrence, à savoir la « dépotentialisation » maximale des puissances économiques publiques mais aussi privées, pour préserver l'ordre de liberté[110]. Or les ordolibéraux de seconde génération refusent toute instrumentalisation des opérateurs économiques au service d'une finalité, quelle qu'elle soit[111].

C'est en cela précisément que les « néo-ordolibéraux » s'éloignent également du courant de l'école de Chicago et ne partagent absolument pas les prescriptions qui animent la *more economic approach*. Ce dernier courant prône une approche finalisée des règles de concurrence, où les arguments relatifs à l'efficacité économique s'invitent en permanence dans l'examen de la licéité des comportements des entreprises sur le marché.

---

108 F. Hayek, *Rechtsordnung und Handelnsordnung*, in F. Hayek (dir.), *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1969, pp. 161–198, spéc. p. 177.

109 F. Böhm, *Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1937, p. 126.

110 R. Fèvre, « Le marché sans pouvoir : au cœur du discours ordolibéral », *Revue d'économie politique*, mars 2017, n° 1, pp. 119–151.

111 W. Möschel, *Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz*, Mohr Siebeck, 1978, p. 42, cité par J. H. Klement, *Wettbewerbsfreiheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 190 et 205.

3.2.3 La mise à distance des arguments d'efficacité économique

Si les ordolibéraux contestent l'application à la matière concurrentielle de raisonnements fondés sur un objectif d'efficience, alors même que cet objectif implique un recul de l'interventionnisme politique qu'ils prônent par ailleurs, c'est parce que l'application de la règle ne peut en aucun cas dépendre d'un objectif extérieur. L'efficience ne peut être pour Hayek ou Hoppmann qu'une conséquence accessoire, indirecte, d'une politique de concurrence orientée vers la liberté[112].

Il y a là une remise en ordre de la place respectivement assignée aux valeurs de liberté et d'efficacité. Les préoccupations relatives à l'efficacité n'étaient pas totalement absentes des réflexions des premiers ordolibéraux. S'ils prônaient à travers le concept de constitution économique le choix du système d'économie de marché, c'est aussi parce que ce système économique était jugé efficace, fonctionnel, pour opérer la répartition des richesses, notamment dans une société industrialisée. Le système de planification serait impraticable en raison des difficultés à maîtriser des connaissances suffisantes sur des données de plus en plus complexes. Dans cette pensée originelle, les considérations liées à l'efficacité paraissent compter autant que les considérations éthiques[113]. Lorsque Walter Eucken souligne la nécessité de concevoir un ordre à la fois efficace et juste, il signifie que l'économie de marché mérite d'être protégée non seulement parce que les besoins matériels essentiels seront mieux satisfaits, mais aussi parce que les conditions de réalisation et d'épanouissement de la personne humaine seront mieux respectées. Ces préoccupations relatives à l'efficacité seront largement reléguées par la suite. Ainsi Vanberg proposera une articulation originale des relations entre liberté et efficience en revisitant la distinction entre règles du jeu (*Spielregeln*) et exercice du jeu (*Spielzüge*) posée naguère par Franz Böhm. Si des considérations relatives à l'efficience ou à d'autres valeurs peuvent être discutées, ce serait au niveau constitutionnel (lors de la définition de la règle), mais non au niveau sous-constitutionnel (lors de l'application de la règle)[114]. De même, si les règles du jeu produisent bien un effet, ce n'est pas de cet effet que doit

112 J. H. Klement, *Wettbewerbsfreiheit*, *op. cit.*, p. 207.

113 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit.*, p. 166 : « La tâche reste toujours la même : la création d'un ordre fonctionnel et juste (i.e. respectueuse de la dignité humaine). [...] Le caractère fonctionnel est une question d'équilibre. Mais ce n'est pas moins une question de justice ».

114 V. Vanberg, « Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Effizienz – Die ordnungsökonomische Perspektive », in V. Vanberg (dir.), *Evolution und freiheitlicher Wettbewerb*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 107–126, spéc. pp. 115–116. N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

dépendre la mise en œuvre de la règle. Ainsi, on y revient, il convient de distinguer et de ne pas confondre le processus concurrentiel, qui s'exerce dans le cadre des règles, et le résultat auquel aboutit ce processus.

3.2.4 Le refus du conséquentialisme juridique

Ce refus du conséquentialisme, c'est-à-dire d'instrumentalisation de la règle de droit aux fins d'efficacité, conduit logiquement à privilégier et à maintenir une approche formaliste du droit – celle-là même qui sous-tendait, comme on l'a vu, la mise en œuvre originelle des règles européennes de concurrence, avant qu'elle ne soit balayée par l'approche *more economic*. Ici aussi, l'apport de la pensée hayekienne au positionnement des ordolibéraux de seconde génération est notable. Sous l'empire d'une loi générale, abstraite, et non finalisée, l'individu peut définir lui-même ses propres fins[115]. Le droit doit donc reposer sur des règles *per se*. Cela signifie que les normes juridiques restent valables même si leur application au cas particulier conduit à un résultat dommageable ou insensé[116]. L'idée est partagée non seulement par Hayek mais aussi par Hoppmann qui précise que les règles de concurrence « ne doivent dépendre que de circonstances dont on peut attendre qu'elles puissent être connues ou constatées par les intéressés »[117]. La règle *per se* doit être univoque en précisant clairement à son destinataire ce qu'il peut faire ou non. Pour Mestmäcker, ces règles présentent le mérite de pouvoir être mises en œuvre et exécutées sans donner lieu à un pouvoir d'appréciation de politique économique[118]. On comprend dès lors que Mestmäcker se soit opposé vigoureusement à la mise en œuvre d'une approche dite « plus économique » des règles de concurrence, consistant pour l'autorité de contrôle à mettre en balance les effets d'une pratique sur le marché.

Il y a donc un écart important avec les enseignements de la *Law & Economics* en faveur d'une analyse de type coûts/bénéfices. Ce type d'analyse, d'après les auteurs ordolibéraux, met à mal l'autonomie et la rationalité

115 F. v. Hayek, *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

116 *Ibid.*

117 E. Hoppmann, « Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts », in E. Hoppmann et E.-J. Mestmäcker (dir.), *Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1974, pp. 5–20, spéc. p. 14.

118 E.-J. Mestmäcker, *Der verwaltete Wettbewerb*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1984, p. 31 cité par J. H. Klement, *Wettbewerbsfreiheit*, *op. cit.*, p. 223.

interne du droit. Dans un ouvrage au titre très explicite[119], Mestmäcker a montré toute la divergence qui oppose Posner à Hayek dans leur façon d'appréhender le rapport entre droit et économie. Cette discussion, initiée dans le contexte de modernisation de la politique européenne de concurrence, illustre le décalage philosophique entre la nouvelle école de Fribourg et la seconde école de Chicago. Alors que l'analyse de Posner suppose de retirer au droit sa propre rationalité interne, le système économique de Hayek est un système de libertés fondé sur un ordre juridique qui conçoit les libertés économiques comme des droits individuels[120]. Interpréter une règle de droit à l'aune d'une analyse coûts/bénéfices s'avère radicalement incompatible avec toute théorie exigeant que le droit et les valeurs qu'il consacre soient respectés pour eux-mêmes[121]. Il y a sans doute dans ce questionnement éthique un fond partagé par l'ensemble des ordolibéraux qui rejetaient dès l'origine tout système économique qui aurait réduit l'être humain à un simple moyen[122]. C'est dans cette continuité que Mestmäcker et les autres juristes proches de l'ordolibéralisme envisagent l'articulation entre le droit et l'économie. Si l'économie peut avoir une fonction instrumentale, il n'en va pas de même de la règle de droit qui doit être respectée pour elle-même[123]. À l'inverse de Posner qui refusait de voir dans le droit une discipline autonome[124], la pensée ordolibérale lui accorde une importance intrinsèque et ne le conçoit jamais comme un simple moyen d'obtenir d'autres biens.

---

119 E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory Without Law. Posner V. Hayek on Economic Analysis of Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

120 *Ibid*., p. 22.

121 *Ibid*., p. 48.

122 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit*., p. 77 : « Est-il possible de concevoir un système économique dans lequel les êtres humains ne sont pas que des moyens au service d'une fin ? » s'interroge l'auteur.

123 E.-J. Mestmäcker, « Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung », in E.-J. Mestmäcker et H. Sauermann (dir.), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung: Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1975, pp. 383–419.

124 R. A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962 – 1987 », *Harvard Law Review*, 1987, vol. 100, n°4, pp. 761–780, cité par S. Harnay et A. Marciano, « L'analyse économique du droit – Éléments de rupture et de continuité des années 1970 à aujourd'hui », *Économie publique/Public economics*, 2011, vol. 26–27, n^{os} 1–2, disponible à l'adresse : https://journals.openedition.org/economiepublique/8694 (dernière consultation le 12 février 2022).

Conclusion

La confrontation théorique entre école de Fribourg et école de Chicago, qui s'est révélée avec force au moment de la modernisation de la politique européenne de concurrence, ne doit donc pas masquer les aspérités de ces deux courants de pensée. L'école de Fribourg est marquée par différentes facettes, l'une, originelle, plutôt favorable à l'interventionnisme de marché, l'autre, contemporaine, moins encline à justifier l'intervention d'autorités extérieures. Il s'agit sans doute moins d'une rupture doctrinale que d'un renouvellement des idées et d'un approfondissement de certains fondements déjà latents dans les premiers écrits ordolibéraux. Toujours est-il que ce renouvellement de la doctrine ordolibérale ne facilite pas l'exercice d'analyse de la constitution micro-économique de l'Union que nous avons mené ici.

En premier lieu, on a pu montrer que les règles instituant le marché commun dans le traité de Rome pouvaient difficilement être vues comme le produit d'une pensée monolithique appelant la réalisation d'un programme économique prédéterminé qui serait celui prôné par les ordolibéraux. Les règles du traité procèdent bien au contraire d'un équilibre entre différentes visions politiques du projet européen, équilibre qui autorise à parler d'une constitution économique « mixte ».

En second lieu, différentes méthodes d'harmonisation du marché intérieur découlent de cette constitution économique européenne. Elles ont donné lieu au fil de la construction européenne à divers modèles de constitution micro-économique. On a voulu montrer que chacun de ces modèles pouvait laisser place à une lecture ordolibérale. Cette lecture plurielle de la constitution économique européenne est liée au tournant hayekien qui invite à (ré)interpréter les règles du marché intérieur sous l'angle évolutionniste des règles de concurrence.

En dernier lieu, l'application des règles de concurrence de l'Union a incontestablement été façonnée par les concepts tirés de l'ordolibéralisme qui ont conduit à conforter la légitimité et l'autorité de la politique de concurrence dans les premières phases de sa formation. La rigidité et la sévérité de cette politique ont été critiquées sous l'influence de l'école de Chicago. Les ordolibéraux contemporains de ce mouvement ont adopté un positionnement assez ambivalent, caractérisé d'un côté par la volonté de faire reculer l'interventionnisme des autorités de concurrence, et de l'autre par le maintien d'une conception très formelle des règles de concurrence, servie par une défense absolue du processus concurrentiel où les arguments d'efficacité sont mis à distance envers toute forme d'instrumentalisation du droit.

Dévoilée en particulier par le juriste Mestmäcker, la philosophie du droit de la pensée « néo-ordolibérale » peut dès lors être questionnée au regard du statut qu'occupe la règle de droit dans le projet européen. Une pensée qui s'attache au respect de la règle pour elle-même n'est-elle pas difficile à concilier avec la place ancillaire que la règle de droit occupe en droit européen ? Selon la méthode d'interprétation téléologique de la Cour, les règles du traité sont toujours interprétées en relation avec les finalités politiques de l'intégration européenne. Il y a là sans doute une contradiction à explorer entre, d'un côté, un programme orienté vers la protection d'un processus de concurrence en soi et, de l'autre, un droit (micro- et macro-) économique de l'Union européenne tout entier dédié à la réalisation d'un projet par nature politique.

Bibliographie selective

Böhm, F., *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung* (1933), Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1964.

Constantinesco, L.-J., « La constitution économique de la CEE », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, vol. 13, n°2, pp. 244–281.

Eucken, W., *Die Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (1952), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

Joerges, C., « Europa nach dem Ordoliberalismus : Eine Philippika », *Kritische Justiz*, vol. 43, n°4, pp. 394–406.

Kaupa, C., *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2016.

Mestmäcker, E.-J., *A Legal Theory Without Law. Posner V. Hayek on Economic Analysis of Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

Poiares Maduro, M., *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution : a Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

Streit, M., et Mussler, W., « The Economic Constitution of the European Community : From "Rome" to "Maastricht" », *European Law Journal*, 1995, vol.1, n°1, pp. 5–30.

Vanberg, V., « Wettbewerbsfreiheit und ökonomische Effizienz – Die ordnungsökonomische Perspektive », in V. Vanberg (dir.), *Evolution und freiheitlicher Wettbewerb*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 107–126.

Warlouzet, L., *Le choix de la CEE par la France. L'Europe économique en débat de Mendès France à de Gaulle (1955–1969)*, Paris, Institut de la gestion publique et du développement économique, 2011.

Discussion
Society, Private Law and Economic Constitution in the EU

Hans-Wolfgang Micklitz

Introduction

In 2017, I taught a seminar at the European University Institute on 'Transnational Economic Law and its Political Economy'.[1] The idea was to confront different concepts, inter alia Polanyi and Hayek.[2] I started from the premise that the researchers would sympathize with Polanyi, the advocate of a politically embedded economy and would take a very critical stand on Hayek, the advocate of neoliberalism. In order to test their preconceptions, I chose a couple of key sentences from Hayek without telling them who the author was. We discussed individual liberties and, at the end of the class, I asked them whether they subscribed to what the author said about liberty. They all approved and were rather irritated to find out that they had become followers of Hayek's neoliberalism; then even shocked when confronted with Hayek's critique of left-wing duplicitousness,[3] so obviously documented in the widespread ambiguous behaviour of young and older scholars – using low-cost airlines and defending labour rights. I will not hide that I shared their perceptions.

What can be taken from this little anecdote? On the one hand, there is a growing criticism of the capitalist economy, accompanied by an even louder call for the 'state', which should intervene to tame capitalism. The EU is heavily criticized, not least due to its strong market focus, which is blamed for undermining national democracies and deepening injustice whilst lacking the democratic credentials and the political power to politically re-embed the Internal

1 A presentation of the seminar is available at: https://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/Seminars/2017-2018/Second-Term-Seminars (last consulted on 12 February 2022).

2 F. Hayek, *The Road to Serfdom*, London, Routledge, 1944; K. Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, New York, Farrar & Rinehart, 1944.

3 F. Hayek, *The Intellectuals and Socialism*, Chicago, University of Chicago Press, 1949.

© HANS-WOLFGANG MICKLITZ, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_014
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

Market.[4] Peter Drahos[5] understands China to be the only political actor worldwide who has the power to control and force capitalism towards a green economy. On the other hand, there is an emerging literature which puts emphasis on the private individual, on the society, their rights and also their responsibilities in a liberal market order and liberal polity.[6]

The European avenue, politically and academically, points towards a gradual transformation of the market order through setting incentives for the economy, but including the individual. It goes without saying that the foundations of the European economy are again on the agenda. Here we are back to the 'economic constitution' of the EU, its ordoliberal roots, its move away from ordoliberalism in the Single European Act and towards what is simply called the 'neoliberal' shift crystallized in the Lisbon Summit 2000, even in academic writings all too often without clarification of what is meant by neoliberalism. This contribution takes for granted that the reader is familiar with the writings of the advocates and the literature on neo- and ordoliberalism and its impact on the European economic constitution.[7]

Most of the century-long debate has been concentrating on the relationship between the state and the market, and who has or should have primacy over whom: the state over the market or the market over the state. In the European context, the debate runs around the Internal Market and the EU. My take is different: I want to look at the interrelationship between the various economic models and the society. This requires a clarification on how I use the term

4 W. Streeck, *How Will Capitalism End?*, London, Verso, 2016; M. Bartl, « Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n°5, pp. 572–598.

5 P. Drahos, *Survival Governance, Energy and Climate in the Chinese Century*, New York, Oxford University Press 2021.

6 H. Dagan and M. Heller, *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; H. Dagan, *A Liberal Theory Of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

7 For an account of the interaction and the nuances between ordoliberalism, societal order and private law, see S. Grundmann « Chapter 6 – Societal Order and Private Law », in S. Grundmann, H.-W. Micklitz and M. Renner (eds.), *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2021, pp. 131–155. Ed.: on neoliberalism, see *supra* in this volume, F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach néolibérale* ? ». Finally, on ordoliberalism and its impact on the European economic constitution, see *supra* in this volume, the contributions of S. Audier (« Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ») and C. Mougouachon (« Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne »).

'society'. Hayek defends the *liberal society*, Böhm[8] the *private law society*, then there is the *civil society* which may have very different meanings: in the transnational context, it is the arena of collective action in the public space beyond the state; in the Western world, it may be alluded to *democratic society*, as a particular source of democratic legitimacy;[9] in the new Member States of Central and Eastern Europe, civil society is a *normative concept* which carries civic values.[10] All these concepts have in common that they take civil society as a homogenous entity. The focus of social science has shifted to the politicization of the civil society and its inherent tensions, though.[11] In light of the little opening anecdote, I will not limit myself to the transnational arena, which is the one most often discussed in the EU context, but will also analyse the role and the responsibility of the individual – the human being that should be at the centre of the triangular relationship between the market, the state and the society. This brings me quite necessarily back to the liberal society, the liberal polity and to the kind of '*private law society*' that Karl-Heinz Ladeur[12] defends.

For the sake of the argument, I will use the rise of European private law as a benchmark and demonstrate how the EU is shaping or trying to shape a European Society through the making of private law. The scope of the analysis is however restricted: it does not deal with citizen rights or with the relationship between democracy and the economy. This would be a different contribution, even if there is some overlapping when theories are invoking 'economic democracy' as a model type. In order to avoid confusion with underlying concepts, I will be using 'European Society' throughout the text. One additional clarification is needed. National societies *exist*. They are a given societal reality. This is different when it comes to the 'European Society'. In sociological terms, there might be something like a European society in the making or at least different fragmented societies. Providing evidence would require a deeper empirical analysis of the societal facts. This will not be my task, even if the ECJ in

8 F. Böhm, « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, vol. 17, pp. 75–151.

9 « Civil society », definition and meaning in Collins English Dictionary. J. Habermas in particular is relying heavily on the civil society, which could provide legitimacy to regulatory action, at least the Habermas prior to the Covid crisis.

10 In the new Member States, the wake-up call is not *Cassis de Dijon* (Germany) or *Sunday Trading* (UK), but references dealing with mortgages and currency credits.

11 E. Grande, « Zivilgesellschaft, politischer Konflikt und soziale Bewegungen », *Forschungsjournal Soziale Bewegungen*, 2018, vol. 31, nos 1–2, pp. 52–60 (available at http://dx.doi.org/10.1515/fjsb-2018-0007, last consulted on 12 February 2022).

12 K.-H. Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft Zur Verteidigung der Rationalität der Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 7–96.

particular brings the reality back in. What counts is how the EU, the European Commission and the European Court of Justice are trying to form a European Society. In that perspective, the European Society is a normative project in the hands of the European institutions and the Member States.[13]

The contribution will proceed as follows. In the first part, I will browse through the making of the EU so as to demonstrate that the EU originally rested on the national societies which were holding the EU together (1.1.). With the Single European Act in 1986 (1.2.) and the Lisbon Summit in 2000 (1.3.), the EU began to actively and strategically intermingle with national societies, to transform national societies and to work on the establishment of what could be a European Society in the making – which is governed by and through law. Here I am relying on previous findings, which are adjusted and deepened with regard to the relationship between private law and the European Society (1.4.).[14] The first part concludes with an analysis of the European Society as it stands today by and large as a normative project, a kind of a market society, which is – this is the claim – a mirror image of the type of Economic Constitution the EU is promoting, but where the European Commission (1.5.) and the European Court of Justice (1.6) are nevertheless playing different roles. The second part contrasts the European society with different theoretical models and lays bare the difficulties of a collectively managed European Society. These theoretical models focus either on the role of the individual in a liberal polity and a liberal private law, such as Wieacker's common heritage (2.1.), or the private law society of ordoliberalism (2.2.) and its democratic foundations (2.3.). In my conclusions, I am referring to the century-old call for the democratization of the economy and the potential of *Rechtsverfassungsrecht* (the 'law of constitutional law') to find a way out of the tension between a collectively managed European Society and the key role of the individual in a liberal polity.

13 The clash between the European society as it is and the European society as it should be deserves a separate paper, see Heinrich Heine on Europa: "*Franzosen und Russen gehört das Land. Das Meer gehört den Briten. Wir aber besitzen im Luftreich des Traums die Herrschaft unbestritten.*" (https://www.aphorismen.de/zitat/7386, last consulted on 12 February 2022: "Britannia Rules the Sea, The French and the Russians Rule the Land, but the High, Airy Realms of Dreams are All in German Hands" translation Michelle Everson, Birkbeck College).

14 H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law. Access Justice, Social Justice and Societal Justice*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2018.

1 The Making of the EU and the 'managed' European Society

The recovery of the states, economies and peoples after the Second World War went hand in hand with the 'European integration' project: peace and prosperity through trade under a common institutional umbrella that domesticizes the destructive power of the war industries on both sides of the Rhine. The idea of European integration rested on two sound pillars, the market for the EU and the Social for the Member States.[15] The EU was built on nation states that autonomously decided to engage into the joint project of European integration and that guaranteed smooth cross-border trade through the interaction between their national legal orders. The post-Westphalian state nation, which turned into the 19th century nation state and the respective national private law orders underpinned the distinction and stabilized the EU. Legal integration through the market was counterbalanced by political integration in intergovernmental fora.[16] No particular room for a European Society had been foreseen. Nonetheless, it was presumed to exist much more in the commercial than in the private law environment. This is, in Wieacker's language,[17] the common heritage that all European people share. The EU was designed as an economic and a political space.

The first move towards a European Society made through law started with the rise of the 'Social' in the Member States.[18] The post-war period brought prosperity as well as social and political stability. The common market worked for the benefit of the Member States and the European peoples. Increased choice was equated with a better life and capabilities, which were viewed as a valid currency of justice in the EU.[19] The 'Social' in the Member States reached a new peak, first by stabilizing labour relations, later in the consumption society

15 Spaak Report, 21 April 1956, available at http://aei.pitt.edu/996/1/Spaak_report_french.pdf (last consulted on 12 February 2022).

16 J. H. H. Weiler, *Supranational law and the supranational system. Legal structure and political process in the European Community*, unpublished PhD thesis, European University Institute, Florence, 1982.

17 F. Wieacker, « Foundations of European Legal Culture », *American Journal of Comparative law*, 1990, vol. 38, pp. 1–29, esp. pp. 17–18.

18 In the meaning of Duncan Kennedy (« Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000 », in D. M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 19–73).

19 F. de Witte, *Justice in the EU, The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 61 and 200.

that emerged from the 1960s onwards.[20] In a consumption society, buying and selling represent the most important economic activity. In the EU, consumption makes up for more than 50% of the gross income. The adoption of the Single European Act triggered the hope to build a Europe with a social face, a formation of nation states that enshrined a social dimension, both in labour law and consumer law. It is here where the interference of the EU with society and societies became obvious. There were strong expectations for a social Europe that could compensate for the decline of the welfare state at a national level. Over time, it became clear that the 'European Social' could not be equated to its national predecessor. The fragile balance between forceful integration through law and strong political inter-governmentalism faded away.[21] Majority voting facilitated secondary law making, but destabilized first the political arena and later the national and the European society/ies.

In the aftermath of the fall of the Berlin Wall and the collapse of communism, the post-war idea of a United States of Europe was revitalized through the attempt to build a European Society through a European Constitution and a European Civil Code. To achieve this grand vision, Wieacker's common heritage (legalism, intellectualism and personalism) of Europe was mobilized to

20 One might think of de Gaulle's *Europe des patries*: " *Construire l'Europe, c'est-à-dire l'unir, c'est, évidemment, quelque chose d'essentiel. Il est banal de le dire. Pourquoi faudrait-il que ce grand foyer de la civilisation, de la force, de la raison, de la prospérité s'étouffe sous sa propre cendre ? Seulement, dans un pareil domaine, il faut procéder d'après... non pas suivant des rêves mais d'après des réalités. Or quelles sont les réalités de l'Europe? Quels sont les piliers sur lesquels on peut la bâtir ? En vérité, ce sont les Etats.* [...] *Se figurer qu'on peut bâtir quelque chose qui soit efficace pour l'action et qui soit approuvé par les peuples en dehors, au-dessus des Etats, c'est une chimère. Assurément, en attendant qu'on ait abordé le problème de l'Europe dans son ensemble et corps à corps, il est vrai qu'on a pu instituer certains organismes plus ou moins extra ou supra nationaux. Ces organismes ont leur valeur technique. Mais ils n'ont pas, ils ne peuvent pas avoir d'autorité, et par conséquent, d'efficacité politique.* [...] *Assurer la coopération régulière des Etats de l'Europe occidentale, c'est ce que la France considère comme étant souhaitable, comme étant possible et comme étant pratique dans le domaine politique, dans le domaine économique, dans le domaine culturel et dans celui de la défense.* [...] *Cela comporte un concert organisé, régulier des gouvernements responsables. Et puis alors, le travail, l'organisme spécialisé dans chacun des domaines communs est subordonné au gouvernement. Cela comporte la délibération périodique d'une assemblée qui soit formée par les délégués des parlements nationaux*." (Press conference by Charles de Gaulle, 5 September 1960, available at: https://www.cvce.eu/obj/conference_de_presse_de_charles_de_gaulle_5_septembre_1960-fr-0993e4e3-896a-4c44-89c4-9de188c1d637.html, last consulted on 12 February 2022).

21 J. H. H. Weiler, « The Transformation of Europe », *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, pp. 2403–2483; E.-J. Mestmäcker, « Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa », in E.-J. Mestmäcker, H. Möller and H. P. Schwartz (eds.), *Eine Ordnungspolitik für Europa. Festschrift für Hans von der Groeben*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 9–49.

shape a European Union on the model of the 19th century nation state, through a constitution and a civil code. Yet, the common heritage alone did not suffice to take such a leap. Building a European Constitution and a European Civil Code requires different foundations. It would have needed a vibrant European Society, advocating, in turn, for a European Constitution and a European Civil Code. Such a European Society did not exist in the new millennium. The whole project had been a political top-down undertaking driven by the European Parliament and the European Commission, not one driven bottom-up by a European Society going public and calling for a European Constitution and a European Civil Code.

The second move took a very different turn. It rested on instrumentalization of the law, but no longer in order to build a social Europe, but to place the EU in the global environment and to give the model of the European private law and the European Society a different twist. Three major documents were constitutive for what might be associated with the transformation of the European legal order into a neo-formalistic order: the Lisbon Council 2000, the Constitutional Charter 2000 and the European Governance 2002. All three together laid the ground for a particular understanding of the role of private law in the overall exercise of building a European Society.

'The Presidential Conclusions' of the European Council in Lisbon March 2000, run by the heads of the then 17 Member States (without the ten new Member States and without Croatia), were claiming to respond to "a quantum shift resulting from globalisation and the challenges of a new knowledge-driven economy".[22] Economic efficiency *and* social inclusion became key paradigms for the new millennium.[23] The second document, formally unrelated, but politically strongly interrelated with the Lisbon Council, is the Charter of Fundamental Rights, adopted in December 2000 by the European Parliament, the Council and the Commission. Economic efficiency is to be counterbalanced through fundamental and human rights. The rights holder is characterized by their representativeness.[24] The third document is the 2002 White Paper of the European Commission on 'European Governance', meant to deal with

22 The Lisbon Strategy of 2000, para. 1 (available at: https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm, last consulted on 12 February 2022).

23 There would be much to say on the 'quantum shift' – on the economic and political implications that the efficiency based EU policy triggered. In fact there is an abundant literature.

24 H.-W. Micklitz, « The Legal Subject, the Social Class and Identity Based Rights in a European Perspective », in L. Azoulai, S. Barbou des Places and E. Patout (eds.), *Ideas of the Person and Personhood in European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 285–310.

the 'real paradox' that "[t]oday political leaders throughout Europe are facing [...]. On the one hand, Europeans want them to find solutions to the major problems confronting our societies. On the other hand, people increasingly distrust institutions and politics or are simply not interested in them" (preamble). Governance should bring politics into the management of the European integration process.[25] From the new millennium onward, European private law shifted towards the strive for economic efficiency through full harmonization, towards constitutionalization through turning fundamental rights into a benchmark for the exercise of private rights and towards governance through opening space for collective actors to engage in private law making. The European Society that shines through the three documents is efficient, constitutionalized and collectively managed.

1.1 *The EU without a European Society*

The European Union was set up in 1957 and established a common market, based on four freedoms and competition law. It laid down the structure of what has been termed, particularly by German lawyers, the European Economic Constitution.[26] What is missing in the Treaty is private law or, to put it in the language of ordoliberalism, the private law society. One needs to dig deep into the history of the EU to find the explanation. The Schuman Declaration of May 1950 is only 132 lines long.[27] Schuman refers to civilization but not to democracy.[28] The 'peace through trade' formula embraces a common European history, sparked by centuries' long interconnectivity of states and commerce. Schuman implicitly presupposes the existence of a national private law, which is organizing trade. P. Pescatore[29] has analysed with masterly precision the differences between international law and the European law of integration. Without the existence and without deep reliance on the viability of nation

25 Unless this 'governance' aims, on the contrary, to depoliticise the management of the European integration process ? (M. Bach, *Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in der Europäischen Union*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 1999).

26 E.-J. Mestmäcker, « Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa », *op. cit*.

27 The Schuman Declaration is available on the website of the Robert Schuman Foundation at: http://www.robert-schuman.eu/en/declaration-of-9-may-1950 (last consulted on 12 February 2022).

28 J. H. H. Weiler, « Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Essay », in J. Dickson and P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 137–158, esp. p. 139.

29 P. Pescatore, *The Law of Integration. Emergence of new phenomenon in international relations, based on experience of the European Communities*, Leiden, Sijthoff, 1974 (originally published in French in 1972).

states, their constitutions and their private law order, trade cannot be organized. The Schuman Declaration, and indeed the Treaty of Rome, presupposed the functionality of nation states, of their democratic constitutional legal order and of their private law orders. All that was needed in such a model were rules on jurisdiction and enforcement. Art. 220 of the Treaty of Rome paved the way, albeit in a very cautious language. The Brussels Convention was adopted in 1968 and turned into a success story, not least because Member States were prepared to grant the ECJ final authority to interpret the Convention. However, the Treaty of Rome did not forestall the need for common rules on the applicable law. That is why the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations had to be concluded outside the Treaty, in a separate international treaty. It never reached a similar importance, not least because the Member States were not ready to confer on the ECJ a similar prominent role and because businesses are relying much more on arbitration than on courts.

Whilst the Member States relied on political conventions to build a legal framework for a European international private law, in order to define the competent court and to identify the applicable law, the ECJ entered the legal arena with a big bang in the early 1960s already. The ECJ[30] turned an international treaty into a 'genuine legal order', characterized by supremacy of EU law over national law and by the direct effect of EU law to the benefit of individual parties.[31] Private parties, the holders of the rights and their recipients, are legally entitled to strike down national laws and regulations, which would hinder the four freedoms. This was a formidable invitation to turn private law conflicts into preliminary references to be decided by the ECJ. The Court built a common market without quantitative restrictions and without barriers to trade. This was to the benefit of business, which enjoyed more space in the shaping of their private relations, and to that of citizens who benefitted from the opening up of the national markets to an ever more increasing choice. Not surprisingly, scholars read the four freedoms as approval of private autonomy as the underlying parameter of the EU legal order – a decisive step in legitimizing the emergence of a law-made European Society.[32] The huge importance of the Court's case law on market freedoms and competition law in the building of a 'private law society' in ordoliberal language has attracted amazingly

30 E. Stein, « Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, pp. 1–27.

31 Ed.: see *infra* in this volume, P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market ».

32 P.-C., Müller-Graff, *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht. Gemeinschaftsprivatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1989.

little scholarly attention in research on European private law.[33] Pieter Van Cleynenbreugel and Xavier Miny[34] emphasize the 'market access' rhetoric, which works mostly to the benefit of business, but indirectly also to the benefit of consumers through the increased choice.

The social dimension of private law, 'The Social' to use the language of Duncan Kennedy,[35] did not really play a role at that early stage, at least not at the EU level. The European Economic Community had been established on the basis of a *functional separation of powers* between the EEC and the Member States. The EEC was granted enumerated powers only as far as they were needed to establish the Common Market to overcome economic nationalism. The making and the development of social welfare systems and of social justice was left to the Member States.[36] Re-distributive policies were to remain subject to national politics, with the exception of the Common Agricultural Policy (CAP).[37] This does not mean that the European Union did not attempt to get involved into social matters and to give the emerging European private law, built around 'market access' and the two conventions on jurisdiction and the applicable law, a social twist. Legislative measures initiated by the European Commission could only pass with the unanimous agreement of the Member States in the Council, according to Art. 100 EC (now Art. 115 TFEU). The European Parliament had no decision-making power until 1986. Despite these tight restrictions, the European Regional Development Fund was set up in 1973 and started operating in 1975. In 1974, the European Commission developed a social policy programme[38] and, in 1975, a consumer policy programme.[39] Both were unanimously approved by the Council of Ministers and

33 E. Steindorf, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1996; A. Hartkamp, *European Law and National Private Law: Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal Relationships Between Individuals*, 2nd ed., Cambridge/Antwerp, Intersentia, 2016; H.-W. Micklitz and C. Sieburgh, (eds.), *Primary EU law and Private Law Concepts*, Cambridge/Antwerp, Intersentia, 2017. The dimension is totally missing in preparatory work on the Academic Draft of References.

34 See *supra* in this volume, P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market ».

35 D. Kennedy, « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000 », *op. cit*.

36 M. Dawson, *New Governance and the Transformation of European Law*, *Coordinating EU social law and policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 34.

37 The CAP and structural funds were (are) proper redistributive policies with tangible economic impact – just not very socially salient. They were financed out of the EU budget and decided by majority voting. The subjects of these policies are not akin to classic welfare state schemes.

38 OJ No. C 13, 12.2.1974, pp. 1.

39 OJ No. C 92, 24.4.1975, pp. 2.

published in the EU Official Journal. Already at this early stage, a momentous course was set.

The EU is not looking at the European Society as a whole, but is concentrating on two social groups: workers and consumers. Society is split into different addressees with different interests and different rights and obligations. Quite a number of directives were adopted in both fields: in labour and non-discrimination law, Directive 75/117 on equal pay[40] and Directive 76/207 on equal access to employment,[41] in consumer law Directive 85/374 on product liability, Directive 85/577 on doorstep selling[42] and Directive 87/102 on consumer credit.[43] Those directives have been only the starting point for a much stronger move into social regulation after the adoption of the Single European Act in 1986.

1.2 *The Short Flare-up of an Emerging European Society with a Social Face*

The famous White Paper on the Completion of the Internal Market[44] developed under the presidency of Jacques Delors provided the ground for the adoption of the Single European Act. The Act has been a wonderful combination of French intellectualism and British pragmatism. The overall message addressed to the Member States was that the realization of the Internal Market could not be achieved without the establishment of minimum standards to protect workers and consumers. Looking back through today's glasses, one may wonder how it was possible that Member States agreed to such a far-reaching paradigm change in the mid 1980s, which reshuffled the distribution of economic and social competences between the EU and Member States that underpinned the Treaty of Rome.

---

40 Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ No. L 45, 19.2.1975, pp. 19.

41 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ No. L 39, 14.2.1976, pp. 40.

42 Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, OJ No. L 372, 31.12.1985, pp. 31.

43 Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ No. L 42, 12.02.1987, pp. 48.

44 COM (85) 310 final Completing the Internal Market, available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51985DC0310&from=EN (last consulted on 12 February 2022).

By the late 1970s, the European Union lacked any clear vision on its future. The 1985 Internal Market Programme broke the impasse. The European integration process seemed to provide evidence for Polanyi's theory of the social embeddedness of the capitalist market.[45] The most obvious changes in the Single European Act were enlarged competences and the introduction of majority voting. Art. 100 a) Single European Act (Art. 114 TFEU) turned into the key instrument that legitimated and justified European secondary legislative measures both in labour and consumer law. Indeed, majority voting helped to unblock long-standing legislative projects that could not find unanimous agreement. The social forces in the Member States placed much hope on Art. 118 a) (Art. 153 TFEU) and, in particular, on Art. 118 b) (Art. 152 TFEU) that was meant to promote dialogue between social partners. The social drive reached its peak with the introduction of the Social Charter in 1989 and, in 2000, through the EU Charter on Fundamental Rights,[46] which integrated consumer policy though to a lesser extent than social rights. By the end of the millennium, 'The Social' had gained standing in the EU constitution. However, competence rules were either bound to the completion of the Internal Market or were wholly lacking.

The Single European Act of 1986 has been understood as a turn away from ordoliberalism. In the understanding of Mestmäcker, the SEA has substituted the rule-based Treaty of Rome, built on the four freedoms and competition law, through a body of rules full of vague formulas and full of delegated competences that open up pathways for the politicization of the economic constitution.[47] Joerges[48] agrees with Mestmäcker that the SEA has fundamentally changed the economic constitution and that the ordoliberal concept is fading away. His angle is very different, though, as he criticizes both the lack of a 'social market economy' (*soziale Marktwirtschaft*) and, more importantly, the missing connection between the economic constitution in the ordoliberal meaning and economic democracy,[49] to which I will come back in the second

45 Critical account on the achievements M. Höpner and A. Schäfer,« Embeddedness and Regional Integration: Waiting for Polanyi in a Hayekian Setting », *International Organization*, 2012, vol. 66 , pp. 429–455.

46 OJ No. C 364, 18.12.2000, pp. 1.

47 See H.-W. Micklitz, « Chapter 24 – Multilateral Governance and Economic Constitution », S. Grundmann, H.-W. Micklitz and M. Renner, *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, *op. cit.*, pp. 454–471.

48 C. Joerges, « What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy », *European Law Review*, 2005, vol. 30, pp. 461–489.

49 Ed.: see also *infra* in this volume, C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

part of the contribution. Both do not deal explicitly with the private law dimension, with the move towards social regulation and the rise of labour and consumer law. The conflict over the economic design of the Internal Market exploded when the EU published in 1991 its draft directive on unfair terms in consumer contracts, which allowed for the judicial control of the price and the main performance. Politically influential German scholarship[50] used strong language to attack the proposal. Price control and the control of the main performance would set an end to the market economy. It is worth noting that the *Common Market Law Review*, certainly one of the most important voices in the European legal scholarship, opened the gateway for a discussion of a draft proposal, which is a rather unconventional practice. Not least due to the forceful critique, the EU amended its proposal and left Member States the choice of whether or not they want to allow judicial control of prices and the main performance.

Nevertheless, there remains until today a strong imbalance in the degree to which labour and consumer law were europeanized. Rödl[51] concludes that, with regard to labour law and policy, the higher the social relevance, the lesser developed are the EU competences. The law on employment contracts and collective labour law remained, by and large, in the hands of the Member States, perhaps with the remarkable exception of non-discrimination law.[52] This might be related to the difference between product and process regulation. The EU legal order is built on facilitating exchange of goods and services, but does not at least in principle touch upon the conditions under which the products and services are manufactured. The differences in the production costs form an integral part of the economies of scale which Member States may use as a competitive advantage. The picture looks different with regard to consumer law. The competence rules sufficed to 'rescue' consumer law, which had lost ground together with the decline of the welfare state.

---

50 H. E. Brander and P. Ulmer, « The community directive on unfair terms in consumer contracts », *Common Market Law Review*, 1991, vol. 28, n°3, pp. 647–662; C.-W. Canaris, « Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiehit in der Privatrechtsgesellschaft », in. P. Badura and R. Scholz (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 1993, pp. 873–891.

51 F. Rödl, « Labour Constitution », in A. V. Bogdandy and J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed., Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 623–658, esp. p. 638.

52 There is an abundant literature on each of the three fields. For a holistic perspective see J. Basedow, *EU Private Law, Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 59.

In the 1990s the EU adopted a dense net of consumer private law rules, which could be read as the nucleus of a European consumer code, based on general rules, on rules on particular contracts and on liability and last but not least on enforcement.[53] The price paid was the shift from consumer protection law to consumer law 'without protection', or, to use Deakin and Wilkinson's terminology, the shift towards the 'law of the consumer market'.[54] In such a perspective, the consumer is, first and foremost, the responsible and circumspect observer of the market, who takes informed and responsible decisions, which enhance competition, and not the weaker market participant, in need of protective legislation. Whilst there are certainly variations in directives and regulations as well as in the ECJ judgments,[55] the overall turn in EU consumer law shattered the social paradigm enshrined in the protection rhetoric.

1.3 *The Move Towards Economic Efficiency*

The Lisbon Council 2000 marked the break-even point in the further development of the European legal order in general, and the social in particular. It is here that the EU developed its rhetoric on the EU becoming "*the most competitive and most dynamic knowledge-based economy*". The Lisbon Council 2000 must be regarded as the contemporary backbone of EU policy, at least the one that is favoured and advocated for by the European Commission in its ongoing attempts to use its limited competences in the field of private law to promote the building of a European society. Economic efficiency governs the shift from minimum to maximum harmonization in EU consumer law, underpins Open Method of Coordination (OMC) in labour law and made its way via the ECJ into competition law, albeit not coherently.[56]

---

53 S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy,* 2nd ed., Cheltenham, Edward Elgar, 2005; N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott and K. Tonner (eds.), *European Consumer Law*, 2nd ed., Antwerp, Intersentia, 2014; G. Howells, C. Twigg-Flesner and T. Wilhelmsson, *Rethinking European Consumer Law*, Abingdon, Routledge, 2017.

54 H.-W. Micklitz, « The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law – A Bittersweet Polemic », *EUI Working Paper*, n° 2012/03 (also published in *Journal of Consumer Policy: Consumer Issues in Law, Economics and Behavioural Sciences*, 2021, vol. 35, n°3, pp. 283–296); S. Deakin and F. Wilkinson, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

55 H. Unberath and A. Johnston, « The double-headed approach of the ECJ concerning consumer protection », *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, pp. 1237–1284 and on the case law B. Kas and H.-W. Micklitz, « Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Vertrags-und Deliktsrecht (2014–2018) », *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2018, vol. 29, pp. 181–219 (« Vol. I ») and pp. 241–300 (« Vol. II »).

56 S. Smismans, « From Harmonization to Co-ordination? EU law in the Lisbon Governance Architecture », *Journal of European Public Policy*, 2011, vol. 18, pp. 504–524; See also

The 'new economic approach' is deeply anchored in the Lisbon Agenda. It puts competition law under pressure in its turn away from the control of market structure to output control of prospective results. As Marty suggests, the new economic approach in competition law should be understood as a move towards neoliberalism. The Lisbon Agenda requests a transformation of the welfare state, an adjustment of welfare measures to meet the challenges of increased international competition. Even Agriculture and Structural Funds shall now provide a fair return principle.[57] Under such a perspective, only one more step was needed to promote social inclusion instead of social distribution.[58] International competition puts pressure on the labour market, the threatening disintegration of which would have to be prevented by social inclusion. Such a policy turns against redistributing capital among the employed. The political objective is no longer to fight down injustices. The infamous *Viking* and *Laval* saga[59] fits all too well into such a broader scenario. The Commission's Consumer Policy Strategy 2002–2006 transformed the Lisbon Agenda into a concrete mandate towards harmonization.[60] By 2019, in the pursuit of the so-called 'Consumer Refit',[61] the European Commission had achieved its goal.[62]

supra, F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale? »; with regard to the European courts, compare ECJ, Case C-413/14 P – *Intel v Commission* (ECLI:EU:C:2016:788) pro with General Court Case T-612/17 – *Google and Alphabet v Commission* (*Google Shopping*) (ECLI:EU:T:2021:763) against such a move. I would like to thank Heike Schweitzer for this hint.

57 Agricultural assistance to new Member States was much curtailed and efforts to modernise the CAP got momentum. Structural funds evolved towards a logic of 'everybody gets something', which comes close to the fair return principle. The new policy departed from former emphasis on developing regions. They became another instrument of efficiency, which culminated with the introduction of macroeconomic conditionality in the aftermath of the Eurozone crisis. If a Member State breaches the Six-Pack and the instructions given in the European semester, they might lose their access to structural funds.

58 H. Collins, « Discrimination, Equality and Social Inclusion », *The Modern Law Review*, 2003, vol. 66, pp. 16–43.

59 From the bulk of literature, M. Freedland and J. Prassl (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

60 OJ No. C 137, 8.6.2002, pp. 2.

61 E. van Schagen and S. Weatherill (eds.), *Better Regulation in EU Contract Law: The Fitness Check and the New Deal for Consumers*, Oxford, Hart Publishing, 2019.

62 With the exception of the unfair terms directive, M. Grochowski, « European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich », *Yearbook of European Law*, 2020, vol. 39, pp. 387–422.

Already introduced in the 1999 Treaty of Amsterdam, the OMC[63] later became identified as a major tool to achieve 'social inclusion'. The OMC operates in those areas of social policy where the European Union has no competences. It does not produce binding results. The exclusion of judicial review through the ECJ was vital for its acceptability in the negotiations on the Lisbon Treaty. There is a rich academic debate on the success or failure of the OMC, on its practical effects, on the role and function of Member States, the European Commission and on NGOs, and, last but not least, on the impact of the OMC on European integration 'without law'.[64] Overall scepticism prevails.

Through the 2002 White Paper on European Governance, the European Commission generalized the overall idea behind the OMC to use political cooperation outside treaty competences. The debate reached the European Civil Code project in that leading academics promoted OMC as a possible alternative to the European Civil Code project.[65] One of the key figures was the late Advocate General Walter van Gerven who initiated the *Ius Commune project*. Contrary to the prevailing opinion that favoured top-down regulation via the adoption of a European Civil Code or something similar, the *Ius Commune project* advocated a bottom-up approach, through convergence via denser cooperation and exchange between courts beyond national borders.[66] A whole series of textbooks have been published, none of which received funding from

63 Information on the OMC and its cycles is available at: http://ec.europa.eu/invest-in-research/coordination/coordination01_en.htm#1 (last consulted on 12 February 2022).

64 D. M. Trubek and L. G. Trubek, « Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination », *European Law Journal*, 2005, vol. 11, n°3, pp. 343–364; N. Reich « 'Reflexive Contract Governance in the EU'- David Trubek's Contribution to a More Focused Approach to EU Contract Legislation », in G. de Búrca, C. Kilpatrick and J. Scott (eds.), *Critical legal perspectives on global governance. Liber amicorum David M. Trubek*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 273–294; J. Zeitlin and B. Vanhercke, « Socializing the European Semester? Economic Governance and Social Policy Considerations in Europe 2020 », *Report for the Swedish Institute for European Policy Studies* (*SIEPS*), n° 2014:7, available at: https://www.sieps.se/en/publications/2014/socializing-the-european-semester-economic-governance-and-social-policy-coordination-in-europe-2020-20147/ (last consulted on 12 February 2022).

65 F. Cafaggi and H. Muir-Watt (eds.), *Making European Private Law Governance Design*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; F. Cafaggi and H. Muir-Watt (eds.), *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

66 W. van Gerven, « Needed: A Method of Convergence for Private Law », in A. Furrer (ed.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern, Stämpfli, 2006, pp. 437–460 and F. Cafaggi, « Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space », in F. Cafaggi (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, pp. 3–75.

the European Commission.[67] The politics behind the *Ius Commune Project* clashed with the political agenda of the European Commission. In private law 'governance' never found political support.[68]

The last document that underpins the further development of European private law is the Charter on Fundamental Rights. The Charter is meant to counterbalance the efficiency paradigm through the values enshrined in fundamental and human rights. The integration of the Charter into the Treaty of Lisbon boosted the preparedness to give whatever conflict came before it a human rights and fundamental rights outlook. Today, more than 50% of all ECJ cases are said to contain a reference to the Charter.[69] The ongoing 'constitutionalization' of European private law[70] through fundamental and human rights has led to a fierce academic debate on its added value to promote social rights and social justice.[71] So far the ECJ has used the fundamental rights rhetoric only if the European private law *acquis* failed to get to grips with a larger

67 For an overview of the *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe* (edited by D. Droshout), see the website of Bloomsbury: http://www.bloomsburyprofessional.com/uk/series/ius-commune-casebooks-for-the-common-law-of-europe/?SeriesName=Ius+Commune+Casebooks+for+the+Common+Law+of+Europe&SeriesFullTitle=Ius+Commune+Casebooks+for+the+Common+Law+of+Europe/ (last consulted on 12 February 2022).

68 H. Collins, « Discrimination, Equality and Social Inclusion », op. cit. and H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law, op. cit.*, Part 3. 2.5, 3.5, 4.5.

69 M. Safjan and D. Düsterhaus, « A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Art 47 CFREU », *Yearbook of European Law*, 2014, vol. 33, pp. 3–40.

70 O. O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of the Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Munich/Sellier, European Law Publishers, 2007; C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008; A. C. Ciacchi, G. Brüggemeier and C. Comandé (eds.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. I and II, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

71 M. Kumm, « The Moral Point of Constitutional Pluralism: Defining the Domain of Legitimate Institutional Civil Disobedience and Conscientious Objection », in J. Dickson and P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, *op. cit.*, pp. 216–246; A. Somek, « The Preoccupation with Rights and the Embrace of Inclusion: A Critique », in D. Kochenov, G. de Búrca and A. Williams (eds.), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 295–310 with a reply from A. Williams, « A reply to Somek », in *ibid.*, pp. 311–318. Critical with regard to the constitutionalization of private law, H. Collins, « The constitutionalization of European private law as a path to social justice », in H.-W. Micklitz (ed.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 133–166.

economic and social conflict, such as the impact of the Lehman Brothers crisis and the Euro crisis on consumer finance – but not on social security and labour law.[72]

1.4 *European Private Law and the European Society*

There is no doubt that the EU is affecting the European Society through private law harmonization by means of secondary EU law. But what kind of European Society is the EU producing, factually and normatively? The factual side refers to the effects of EU private law on the people. Let us imagine that the European Commission would cast a qualitative study to interview people in Europe. The answer might look very different depending not only on the addressees: business, workers, consumers, but also on the context – the economic and social environment – into which such a survey would be put. The members of the European University Institute who are enjoying the benefits of mobility can hardly be compared to workers who lost their jobs through the relocation of the product site due to lower labour costs. The case law of the ECJ provides an insight into the multi-faceted reality of EU litigation. Normatively, the answer might be easier, just be pulling together the bits and pieces of European private law.

There seems to be unanimity in scholarship that the opening up of national markets through the ECJ via the four freedoms and competition law unfolded the strongest impact on national societies and the European Society. Whilst litigation is seemingly one between a private party and a nation state, fighting over national rules as barriers to trade, there is usually a private law conflict behind.[73] Doing away with non-tariff barriers to trade promoted the consumption society, one of a nearly unlimited choice of products for European consumers. The key player in granting access to the European market has been the European Court of Justice, as it has been emphasized by Pieter Van

72 I am referring here to *Mohamed Aziz* and the follow-on references to the ECJ, F. Della Negra, « The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: *Sánchez Morcillo* and *Kušionová* » *Common Market Law Review*, 2015, vol. 52, pp. 1009–1032; C. Kilpatrick, « On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 35, n°2, pp. 325–353.

73 G. Davies « Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law », in D. Leczykiewicz and S. Weatherill (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 53–70; G. Tagiuri, *The Cultural Implications of Market Regulation: Does EU Law Destroy the Texture of National Life?*, PhD thesis, University of Bocconi, 2018.

Cleynenbreugel and Xavier Miny.[74] The Member States accepted the opening of the market and the need to adapt their legislation. Overall market access has increased business freedoms and consumer choice. Secondary EU law provides for a second layer, a rather strong way to cushion the negative effects on consumers and discriminatory effects on the workers. However, secondary EU law did not lead to a similar dense net to the protection of workers' rights against competition over the economies of scale. The result is the dominance of a *consumption society*, in which working conditions and workers' rights are largely ignored by the EU and left to the Member States.

The European Society the EU is promoting and that the ECJ is implementing through market access is one where consumption seems to be the ultimate objective to promote growth. Neither the EU institutions nor the Member States care much about the societal impact of lifting barriers to trade and eliminating legislation that provided benefits to SMEs:[75] the vanishing of small shops in cities already from the 1970s on, the ever-growing number of malls which empty cities, the equal treatment of online and offline business which accelerates the decline of small shops, the collateral damage which occurs through the opening of markets, with EU citizens and non-EU citizens suffering from physical harm without there being European-wide acceptable liability standards. The PIP saga on defective breast implants or the defective heart valves demonstrates paradigmatically that the unconditional market access even for potentially dangerous products such as medical devices and vaccines is not compensated for by appropriate means of market closure.[76]

In *Cowan,*[77] the ECJ had recognized that also recipients of services might invoke the right to strike down national legislation that establishes barriers to trade. However, those recipients, the consumers and customers, did not make use of this pathway in any systematic manner. There are quite a number of discriminatory national rules that consumers as potential service recipients might like to strike down. *Cowan* involved discriminatory compensation of only French victims of violence in the subway. Other cases dealt with discriminatory

74 See *supra* in this volume, P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market ».

75 There might also be new opportunities for SMEs, however, these opportunities do not take away the effect on the society and our consumption habits. I would like to thank E. Deutscher for this hint.

76 P. Rott, *Certification – Trust, Accountability, Liability*, Cham, Springer, 2019.

77 ECJ, Judgment of 2 February 1989, *Ian William Cowan v Trésor public*, Case 186/87 (ECLI:EU:C:1989:47); N. Reich, *Bürgerrechte in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 1989, p. 62.

admission fees to museums.[78] Lifting roaming fees and reducing geo-blocking bolstered consumer rights. Quite often, the rationale of market access works in reverse: companies suffer from competitive disadvantages through restrictive legislation whereas consumers, customers or even broader citizens tend to call for legislative intervention so as to provide for better protection, which limits the freedom to do business.

The social regulation, be it consumer, labour or non-discrimination law, is meant to compensate for the potential risks the consumers, the workers and the discriminated are suffering from the consumption society. By way of secondary EU law, adopted on the initiative of the European Commission with the support of the majority of the Member States, the EU created a dense network of European rules, which need not be rolled out again. The addressees of these rules are not European citizens, but citizens as consumers or workers or those suffering from discrimination. It is therefore not surprising that the European Commission merged consumption society with citizenship and created the citizen consumer, the citizen worker, the citizen employer.[79]

The regulatory approach is fully in line with the open market rationale, but it tends to segment the society. If citizens do not fall into the respective legal category, they remain outside the scope of application and might suffer from potential disadvantages – or not. That is why the notions of consumer, worker or the non-discriminated are one of the legal and political battlefields. It is far from being clear how far the full harmonization approach reaches when it comes to the definition of the addressee. Legal uncertainty and disagreement exist among the Member States as to whether SMEs, precarious workers, collective entities, non-profit organizations are covered by the notion of consumer.[80] Horizontal rules on consumer contract law are complemented by vertical ones in the regulated market of banking and finance, energy, telecommunication and transport. In the aftermath of the Single European Act, the EU liberalized and privatized state monopolies established competitive markets

78 ECJ, Judgment of 16 January 2003, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, Case C-388/01 (ECLI:EU:C:2003:30).

79 M. Everson, « The legacy of the market citizen », in J. Shaw and G. More (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 73–90; Market citizenship in general is said to be inherently limited. In contrast, market citizenship may offer more than we presume: N. Shuibhne, « The Resilience of EU Market Citizenship », *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, pp. 1597–1628; more comprehensively, J. Davies, *The European Consumer Citizen in Law and Policy*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011.

80 See N. Reich and H.-W. Micklitz, « Chapter 1 – Economic Law, Consumer Interests and EU Integration », in N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott and K. Tonner, *European Consumer Law*, 2nd ed., Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 1–65.

and turned the former customer of public services into the recipient of a market service. Gradually, those regulatory silos were complemented by particular private law rules to the benefit of business and the new consumers. In such a perspective, there are horizontal silos which address particular groups in the society – the consumer, the customer, the worker, the discriminated – and vertical silos which contain a full set of rules following the rationale of the respective regulated market. The result is not only a high degree of complexity and non-transparency of rules but an ever more divided and compartmentalized European Society. For sure, there are also countermovements. Telecom regulation facilitated inter-connectivity of national societies closer together and helps to build a European 'communication' society.

Before and after 1990 the European Commission relied mainly on secondary EU law and its instigative power to build a European Society. The European Society is being understood as an object, which has to be formed and shaped through law. There are few attempts to activate civil society organizations to look after the interests of the citizens. Shortly after the decision at the Copenhagen Summit to encourage former communist countries in Central and Eastern Europe to join the EU, the European Commission undertook a serious effort to involve non-governmental organizations in the building of a European Society through collective law enforcement.[81] The short flirt with non-governmental organizations was quickly replaced by a trust in national administrative bodies – what became known as 'agentification'.[82] To be clear, the European Commission also co-funds the *Bureau Européen des Organisations des Consommateurs* (BEUC), an umbrella organization established by national consumer organizations. BEUC is involved in law making and co-ordinates law enforcement at the national level. The Directive 2018/1828 on Representative Actions enables Member States to grant BEUC legal standing in cross-border litigation.[83] However, statutory enforcement agencies remain the primary addressee of political and legal action.

81 H.-W. Micklitz (ed. and Author), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? – Zur Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in den MOE-Staaten und in der EG*, vol. I, Baden-Baden, Nomos, 1996; H.-W. Micklitz, « Verbraucherschutz West versus Ost – Kompatibilisierungsmöglichkeiten in der Europäischen Gemeinschaft – Einige Vorüberlegungen », in H. Heiss (ed.) *Brückenschlag zwischen den Rechtskulturen des Ostseeraums*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 137–182.

82 K. Verhoest, « Agentification in Europe », in E. Ongaro and S. van Thiel (eds.), *Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 327–346.

83 "Member States shall ensure that entities, in particular consumer organisations, including consumer organisations that represent members from more than one Member State, are eligible to be designated as qualified entities for the purpose of bringing domestic

There is one outstanding exception in b2b relations which seems to function as a kind of a substitute for the failed attempt to elaborate a European Civil Code or at least a Common European sales law. The cooperation between the EU and the European Standard Organisations (ESOs) *Comité Européen de Normalisation* (CEN)*, Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique* (CENELEC) and *European Telecommunications Standards Institute* (ETSI). In 1985 the European Commission adopted the New Approach, which became the New Legislative Framework (NLF) in 2012.[84] Similarly, in 1985, the European Commission and the ESOs concluded a Memorandum of Agreement, under which the European Commission may request the elaboration of a standard and where the Standard Bodies may ask for a financial contribution.

The regulatory mechanism gained momentum under the heading of 'co-regulation'. The EU legislature defines binding legal requirements in secondary EU law, which are concretized through non-binding technical standards elaborated by the European Standard Bodies. Compliance with European technical standards documented through the CE mark, however, ensures access to the Internal Market. The European Commission has granted non-governmental organizations the status of an observer.[85] The five current EU proposals on the legal framework of a digital economy and a digital society rely heavily on technical standards which have to take into account the Charter of Fundamental Rights. The ever denser net of existing and future technical standards could be understood as a contractual underground on which businesses are building their economic transactions across Europe and which are, legally speaking, coming ever closer to a new form of standard terms.[86]

---

representative actions, cross-border representative actions, or both" (Art. 4 (2) Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC (Text with EEA relevance), OJ L 409, 4 December 2020, p. 1–27).

84 Regulation (EU) No 1025/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on European standardisation, amending Council Directives 89/686/EEC and 93/15/EEC and Directives 94/9/EC, 94/25/EC, 95/16/EC, 97/23/EC, 98/34/EC, 2004/22/EC, 2007/23/EC, 2009/23/EC and 2009/105/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Decision 87/95/EEC and Decision No 1673/2006/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance; OJ L 316, 14 November 2012, p. 12–33.

85 This NGO is *ANEC: The European Consumer Voice in Standardisation* (https://anec.eu/, last consulted on 12 February 2022).

86 H.-W. Micklitz, « Soft Law, Technical Standards and European Private Law », in M. Eliantonio, E. Korkeo-aho and U. Morth (eds.), *Handbook of Soft Law*, Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming (2022).

1.5 *The European Commission, the EU Legislature and the Managed Civil Society*

It looks as if the European Commission and the ECJ have a different concept of and approach to the European Society. The European Commission speaks via secondary EU law predominantly to national societies in Member States and to the imaginary of a European Society, which should be created through a common platform of rules, whereas the European Court of Justice speaks, through the preliminary reference procedure, first and foremost to the individual in the imaginary European Society and secondly to the national individual behind the litigation.

In an EU-driven full harmonization perspective, national societies have to serve the rationale of the Internal Market.[87] Those societies should be enabled to form a European Society through the use of fully harmonized rights and remedies. The individual vanishes in the imaginary of a European Society. It is not so important what the individual thinks and does, but whether the overall long-term effect complies with the objective of the Internal Market rationale.

Putting such an approach to the extreme, national private law orders must lose importance in the legislative process. This is indeed what can be observed. The way in which the European Commission understands and interprets efficiency does not leave much room for societal realities of a heterogenous European society. The strong focus on European Society building through fully harmonized private law rules runs the risk to transform the imaginary of a European Society into a fiction, disconnected from societal realities.[88] The Better Regulation Approach requires to base new legislation not only on an efficiency but also on an effectiveness test. The economic rationale – *efficiency* – should then be complemented by the societal rationale – *effectiveness*. Measuring societal effectiveness is much more complicated than measuring economic efficiency, at least in the way the European Commission does. Ideally, effectiveness requires a two-tier approach, looking into the impact of the envisaged legislative project on the national societies and the impact on the individual. The methodological tools are societal indicators[89] and case studies. The

87 H.-W. Micklitz and A. Villanueva, « REFIT or Rethink – The Politics of EU Research – A Grand Misunderstanding? », in E. van Schagen and S. Weatherill (eds.), *Better Regulation in EU Contract Law: The Fitness Check and the New Deal for Consumers*, Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 37–59; H.-W. Micklitz, « The Measuring of the Law through EU Politics, to be published » in M. Bartl and J. C. Lawrence (eds.), *The Politics of European Legal Research: Behind the Method*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, pp. 224–239.

88 D. Kukovec, « Law and the Periphery », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, pp. 406–428.

89 See with regard to human and fundamental rights: https://fra.europa.eu/en/project/2011/fundamental-rights-indicators (last consulted on 12 February 2022); V. Kosta,

former rely on quantification, the latter on qualification. In practice, the EU has downgraded the effectiveness test to a rhetoric tool that does not allow to draw conclusions on what the envisaged European private law rules mean for the national societies and the individual. The result is not only a rather crude efficiency-based focus but also an idealized view on the imaginary of a homogenous European Society.

1.6 *The ECJ and the Managed Civil Society*

How is the ECJ dealing with the societal dimension? Is the ECJ speaking in the preliminary reference procedure to a European Society or to the individual or to both? And to whom exactly is the ECJ speaking – is it the national society where the case is coming from, the national societies of all Member States, the European society – or is it, much narrower, a particular community – the societal entourage of the respective case? I will not open that box and instead speak of societal sub-groups.[90]

The preliminary reference procedure has been subject to extensive empirical and theoretical research. What matters is the double perspective: the national referring court is seeking an answer which could help it to decide the national conflict at issue (the vertical dimension). The ECJ, though, has no jurisdiction to make a final judgment; it speaks to the other EU institutions, Member States, their governments, their courts, practicing lawyers, European legal scholarship and the people, the European citizen (the horizontal dimension). The ECJ finds itself constantly oscillating between the two – trying to be 'useful' for the referring court and developing the EU law far beyond the concrete individual circumstances.[91] In order to understand the Court's attitude, it is necessary to draw a distinction between references, which affect primary and secondary EU law and which address the individual or a societal sub-group as a collectivity.[92]

The key difference between primary and secondary EU law is horizontal direct effect. Contrary to primary EU law, the parties to a private law conflict base their rights and remedies on EU directives. The difference matters when

---

« Fundamental rights mainstreaming in the EU », in F. Ippolito, M. E. Bartoloni and M. Condinanzi (eds.), *The EU and the Proliferation of Integration Principles under the Lisbon Treaty*, London, Routledge, 2020, pp. 14–44.

90 It would require a clarification of society, community and polity, left for another occasion.

91 L. López Zurita, *The Survival of the Fitted? Individual Protection in the European Court of Justice's Preliminary Ruling Procedure*, PhD thesis, European University Institute, Florence, 2021.

92 This is another term which needs clarification along the line of community, society and polity.

it comes to potential effects on the European society. There is a certain bias between claims of businesses, who are the prime actors in conflicts dealing with the four freedoms and competition law, and claims of workers, consumers and the discriminated in the realm of secondary EU law. Crudely speaking, it looks as if the primary EU law society is one which affects primarily the individual businessperson, whereas the secondary EU law society is that where the ECJ re-installs the individual *ex post*, thereby correcting the European Commission and the EU legislature, which rely mainly on the collectivity of the societal sub-groups in need of protection. This requires a clarification of the 'individual' and the 'collectivity' before the ECJ.

I have argued elsewhere that the individual before the ECJ is a '*mandataire*', using Demogue's terminology, representing the collective interests of a particular societal group.[93] Such an understanding blurs the line between the individual-individual and the individual-*mandataire*. The difference between primary and secondary EU law matters. Whilst the individual in a classical market freedom conflict could – but does not have to – be a '*mandataire*', due to the direct effect of the market freedoms, an ECJ judgment affects without further ado the *two* (or more) private parties standing behind the conflict. The same rationale applies wherever the ECJ has given primary EU law direct effect. Outside the market freedoms, the direct effect of Art. 157 TFEU on equal pay is certainly the most prominent extension of EU law into private law. Secondary EU law contains more leeway for national courts to concretize the vertical effect of the ECJ judgment on the two conflicting parties, standing behind the conflict. The result is again a certain bias in the way the ECJ addresses societal sub-groups. In primary EU conflicts, the individual person, the businessperson or the discriminated stands side by side with governments and national courts. If the conflict turns around the interpretation of a secondary EU conflict, the *mandataire* dominates. The individual-individual takes a back seat. Somewhat overstatedly, one might argue that the Court speaks, in primary EU conflicts, to a societal subgroup composed of individuals, whereas, in secondary EU conflicts, the Court speaks to the collectivity of all consumers, in line with the legislative intention. However, Candida Leone convincingly demonstrated that the ECJ is about to re-establish the individual autonomy of the consumer in

93 H.-W. Micklitz, « The Legal Subject, Social Class and Identity Based Rights », in L. Azoulai, S. Barbou des Places and E. Pataut (eds.), *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 285–310; in common law context referred to as the 'private attorney general'.

particular *ex post factum*,[94] thereby counterbalancing the instrumentalization of consumer law for regulatory purposes.

The other even more complicated issue is the handling of collective entities as plaintiffs. In particular, environmental organizations have undertaken several attempts to use Art. 263 TFEU as an appropriate basis to claim the annulment of unlawful decisions. The restrictive interpretation of Art. 263 TFEU which bars civil society organizations from getting access to the court as a legal entity which represents social interests has been subject to extensive debate. The only way of civil society organizations to bring cases before the ECJ is via the preliminary reference procedure. Whether that is possible or not depends on national procedural law. But even in the realm of national law, the ECJ set boundaries when EU rules on jurisdiction are affected. In *Schrems*[95] the ECJ refused the plaintiff to act also on behalf of other potentially affected customers who had assigned their rights to him so as to give more weight to the complaint against the Irish Data Protection Authorities. The ECJ offers a certain way out by way of public interest litigation, where the societal sub-groups of consumers, workers or environmentalists choose the appropriate plaintiff, who fulfils the national standing requirements or who may benefit from a right or remedy under secondary EU law directly.[96] Via the rather restrictive approach, it looks as if the ECJ is primarily speaking to the respective national societies from which the conflict originates. The vertical 'silosization' reduces the potential cross-border effect on other national societies.

The handling of collective agreements through the ECJ deserves special treatment, not least because of the broad societal effects that result from collective private regulation and collective private action. Collective agreements/action may unfold horizontal direct effect of primary EU law. *Walrave*, decided in 1974, set the tone.[97] In *Bosman*[98]

94 See on the individual-individual, C. Leone, *The missing stone in the Cathedral: Of unfair terms in employment contracts and coexisting rationalities in European contract law*, PhD thesis, University of Amsterdam, 2020. Candida Leone has analysed carefully the abundant case law of the ECJ on unfair terms and came to the conclusion that overall the ECJ leaves the last word to the individual consumer concerned. They may decide to accept the unfair term or reject it with all possible consequences.

95 ECJ, Judgment of 25 January 2018, *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited*, Case C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37).

96 B. Kas, *'Hybrid' collective remedies in the EU social legal order*, PhD thesis, European University Institute, Florence, 2017.

97 ECJ, Judgment of 12 December 1974, *Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale and Others*, Case 36/74 (ECLI: ECLI:EU:C:1974:140).

98 ECJ, Judgment of 15 December 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and*

Angonese,[99] *Viking*, *Laval*, *Olympique Lyonnais,*[100] the ECJ recognized the direct applicability of Art. 39 (Art. 45 TFEU), the freedom of movement for workers, respectively freedom of establishment in *Viking*, Art. 43 (Art. 49 TFEU), and freedom of services in *Laval*, Art. 49 (Art. 56 TFEU). There is a direct line from *Walrave* to *Bosman*, *Agnonese*, even *Viking*, *Laval* and *Aget Iraklis*,[101] finally *Olympique Lyonnais* in that the ECJ took a critical stand against collective agreements/action with the help of Articles 39, 49, 56 TFEU, against the fierce resistance business associations and trade unions. The key argument has been laid down in *Wouters*.[102]

The more EU law broadened the horizontal direct effect, the more obvious the societal dimension showed up. What *Bosman*, *Angonese*[103] and *Olympique Lyonnais*[104] have in common is that workers mobilize the free movement rights in order to strike down *collective private agreements*, which are either established by private organizations that bear a quasi-statutory character (*Bosman, Olympique Lyonnais*) or by the states themselves (*Angonese*). *Viking*, *Laval, Aget Iraklis* and *Alemo Herron*[105] also fit into that picture, although their perspective is different.[106] There the freedom of establishment is invoked by companies to challenge collective agreements or collective activities such as a strike.[107]

Union des associations européennes de football (*UEFA*) *v Jean-Marc Bosman*, Case 415/93 (ECLI:EU:C:1995:463).

99 ECJ, Judgment of 6 June 2000, *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Case C-281/98 (ECLI: ECLI:EU:C:2000:296).

100 ECJ, Judgment of 11 December 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, Case C-438/05 (ECLI:EU:C:2007:772); ECJ, Judgment of 18 December 2007, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet,* Case C-341/05 (ECLI:EU:C:2007:809); ECJ, Judgment of 16 March 2010, *Olympique Lyonnais SASP v Olivier Bernard and Newcastle UFC*, Case C-325/08 (ECLI: ECLI:EU:C:2010:143).

101 ECJ, Grand Chamber, Judgment of 21 December 2016, *AGET Iraklis*, Case C-201/15 (ECLI:EU:C:2016:97).

102 ECJ, Judgment of 19 February 2002, *Wouters and Others*, Case C-309/99 (ECLI:EU:C:2002:98), para. 120.

103 ECJ, Judgment of 15 December 1995, *Bosman, loc. cit.*; ECJ, Judgment of 6 June 2000, *Angonese, loc. cit*.

104 ECJ, Judgment of 11 December 2007, *Viking*, *loc. cit* ; ECJ, Judgment of 18 December 2007, *Laval,* loc. cit.; ECJ, Judgment of 16 March 2010, *Olympique Lyonnais*, *loc. cit*.

105 ECJ, Judgment of 18 July 2013, *Mark Alemo-Herron and Others v Parkwood Leisure Ltd*, C-426/11 (ECLI:EU:C:2013:521).

106 Alemo-Herron and Aget Iraklis deal with the interpretation of secondary EU law.

107 On this difference, see L. Azoulai, « The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realisation », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, pp. 1335–1355, esp. p. 1350.

In particular *Viking* and *Laval* led to an outcry in the protagonists of labour lawyers and trade unions. The opening of the labour market without setting EU wide substantive standards for the protection of worker rights enables competition between the different Member States' social policies to the detriment of workers.[108]

The impact differs considerably in the concerned parts of the European Society. On the one hand, there is *Bosman* which changed the world not only of football but of team sports far beyond the EU.[109] The impact is huge and is paradigmatic for EU law, which opens up markets to establish a transnational, if not international, professional sports, but which does not take into account the unintended long-term impact on the society as a whole. The society has to adapt to the societal consequences for good or for bad. *Viking*, *Laval* and *Aget Iraklis,* on the other hand, worked as a barrier to the development of a transnational sub-group of workers. Instead, the judgments function as deterrence for trade unions as the ECJ is seen as a body which endangers the status quo of collective worker rights instead of promoting them.[110] Again it looks as if there is no such thing as a European society, but different strands around different economic sectors and policy fields.

1.7 *Intermediate Thoughts*

What would the researchers at the EUI say to the 'efficient, constitutionalized and collectively managed' European city, to the pressure the European Commission exercises through full harmonization that outplays the individual, and to the European Court of Justice who is about to bring in the individual and be it through the backdoor and *ex post*? I guess they would join forces with the political intention of the European Commission, provided they subscribe to the political goal it wants to achieve. They might even sympathize

108 M. Bartl, « Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, pp. 572–598; G. T. Davies, « Social Legitimacy and Purposive Power: The End, the Means and the Consent of the People », in D. Kochenov, G. de Búrca and A. Williams (eds.), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 259–276; D. Kochenov, « The Ought of Justice » in *ibid.*, pp. 21–33; F. Rödl, « Labour Constitution », *op. cit.*; just to name a few.

109 A. Reich and H.-W. Micklitz, « The Impact of the European Court of Justice on Neighbouring Countries: Summary and Analysis of Findings », in A. Reich and H.-W. Micklitz (eds.), *The Impact of the European Court of Justice on Neighbouring Countries*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2020, pp. 349–396.

110 E. Christodoulidis, « The European Court of Justice and "Total Market" Thinking », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 10, pp. 2005–2020.

with a European Commission which is much harsher and much more consequential in realizing social protection for all, the workers, the consumers and the discriminated. At the same time, though, they would defend their individual decision-making power and, whilst supporting the collective goal which is good for the European society, they would insist on the 'right' to opt out of the mandatory regime if their own preferences deviate from the political goal. I sympathize with my researchers and earlier spoke of the two souls in my chest.[111] Therefore, I share the concern for the position of the individual and a private law which leaves spaces for individual rights and individual responsibilities. Let us see whether and to what extent the different theories cope with that duality.

2 The Way Ahead (Re)-Establishing a Broader Civil and Democratic Society

The analysis of the EU legislature and the ECJ amply demonstrate the efforts to shape a European Society through private law making. The EU might have started from the premise that Wieacker's common heritage suffices for the European Society to grow and to develop out of (German) legalism, (British) personalism and (French) intellectualism. It would equally mean that legalism, personalism and intellectualism are constitutive elements of a European Society. Wieacker discussed the relationship between legalism and private law, the interests of the entrepreneurial society in a uniform private law and the insertion of solidarity into the legal system through the anchoring of social rights with even a constitutional status.[112] The bridge towards personalism is easy, as the private law system relies heavily on the 'person' in the form of the 'legal subject', so is the link between private law and intellectualism, being understood with Wieacker as the idea "to comprehend legal phenomena in the framework of scientific thought".[113] One might therefore conclude that Wieacker had a particular civil society in mind, one in which a private law system, the person and the idea of scientific anchoring is key. If such a European Society ever existed, it came to an end in the aftermath of 1986, when the European Commission and the EU legislature began to tighten its grip on private law making and thereby on modelling a European Society. Or

111 H.-W. Micklitz, « The Transformative Politics of European Private Law », in P. Kjaer (ed.), *The Law of Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 205–227.

112 F. Wieacker, « Foundations of European Legal Culture », *op. cit.*, pp. 17–18.

113 *Ibid.*, p. 20.

is it more correct to argue that Wieacker's society survived in b2b relations, in the interaction between private law and primary EU law and in the contractual underground of EU managed technical standards?

From 1986 onwards, the EU started to actively form and shape a European Society that complies with its mandate to complete the Internal Market. If one would like to label the result of these decades-long efforts of legal and judicial activism, one might call the European Society a *market society*. It is a multiple split society: split between the national societies and the European Society; split between different sectors of the economy (the regulatory silos); split between the addressees of the European Society, which only knows the worker, the employer, the consumer, the trader and service provider but not 'the person';[114] split between the rights and remedies granted to the individual-individual and the individual-*mandataire*; last but not least, split between the individual and collective entities – the missing dimension of societal solidarity. The market focus unites all these bits and pieces, though in narrow and instrumental understanding.

It is debatable whether the outcome of this enormous exercise could be called 'society' at all, whether it is not misleading to associate the existing market-based patchwork with whatever concept of society. Or to put it in the form of a question – where is the 'civil' in the European Society and where is the 'private' in the publicly managed European Society? The 'civil' seems to be substituted by 'consumption' and the 'private' by 'regulated'. The type of society the EU has created through law meets criticism from all sides. I will go through them one by one, from Wieacker's common heritage, to the 'private law society' of the ordoliberals and to the 'democratic economy' – in an attempt to find my own way and to locate my 'two souls'.

2.1 *Common Heritage and the European Society*

Is there still a connection between the common heritage and the European Society? When it comes to legalism, the answer seems to be evident. The EU is the model type of an institution acting through law. The 1985 New Approach, which preceded the Single European Act and which forestalled to some extent the new design of the Treaty,[115] has set a new tone, not only via co-regulation,

114 H. Collins, « The Revolutionary Trajectory of EU Contract Law towards Post-national law », in S. Worthington, A. Robertson and G. Virgo (eds.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Oxford, Hart Publishing 2017, pp. 315–336.

115 H.-W. Micklitz, « Privatisation of Access to Justice in the European Legal Order », in T. Wilhelmsson and S. Hurri (eds.), *From Dissonance to Sense*, Aldershot, Ashgate, 1998, pp. 505–548.

but also through the design of secondary EU law which combines 'general requirements' and 'non-binding standards'.

This is not the place to engage into the democratic deficiency of EU law making. My concern is a different one. The new approach introduced the distinction between a rather broad guidance through mandatory EU law and a complementary private regulation, which concretizes the binding 'general requirements'. Over the decades, secondary EU law is not only getting ever more comprehensive in terms of recitals and articles, it is also getting ever more vague. It suffices to compare for instance the Directive 85/577/EEC on doorstep selling to the Directive 2011/83/EU on consumer rights. The language seems to have changed from a rule-based approach to a programme-based approach. Many pieces of secondary EU law, in particular in the field of regulated markets, resemble much more policy programmes than 'law'. In so far one might assume that the New Approach unfolded effects far beyond co-regulation in the field of technical standards. The burden to concretize the programmatic language is left to the ECJ, through the preliminary reference procedure, and to the European Commission, via the publication of guidelines that are meant to put flesh to the bones. The ECJ is facing the difficulty to 'make sense out of nonsense',[116] turning policy programmes into law. The European Commission is providing guidance on the interpretation of EU private law rules through examples and sometimes through opening up innovative paths of where the law should go.[117] One might feel reminded of Wolf Biermann's song on the *Legende vom Sozialistischen Gang* (something like the legend of the socialist course).[118]

When it comes to 'personalism', the difference between private law which addresses 'the person' as a legal subject and private law which addresses particular sub-groups plays a role. The type of private law the EU creates is a status-related law which lacks the generality Wieacker had in mind and which grants the person the key position in the legal system. 'Intellectualism' would have required to invest into the conceptualization of EU private law and to upgrade the existing body of EU rules to a 'system'.[119] It is hard to see how the law of the regulated market or consumer, labour and non-discrimination law could be

116 H. Collins as quote in the « foreword » of F. De Witte, *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

117 Guidelines on Directive 2005/29/EC and Guidelines on Directive 2011/83/EC.

118 Available at: http://www.eva-maria-hagen.de/Ostzeit/WOLF.pdf (last consulted on 12 February 2022).

119 On the EU as a legal system or as a legal order, see J. Dickson, « Towards a Theory of European Union Legal Systems », in J. Dickson and P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, op. cit., pp. 25–53; K. Culver and M. Giudice, « Not a System but an Order. An Inter-Institutional View of European Union Law », in J. Dickson

understood as a 'system'. The EU is regulating *ad hoc*, reacting to 'problems' – most of the time market failures – but ever more prominently to foster much broader political projects such as sustainability and digitalization. The timid attempt of the European Commission to elaborate a kind of a more systematic approach to consumer law evaporated at an early stage in the legislative procedure of what later became the Consumer Rights Directive 2011/83/EC. What remains though is the elaboration of the 'Academic Draft Common Frame of Reference' (Academic DCFR) – a model of what should have been turned into a European Civil Code, if we had followed the spirit of the drafters. One might understand the Academic DCFR as the masterpiece of European intellectualism, merging the different strands within the European Member States and synthesizing the 'common heritage' in a common body of rules.

In my understanding, Wieacker's common heritage could not carry the project. The major problem resulted from its backwards-orientated character. It did not take into account the particularities of a civil code that is not tied to a nation state but to a supranational body, which could at best be understood as a quasi-state. In order to develop a European Civil Code, much more would have been needed than just to stretch Europe's common heritage into Europe's open future. Hugh Collins[120] has designed an alternative: European private law, this is his claim, should and could be elaborated through a bottom-up approach, by business and civil society organizations.

2.2 *Private Law Society and the European Society*

The second strand of criticism focuses on the distorted image of the civil society in welfare states and welfare state thinking. In ordoliberal thinking, society is not an institution that has to be managed by the state, and/or in which the state interferes in order to achieve policy goals related to welfare state thinking. In her recent assessment of the interaction between freedom of contract, market regulation and market constitution, Heike Schweitzer conceptualizes private law as a 'decentralized co-ordination order', in the tradition of Franz Böhm.[121] In his ground-breaking article written in 1966, although the origins are going back to the 1940s, Franz Böhm begins with a strong statement on

and P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 54–76.

120 See H. Collins, *The European Civil Code, The Way Forward*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2008.

121 H. Schweitzer, « Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung », *Archiv für Civilistische Praxis*, 2020, vol. 220, nos 4–5, pp. 544–586.

the origins of the private law society, and then provides for a definition which contains a normative message:

> The lawyer knows what private law is. The national economist knows what a market economy is. But what is a private law society? The term is not commonly used in science. Neither jurisprudence nor economics nor sociology uses it. And yet one of the great aims of the French Revolution was to transform the pre-revolutionary society into a private law society. [...]
>
> What is important here is the insight that the functioning of the market-economy steering system presupposes the existence of a private law society. All members of the society must enjoy the status of private autonomy, the private autonomy of no member may be limited, no one may have more competence than private autonomy confers. In their dealings with each other, all members are limited to being satisfied with the possibilities provided by private law for the realization of their purposes and plans. In other words, private autonomy may not contain any title of command and control. All decisions for the realization of which the use of force is necessary and which must be endowed with general binding force should require the volonté générale. However, the state or the municipalities should be the sole bearers of the *volonté générale*.[122]

The private law society has to be shielded against power abuse, be it private or public power. The image of the private law society sounds idealistic and has been criticized, not only due to its formalistic understanding of equality and

122 F. Böhm, « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft », *op. cit*., pp. 75–151, esp. p. 75: "*Was Privatrecht ist, weiß der Jurist. Was Marktwirtschaft ist, weiß der Nationalökonom. Was aber ist Privatrechtsgesellschaft? Der Begriff ist in der Wissenschaft nicht gebräuchlich. Weder die Rechtswissenschaft noch die Wirtschaftswissenschaft, noch die Soziologie bedient sich seiner. Und doch ist es eines der großen Ziele der Französischen Revolution gewesen, die vorrevolutionäre Gesellschaft in eine Privatrechtsgesellschaft umzuwandeln.* [...]"; and ibid., p. 98: "*Wichtig ist dabei die Einsicht, daß das Funktionieren des marktwirtschaftlichen Lenkungssystems das Bestehen einer Privatrechtsgesellschaft voraussetzt. Alle Mitglieder der Gesellschaft müssen im Genuß des Status der Privatautonomie sein, die Privatautonomie keines Mitglieds darf beschränkt sein, keiner darf mehr Zuständigkeit haben, als sie die Privatautonomie verleiht. Im Verkehr untereinander sind alle Mitglieder darauf beschränkt, sich zum Behuf der Verwirklichung ihrer Zwecke und Pläne mit den Möglichkeiten zufriedenzugeben, die das Privatrecht zur Verfügung stellt. Das heißt, die Privatautonomie darf kein Titelchen Befehls- und Besteuerungsgewalt enthalten. Alle Entscheidungen, zu deren Verwirklichung der Einsatz von Gewalt erforderlich ist und die mit Allgemeinverbindlichkeit ausgestattet sein müssen, sollten der volonté générale bedürfen. Einzige Träger der volonté générale aber sollten der Staat bzw. die Gemeinden sein*".

the unequal bargaining power, but also due to its 'authoritarian liberalism'.[123] Franz Böhm instead insists on the moral supremacy of the private law society, in which individuals are regarded as the prime holders of responsibility for the societal order. The participants of the EUI seminar 2017 might have subscribed to the strong insistence of the need to guarantee equality and the opportunities private law offers in realizing plans and dreams. The formula '*private autonomy must not contain any title to command and control*', points into the opposite direction, though. It seems to suggest that Franz Böhm rejects mandatory law as means to balance out the differences in status between employee and employer, between consumer and supplier, between the discriminated and the discriminator.

However, a different understanding is also possible. Böhm could be read so as to reject private power/control (it refers only to private autonomy) or 'private government', but not the possibility of generally binding rules adopted through public, democratic processes (*volonté générale*) to be legitimate and non-dominating. Stefan Grundmann[124] has tried to further develop the model of the private law society along these lines, in particular with regard to regulatory means that shield private parties against private and public power. Mandatory law is a major tool for the EU legislature. It is therefore comprehensible that law and economics join forces with traditional ordoliberals so as to problematize the extensive use of mandatory law in European private law.[125] The second interference into the private law society – the new approach/new legislative framework type of regulation – is more difficult to match with the private law society. Franz Böhm is, first and foremost, relying on the individual; he is, however, ready to admit that the state has to interfere when it comes to establishing associations that pursue the common good. The European Standard Bodies as well as the National Standard Bodies are financing the standardization process

123 D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1991. Ed.: regarding the concept of "authoritarian liberalism", see also *supra* in this volume, W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" » – and the discussions by S. Audier (« Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien? ») and V. Valentin (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »).

124 S. Grundmann (« The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law », *European Review of Private Law*, 2008, vol. 16, pp. 553–581) sees potential to further develop Böhm's theory in emphasizing that the private law society needs to be protected against private and public power.

125 S. Grundmann « Chapter 6 – Societal Order and Private Law », *op. cit.*, more explicit in the German version: S. Grundmann, « Kapitel 6 – Gesellschaftsordnung und Privatrecht », in S. Grundmann, H.-W. Micklitz and M. Renner (eds. and authors), *Privatrechtstheorie*, vol. II, Mohr Siebeck, 2015, p. 415 with references in Fn. 19.

via contributions of members and the sale of copyright protected technical standards. The EU provides funds in case the European Commission requests the development of a harmonized standard. Such a model seems rather far away from the private law society Böhm had in mind.

Karl-Heinz Ladeur[126] has filled the blind spot – the collective dimension – of the private law society through his research on the long-standing tradition of human cooperation in the liberal society. The focus on collective liberalism demonstrates the leeway of the self-organizing power of the private law society as well as the trust in the unfolding of the private law society's own rationality. There is a certain affinity with Franz Böhm when Ladeur defends the rationality of the private law society against the one-sided focus of constitutional theory/law on the 'rationality of the public' (*Rationalität des Öffentlichen*). This goes along with Zingales, who highlighted the mismatch between ordoliberals' trust in the rational behaviour of market participants and their distrust in the irrational political behaviour of the very same persons. Zingales compares the market and the state, whereas Ladeur looks into the private law society.[127] If we take the research on politicization of the civil society into account, it looks as if the market is the beacon of rationality, whereas the state and the society suggest the contrary.

Ladeur does not only insist on the potential of the private law society, he criticizes the state for interfering ever deeper into the private law society. The welfare state, his argument goes, could not and should not have an imaginary of the private law society. He defends the *Eigen*-rationality of the private law society. If the state relies on 'public democratic rationality', it will try to 'steer' the private law society into the politically intended direction. His plea points to a very different form of interaction between the private law society and the democratic institutions.[128] The stock-taking of European private law seems to provide evidence to Ladeur's analysis. EU law has divided the European Society into status-related vertical and horizontal silos, sub-entities within the society, composed of those concerned in the respective legal field. The move towards economic efficiency and full harmonization looks like an attempt to create a homogenous European Society – through law, which

126 K.-H. Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der Privatrechtsgesellschaft*, *op. cit.*

127 L. Zingales, « Towards a Political Theory of the Firm », *Journal of Economic Perspectives*, 2017, vol. 31, pp. 113–130.

128 K.-H. Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der* Privatrechtsgesellschaft, *op. cit.*, p. 296.

suffers, however, from the lack of a broader civic dimension. The extension of the New Approach/New Legislative Framework to the digital economy in the Digital Service Act (DSA), Data Governance Act (DGA) and Artificial Intelligence Act (AIA) documents a new quality of interference into the European Society, as the Standard Bodies would have to respect fundamental rights. The *Sachzwanglogik* (inherent compulsory constraints) would even justify the call for a kind of Standardization Governance Act. Such a piece of secondary EU law would have to establish an institutional framework, which secures the involvement of civil society organizations in the making of technical standards.[129] One might wonder what the consequences are. Schweitzer considers thinking about private law built around markets, which would mean to elaborate a digital private law, which differs from traditional private law issues that remain in the realm of the national private law order. This might go along with her 'structural principles' governing the private law society.[130] However, whereas Schweitzer relies on the proportionality principle to strike the right balance between freedom of contract and legitimate statutory intervention into markets, Ladeur argues that the proportionality principle is devaluating autonomy and freedom as constitutionally protected individual rights.[131]

The very last scenario on the role and function of co-regulation is just another variant of 'my two souls'. In regard to the tension we discussed in that seminar at the EUI: on the one hand, I tend to defend the need to put the individual back into a prominent position and to underpin the *Eigen*-rationality of the civil society; on the other hand, I share Ladeur's reservations against statutory power that aims at creating a new society with a new type of a 'person'. If any such a move is to develop, it is from the bottom up. However, I am in favour of limiting self-regulation beyond competition law through statutory regulation. When it comes to the future of European private law, a 'Standardization Governance Act' is needed in order to ensure the participation of civil society organizations in the building of the new contractual underground, even

129 H.-W. Micklitz, N. Helberger and P. Rott, « The Regulatory Gap – Consumer Protection in the Digital Economy », *BEUC. The European Consumer Organisation*, December 2021 (available at: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2021-116_the_regulatory_gap-consumer_protection_in_the_digital_economy.pdf, last consulted on 12 February 2022).

130 H. Schweitzer, « Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung », *op. cit.*, p. 584 under 4.

131 K.-H. Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der Privatrechtsgesellschaft*, *op. cit.*, p. 343.

if such a piece of law would strongly interfere into the *Eigen*-rationality of the European Society.[132]

2.3 *Democracy, Ordo-Liberalism and the European Society*

What is the link between ordoliberalism, democracy and the European Society? The question requires to look into the history, the origins of ordoliberalism and the positioning of the key thinkers during national socialist times. Alessandro Somma[133] argues that Franz Böhm had sympathized with the Nazis, whereas Walter Eucken was clearly opposed to national socialism and was organizing a lecture series on the freedom of science.[134] Elias Deutscher[135] sheds a very different light on the origins of ordoliberalism, which is all too often understood as a mere reaction to the politically promoted concentration of power by the Nazi regime.[136] Ordoliberalism, this is Deutscher's argument, was more than just a response to the negative experience of the Nazi regime. Ordoliberals are said to propose a comprehensive theory of how to deal with instances of concentrated economic power and to reconcile economy, society and democracy – and this theory would have relevance until today and should not be merely reduced to a reaction against fascism/Nazism.

The early 20th century is characterized by a huge uprise in industrialization, technology and economic power, which heavily affected the society and triggered a political debate on how to bring together economy, democracy and society into balance.[137] From the left-wing side, advocates promoted the idea of 'economic democracy' – the democratization of the economy through the participation of workers in the decision-making process. This would have ended up in a different economy, one where the owners of the companies are

132 The implementation of the Directive on Representative Action into German law will lead to a kind of public surveillance and monitoring of the activities of consumer organizations.

133 A. Somma, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, pp. 222 ff. and pp. 748 ff.

134 S. Grundmann, « Chapter 6 – Societal Order and Private Law », *op. cit*., p. 136. N. Goldschmidt, « Die Rolle Walter Euckens im Widerstand: Freiheit, Ordnung und Wahrhaftigkeit als Handlungsmaximen », in N. Goldschmidt (ed.), *Wirtschaft, Politik und* Freiheit, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 289–314.

135 E. Deutscher, *Of Masters, Slaves, Behemoths and Bees – The Rise and Fall of the Link between Competition, Competition Law and Democracy*, PhD thesis, European University Institute, Florence, 2020.

136 For an account, see G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Vol. I. : *Von der Gründerzeit bis zur Weimarer Republik*, Frankfurt am Main, Syndikat, 1977.

137 Ed.: see also *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

no longer autonomous. From the more conservative side, advocates underlined the importance of a liberal private law society, which could, however, only unfold once the economic power of companies will be tamed through effective competition, controlled and exercised through statutory authorities.

Deutscher dives into the history of US and EU competition law so as to demonstrate that ordoliberals, in a similar vein as the proponents of a competition-democracy nexus in the US, grounded the idea that there is a link between competition and democracy in the concept of economic liberty as non-domination. Böhm had famously argued that the market could be conceived as a democratic place where the participants are constantly voting through their individual transaction decisions.[138] Deutscher goes further in that economic liberty as non-domination calls for anchoring the market order in a democratic constitution, which can be found in the Sherman Act and in the Treaty of Rome. When economic liberty is linked to Kelsen's pure theory of law and his understanding of 'private law rights as political democratic participation',[139] the argument gains considerable momentum far beyond ordoliberalism. It discloses the potential of the private law society as a political institution, something ordoliberals might find difficult to deal with as they draw a clear line between the private and the public. I will come back to that issue in the conclusion.

Although Kelsen strongly sympathized with the idea of economic democracy, he did not accept that economic democracy should be imposed via the constitution. According to him, values have to be negotiated in the democratic process. Böhm would have probably not accepted such a consequence. The market order, with its two components, the private law society and competition law, is to be shielded against statutory intervention even when legitimized through a democratic process. The democratic foundations of ordoliberalism would then be rather narrow and limited to economic liberty (be it individual or, in Ladeur's sense, collective), which should be constitutionally guaranteed and defended. One might therefore understand the ordoliberal concept as value-loaded, depending on what is to be understood as 'value'. Grundmann and Deutscher, on the other hand, would argue that ordoliberalism, correctly understood, allows for statutory intervention as along as it is democratically legitimated and principled.[140] However, even the extended interpretation of

138 F. Böhm, « Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1971, vol. 22, pp. 11–27.

139 H. Dedek, « Private Law Rights as Democratic Participation: Kelsen on private law and (economic) Democracy », *University of Toronto Law Journal*, 2021, vol. 71, n°3, pp. 376–414.

140 But see Grundmann's reinterpretation: S. Grundmann, « The Concept of the Private Law Society », *op. cit.*, and E. Deutscher, *Of Masters, Slaves, Behemoths and Bees, op. cit*.

ordoliberalism regarding the democratically legitimated statutory intervention seems to be miles away from the private law and the private law society ordoliberals advocate. In any case, such a private law is certainly not the collectively managed European society, which I have described and analysed in the first part.

Conclusion : Economic Democracy, *Rechtsverfassungsrecht* and the European Society

'Economic Democracy' broadens the perspective and might show a way out of the bias. The focus is not so much on the society, but on the way in which the economy is organized. The connection to ordoliberalism lays bare the different understandings of Mestmäcker and Wiethölter of how the economic constitution should be conceptualized. Both are contemporaries. They built their career in the turbulent years of the German Federal Republic before and after 1968 – the so-called 'student revolte'. Mestmäcker was nominated as Director of the Max-Planck Institute (MPI) in Hamburg in 1979 and left a deep imprint on the direction the MPI took in the 1980s and on the understanding of the EU economic constitution.[141] Wiethölter, for its part, is perhaps one of the most influential teachers of law, not least through his famous book on *Rechtswissenschaft*,[142] which gained a cult status among left-wing law students of the time. Here he developed his understanding of *Politische Rechtstheorie* (Political Theory of Law), a forceful attack against the *Begriffsjurisprudenz* and the depoliticization of law in the aftermath of the Second World War. His disciples were appointed professors at the newly established University of Bremen, but not only there. His intellectual legacy is documented in a collection of essays published in 2019.[143] My own legal socialization is strongly connected to

141 E.-J. Mestmäcker, *Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts – Beiträge zu Recht, Wirtschaft und Gesellschaft in der EU*, Baden-Baden, Nomos, 2016.

142 R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft. Funk-Kolleg Recht*, Frankfurt am Main/Hamburg, Fischer, 1968. There is an Italian and a Spanish translation, but no English – Italian : *Le Formule Magiche della Scienza Giuridica* (translated by Pietro Barcellona), Rome, Laterza, 1975; Spanish: *Las Formulas Magicas de la Ciencia Juridica*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991. For an attempt to connect Wiethölter to the US private law theory: D. Kennedy, « Comment on Rudolf Wiethölter's "Materialization and Proceduralization in Modern Law" and "Proceduralization of the Category of Law"», in C. Joerges and D. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos, 1989, pp. 511–524.

143 *Kritische Justiz*, 2019, vol. 52, n°4. This is not the place to do justice to Wiethölter's conceptualization of the 'law' and/or the '*Rechtsverfassungsrecht*' which is untranslatable,

Wiethölter and his disciples at the University of Bremen, within the Centre of European Legal Policy (ZERP).

Mestmäcker defends ordoliberalism, in line with Böhm and Eucken, as the appropriate model for a democratic society not only in Germany but also for the European Union. Joerges and Everson[144] identified however, in Mestmäcker's writings, a twist away from ordoliberalism and towards Hayek's understanding of competition as a discovery procedure.[145] Whether he would agree with such a reading can remain undecided. What is more important in our context is the very different position Wiethölter took in the debate. His understanding of the economic constitution as a social constitution (*Sozialverfassung*) requires a look back into the Weimar Republic – the vibrant debate about *Wirtschaftsdemokratie* (economic democracy).[146] It enshrined the idea of economic constitution. In fact, the term was coined by Hugo Sinzheimer and focused on the role of labour.[147] Setting the many variants aside, it is in essence the attempt to design an economy where capital owners and employers should jointly lead the company.[148] The economic democracy calls for co-determination. In Germany the idea of economic democracy was revitalized in the 1960s and led to a rich academic debate and to the call for a co-determination law. The socio-liberal coalition came to power in 1972 and adopted the *Mitbestimmungsgesetz* in 1976, which, however, did not put the capital and workforce on the same footing. The European counterpart was

---

even if the 'Law of Constitutional Law' might come close; see C. Joerges and G. Teubner (eds.) *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

144 C. Joerges and M. Everson, « Une querelle allemande? Der Streit um die Wirtschaftsverfassung zwischen Ernst-Joachim Mestmäcker und Rudolf Wiethölter », *Kritische Justiz*, 2019, vol. 52, n°4, pp. 479–502.

145 See also *supra*, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

146 Ed.: see *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

147 H. Sinzheimer, « Die Fortentwicklung des Arbeitsrechts und die Aufgabe der Rechtslehre », *Soziale Praxis*, 1910–1911, vol. 20, pp. 1202–1206 and pp. 1233–1237; H. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Munich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1916; H. Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, G. Fischer, 1921. See also: R. Dukes, « Hugo Sinzheimer and the Economic Constitution », in *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 12-32.

148 H. Dedek, « Private Law Rights as Democratic Participation: Kelsen on private law and (economic) Democracy », *op. cit.*

the so-called Vredeling Directive,[149] which triggered controversial discussions in the early 1980s and finally vanished from the political agenda. The later adopted Works Council Directive 1994/45/EC (today 2009/38/EC) is miles away from the idea of an economic constitution, even if it unfolds unforeseen effects to the benefit of workers in a transnational context.[150] In the debate on the European economic constitution, the idea of a democratic economy never reached the political agenda.

In light of the current state of the EU, the move towards neoliberalism in whatever shade and the undermining of national democracies, the linkage between the economic constitution, democracy and society seems more important than ever, in particular if the idea of economic democracy is not reduced to co-determination but to the elaboration of a private economic and democratic law. Here, legal theory is far ahead of politics. Gunther Teubner has thankfully undertaken the effort to decipher Wiethölter's *Rechtsverfassungsrecht*, thereby making his enigmatic language accessible.[151] *Rechtsverfassungsrecht*, the 'law of the constitutional law', goes beyond the original idea of a nation state-bound democratic social constitution in the tradition of the economic democracy. Teubner calls it '*Wirtschaftsverfassung II*'.

Rechtsverfassungsrecht is built on the autonomy of the law, on constitutional pluralism and on *Gesellschaft als Gesellschaft* (society as society). Each of the theoretical elements is constructed in the language of critical system theory. The reader may be confronted with different meanings that Wiethölter attributes to familiar concepts, such as autonomy and conflict of law:

> Autonomy now means: stubbornness of a social sphere of action whose identity is not merely constituted by norms, principles, dogmatic doctrines, but more profoundly by its practice of dispute – by legal decisions, law, contract, judgement, academic controversies, political struggles – which generates its own internal world of law.[152]

149 On the proposal of the Vredeling Directive, see N. Reich, *Bürgerrechte in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 1989, § 21, p. 253.

150 U. Liukkunen, « Introduction » in U. Liukkunen (ed.), *Employment and Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020.

151 G. Teubner, « Von „Wirtschaftsverfassung I, II" zum „selbstgerechten Rechtsverfassungsrecht": Zur Kritizität von Rudolf Wiethölters kritischer Systemtheorie », *Kritische Justiz*, 2019, vol. 52, n° 4, pp. 601–625.

152 Here is the original German quote (*Ibid*., p. 610): "*Autonomie heißt jetzt: Eigensinn eines gesellschaftlichen Handlungsbereichs, dessen Identität nicht bloß durch Normen, Prinzipien, dogmatische Lehrsätze, sondern tieferliegend erst durch seine Praxis des Streites – durch Rechtsentscheidungen, Gesetz, Vertrag, Richterspruch, akademische Kontroversen, politische Kämpfe –, die eine rechtseigene Innenwelt erzeugt, konstituiert wird*".

The legal utopia has to be developed out of the reflexive potential of the law itself. *Rechtsverfassungsrecht* is no longer bound to the nation state and a national constitution. The concept relies on constitutional pluralism. Constitutions may take various forms: social constitutions, economic constitutions, labour constitutions, environmental constitutions and digital constitutions – and they are jointly developed by private and public actors. The interaction between the different constitutions has to be organized by conflict of laws, as a 'meta (world) – system of conflict of law'. This is not the conflict of laws managing differences between national private law orders. The system of conflict of laws is meant to generalize international-private-law thinking in such a way that it can also apply to conflicts between other sets of norms, areas of law, legal institutions, especially between different states and social constitutions[153]. The system of conflict of laws must seek its orientation in an *ordre public* for the society as a whole.[154]

Wiethölter's efforts are directed towards a constitution of 'society as society', in the form of a theory which, as he says, is - in the words of Teubner:

> a 'thorn in the flesh' of socio-historical development. He [Wiethölter] does not understand 'society as society' as a separate social sphere in contrast to the state, [...] but as a space of cultural reproductions, of social identity formations, of successful socializations. In society as society, it is not the 'whole person' is legally at home, but rather his or her role, function, decision-making and educational participation, which is always in need of determination, functional, decision-making, educational participation [...].[155]

153 Ed.: on the possible contribution of the conflicts law rationale to the theories on economic constitutionalism, see also, *infra* in this volume, the conclusion of C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

154 Similarly, see the work of H. Muir Watt, e.g.: H. Muir Watt, « The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate », in H. Muir Watt and D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 2–19 ; H.M. Watt, « A Private International Law Perspective on the Creation of Norms and Transnational Governance », in S. Grundmann et M. Grochowski (eds.), *European Contract Law and the Creation of Norms*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 149–170; H. Muir Watt, « Conflicts of Laws Unbounded: The Case for a Legal-Pluralist Revival » in P. S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 649–685.

155 Quotes from R. Wiethölter in G. Teubner, « Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht », in P. Römer (ed.), *Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation*, Frankfurt am Main, Syndikat, 1977, pp. 158–177, esp. p. 158.

This is not the place to unfold the complex theory. Wiethölter offers a theoretical pathway to bring together economic constitution, democracy and society in the transnational environment through (private) legal thought. It would be for another occasion to elaborate on the consequences for the EU, the EU legal order and the EU society. For the time being, it remains to be emphasized that *Rechtsverfassungsrecht* deserves to be taken seriously when it comes to developing an alternative design for the existing 'economic constitution', which makes it possible to merge the three strands, economy, state (EU) and society, not least to bring the different rationalities of the private and the public sphere closer together.

Acknowledgments

I would like to thank Elias Deutscher, Guillaume Grégoire, Heike Schweitzer and Thomas Roethe for their extremely helpful comments, which allowed me to concretize ordoliberalism, private law society and to take the sociological distinction between 'is' the social reality and 'ought' – the normative dimension seriously. The usual disclaimer applies.

Select Bibliography

Böhm, F., « Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1966, vol. 17, pp. 75–151.

Dedek, H., « Private Law Rights as Democratic Participation: Kelsen on private law and (economic) Democracy », *University of Toronto Law Journal*, 2021, vol. 71, n°3, pp. 376–414.

Kennedy, D., « Comment on Rudolf Wiethölter's "Materialization and Proceduralization in Modern Law" and "Proceduralization of the Category of Law"», in C. Joerges and D. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, Nomos, 1989, pp. 511–524.

Kennedy, D., « Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000 », in D. M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 19–73.

Grundmann, S., « The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law », *European Review of Private Law*, 2008, vol. 16, pp. 553–581.

Grundmann, S., Micklitz, H.W., and Renner, M., (eds.), *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2021.

Joerges, C., and Everson, M., « Une querelle allemande? Der Streit um die Wirtschaftsverfassung zwischen Ernst-Joachim Mestmäcker und Rudolf Wiethölter », *Kritische Justiz*, 2019, vol. 52, n°4, pp. 479–502.

Ladeur, K.-H., *Der Staat gegen die Gesellschaft Zur Verteidigung der Rationalität der Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

Mestmäcker, E.-J., *Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts – Beiträge zu Recht, Wirtschaft und Gesellschaft in der EU*, Baden-Baden, Nomos, 2016.

Micklitz, H.-W., *The Politics of Justice in European Private Law. Access Justice, Social Justice and Societal Justice*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2018.

Schweitzer, H., « Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Ko-ordinationsordnung », *Archiv für Civilistische Praxis*, 2020, vol. 220, n^{os} 4–5, pp. 544–586.

Teubner, G., « Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht », in P. Römer (ed.), *Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation*, Frankfurt am Main, Syndikat, 1977, pp. 158–177.

Teubner, G., « Von „Wirtschaftsverfassung I, II“ zum „selbstgerechten Rechtsverfassungsrecht“: Zur Kritizität von Rudolf Wiethölters kritischer Systemtheorie », *Kritische Justiz*, 2019, vol. 52, n° 4, pp. 601–625.

Wieacker, F., « Foundations of European Legal Culture », *American Journal of Comparative law*, 1990, vol. 38, pp. 1–29.

Wiethölter, R., *Rechtswissenschaft. Funk-Kolleg Recht*, Frankfurt am Main/Hamburg, Fischer, 1968.

SECTION 4

The Macroeconomic Constitution of the European Union

The Advent of Economic and Monetary Union



Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire

Francesco Martucci

Introduction

Le sujet qu'il m'a été demandé de traiter porte sur une question d'autant plus essentielle qu'elle doit être replacée dans le contexte de la crise de la Covid-19. Loin de céder à la mode du moment en s'érigeant en hérauts de la fin du monde d'avant, sans savoir de quoi l'après sera fait, on peut constater que, parmi les multiples conséquences pour l'Union européenne, la crise de la Covid-19 a conduit à une évolution de paradigme pour l'Union économique et monétaire (UEM). L'avocat général Campos Sánchez-Bordona a ainsi souligné que le plan de relance de l'Union

> constitue probablement la plus grande avancée de l'ensemble de l'histoire de l'Union en termes de solidarité. Pour la première fois, l'Union va s'endetter en levant des fonds sur les marchés des capitaux afin de financer, au moyen de subventions et de prêts à grande échelle, la reprise économique des États membres, en fonction de la mesure dans laquelle ils sont affectés par la Covid-19.[1]

Est-ce à dire que le moment est venu de rompre avec certains des dogmes qui pétrissent l'UEM ?

« Que faire des règles budgétaires européennes ? », se sont justement interrogés trois économistes dans le désormais incontournable *Grandcontinent*, avant d'ajouter : « [l]a pandémie a changé toutes les règles, il est temps de remettre en question les principes »[2]. L'affirmation est quelque peu péremptoire ; toutes les règles n'ont pas été changées ; tout au plus, certaines d'entre

1 CJUE, *Allemagne / Pologne et Commission*, C-848/19 P, Conclusions de l'avocat général M. Campos Sánchez-Bordona, présentées le 18 mars 2021, ECLI:EU:C:2021:218, note 61.

2 O. Blanchard, A. Leandro et J. Zettelmeyer, « Que faire des règles budgétaires européennes ? », *Le GrandContinent*, 22 février 2021, disponible à l'adresse : https://legrandcontinent.eu/fr/2021/02/22/que-faire-des-regles-budgetaires-europeennes/ (dernière consultation le 12 février 2022).

© FRANCESCO MARTUCCI, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_015
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

elles ont été suspendues. L'affirmation n'en demeure pas moins éclairante puisque les économistes en question distinguent les règles des principes, ce qui, pour le juriste, fait pleinement sens. Les règles s'avèrent celles qui encadrent la conduite par les institutions de l'Union et les États membres de la politique économique et monétaire. Les principes de l'UEM fondent le cadre général de ces règles et guident les institutions de l'Union dans l'application de celles-ci. Indéniablement, la crise de la Covid-19 peut constituer la fenêtre d'opportunité dans laquelle on pourrait s'engouffrer pour réviser les dispositions du droit primaire qui régissent l'UEM. Ne serait-il cependant pas vain de vouloir changer les règles sans toucher aux principes qui les sous-tendent ? Deux exemples de règles susceptibles d'être révisées peuvent être donnés.

Le premier, au cœur de toute la tension entre le *Bundesverfassungsgericht* et la Cour de justice de l'Union européenne, concerne le mandat de la Banque centrale européenne (BCE). Celle-ci doit se cantonner aux missions qui lui sont assignées par le droit primaire. La question a été notamment de savoir si les mesures décidées par la BCE relèvent de la politique monétaire ou si, au contraire, elles font partie de la politique économique. Le dépassement par la BCE de son mandat signifierait en effet une méconnaissance des règles du Traité. L'enjeu est dès lors démocratique puisque, en outrepassant son mandat, la BCE remet en cause sa légitimité qui est fondée sur le consentement donné par les États membres au Traité. Pour déterminer si la BCE est demeurée dans les limites de son mandat, la Cour de justice définit la politique monétaire en se référant, essentiellement, aux objectifs de celle-ci et, accessoirement, aux instruments prévus par le droit primaire[3]. L'article 127, paragraphe 1, TFUE assigne l'objectif principal de stabilité des prix qui constitue la règle de politique monétaire. Selon l'article 12 des Statuts, il revient à la BCE de définir la notion de stabilité des prix, qui dispose à cet effet d'un pouvoir d'appréciation d'autant plus important que cela implique une analyse de faits économiques. La règle de politique monétaire qui délimite le mandat de la BCE est donc tributaire à la fois d'un choix politique et d'un contexte économique, ce qui explique sa plasticité et sa permanence. Nécessairement, les mesures de la BCE ont un effet sur l'économie, d'autant que c'est justement l'effet recherché pour lutter contre la déflation. La BCE ne devrait-elle dès lors pas répondre

3 CJUE, AP, 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756. CJUE, Gde ch., 16 juin 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400 ; CJUE, Gde ch., 11 décembre 2018, *Weiss*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

de ses mesures ? On se heurte alors à l'autre règle de politique monétaire que constitue l'indépendance de la banque centrale…

Le second exemple est celui de la règle budgétaire que les États membres sont tenus de respecter en vertu de l'article 126, paragraphe 1, TFUE. Celui-ci interdit les déficits excessifs qui sont définis par l'appréciation des deux valeurs de référence que constituent les rapports au PIB, d'une part, du déficit excessif (3 %) et, d'autre part, de la dette publique (60 %). Le respect de la règle est vérifié dans le cadre de procédures menées par la Commission et le Conseil, et dans lesquelles l'Eurogroupe joue également un rôle. Là encore, la règle se déploie entre droit et économie puisque la Commission se fonde sur une analyse économique tout en exerçant, avec le Conseil, un pouvoir d'appréciation. Sans véritablement revêtir une portée contraignante, la règle n'en produit pas moins un effet sur les États membres à l'encontre desquels la Commission exerce une pression à mesure que la soutenabilité des finances publiques se dégrade. La règle budgétaire permet à la Commission, au Conseil et à l'Eurogroupe de demander aux États membres l'adoption de mesures d'assainissement tant conjoncturelles que structurelles, véhiculant ce qu'un certain discours, assez diffus au demeurant, stigmatise comme une vision néolibérale. Dans le même temps, les crises successives ont montré à quel point la règle s'avère tout autant immuable dans son énoncé que variable dans sa mise en œuvre. Il suffit pour s'en convaincre de constater que nombre d'États membres ne respectent pas la valeur de référence de la dette publique. Quant à celle du déficit excessif, les procédures engagées à l'encontre de la majorité des États montrent sa relativité. Faut-il réviser la règle budgétaire pour permettre une relance de l'économie ?

Ces deux exemples soulignent un paradoxe de l'UEM. Les règles de politique monétaire et budgétaire telles que définies par le Traité sont demeurées inchangées depuis le lancement de l'UEM. Que la stabilité des prix ou l'évitement des déficits excessifs n'aient pas été remis en cause depuis le Traité de Maastricht peut intriguer dans la mesure où les crises successives ont mis en cause l'aptitude des institutions de l'Union à garantir le respect des règles. La permanence de ces règles ne peut se comprendre que par leur ancrage dans les principes fondamentaux de l'UEM. Or, tant la règle de stabilité des prix que celle d'évitement des déficits excessifs sont l'expression de l'objectif supérieur de stabilité financière que la Cour de justice a dégagé du système des traités[4]. C'est là à notre sens le principe axiologique de l'UEM, si l'on veut

4 CJUE, *Pringle*, C-370/12, précité.

être pompeux, le méta-principe[5]. La stabilité financière ainsi reconnue par la Cour de justice est à notre sens le produit de la structuration de l'UEM telle qu'elle résulte du droit primaire, lequel puise ses racines dans l'histoire et la théorie de l'intégration européenne.

La présente contribution propose donc une exploration des racines historiques et théoriques de l'UEM dans le but de démontrer que ce ne sont pas tant les règles qui sont permanentes que l'objectif supérieur qu'elles servent[6]. Autrement dit, la question qu'on se pose est celle de savoir si une recontextualisation de cet objectif permet d'en relativiser la portée ou si, au contraire, il s'enracine si profondément dans l'Union qu'une évolution n'est pas envisageable. Dès lors, prend tout son sens l'exercice rétrospectif proposé par les directeurs scientifiques du présent ouvrage[7] qui appellent à une réflexion sur les racines de l'UEM. Le Littré définit la racine comme le « principe, origine de certaines choses ». C'est donc au commencement que nous sommes invités à nous placer, expliquant l'ajout de l'adjectif historique. L'approche essentialiste s'est quelque peu émancipée en droit de l'Union européenne d'une lecture, au demeurant longtemps retenue, historiciste de la construction européenne. Le droit de l'intégration postule la spécificité de l'Union européenne en éludant parfois le processus qui a conduit à ce résultat. Il n'est toutefois que l'aboutissement d'une évolution de facteurs et d'une confrontation d'intérêts qu'il ne convient pas de sous-estimer. La question a été largement étudiée par les politistes qui ont produit des études approfondies sur lesquelles on ne reviendra pas[8]. L'approche historique s'avère déterminante parce qu'elle explique la façon – et aussi les malfaçons – dont on a été conçue l'UEM, fruit d'un chemin de dépendance que l'on se propose de retracer (1.). L'approche théorique est conçue quant à elle dans cette contribution comme la recherche des sens idéologiques qui sous-tendent les dispositions qui régissent l'UEM (2.).

5 N.d.E. : pour une critique de la « méta-politique », voy. *infra* dans ce volume, S. Adalid, « De la constitution économique à la constitution écologique: l'avènement de la méta-politique ».

6 N.d.E. : voy. aussi *infra* dans ce volume, S. Cafaro, « The Evolving Economic Constitution of the European Union: Eulogy to Stability? ».

7 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

8 Voy. par exemple S. Saurugger, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

1 Le chemin de dépendance

Entre économie et politique, le droit de l'UEM s'inscrit ainsi dans un chemin de dépendance tracé par des contraintes que la présente contribution entend identifier. L'aptitude au changement de l'UEM est donc tributaire d'un degré de contrainte tout autant juridique qu'économique et politique. On peut dès lors tempérer le discours du *statu quo* qui avance le droit comme argument faisant obstacle au changement. Retracer le chemin emprunté par l'UEM permet en effet de relativiser le caractère immuable des dispositions juridiques puisque celles-ci, recontextualisées, s'avèrent tributaires de circonstances temporellement marquées qui, nécessairement, ont évolué. On peut ainsi emprunter aux politistes l'idée d'une « *path dependency* » dans laquelle l'intégration européenne s'explique par un chemin préalablement tracé par les réussites et les échecs des projets successifs[9]. Le processus d'intégration est le fruit d'une série de trajectoires, jonchées de situations et d'évènements dont les conséquences ne peuvent pas être nécessairement anticipées, les institutions et les États jouant comme des structures perméables à des expériences et des intérêts. C'est en ce sens que les racines historiques seront envisagées et que l'on propose de reprendre l'histoire de l'UEM[10] en mettant en exergue son imbrication avec le marché (1.1.) et son caractère façonné par le politique (1.2.).

1.1 *L'UEM catalysée par le marché*

Si l'UEM a été introduite par le Traité de Maastricht, sa genèse se trouve dans les origines mêmes de la construction européenne. Tout comme le Traité de Rome, la question monétaire a été envisagée initialement comme étroitement liée au développement de relations économiques internationales dans le cadre historiquement marqué de l'après-guerre. Ainsi, dans le cadre de l'Organisation européenne de coopération économique (OECE), héritière du Plan Marshall, a vu le jour l'Union européenne de paiements (UEP), créée le 19 septembre 1950 par dix-huit États, l'organisation ayant parallèlement adopté un code de libéralisation du commerce. L'idée est de lier intrinsèquement la libéralisation des échanges commerciaux avec une libération des paiements. L'Union européenne des paiements devait être maintenue aussi longtemps qu'un système multilatéral de paiements n'était pas mis en place entre les États européens ce qui fut le cas après la conclusion du Traité de Rome,

9 Voy. notamment P. Pierson, « The Path to European Integration: A Historical Institutionalist Perspective », *Comparative political studies*, 1996, Vol. 29, n°2, pp. 123–163.

10 Voy. H. Ungerer, *A Concise History of European Monetary Integration. From EPU to EMU*, Westport/Londres, Ed. Quorum Books, 1997.

expliquant que l'expérience ait pris fin en 1958, ayant rempli ses missions. En effet, les paiements ont pu être libérés grâce à une stabilité des changes catalysant ainsi les échanges commerciaux intra-européens. L'Union européenne des paiements fut ainsi une première expérience d'une centralisation des paiements, prémisse d'une banque centrale et d'une unité de compte commune[11]. Du moins a-t-elle permis de préparer à la convertibilité des monnaies dans le cadre du marché commun.

L'idée d'un marché commun a été conçue par référence au développement du libre-échange mondial avec la volonté de retenir une ambition plus forte que celle qui a accompagné les négociations du GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*)[12]. « Du point de vue monétaire, la CEE semblait être une institution pour des temps heureux »[13]. Nul n'était besoin de prévoir dans le Traité de Rome des dispositions ambitieuses en matière monétaire puisque les États fondateurs faisaient partie du système monétaire international tel qu'il avait été conçu par les accords de Bretton Woods[14]. On trouvait tout au plus dans la troisième partie du Traité CEE un titre II consacré à la « politique économique », se composant de trois chapitres : « politique de conjoncture », « balance des paiements » et « politique commerciale ». Seule une coordination des politiques économiques et monétaires était prévue[15]. Le système de Bretton Woods était censé garantir la convertibilité monétaire et la stabilité des changes propice au développement des échanges commerciaux. La dynamique du marché commun n'était cependant pas que celle d'un libre-échange. On a dès lors été confronté à un hiatus entre la naissance d'une intégration européenne et une instabilité monétaire révélée par trois crises, la réévaluation du Mark en 1961, la crise des balances des paiements en Italie en 1964 et la dévaluation du Franc en 1968. Ces trois crises ont montré la tendance des

11 H.-K. Mangoldt-Reiboldt, « De l'Union européenne de Paiements à la convertibilité monétaire », *Revue économique*, 1957, vol. 8, n°1, pp. 75–90, spéc. p. 86.

12 N.d.E. : voy. *infra* dans ce volume, M.M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux ».

13 D. Carreau, « La communauté économique européenne face aux problèmes monétaires », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1971, n°3–4, pp. 586–622, spéc. p. 592.

14 J.-V. Louis, « Union monétaire européenne et Fonds monétaire international », in A. Weber (dir.), *Währung und Wirtschaft. Das Geld im Recht. Festschrift für Prof. Dr. Hugo J. Hahn zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 201–214. N.d.E. : concernant le système de Bretton Woods et son évolution, voy. aussi *infra* dans ce volume, T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

15 U. Everling, « L'aspect juridique de la coordination de la politique économique au sein de la Communauté économique européenne », *Annuaire Français de Droit International*, 1964, pp. 576–604.

États à chercher des solutions extérieures à la Communauté, notamment en faisant appel au FMI. La crise du Franc, qui faisait suite aux évènements de 1968, a marqué un tournant dans l'intégration monétaire.

La politique agricole commune provoque l'un des premiers effets d'entraînement qui caractérise le droit de l'intégration. Elle repose sur des mécanismes de marché, fussent-ils révélateurs d'une logique d'économie administrée, et implique donc la fixation des prix. C'est par l'effet d'une crise des changes sur les prix des produits agricoles que la nécessité d'une intégration monétaire se fait sentir. En effet, la variabilité des taux de change se répercute sur le prix des produits agricoles perturbant le fonctionnement normal du marché, ce que la Commission a souligné dès 1968[16]. Pour remédier à cette instabilité des changes, ont été adoptés des mécanismes de montants compensatoires monétaires au cœur d'un intense débat à la fin des années 1960 et ayant donné lieu à un contentieux abondant dans les années 1970. La crise du Franc de 1968 a constitué la fenêtre d'opportunité empruntée par la Commission européenne pour proposer le Plan Barre[17]. La Commission avait cependant déjà préparé le terrain avec le rapport Marjolin de 1962 en appelant à compléter le marché commun par une union monétaire caractérisée par une fixité des taux de change entre les monnaies européennes[18]. L'échéance évoquée par le rapport Marjolin coïncidait avec la fin de la période de mise en place de l'union douanière fixée au 1er janvier 1970, montrant le lien étroit entre marché commun et UEM. Il existe en effet une affinité élective entre union monétaire et marché commun. Toutefois, rien ne prédestine le second à évoluer vers la première. Le rapport Barre a constitué une première étape préparatoire au plan Werner[19]. Le plan Werner constitue assurément un moment fondateur pour l'UEM puisqu'il a été adopté par une résolution du Conseil du 22 mars 1971[20]. Il a

16 Mémorandum de la Commission au Conseil au sujet de la politique susceptible d'être poursuivie au sein de la Communauté pour faire face aux problèmes économiques et monétaires actuels, 5 décembre 1968, SEC(68) 3958, p. 20. Voy. D. Carreau, « Chronique de droit international économique », *Annuaire Français de Droit International*, 1969, pp. 644–660.

17 Mémorandum de la Commission sur la coordination des politiques économiques et la coopération monétaire au sein de la Communauté, 12 février 1969, *Bull. CE*, Suppl. n°3–1969, p. 5.

18 Mémorandum de la Commission sur le programme d'action de la Communauté pendant la deuxième étape, 24 octobre 1962, pp. 75–80.

19 Rapport au Conseil et à la Commission, concernant la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire dans la Communauté, dit « Plan Werner », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1971, n^{os} 3–4, pp. 697–698.

20 Résolution du Conseil, du 22 mars 1971, concernant la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire dans la Communauté, *JOCE* C 28 du 27 mars 1971 p. 1. Dans

proposé un processus de réalisation de l'UEM en trois étapes qui a été engagé mais s'est arrêté très rapidement. Faute d'une volonté politique suffisante, le projet n'a pas dépassé la première étape, « le processus d'intégration ayant perdu de son élan sous l'influence de réactions divergentes aux chocs économiques de l'époque »[21]. La Communauté s'est alors contentée de mécanismes de coopération monétaire prenant la forme du serpent monétaire européen mis en place en 1973 puis, en 1979, du système monétaire européen.

L'UEM parachève le marché intérieur. Cette évolution n'était pas inéluctable ; les économistes admettent qu'un marché unique peut fonctionner avec plusieurs monnaies[22]. Certes, les avantages économiques et pratiques pour le marché intérieur sont patents, car les échanges sont plus faciles lorsqu'ils se font dans une même monnaie. Le projet de l'UEM sera relancé par la Commission Delors qui a pleinement exploité la ruse de la raison du marché intérieur. L'Acte unique européen constitue en effet un autre moment essentiel dans l'histoire de l'UEM. Des quatre libertés de circulation du marché commun, seule la libre circulation des capitaux demeurait encore balbutiante. La Cour de justice avait dénié un effet direct à la disposition du Traité consacrant cette liberté au motif que la liberté complète de tout mouvement de capital pouvait « compromettre la politique économique de l'un ou de l'autre des États ou provoquer un déséquilibre de sa balance des paiements »[23]. Il faut attendre l'Acte unique européen pour que la liberté des mouvements des capitaux devienne effective. Afin de réaliser le marché unique au 1er janvier 1993, la Commission Delors a proposé l'adoption d'une directive en vue de libéraliser les mouvements de capitaux. Ainsi, le Conseil a adopté la directive 88/361/CEE, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité CEE, qui imposait la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre

---

ses arrêts du 24 octobre 1973, la Cour de justice n'a donné qu'une valeur politique à cette résolution, voy. CJCE, 24 octobre 1973, *Schlüter*, aff. 9–73, *Rec.* p. 1135, spéc. p. 1161 ; *Rewe Central/Hauptzollamt Kehl*, aff. 10–73, *Rec.* p. 1175, spéc. p. 1195. U. Everling, « Institutional Aspects of a European Economic and Monetary Union », *Common Market Law Review*, 1971, pp. 495–501 ; U. Everling, « Die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft zur Wirtschafts- und Währungsunion : ihre Bedeutung für die Verfassungsordnung der Mitgliedstaaten », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, pp. 1481–1486.

21 Rapport Delors, *préc.*, pt. 1. Les conclusions du rapport Werner se sont en effet trouvées bouleversées par le nouvel environnement international découlant de la fin des accords de Bretton Woods.

22 Voy. sur ce point J.-V. Louis, J.-C. Séché, M. Wolfcarius, T. Margellos et J-F. Marchipont, *Le droit de la CEE, Union économique et monétaire, Cohésion économique et sociale, Politique industrielle et technologie européenne, Commentaire Mégret*, 2ème éd., Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1995, p. 6.

23 CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, 203/80, ECLI:EU:C:1981:261.

les personnes résidant dans les États membres. Cette directive illustre parfaitement la force motrice du droit dérivé libérant la contrainte économique. La Commission s'est en effet largement nourrie des réflexions de Padoa-Schioppa portant sur le « théorème du carré ou quatuor contradictoire », soulignant que libre-échange, libre circulation des capitaux, taux de change fixe et politiques monétaires nationales ne peuvent durablement coexister[24]. La « prophétie » de cette conciliation impossible s'est ainsi réalisée lors des crises monétaires qui ont frappé certains États de la Communauté en 1992 et 1993[25]. Ces crises, provoquées par des mouvements spéculatifs favorisés par la forte mobilité des capitaux et par les taux de change alors fixes mais ajustables, ont mis en lumière le caractère « illusoire » du pouvoir des États sur le marché[26]. Ainsi que l'a souligné un auteur :

> les opérateurs ont placé les États devant un choix clair : conserver leurs monnaies nationales au risque de mettre en péril le marché unique européen ou maintenir pleinement ce dernier mais adopter une monnaie unique et abandonner en conséquence leurs monnaies nationales. Quel que soit le bien-fondé du choix effectué, [...] force est de constater qu'il fut loin d'être libre du côté des États. Leur décision de renoncer à leur monnaie nationale ne fut qu'une manifestation bien formelle de souveraineté : en réalité, elle leur fut imposée – si ce n'est dictée – par les marchés.[27]

Les temps étaient donc mûrs pour s'engager sur la voie d'une UEM dont le Traité de Maastricht consacrera l'existence.

---

24 Nous traduisons ainsi les termes anglais « *inconsistent quartet* » et italien « *teorema del quartetto inconciliabile* ». T. Padoa-Schioppa (dir.), *Efficacité, Stabilité et équité*, Paris, Economica, 1987, pp. 91–92 ; voy. aussi J.-V. Louis *et al.*, *Commentaire Mégret*, *op. cit.*, p. 7. Cette théorie a fortement influencé la Commission, voy. sur ce point N. Jabko, « In the name of the Market: how the European Commission paved the way for monetary Union », *Journal of European Public Policy*, 1999, pp. 475–495, spéc. pp. 477–479.

25 V. Padoa-Schioppa, *La lunga via dell'euro*, Bologne, Il Mulino, pp. 114–118.

26 E. Cohen, « Contrainte économique et action politique », *Pouvoirs*, n°68, 1994, pp. 90–93 ; C. de Boissieu, « Crise du SME et transition vers l'UEM », *Regards sur l'actualité juridique*, 1993, pp. 15–22.

27 D. Carreau, « Le système monétaire international privé (UEM et euromarchés) », *Recueil des Cours – Académie de La Haye*, 1998, vol. 274, pp. 309–391, spéc. p. 375.

1.2 *L'UEM façonnée par le politique*

Monnaie et souveraineté sont indissolublement liées. Les États ne renoncent pas aisément à une telle prérogative de puissance publique. Aussi, dans la construction de l'UEM, tout puissant qu'il soit en fait, le marché est demeuré faible en droit aussi longtemps que la volonté politique n'a pas accompagné le processus.

Dès le plan Werner, voire même avant, s'esquissent les positions politiques en présence quant au processus de réalisation de l'UEM. Schématiquement, deux approches se confrontent. D'un côté, on trouve la position allemande et néerlandaise dite du « couronnement » défendue par les États à monnaie forte. Selon cette thèse également dite « économiste », la centralisation de la politique monétaire s'opère au terme d'un processus de convergence macroéconomique. Ainsi, les politiques monétaire et budgétaire doivent suffisamment converger pour permettre la mise en place d'institutions de sorte que la monnaie unique s'avère un couronnement. De l'autre côté se dégage une approche dite « monétariste », défendue par la Belgique, la France ou l'Italie, selon laquelle la création institutionnelle favorise un rapprochement économique. Autrement dit, la volonté politique exprimée par des institutions produit le rapprochement entre les économistes. Derrière cette opposition quant au processus de réalisation de la monnaie unique se dessine une conception différente de l'UEM : alors que les monétaristes militaient en faveur d'une forte autonomie des États dans la conduite de la politique budgétaire et économique pour permettre une adaptation conjoncturelle, les économistes défendaient la nécessité d'une forte coordination des politiques nationales pour garantir une stabilité structurelle.

Ces oppositions expliquent l'échec de la première tentative d'UEM telle que conçue par le plan Werner dans un contexte marqué par l'effondrement du système de Bretton Woods. La crise économique de 1973 a assurément refroidi les ardeurs intégratrices des États qui, dans le contexte de la fin de la parité des monnaies prévue par les accords de Bretton Woods, ne pouvaient guère renoncer à des instruments de politique économique tels que la politique monétaire ou de change. Dans le même temps, avec la fin des accords de Bretton Woods, les États membres avaient fait le choix de rendre leurs monnaies pleinement convertibles[28]. C'est pourquoi dès 1973 a été mis en place dans la

28 Voy. J.-M. Sorel, « La convertibilité des monnaies », in P. Daillier, G. de la Pradelle et H. Gherari (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, pp. 185–189.

Communauté le serpent monétaire européen qui est devenu, en 1979, le système monétaire européen[29] – tous deux abréviés par l'acronyme SME.

Outre le fait que ces expériences ont contribué à la réalisation de l'UEM, leurs caractéristiques appellent une série de remarques. En premier lieu, les SME sont demeurés de nature purement politique. En effet, ils n'ont fait l'objet d'aucune consécration en droit communautaire. Leur création a été décidée par les chefs d'État ou de gouvernement au sein des Sommets européens qui deviendront les Conseils européens. Or, les actes du Conseil européen n'avaient à cette époque aucune valeur juridique. Les États se sont donc limités à une coopération strictement politique. Néanmoins, le Conseil européen s'est affirmé comme un acteur essentiel du processus conduisant à l'UEM. En second lieu, les SME ont reposé sur une logique de parités entre monnaies des États membres pouvant fluctuer dans les limites de marges prédéterminées. Plutôt que d'agir rétrospectivement par des montants compensatoires monétaires, les États ont donc préféré anticiper en encadrant les fluctuations de change afin que celles-ci n'affectent pas le fonctionnement du marché commun. Ce faisant était prévue une intervention concertée des banques centrales des États membres sur les marchés afin de rétablir le cas échéant les parités. Les SME ont ainsi constitué le creuset d'une coopération monétaire entre banques centrales conférant à celles-ci un rôle qui ne se démentira pas par la suite. Ainsi, les accords de Nyborg de 1987, visant à renforcer les politiques d'intervention au sein du mécanisme de change, sont liés à la décision du Conseil d'adopter la directive de 1988 sur la libéralisation des mouvements de capitaux[30]. Parallèlement, la crise bancaire de 1974 a conduit les banques centrales à établir le forum informel que deviendra le comité de Bâle en vue d'encadrer l'activité des établissements bancaires, dans un contexte où la Communauté édicte les premières directives bancaires.

Profitant de l'effet catalyseur de l'Acte unique européen et de la libéralisation des mouvements de capitaux, la Commission Delors a engagé une nouvelle réflexion sur l'UEM. Il y a une concomitance voulue par la Commission entre la libéralisation des mouvements de capitaux prévue par la directive du 24 juin 1988 et l'UEM. Les temps étaient de surcroît politiquement mûrs, justifiant cette proposition à laquelle les États membres ont adhéré. Celle-ci a

29 M. Devoluy, *L'Europe monétaire. Du SME à la monnaie unique*, Paris, Hachette, 1998 ; D. Carreau, « Vers une zone de stabilité monétaire : la création du SME au sein de la CEE », *Revue du Marché Commun*, 1979, pp. 399–417.

30 Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en oeuvre de l'article 67 du Traité, J.O.U.E., L178, 8 juillet 1988, pp. 5–18 (ELI : http://data.europa.eu/eli/dir/1988/361/oj; dernière consultation le 12 février 2022).

nourri les réflexions du Conseil européen de Hanovre qui, en juin 1988, a créé le comité Delors composé notamment de gouverneurs de banques centrales siégeant à titre personnel. Ainsi, en 1988, le Conseil européen d'Hanovre a confié à Jacques Delors, en sa qualité de président de la Commission européenne[31], l'élaboration d'un rapport présentant les étapes de la mise en place de l'UEM. Ce sont également les États membres qui, lors du Conseil européen de Madrid de 1989, ont approuvé les conclusions du rapport Delors[32]. Celui-ci est déterminant dans la quête des racines de l'UEM. Tout d'abord, il existe une filiation très claire entre le rapport Werner et le rapport Delors. Certes quelques différences existent ; néanmoins, les projets d'UEM ainsi que les processus de mise en place se ressemblent fort. Ensuite, le rapport Delors constitue la base de travail sur laquelle s'est fondée la conférence intergouvernementale qui a préparé le Traité de Maastricht. Plus précisément, après que le Conseil européen a approuvé les conclusions du rapport Delors, un groupe « à haut niveau » présidé par Élisabeth Guigou a transcrit ces conclusions dans un document destiné à recenser les questions posées à la future Conférence intergouvernementale. Il s'est essentiellement agi de transcrire politiquement les propositions encore perçues comme techniques du comité Delors. Ce filtre politique s'est avéré d'autant plus nécessaire que la partie du Traité de Maastricht relative à l'UEM est fortement inspirée par les travaux du comité des gouverneurs[33].

Ont influencés la Commission les réflexions du Rapport Emerson, dont on peut dire qu'il reflète la doctrine économique sous-jacente à l'UEM[34]. Ainsi retrouve-t-on dans le Traité instituant la Communauté européenne les trois phases devant conduire à la monnaie unique telles que les avait amorcées

31 Conseil européen d'Hanovre, 27 et 28 juin 1988, concl. de la Présidence, *Bull. CE*, 1988–6, pts. 1.1.1–1.1.4.

32 Conseil européen de Madrid, 26 et 27 juin 1989, concl. de la Présidence, *Bull. CE*., 1989–6, p. 11.

33 Committee of Governors of the Central Banks of the Member States of the European Community, *Draft statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank*, Agence Europe, 1990, n°1660–1670. H. K. Scheller, « Le Comité des gouverneurs des banques centrales de la CEE et l'unification monétaire européenne », *Histoire, économie & société*, 2011, vol. 30, n°4, pp. 79–99.

34 M. Emerson, D. Gros, A. Italianer, J. Pisany-Ferry et H. Reichenbach, « One Market, One Money, An Evaluation of the Potential Costs and Benefits of Forming an Economic and Monetary Union » (Emerson Report), *European Economy*, n°44, 1990 (publié aux éditions Economica pour la traduction française : *Marché unique, monnaie unique*, 1990).

le rapport Werner et explicitées le rapport Delors[35]. La première phase (1er juillet 1990 – 31 décembre 1993) a abouti à la libéralisation complète des mouvements de capitaux, à l'achèvement du marché unique et au renforcement de la coordination des politiques économiques et monétaires[36]. La deuxième phase (1er janvier 1994 – 31 décembre 1998), à mi-chemin entre la phase préparatoire et la répétition générale, a permis, outre la création de l'Institut monétaire européen, ancêtre de la BCE, l'adaptation juridique et institutionnelle nécessaire à l'introduction de l'euro, tout en approfondissant la coordination des politiques économiques et monétaires des États membres[37]. La troisième phase a débuté pour onze États membres le 1er janvier 1999. Enfin, le parallélisme est également démontré par la concomitance, au 31 décembre 1993, du passage à la deuxième phase de l'UEM et de la consécration, par la directive de 1988, de la liberté totale des mouvements de capitaux[38]. Au terme de ce processus, les billets et pièces en euros ont été mis en circulation le 1er janvier 2002[39]. Avec la troisième phase est née, la monnaie unique européenne.

Dès le plan Werner, l'UEM est envisagée comme impliquant une « asymétrie systématique »[40] qui deviendra une de ses caractéristiques les plus fondamentales. L'asymétrie est l'expression d'un choix ontologique qui consiste à distinguer monétaire et économique. D'un côté, l'union monétaire correspond à une unification des politiques monétaire et de change de sorte que celles-ci sont confiées à l'échelon européen. De l'autre côté, l'union économique implique au contraire que la politique économique et budgétaire demeure du ressort étatique. Il ressort du rapport Delors que la perte de l'instrument monétaire et de change devait pour les États être compensée par

35 Voy. R. Chemain, *L'Union économique et monétaire. Aspects juridiques et institutionnels*, Paris, Pedone, 1996, pp. 31–125 (Ière phase) ; pp. 130–234 (IIe phase) ; pp. 235–280 (passage à la IIIe phase).

36 Le lancement de la 1ère phase fut décidé par le Conseil européen de Strasbourg de 1989, avant même le Traité de Maastricht. L'article 116, § 2, du Traité en définissait les éléments essentiels. Voy. Conseil européen de Strasbourg, 8–9 décembre 1989, concl. de la Présidence, *Bull. CE*, 1989–12, p. 12.

37 Art. 116, § 3 à 5, CE. L'article 117 CE définissait le statut et les missions de l'IME.

38 Voy. J.-V. Louis *et al.*, *Commentaire Mégret*, *op. cit.*, p. 8. Sur la stratégie de la Commission « jouant de cette concomitance », voy. N. Jabko, « In the name of the Market », *op. cit.*, pp. 479–481.

39 Sur les étapes intermédiaires du processus de la troisième phase s'étant déroulées du 1er janvier 1999 au 1er juillet 2002, voy. D. Carreau, « Union économique et monétaire », *Jurisclasseur Europe*, 1999, fasc. 1811, pts. 75–77.

40 J.-V. Louis, « L'UEM et la gouvernance économique », in *L'Union européenne et l'euro : aspects économiques, institutionnels et internationaux*, Quatrième conférence ECSA-World, Bruxelles, 17/18 septembre 1998, Luxembourg, OPOCE, 2000, p. 156.

la conservation de l'instrument budgétaire. Ce choix s'explique par la singularité du « fédéralisme budgétaire » européen qui n'en est pas un. En effet, le budget communautaire était structurellement bien trop faible pour qu'on puisse prétendre à une politique budgétaire européenne. La dialectique marché commun/UEM des années 1980 ne peut être comprise sans rappeler que ces mêmes années ont été marquées par l'avènement de la discipline budgétaire comme règle imposée aux finances publiques européennes. Le temps était celui du « *I want my money back* » de Margaret Thatcher dont l'esprit frugal a été perpétué au gré des négociations sur les perspectives financières ; il suffit de penser aux âpres négociations au cours du Conseil européen de juillet 2020 et à la position défendue par un groupe d'État mené par les Pays-Bas.

L'asymétrie s'explique également par des raisons économiques puisque, dans le rapport Delors, il était acquis que la monnaie unique européenne ne reposerait pas sur une zone monétaire optimale. Dans une zone monétaire non optimale, comme l'UEM, la politique monétaire unique permet de réagir aux chocs symétriques, c'est-à-dire qui frappent la zone euro dans son ensemble ; les politiques budgétaires nationales permettent de réagir aux chocs asymétriques, c'est-à-dire qui frappent uniquement un territoire étatique ou infra-étatique ; la politique budgétaire est ainsi conçue « comme alternative à l'instrument des taux de change »[41]. L'asymétrie est consacrée par le Traité qui la matérialise par une répartition des compétences entre l'Union et les États, reflet de ce que certains économistes désignent comme le « consensus de Bruxelles »[42]. Alors que la politique monétaire relève, pour la zone euro, de la compétence exclusive de l'Union, la politique économique demeure du ressort étatique. Sur le plan économique, l'asymétrie a une implication majeure pour le *policy mix* qui doit être adopté. Dans une zone monétaire, la soutenabilité des finances publiques de chaque État a une incidence sur la monnaie. Cela explique la nécessité d'une coordination des politiques économiques, voire d'une discipline budgétaire[43]. Sur le plan politique, alors que le plan Werner évoquait un « centre de décision pour la politique économique » qui devait exercer « de façon indépendante, en fonction de l'intérêt communautaire, une influence décisive sur la politique économique générale de la Communauté »[44], le rapport Delors s'est cantonné à promouvoir

41 Rapport Emerson, *op. cit.*, p. 176.

42 Voy. A. Benassy-Quéré et B. Coeuré, *Économie de l'euro*, Paris, La Découverte, 2010, pp. 71–73.

43 D. Gros, « Paradigms for the Monetary Union of Europe », *Journal of Common Market Studies*, vol. XXVII, n°3, mars 1989, pp. 219–230 ; Y. de Silguy, « Coordonner les politiques économiques », *Commentaires*, n°79, 1997, pp. 577–584.

44 Rapport Werner, *op. cit.*

une coordination des politiques économiques[45]. Avant et après le Traité de Maastricht, la France a revendiqué un « gouvernement économique », comme contrepoids politique de la BCE[46]. Sur le plan juridique, le Traité a ainsi organisé une coordination des politiques économiques et consacré des règles de discipline budgétaire dont on exposera le sens en seconde partie. L'article 3, point c), TFUE attribue ainsi à l'Union une compétence exclusive pour la politique monétaire et de change pour les États membres dont la monnaie est l'euro. Selon les articles 5 et 119 TFUE, les États membres sont compétents pour conduire leur politique budgétaire.

L'autre caractéristique fondamentale de l'UEM qui est le produit de son histoire est la différenciation. On entend par là la circonstance que l'euro n'est pas la monnaie de tous les États membres ; au 1er janvier 2022, dix-neuf États membres ont adopté la monnaie unique. Il est intéressant à cet égard de noter que le Traité de Lisbonne a procédé au toilettage des dispositions transitoires qui, avec l'entrée en troisième phase de l'UEM, étaient devenues obsolètes. Alors qu'auparavant les États membres n'ayant pas adopté l'euro faisaient l'objet d'un chapitre intitulé « dispositions transitoires » (chapitre 4), le Traité de Lisbonne a ajouté à celui-ci un chapitre désigné « dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro ».

L'ajout est constitutionnellement significatif à deux titres. D'une part, le droit primaire consacre désormais le caractère pérenne de la différenciation induite par l'UEM. Or, celle-ci avait justement été conçue comme devant regrouper l'ensemble des États membres, à l'exception du Danemark et du Royaume-Uni dont l'*opt out* a été entériné par des protocoles. L'effort de recontextualisation présente l'intérêt de concevoir l'UEM à ses origines dans le cadre de l'Union européenne naissante. Le temps était celui de l'unité du système juridique communautaire forgée par un droit de l'intégration dont la Cour de justice défendait l'autonomie, la cohérence et l'uniformité. Aussi, partie intégrante de la Communauté européenne, l'UEM devait être marquée du sceau de l'unité. Avec le Danemark et le Royaume-Uni, auxquels il convient d'ajouter la Suède, la différenciation prend également une signification politique puisque la non-participation à la monnaie unique peut constituer l'expression d'un choix souverain de l'État membre, au-delà même de la lettre du

45 Rapport Delors, *op. cit.*, point 30.

46 Voy. Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget, « Le projet français sur l'Union économique et monétaire », *Les notes bleues*, 18–24 mars 1993, p. 74 ; E. Guigou, « La place et le rôle de l'autorité économique dans l'Union européenne », *ECU*, n°19, pp. 36–37 ; R. Boyer, *Le gouvernement économique de la zone euro*, Paris, La Documentation française, 1999.

Traité, si l'on prend l'exemple suédois. Cependant, la norme de droit, fût-elle capable de produire des fictions juridiques, cède aux faits économiques qui sont tout aussi têtus qu'imprévisibles. Cela explique l'exigence de « degré de convergence durable » que le Traité pose comme postulat d'adoption de la monnaie unique, qu'il se soit agi de passer à la troisième phase de l'UEM ou de lever la dérogation dont font l'objet les États membres qui ne participent pas à la zone euro. Rétrospectivement, la pérennisation de la différenciation conduit au constat que l'Union européenne ne constitue pas une zone monétaire présentant un degré de convergence suffisant pour supporter une monnaie unique. La crise grecque a cependant montré que l'appréciation du degré de convergence est autant politique qu'économique. En effet, elle peut aussi s'expliquer par le fait que la Grèce n'avait pas atteint le degré de convergence suffisant pour intégrer la zone euro.

L'affinité élective entre marché intérieur et UEM a conduit pour des raisons à la fois pragmatiques et stratégiques à étroitement lier libéralisation des mouvements de capitaux et intégration monétaire. Dès lors que les monnaies sont pleinement convertibles, la libre circulation des capitaux provoque une déstabilisation des politiques économiques et monétaires des États. Aussi l'UEM a d'autant plus aisément vu le jour qu'un discours devenu conviction pour la Commission et la majorité des États s'est répandu dans les années 1980. Les marchés de capitaux éliment inéluctablement la souveraineté monétaire qui risque de devenir une pure illusion dépassée si elle ne se réinvente pas. L'Union économique et monétaire a donc été portée par une forte volonté politique tout autant contrainte que libérée par le marché. À la croisée de la mondialisation de l'économie et de la réalisation du marché intérieur, l'État membre ne pouvait plus conduire, en toute autonomie, sa politique économique et monétaire. Cela explique les deux caractéristiques fondamentales de l'UEM faisant son caractère « incomplet »[47].

2 Les sens idéologiques

L'étude des racines théoriques de l'UEM nous conduit sur un terrain particulièrement délicat de la recherche juridique lorsqu'est en cause le droit économique. La question est en effet de savoir quelles sont les conceptions économiques qui sous-tendent le droit primaire. S'il est indéniable que les

47 E. Mourlon-Druol, « History of an Incomplete EMU », in F. Amtenbrink et C. Herrmann (dir.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

dispositions du titre VIII de la troisième partie du Traité ne sont pas neutres au regard de la théorie économique, il n'est cependant pas évident d'identifier les influences concrètes de la pensée économique sur les rédacteurs du Traité. L'exercice est d'autant plus ardu que la négociation au sein de la conférence intergouvernementale implique la confrontation des positions politiques défendues par les États[48]. S'est néanmoins dégagé un accord autour de l'idée de règles économiques qui encadrent les choix politiques, dans une logique de constitutionnalisme économique (2.2.) qu'induit une communauté de stabilité (2.1.).

2.1 *La communauté de stabilité*

L'un des moyens d'étudier l'influence de la théorie économique sur la formulation des dispositions du Traité est de se reporter aux travaux préparatoires. La démarche n'est pas habituelle en droit de l'Union européenne, ce qui s'explique notamment parce que, jusqu'au Traité de Lisbonne dont les dispositions sont largement issues des travaux de la Convention ayant préparé le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, ces travaux demeuraient confidentiels. La jurisprudence de la Cour de justice relative à l'UEM a cependant modifié la donne puisque les trois arrêts *Pringle*, *Gauweiler* et *Weiss* se réfèrent expressément aux travaux d'élaboration du Traité de Maastricht pour interpréter les articles 123 et 125 TFUE[49]. Ainsi que l'avocat général le souligne dans l'arrêt *Gauweiler*[50], ces travaux préparatoires renvoient largement au rapport Delors de la Commission européenne qui restitue dans une forme plus littéraire et politique les soubassements économiques de l'UEM. Si l'on souhaite encore approfondir la quête des racines théoriques de l'UEM, il convient de se référer ensuite au rapport dit Emerson qui constitue l'expression économique de la position de la Commission européenne en ce qui concerne l'UEM[51]. Ainsi que le soulignent les préfaciers de ce rapport, si le programme qui conduit à la monnaie unique

48 Voy. K. Dyson et K. Featherstone, *The Road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; N. Jabko, « In the name of the Market », *op. cit.* ; N. Jabko, « Monnaie et politique en Europe », *Critique internationale*, 2005, n° 27, pp. 55–62.

49 CJUE, *Pringle*, C-370/12, précité ; *Gauweiler*, C-62/14, précité ; *Weiss*, C-493/17, précité.

50 CJUE, *Gauweiler*, C-62/14, précité, Conclusions ECLI:EU:C:2015:7, point 107.

51 La pensée économique de la Commission est exprimée par le rapport Emerson. La Commission a pleinement assumé les conclusions de ce rapport (M. Emerson, D. Gros, A. Italianer, J. Pisany-Ferry et H. Reichenbach, *Marché unique, monnaie unique*, *op. cit*). Voy. aussi *European Economy*, « The Economics of EMU », numéro spécial, 1990.

> est à la fois économique et politique, ce sont avant tout les qualités fonctionnelles de l'union économique et monétaire qui en conditionneront le succès ou l'échec. C'est pourquoi la Commission a décidé de procéder à une évaluation détaillée des effets économiques probables – coûts et avantages – de la marche vers l'UEM. Elle a ainsi demandé [...] de jeter un pont entre les négociateurs politiques, d'une part, et la communauté des économistes, d'autre part, et de susciter une motivation réciproque en matière de recherche et de conseils.[52]

L'UEM telle qu'elle a été organisée par le Traité de Maastricht reflète dans une très large mesure les conclusions du rapport Emerson. Celui-ci fait des références à « l'analyse économique », à la « théorie économique », à la « littérature économique », en citant expressément certaines théories telles que celles des zones monétaires optimales ou de la croissance. Des références plus précises sont données en notes en bas de page et en bibliographie. L'essence économique des dispositions du Traité relatives à l'UEM se donne ainsi à voir.

Dans le rapport Emerson, la Communauté est une « zone monétaire favorable » dans laquelle une union économique et monétaire présente plus d'avantages que de coûts. La synthèse est ainsi opérée :

> les anciennes théories économiques en matière d'évaluation de la création d'unions monétaires peuvent avoir suggéré, en ce qui concerne la Communauté, que l'arbitrage entre les deux arguments considérés comme fondamentaux par ces théories laisse l'issue incertaine quant aux avantages du processus ; de nouvelles approches économiques et les caractéristiques spécifiques de la structure et de la situation de la Communauté apportent sept arguments complémentaires qui, tous, mettent en évidence l'avantage que représente l'UEM pour cette Communauté. On peut affirmer, dès lors, que l'avantage économique est réel. On pourrait y ajouter les objectifs de l'union politique ; mais les critères économiques suffisent.[53]

La dernière phrase de la citation est révélatrice d'un biais originel de l'UEM dans laquelle l'économie prime le politique, du moins les avantages économiques suffisent à justifier l'intégration monétaire, l'avancée politique suivra. Certes, on peut y voir une expression de la méthode fonctionnaliste dans

52 Rapport Emerson, *op. cit.*, p. 5.

53 *Ibid.*, pp. 30 et s.

laquelle on débute par la solidarité de fait. Le résultat en est cependant que la règle de droit, pour permettre l'avantage économique, limitera le choix politique. La présentation par la partie B du rapport Emerson des « principaux avantages et coûts » est également significative en ce qu'elle révèle le primat donné au monétaire par rapport à l'économique. Sont tout d'abord présentés les « gains d'efficience »[54] qui relèvent du bon sens puisqu'il s'agit de tirer les conséquences, avec une monnaie unique, de la fin des taux de changes ; outre l'élimination des coûts de transaction liés au cours de change, le rapport met en exergue la fin des incertitudes de change, ces dernières ayant été aiguisées par la libéralisation des mouvements de capitaux. Le ton est donc donné puisque la deuxième série d'avantages n'est autre que la stabilité des prix en termes de coûts d'inflation et de désinflation. Les conséquences en sont ensuite tirées puisque le rapport présente les « implications pour les finances publiques »[55] des États membres avant de traiter de la possibilité « d'ajuster sans le taux de change nominal »[56].

La logique économique est ainsi de fonder le primat de la stabilité des prix dans un contexte d'une autonomie budgétaire laissée aux États, impliquant une discipline et une coordination[57]. On retrouve l'asymétrie systématique sur laquelle est fondée l'UEM qui s'explique également par le caractère non optimal, mais favorable, de la zone monétaire ; puisque l'ajustement aux chocs négatifs ne se fait que partiellement par le marché du travail (salaires et mobilité des travailleurs), la réponse aux « chocs asymétriques » dans l'UEM se fait par des ajustements au moyen du financement extérieur et surtout de la politique budgétaire conçue « comme alternative à l'instrument des taux de change »[58]. Selon le Rapport Emerson :

> La perte de la politique monétaire et de l'instrument du change au niveau national imposera de nouvelles exigences à la politique budgétaire nationale, en vue de la stabilisation et de l'ajustement en cas de perturbations spécifiques à un pays particulier. Elle devra faire preuve à la fois de flexibilité et d'autonomie, tout en restant compatible avec des niveaux "soutenables" de déficit et de dette publique. Toutefois, une norme exigeante de stabilité monétaire implique que les déficits et dettes publics insoutenables ne peuvent plus être monétisés. La

54 *Ibid.*, pp. 67 et s.
55 *Ibid.*, pp. 109 et s.
56 *Ibid.*, pp. 148 et s.
57 *Ibid.*, pp. 111 et s.
58 *Ibid.*, pp. 176.

> discipline budgétaire devra être intensifiée en vue d'éviter les déficits trop importants [...].[59]

Derrière la logique économique exprimée par le rapport Emerson, le chemin vers l'UEM a été marqué par la quête d'un consensus politique autour de la monnaie unique. La Commission Delors a en effet accompagné le processus dans les années 1980 en déployant une stratégie destinée tout particulièrement à convaincre les Allemands du bien-fondé et de la faisabilité d'une monnaie unique. Ainsi, le SME a été ancré à partir de 1979 sur le Mark[60]. Toutefois, au début des années 1980, alors que le marché interbancaire se développe, une fuite des capitaux de France provoque la chute du franc avec une inflation de 30% par rapport au mark. Face à l'impuissance du SME, la crise de la Communauté économique européenne guette. Jacques Delors, encore ministre, propose une sortie de crise avec le tournant de la rigueur de 1983 comportant l'ancrage de la politique monétaire française sur le mark. Le modèle devient ainsi celui de la monnaie allemande et de la *Bundesbank* qui avait affirmé son indépendance vis-à-vis du gouvernement[61]. Dès lors, dès les années 1980, la future monnaie européenne se dessinait sous les traits de la stabilité des prix garantie par une banque centrale indépendante vis-à-vis du pouvoir politique. C'était la condition *sine qua non* posée par les Allemands pour accepter une monnaie unique. Ainsi, dans son arrêt du 12 octobre 1993, la Cour constitutionnelle allemande a exigé que le passage à la monnaie unique se fasse dans le respect de l'exigence de stabilité[62]. Elle estime que le *Bundestag* a consenti au Traité de Maastricht uniquement parce que l'UEM a été conçue comme une communauté de stabilité (*Stabilitätsgemeinschaft*). Les conditions constitutionnelles de la participation de l'Allemagne à la troisième phase de l'UEM seraient remises en cause si la stabilité n'était plus garantie. Il ressort ainsi de la résolution du *Bundestag* relative à l'UEM que celui-ci

> reconnaît que le Traité sur l'Union européenne jette les bases d'une future monnaie européenne stable, notamment en garantissant l'indépendance de la Banque centrale européenne et en prévoyant l'adoption,

59 Rapport Emerson, *op.cit.*, p. 23. L'extrait cité se termine par un propos précurseur : « et la Communauté débat actuellement de propositions à cet effet ».

60 K. Dyson et K. Featherstone, *The Road To Maastricht*, *op. cit.,* pp. 25–26.

61 C.-L. Holtfrerich, « La politique monétaire en Allemagne depuis 1948 : tradition nationale, meilleure pratique internationale ou idéologie ? » in J.-Ph. Touffut (dir.), *Les Banques centrales sont- elles légitimes ?*, Paris, Albin Michel pp. 37–71.

62 BVerfG, Second Sénat, 12 octobre 1993, *Maastricht,* 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92.

> d'un commun accord, de critères de stabilité pour les États membres participants. À cet égard, il faudra, au moment du passage à la troisième phase de l'Union économique et monétaire, interpréter ces critères de stabilité de manière stricte et rigoureuse. La décision permettant le passage à la troisième phase ne peut être prise qu'à partir du moment où cette stabilité est démontrée et où il est prouvé que les données fondamentales de l'économie suivent des évolutions parallèles et que la solidité du budget et des finances des États membres participants est durable. Cette décision ne saurait s'inspirer de considérations d'opportunité, mais elle doit tenir compte des réalités économiques. La nature des critères retenus est telle qu'ils ne sauraient être considérés comme remplis dès lors qu'il y est satisfait d'un point de vue purement statistique. Au contraire, c'est aussi le déroulement même du processus de convergence qui doit permettre d'acquérir la conviction qu'ils sont durablement remplis. La future monnaie européenne doit être, et rester, aussi stable que le mark allemand.[63]

On retrouve ainsi les assises fondamentales de l'UEM donnant le primat au monétaire. La monnaie unique doit garantir la stabilité des prix ce qui implique une banque centrale indépendante. Elle ne peut être instituée que si un degré de convergence durable est atteint. Le droit primaire consacre les critères dits de convergence dont la finalité est de produire une stabilité macro-économique. L'article 140, paragraphe 1, TFUE énonce les quatre critères économiques : la réalisation d'un degré élevé de stabilité des prix ; le caractère soutenable de la situation des finances publiques ; le respect des marges normales de fluctuation prévues par le mécanisme de taux de change du système monétaire européen pendant deux ans au moins ; le caractère durable de la convergence atteinte par l'État et de sa participation au mécanisme de taux de change, qui se reflète dans les niveaux des taux d'intérêt à long terme.

2.2 *Le constitutionnalisme économique*

Il est parfois affirmé, un peu hâtivement, que l'UEM serait d'inspiration ordolibérale, ce qui s'expliquerait par la filiation allemande et le modèle de la *Bundesbank*. Cette vision est quelque peu réductrice et méconnaît l'inspiration principale de l'UEM. En effet, bien que la question ne soit que fort rarement

63 Sénat, *La mise en place de l'Euro*, Rapport de Xavier de Villepin, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, Rapport 74, 1996 / 1997, II C.

évoquée, telle que conçue par le Traité de Maastricht, l'UEM s'avère davantage le reflet du courant du constitutionnalisme économique[64] qui, sur certains points, rejoint l'ordolibéralisme[65].

L'UEM est fondée sur des règles économiques qui limitent les choix de politique économique. L'idée est celle du constitutionnalisme économique au sens notamment des travaux de l'école de la nouvelle macro-économie classique[66]. Dans la continuité de la conception classique, celle-ci s'ancre sur l'idée d'une neutralité de la monnaie et d'une tendance de l'économie à converger spontanément vers un équilibre au sens parétien[67]. Le principal apport de ce courant de pensée a été l'analyse de l'efficience de l'interventionnisme étatique mis en exergue par l'opposition entre politiques discrétionnaires et règles économiques : *rules rather than discretion* ; aux politiques discrétionnaires, il convient de préférer des règles économiques[68]. Dans la continuité des monétaristes, les nouveaux classiques sont d'autant plus favorables aux règles dans la conduite des politiques macro-économiques que les marchés financiers occupent une place centrale dans le fonctionnement de l'économie. Selon la parabole électorale, les gouvernants conduisent les politiques économiques en interaction avec les marchés. Les agents du marché forment des anticipations rationnelles qui biaisent les politiques discrétionnaires. En période pré-électorale, les gouvernements font preuve d'une prodigalité intéressée à laquelle succède, une fois la réélection acquise, la rigueur décharnée. Les marchés anticipent l'« incohérence temporelle » de ces « cycles électoraux »[69] et, ce faisant, neutralisent les effets des politiques économiques. C'est pourquoi, à des politiques discrétionnaires, il faut préférer des règles économiques sur lesquelles les opérateurs du marché ancrent leurs anticipations rationnelles. En matière monétaire, ces anticipations provoquent un « biais

64 F. Benaroya, « Le renouveau du constitutionnalisme économique », *Problèmes économiques*, 1997, n°2547, pp. 8–11.

65 G. Grégoire, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021, vol. 2490–2491, nos 5–6, p. 57. N.d.E. : sur les convergences et les divergences entre les différents courants ordo- et néolibéraux en matière de constitutionnalisme économique, voy. aussi *supra* dans ce volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

66 H. Lamotte et J.-Ph. Vincent, *La nouvelle macroéconomie classique*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection : « Que sais-je ? », 1999, pp. 87–136.

67 J. Le Cacheux, « La nouvelle macro-économie classique : fondement et laisser-faire ? », *Cahiers d'Économie Politique*, 1989, 16–17, pp. 189–204, spéc. pp. 195 et s.

68 F. E. Kydland et E. C. Prescott, « Rules rather than Discretion: The inconsistency of optimal plans », *Journal of Political Economy*, 1977, vol. 85, n°3, pp. 473–492.

69 W. Nordhaus, « The Political Business Cycle », *Review of Economic Studies*, 1975, vol. 42, pp. 169–190.

inflationniste » lorsque la banque centrale n'est pas indépendante du pouvoir politique[70]. La théorie économique a donc développé un modèle d'indépendance des banques centrales qui faisait consensus à la fin des années 1980, du moins parmi les banquiers centraux, étant rappelé que ces derniers ont largement pesé dans la préparation du Traité de Maastricht sur les questions institutionnelles du SEBC. Non seulement la banque centrale doit être indépendante, mais ses objectifs doivent demeurer purement monétaires[71]. Particulièrement sensibles au *policy-mix*, les nouveaux classiques insistent en effet sur l'inefficacité d'une politique monétaire destinée à produire de la croissance et de l'emploi. De la même manière, on retrouve la volonté de limiter le choix de politique économique par des règles dans le volet budgétaire de l'UEM. C'est là au demeurant l'un des principaux apports de la nouvelle macroéconomie classique par rapport aux travaux monétaristes et classiques. Les auteurs de cette école ont montré que « grâce à un traitement approprié de la "contrainte budgétaire" intertemporelle de l'État, [...] la politique monétaire n'est pas dissociable de la politique budgétaire et fiscale » expliquant que l'inflation a également des causes d'ordre budgétaire et fiscal[72]. Pour résumer la pensée macro-économique classique, si celle-ci est libérale parce qu'elle préconise « des interventions minimales de l'État dans le fonctionnement des marchés », elle a également

> suscité de nouvelles analyses, qui ont permis de cerner plus précisément les conditions du bien-fondé des interventions et de leur efficience, en prenant en considération les aspects stratégiques, jusqu'alors négligés, des interactions entre le gouvernement et les agents privés. Une telle orientation des analyses théoriques met nécessairement l'accent sur le

70 R. B. Barro et D. J. Gordon, « Rules, discretion and reputation in a model of monetary policy », *Journal of Monetary Economics*, 1983, vol. 12, n°1, pp. 101–121; R. B. Barro et D. J. Gordon, « A positive theory of monetary policy in a natural rate mode », *Journal of Political Economy*, 1983, vol. 91, n°4, pp. 589–610.

71 K. Rogoff, « The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target », *The Quarterly Journal of Economics*, 1985, vol. 100, n°4, pp. 1169-1189 ; voy. aussi A. Alesina et L. H. Summers, « Central Bank Independence and Macroeconomic Performance: Some Comparative Evidence », *Journal of Money, Credit and Banking*, 1993, vol. 25, n°2, pp. 151-162; A. Cukierman, *Central Bank Strategy, Credibility and Independence: Theory and Evidence*, Cambridge, The MIT Press, 1992 ; S. Eijffinger et J. de Haan, « The Political Economy of Central Bank Independence », *Special Papers in International Economy*, 1996, n°19, pp. 9–21.

72 T. J. Sargent et N. Wallace, « Rational Expectations, the Optimal Monetary Instrument, and the Optimal Money Supply Rule », *Journal of Political Economy*, 1975, vol. 83, n° 2, pp. 241–254.

> "rôle constitutionnel" de l'État dans l'économie, et amène donc à regarder le "laisser-faire" comme une caricature sans fondement.[73]

On retrouve dès lors les théories du constitutionnalisme économique dans l'asymétrie fondamentale de l'UEM qui existe entre le monétaire et l'économique. Du moins est-ce la conclusion à laquelle on pourrait parvenir en estimant, avec Jean-Paul Fitoussi, qu'aux choix politiques ont été préférées des règles économiques[74].

Le primat de la politique monétaire explique que le droit primaire ait consacré l'objectif principal de la stabilité des prix[75]. Ainsi que le souligne un avocat général :

> à la différence d'autres banques centrales, la BCE se caractérise par le fait qu'elle est liée par un mandat clair, étroitement tourné vers la lutte contre l'inflation. Les travaux préparatoires au Traité de Maastricht, ainsi que l'historiographie consacrée à la politique monétaire, confirment l'importance de ce mandat dans les négociations ayant débouché sur la création de la BCE.[76]

Outre l'influence de l'Allemagne, en particulier de la *Bundesbank*, lors de la négociation du Traité de Maastricht, un consensus s'est dégagé sur l'argumentation théorique pour justifier le credo de la stabilité monétaire[77], puisant ses origines économiques dans la courbe de Phillips, « radicalisée » par la théorie des anticipations rationnelles[78]. Le corollaire de la stabilité des prix est l'indépendance de la BCE et des banques centrales nationales[79], comme le relève le rapport Emerson :

---

73 J. Le Cacheux, « La nouvelle macro-économie classique : fondement et laisser-faire ? », *op. cit.*, p. 202.

74 J.-P. Fitoussi, *Le débat interdit: monnaie, Europe, pauvreté*, Paris, Édition Arléa, 1995 ; J.-P. Fitoussi, *La règle et le choix, De la souveraineté économique en Europe*, Paris, Seuil, 2002.

75 Articles 3, paragraphe 3, TUE ; 119 paragraphes 2 et 3, TFUE ; 127, paragraphe 1, TFUE ; 2 des statuts du SEBC.

76 CJUE, *Gauweiler*, C-62/14, précité, Conclusions précitées, point 107.

77 Rapport Emerson, *op. cit.*, pp. 22–23.

78 J.-P. Faugère, *Économie européenne*, Paris, Dalloz, 2002, 2e éd., pp. 301–303. Autrement dit, la relation décroissante entre le chômage et inflation serait exacerbée par les anticipations rationnelles des agents économiques à l'égard des taux d'inflation.

79 Articles 130 TFUE et 7 des statuts SEBC. Voy. A. Alesina et V. Grilli, « The European Central Bank: Reshaping monetary politics in Europe », in M. Canzoneri, V. Grilli et P. Masson (dir.), *Establishing a Central Bank: Issues in Europe and Lessons from the US*,

> une Banque centrale indépendante n'est pas exposée à cette tentation de créer une inflation surprise parce que, si son mandat statutaire est de sauvegarder la stabilité des prix, elle n'a aucun intérêt à accroître temporairement l'activité économique, ni à faire baisser temporairement la valeur de la dette publique par une inflation non anticipée.[80]

Dans son rapport relatif au projet de statut du SEBC, le comité des gouverneurs avait également insisté sur la nécessité de confier la politique monétaire à une autorité indépendante, car la zone euro, formée de plusieurs États, risque d'être le lieu d'affrontements d'intérêts de court terme préjudiciables à la stabilité des prix sur le long terme[81]. Pour la BCE, constitue en effet un « reflet de la pensée économique contemporaine, étayée par l'expérience [...] [le fait que] les banques centrales dotées d'un statut indépendant ayant un mandat clair de maintien de la stabilité des prix se sont révélées être les plus à même d'atteindre un niveau d'inflation faible et de garantir la stabilité de la monnaie, ainsi que la confiance dans celle-ci »[82]. L'indépendance « permet aux responsables de la politique monétaire de se consacrer prioritairement au maintien de la stabilité des prix de manière durable et crédible, sans devoir tenir compte de considérations politiques à court terme »[83]. Affranchie des considérations politiques, la BCE interagit avec les marchés financiers dans la conduite de la politique monétaire.

La règle d'objectif que constitue la stabilité des prix s'avère plastique puisqu'elle a permis à la BCE d'adapter sa politique monétaire à la situation économique. Une partie des mesures non conventionnelles décidées par la BCE s'est matérialisée par des achats sur les marchés de titres publics ou privés que ce soit en réaction aux crises financières ou de dette souveraine ou comme réponse aux risques de déflation dans le cadre du *Quantitative easing*. En Allemagne, les achats de titres publics sur les marchés secondaires ont été contestés ; juridiquement, cela a abouti à la tension entre la

---

Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 49–85. M. Aglietta, « L'indépendance des banques centrales », *Revue d'économie financière*, 1992, n° 22, pp. 37–56.

80 M. Emerson, D. Gros, A. Italianer, J. Pisany-Ferry et H. Reichenbach, *Marché unique, monnaie unique*, *op. cit.*, p. 105.

81 R. Elgie, « Responsabilité démocratique et indépendance de la Banque centrale : la Banque centrale européenne dans une perspective historique et comparative », *Revue Française d'Administration Publique*, 1999, n°92, pp. 635–650, spéc. p. 637.

82 BCE, « Les relations de la BCE avec les institutions et les organes de la Communauté européenne », *Bulletin mensuel de la BCE*, octobre 2000, p. 53.

83 BCE, Rapport annuel 1999, p. 140.

Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice dans l'affaire *Weiss*[84]. Cette tension illustre la manière dont, à droit constant, la BCE a fait évoluer la politique monétaire en s'émancipant quelque peu des racines théoriques de l'UEM. Au demeurant, Guillaume Grégoire souligne dans une passionnante étude que la tension entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice s'explique par une divergence d'approche économique[85]. Plus précisément, on peut se demander s'il n'y a pas une divergence de contrôle entre la Cour de justice qui, à notre sens, demeure dans une appréciation purement juridique alors que la Cour allemande s'engage sur un terrain plus économique.

Derrière la controverse sur la proportionnalité du programme d'achats de titres publics par la BCE, se dessine une double question bien plus fondamentale. La première est celle de l'articulation entre droit, économie et politique. Le droit primaire assigne un objectif principal qu'il appartient à la BCE de définir en vertu de l'article 12.1 des statuts du SEBC. Sur ce fondement, le conseil des gouverneurs a arrêté la « stratégie de politique monétaire » en adoptant un acte hors nomenclature rendu public sous la forme d'un communiqué de presse[86]. Cette stratégie désigne le cadre général sur lequel les agents économiques sont censés fonder leur anticipation. Il appartient ainsi à l'institution en charge de la politique monétaire de se fonder sur la théorie économique de son choix pour atteindre cet objectif. Tout l'enjeu est de savoir jusqu'à quel point le juge peut contrôler le choix économique de politique monétaire. La seconde question est celle de la répartition des compétences car, derrière l'argument de l'*ultra vires*, la Cour constitutionnelle allemande interroge l'empiètement allégué de la BCE sur la politique économique. L'asymétrie fondamentale de l'UEM montre ici ses limites puisque la BCE estime, et la Cour de justice l'admet, que pour atteindre l'objectif de stabilité des prix, ses mesures de politique monétaire doivent produire des effets sur l'économie ; tout le *Quantitative easing* repose sur cette logique. Penser constitutionnellement l'UEM comme permettant une séparation étanche des compétences de politique monétaire et de politique économique demeure de l'ordre de la fiction juridique détachée de la réalité économique. La BCE devrait-elle dès

84 BVerfG, Second Sénat, 5 mai 2020, *PSPP*, 2 BvR 859/15, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.

85 G. Grégoire, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *op. cit.*

86 BCE, 8 mai 2003, « La stratégie de politique monétaire de la BCE », Communiqué de presse. F. Martucci, « Banque centrale européenne et Eurosystème. Pouvoirs », *Jurisclasseur Europe*, 2011, fasc. 244, pt. 7.

lors se fonder sur l'objectif secondaire de soutien aux politiques économiques dans l'Union européenne comme le permet l'article 127, paragraphe 1, TFUE ? Ce serait admettre que les États membres puissent, au titre de la compétence de politique économique, avoir un droit de regard sur la politique de la BCE avec un risque pour l'indépendance de la BCE.

L'asymétrie fondamentale de l'UEM a également une autre incidence majeure sur le constitutionnalisme économique. La constitutionnalisation de la discipline budgétaire trouve sa justification dans l'interaction entre la répartition des compétences et l'objectif de stabilité des prix. Il existe dans la zone euro une interdépendance entre la politique budgétaire et la politique monétaire. Au point 19 du rapport Delors, il est ainsi insisté sur « la nécessité d'un transfert du pouvoir de décision des États membres à la Communauté [qui] se manifesterait surtout dans les domaines de la politique monétaire et de la gestion macro-économique ». Il est ajouté que si la politique monétaire est confiée à un « organe de décision unique », « toute une série de décisions resteraient du ressort des autorités nationales et régionales » de sorte que « étant donné l'impact qu'elles pourraient avoir sur la situation économique interne et externe de la Communauté et leurs implications pour la conduite d'une politique monétaire commune, ces décisions devraient se situer dans un cadre macro-économique convenu et être soumises à des règles et à des procédures contraignantes »[87].

Le primat du monétaire a pour conséquence d'imposer aux États membres le respect de règles de politique budgétaire. Les premières de ces règles ont vocation à permettre aux « forces du marché » d'« exercer un effet de discipline »[88] comme le souligne le rapport Delors. Celui-ci ajoute que « les contraintes imposées par les forces du marché pourraient être trop lentes et trop faibles ou au contraire trop soudaines et trop perturbatrices » expliquant que

> [d]ans le domaine budgétaire, il faut des règles contraignantes. Elles devraient premièrement imposer un plafond effectif aux déficits budgétaires des pays membres de la Communauté, bien que, pour la fixation de ces limites, la situation de chaque pays puisse devoir être prise en considération. Deuxièmement, elles excluraient l'accès au crédit direct de la banque centrale et à d'autres formes de financement monétaire, tout en autorisant des opérations d'open market sur titres d'État.[89]

87 Rapport Delors, *op. cit.*, point 19.
88 *Ibid.*, point 30.
89 *Ibid.*

La discipline de marché est ainsi produite par les articles 123 à 125 TFUE. L'interdiction du financement monétaire (123) conduit les États membres à emprunter sur les marchés sans disposer de conditions privilégiées (124) en répondant seuls de leurs engagements en vertu de la clause de *no-bail out* (125). Selon la Cour de justice, il ressort des travaux d'élaboration du Traité de Maastricht que les articles 123 à 125 TFUE visent « à inciter les États membres à respecter une politique budgétaire saine en évitant qu'un financement monétaire des déficits publics ou un accès privilégié des autorités publiques aux marchés financiers ne conduise à un endettement excessif ou à des déficits excessifs des États membres »[90].

L'arrêt *Pringle* ajoute que le « respect d'une telle discipline contribue à l'échelle de l'Union à la réalisation d'un objectif supérieur, à savoir le maintien de la stabilité financière de l'Union monétaire »[91]. L'effet disciplinaire du marché étant insuffisant, l'article 126 TFUE impose aux États membres l'interdiction des déficits excessifs, le caractère excessif étant déterminé par le rapport entre le produit intérieur brut (PIB) et le déficit public, d'une part, et la dette publique, d'autre part ; la première valeur de référence de 3 % est censée identifier le déficit qui constitue un risque pour la stabilité des prix alors que la seconde de 60 % permet ainsi de mesurer le caractère « soutenable » de l'endettement sur une période de moyen et long terme[92]. Ces deux valeurs de référence sont fixées par le protocole n°12 sur la procédure concernant les déficits excessifs à des pourcentages (3 % et 60 %) qui peuvent être modifiés selon une procédure législative spéciale, le Conseil statuant à l'unanimité, après consultation du Parlement européen et de la BCE[93]. Tout aussi déterminantes que la règle de déficit excessif s'avèrent les procédures prévues pour en garantir le respect. C'est afin de garantir la discipline budgétaire que la procédure pour déficit excessif a été prévue par l'article 126 TFUE et renforcée par le Pacte de stabilité et de croissance à la demande des Allemands. Les modifications successives par le *Six-Pack*, le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance et par le *Two-Pack* ont eu vocation à compenser l'émergence d'une assistance financière dans la zone euro par l'exigence d'une plus

90 CJUE, *Pringle*, précité, point 135 ; CJUE, *Gauweiler*, précité, point 100 ; la Cour renvoie expressément au projet de Traité portant révision du Traité instituant la Communauté économique européenne en vue de la mise en place d'une Union économique et monétaire, *Bull. C.E.*, supplément 2/91, p. 22 et 52.

91 CJUE, *Pringle*, précité, point 135.

92 L'adjectif soutenable est une traduction du terme anglais « *sustainable* » dont le rapport Emerson avait reconnu qu'il n'avait pas d'équivalent en français. Rapport Emerson, précité, p. 23, note 1.

93 Article 126, paragraphe 14, dernière phrase, TFUE.

grande responsabilité des États, autrement dit d'une discipline encore renforcée. Dans le contexte de la crise sanitaire, le Pacte de stabilité et de croissance a été suspendu par la Commission, révélant l'adaptabilité des règles de discipline budgétaire à la situation conjoncturelle[94]. Le principal écueil sur lequel a buté le Plan de relance a été celui des autres règles qui s'imposent à l'Union dans l'adoption de son budget.

Telle qu'elle est consacrée par le droit positif, l'UEM reflète une construction qu'on pourrait qualifier de néolibérale en ce sens qu'il s'est agi d'adapter la politique économique et monétaire en fonction de la contrainte des marchés financiers[95]. Les racines théoriques de l'UEM révèlent en effet qu'il s'est agi, afin de garantir une stabilité macro-économique nécessaire à une monnaie unique, d'imposer le respect de règles dans la conduite des politiques monétaire et économique. Toutefois, il convient de relativiser la portée juridique de ces règles car, derrière le discours du constitutionnalisme économique, une large marge de manœuvre est laissée au politique.

Conclusion

L'étude des racines historiques et théoriques de l'UEM présente l'intérêt de mettre en exergue quelles sont les assises fondamentales qui, fruit d'un chemin de dépendance, s'avèrent si ancrées qu'elles ne sauraient être abandonnées qu'au prix d'un changement de paradigme ontologique. La conclusion à laquelle on parvient est celle d'une dialectique de l'économique et du politique qui façonne le juridique. L'histoire de l'UEM montre que celle-ci s'est construite autour du « totem du marché » selon l'expression de Nicolas

94 Communication de la Commission au Conseil sur l'activation de la clause dérogatoire générale du pacte de stabilité et de croissance, 20 mars 2020, COM(2020)123. Déclaration des ministres des Finances de l'UE sur le pacte de stabilité et de croissance à la lumière de la crise du Covid-19, 23 mars 2020. Article 5, paragraphe 1 ; article 6, paragraphe 3 ; article 9, paragraphe 1 ; article 10, paragraphe 3, du règlement (CE) nº 1466/97, du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *JOUE* L 306 du 23 novembre 2011, p. 12 ; article 3, paragraphe 5, et article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1467/97, du Conseil du 7 juillet 1997, visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *JOUE* L 209, 2 août 1997, p. 6. Voy. E. Castellarin, « L'Union économique et monétaire dans la première phase de la crise du Covid-19 », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2020, pp. 593–620.

95 N.d.E. : voy. aussi *infra* dans ce volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? ».

Jabko[96]. Les marchés financiers constituent une contrainte pour la BCE et les États membres dont les choix de politique monétaire et budgétaire sont aiguillés par l'exigence de stabilité. C'est cette même stabilité qui peut libérer le choix du carcan de la règle lorsque la situation le requiert. La crise de la Covid-19 l'a confirmé pour la BCE et l'a montré pour la question budgétaire. Le Plan de relance n'est-il pas la prémisse d'un centre de décision pour la politique économique prévue par le plan Werner ?

Bibliographie sélective

Benassy-Quéré, A., et Coeuré, B., *Économie de l'euro*, Paris, La Découverte, 2010.

Boyer, R., *Le gouvernement économique de la zone euro*, Paris, La Documentation française, 1999.

Carreau, D., « La communauté économique européenne face aux problèmes monétaires », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1971, n°s3–4, pp. 586–622.

Carreau, D., « Vers une zone de stabilité monétaire : la création du SME au sein de la CEE », *Revue du Marché Commun*, 1979, pp. 399–417.

Carreau, D., « Le système monétaire international privé (UEM et euromarchés) », *Recueil des Cours – Académie de La Haye*, 1998, vol. 274, pp. 309–391.

Chemain, R., *L'Union économique et monétaire. Aspects juridiques et institutionnels*, Paris, Pedone, 1996.

Devoluy, M., *L'Europe monétaire. Du SME à la monnaie unique*, Paris, Hachette, 1998.

Emerson, M., Gros, D., Italianer, A., Pisany-Ferry, J., et Reichenbach, H., « One Market, One Money, An Evaluation of the Potential Costs and Benefits of Forming an Economic and Monetary Union », *European Economy*, n°44, 1990.

Everling, U., « L'aspect juridique de la coordination de la politique économique au sein de la Communauté économique européenne », *Annuaire Français de Droit International*, 1964, pp. 576–604.

Everling, U., « Die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft zur Wirtschafts- und Währungsunion: ihre Bedeutung für die Verfassungsordnung der Mitgliedstaaten », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, pp. 1481–1486.

Fitoussi, J.-P., *La règle et le choix, De la souveraineté économique en Europe*, Paris, Seuil, 2002.

Jabko, N., « In the name of the Market: how the European Commission paved the way for monetary Union », *Journal of European Public Policy*, September 1999, pp. 475–495.

96 N. Jabko, *L'Europe par le marché*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 217.

Louis, J.-V., « Union monétaire européenne et Fonds monétaire international », in A. Weber (dir.), *Währung und Wirtschaft. Das Geld im Recht. Festschrift für Prof. Dr. Hugo J. Hahn zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 201–214.

Louis, J.-V., Séché, J.-C., Wolfcarius, M., Margellos, T., et Marchipont, J-F., *Le droit de la CEE, Union économique et monétaire, Cohésion économique et sociale, Politique industrielle et technologie européenne, Commentaire Mégret*, 2e éd., Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1995.

Mangoldt-Reiboldt, H.-K., « De l'Union européenne de Paiements à la convertibilité monétaire », *Revue économique*, 1957, vol. 8, n°1, pp. 75–90.

Mourlon-Druol, E., « History of an Incomplete EMU », in F. Amtenbrink et C. Herrmann (dir.), *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

Saurugger, S., *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation?

Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson

Introduction

The decade-long Eurozone crisis, and now the Covid-19 crisis, have challenged some of the key assumptions about the European economic constitution. In particular, they have challenged two of its core ideological premises: that inflation is the primary economic problem of democratic capitalism and that markets will discipline states' fiscal practices. Price stability, it turned out, was insufficient for financial stability, and market discipline was ineffective in ensuring fiscal prudence. In response to the Eurozone crisis and, more spectacularly, the Covid-19 crisis, states took on an enormous responsibility for economic activity, both with and without the support of European institutions. As a consequence of bank bailouts, furlough schemes, direct state transfers, fiscal stimulus programmes, and monetary stimulus, the balance between private, market-based regulation and public intervention has shifted over the course of the long decade since the global financial crisis. In response to economic crises and a (secularly) stagnating economy, the state, and public authority more broadly, has returned to the centre stage.[1]

The European economic constitution, traditionally conceived as a neoliberal or ordoliberal construct, was designed to promote a competitive market economy and to insulate the market from democratic pressures. It was not imagined as a planned economy. Nor was it imagined as one in which supranational economic government would supplement the single currency.[2] A key question, then, is how have the crises of the recent past and the present altered the European economic constitution and its regulation of the exercise of public authority?

A thorny issue in this regard is that although the constitution of the Economic and Monetary Union (EMU) has changed over the last decade, the policies pursued have only to a limited extent, and only very recently, shifted

1 W. Streeck, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, New York, Verso, 2014; L. H Summers, « The Age of Secular Stagnation », *Foreign Affairs*, 2016, vol. 95, n° 2, pp. 2–9.

2 See *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

© HJALTE LOKDAM AND MICHAEL A. WILKINSON, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_016
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

from those traditionally associated with neoliberalism and ordoliberalism. The policies pursued through the Eurozone crisis overwhelmingly prioritized fiscal retrenchment, privatization of public infrastructures, and labour market flexibilization. While the constitutional framework, as sanctioned by the European Court of Justice, became more permissive, suspending market forces permanently or temporarily, interventions left little if any room for democratic debate and accountability. This has been characterized as a form of 'authoritarian liberalism', where liberal economic ends have been pursued by authoritarian means, including the suspension, bypassing and repression of democracy.[3]

Does the response to the Covid-19 crisis challenge this characterization? While it remains too early to predict the mid-term let alone long-term consequences of the pandemic response, early indications suggest a break from the neoliberal and ordoliberal world view, but without rectifying the Eurozone's problems of democratic legitimation. The break is most notable with regard to the recent suspension of state aid rules, the relaxation of budget deficit rules, and the European Central Bank's (ECB) embrace of its role as 'lender of last resort'. The NextGenerationEU recovery plan, agreed in December 2020, also suggests an inflection of the rigid economic constitution entrenched at Maastricht, by opening the possibility of a greater degree of joint indebtedness and transnational solidarity.[4]

---

3 See M. A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2021; M. A. Wilkinson, « Authoritarian Liberalism: On the Common Critique of Ordoliberalism and Neoliberalism », *Critical Sociology*, 2019, vol. 45, n°7–8, pp. 1023–1034; M. A. Wilkinson, « Authoritarian Liberalism as Authoritarian Constitutionalism » in G. Frankenberg and H. Alviar (eds.), *Authoritarian Constitutionalism*, Cheltenham (UK)/Northampton (MA), Edward Elgar, 2019; M. A. Wilkinson, « Authoritarian Liberalism : The Conjuncture Behind the Crisis » in E. Nanopoulos and F. Vergis (eds.), *The Crisis Behind the Crisis: The European Crisis as a Multi-dimensional Systemic Failure of the EU*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019; M. A. Wilkinson, « Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce? » *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n°3, pp. 313–339; M. A. Wilkinson, « The Spectre of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n°5, pp. 527–560. Ed : regarding the concept of "authoritarian liberalism", see also *supra* in this volume, W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" » – and the discussions by S. Audier (« Le néolibéralisme: Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ») and V. Valentin (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »).

4 For some doubts that this amounts to a Hamiltonian moment, see M. Dani, J. Mendes, A.J. Menéndez, M. A. Wilkinson, H. Schepel and E. Chiti, « 'It's Political Economy…!' Weiss as a Moment of Truth for the Eurozone and the EU », *International Journal of Constitutional Law*, 2021, vol. 19, n°1, pp. 309–327.

It is argued here that this inflection, although more oriented to the use of governmental powers in pursuit of social objectives, and more open-textured in its conditioning of public authority, is stuck in an authoritarian framework of governing. The task of democratizing the new European economic constitution or reclaiming democratic authority over the economy at the domestic level remains unfulfilled. The transformation across the recent conjuncture is therefore of a limited and quite possibly temporary variety. It remains, in other words, a 'conservative transformation'.

The contribution proceeds as follows. We first sketch the Maastricht constitutional structure which delinks the exercise of governmental powers from their democratic authorization (1.). We then explain the neoliberal logic of this construction by turning to Hayek's theory of interstate federalism (1.1.), which, after laying largely dormant for several decades, was resurrected following the so-called *crisis of governability* of the 1970s, when democracy was (again) presented as over-demanding on the governing capacity of the state, and requiring 'external constraints' (1.2.). The euro-crisis, however, exposed a problem of a different type, a *crisis of ungovernability*, with the Maastricht constitution revealing itself as overly constraining, allowing insufficient room for public intervention even when this was demanded by electorates *and market*s. The euro regime could only resort to harsh disciplining of the Member States through the constitutionally dubious negotiation of strict conditionality measures; a strategy whose application was reinforced by the demand for strengthened European sovereignty or, as we shall call it, a 'meeting of Hayek and Schmitt' (2.). In this combination, the meaning of sovereignty is transformed. Reduced to *potentia*, to the functional capacity of European institutions and figureheads to offer effective and protective government, sovereignty loses its grounding in *potestas*, the foundation of the legitimacy of democratic rule (3.). We conclude by noting that the EU's response to the Covid-19 crisis, although suggesting a clear inflection away from neoliberal and ordoliberal market discipline, largely appears to confirm the trajectory of authoritarianism.

1 The Maastricht Economic Constitution: Delinking the Exercise of Governmental Powers from Their Authorization

The Maastricht Treaty established a comprehensive constitutional framework for the exercise of governmental powers in the Eurozone.[5] While the

5 D. H McKay, *Federalism and European Union : A Political Economy Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1999; S.R. Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and*

elaboration of this framework was elite-driven, the EMU's creation, like the EU treaties more generally, was attributed to the will of the European peoples.[6] The Treaty did not, however, establish institutional mechanisms through which the multiple wills of the several peoples could be formed into a single will, continuously informing the means and ends of government. The Member States and peoples, in other words, did not create political institutions to govern the EMU in its totality.[7] Maastricht thereby entrenched a distinction between the authorization and exercise of governmental powers that was supposed to limit governmental flexibility at both the Member State and Union level, subjecting governmental discretion to constitutional rules rather than ordinary political contestation. Since the Maastricht Treaty was created by the Member State 'peoples' as distinct political subjects, any violation of this distinction – say, by allowing the European Parliament to control the ECB's exercise of powers – would threaten the continued existence and authority of the Member State peoples as separate political subjects.[8]

This distinction between the authorization and exercise of governmental powers is reflected in the constitutional separation of the 'fiscal' and 'monetary' dimensions of economic policy, making it impossible for any single public authority to control all the main levers of macroeconomic power. It gives constitutional form to a dual conception which had become dominant among

---

the European Union, Oxford, Oxford University Press, 2021. Ed.: for a critical assessment of this 'constitutional' rhetoric, see however *infra* in this volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

6 This has been characterized as a "democratic *naissance*", C. Zilioli and M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Oxford, Hart, 2001, p. 49; see also D. Grimm, « Sovereignty in the European Union », in J. Van der Walt and J. Ellsworth (eds.), *Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe*, London, Bloomsbury/Nomos, 2015, pp. 39–54, esp. p. 48; M. Poiares Maduro, « Opinion of Advocate General Poiares Maduro in Kadi » (CJEU, January 16, 2008), 21.

7 This can to an extent be generalized to the project of European integration as a whole, with its 'disconnect' between 'supranational regulatory power', and 'national democratic and constitutional legitimacy', see P. Lindseth, *Power and Legitimacy : Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 28.

8 This is the essence of the German Constitutional Court's 'no demos' thesis, which also informs its jurisprudence on questions relating to the ECB in cases such as *Brunner*, *OMT* and *PSPP*. For a discussion of this principle in relation to the ECB's handling of the Eurozone Crisis, see H. Lokdam, « 'We Serve the People of Europe': Reimagining the ECB's Political Master in the Wake of Its Emergency Politics », *Journal of Common Market Studies*, 2020, vol. 58, n° 4, pp. 978–998.

policy-elites at the time of the Maastricht Treaty:[9] limited political authority in economic matters and technocratic authority in monetary affairs.

Since the ECB's independence in conducting monetary policy was established by Treaty (article 130 TFEU), its institutional form and its actions escape the control of any constituted body of ordinary political representatives. As such, the ECB's authority does *not* depend on electoral majorities or other ways of expressing a changing political will. It is, of course, subject to judicial review by the European Court of Justice. But that this is the only potential avenue for challenging the ECB's acts (an avenue narrowed by the recent jurisprudence of the Court in *OMT* and *Weiss* which allows the ECB to escape serious judicial scrutiny with reference to its 'broad discretion')[10] only underlines the Treaty's attempt to depoliticize monetary policy. While the absence of meaningful political control of the ECB could conceivably be legitimated in the early phase of the project by the ratification of its founding Treaty, it meant, in practice, that the ECB exercised an unelected power largely beyond political (and, it turned out, legal) accountability; an arrangement that became particularly problematic when the Eurozone Crisis struck. This radical independence, however, was neither unforeseen nor considered unjustified by elites at the time. René Smits, then head of *De Nederlandsche Bank*'s legal department, captured this view succinctly: "The fact that it will be difficult to correct the ECB's behaviour, much more so than in respect of State central banks thus far, is unavoidable in the present constitutional make-up of the Community [...] it *may even be desirable* in view of the lack of a tradition of independence for central banks in Europe".[11]

The absence of democratic controls over the ECB is legitimized within the EMU's constitutional structure by the single-minded pursuit of price stability,

9 D.H. McKay, *Federalism and European Union: A Political Economy Perspective*, *op. cit.*, pp. 76-78; K. Dyson and K. Featherstone, *The Road to Maastricht: Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

10 See, e.g., V. Borger, « Central Bank Independence, Discretion, and Judicial Review », in J. Mendes (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 118–131; H. Lokdam, « 'We Serve the People of Europe' », *op. cit.*; M. Dani *et al.*, « 'It's Political Economy...!'», *op. cit.*

11 R. Smits, *The European Central Bank – Institutional Aspects*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 500 (emphasis added); see also C. Zilioli and M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, *op. cit.*, p. 48; O. Issing, *Should We Have Faith in Central Banks?*, London, The Institute of Economic Affairs, 2002, p. 43; European Central Bank, « The Accountability of the ECB », *ECB Monthly Bulletin*, November 2002, pp. 45–57, esp. 47; K. O. Pöhl, « Herr Pöhl Discusses the Basic Features of a European Monetary Order », speech in Paris, 16 January 1990 (Historical Archives of the European Union, TPS-193), pp. 5–6.

which is the monetary constitution's central *substantive* feature (article 3(3) TEU; articles 119(2), 127(1) TFEU). The price stability anchor is, on the one hand, a justification for the ECB's independence, as EMU rests on the theory that central bank independence is the surest means of securing price stability. On the other hand, it constitutes a means of constraining the ECB's discretion because it is not allowed to exercise its governmental authority in a manner that jeopardizes this objective.[12] Thus, if the ECB's independence from all other governmental bodies (including European ones) is a means of depoliticizing the conduct of monetary policy, the price stability mandate is intended to ensure that the ECB itself does not become 'political' in the sense of choosing between competing objectives. It is substantively constrained by its limited mandate. The ECB was supposed to be radically independent in a formal respect, but radically dependent in a substantive respect.[13]

The upshot is that the capacity of governmental actors to control economic affairs is constrained at both the European and the Member State level. Fiscal responsibility remained with the Member States. This meant that the control of taxes, public spending and other aspects of economic policy was to remain subject to the political process in the individual Member States. EMU, in other words, had to respect the "existence and preservation of [Member State] *plurality,*" as the Delors Report put it, with the Member States retaining "a degree of autonomy in economic decision-making".[14] The Maastricht Treaty outlined a set of general aims for economic policy – including a number of fiscal conditions and requirements ('convergence criteria') later elaborated in the Stability and Growth Pact (SGP) – that were intended to ensure the basic fiscal homogeneity necessary for price stability.[15] While both the convergence criteria and

12 See O. Issing, *Should We Have Faith in Central Banks?*, *op. cit.*; V. Borger, « Central Bank Independence, Discretion, and Judicial Review », *op. cit*.

13 Ed.: see *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

14 Committee for the Study of Economic and Monetary Union, « Report on Economic and Monetary Union in the European Community », [aka 'Delors Report'], EC Commission, 17 April 1989, p. 13 (emphasis in original).

15 The economic case for the necessity of convergence criteria and fiscal rules is questionable. On this, see P. De Grauwe, « Monetary Union and Convergence Economics », *Papers and Proceedings of the Tenth Annual Congress of the European Economic Association*, 1996, vol. 40, n° 3, pp. 1091–1101; P. De Grauwe, *Economics of Monetary Union*, 13th ed., Oxford, Oxford University Press, 2020, ch. 11. So is the case for the necessity of relative economic homogeneity once the monetary union is established, see W. Schelkle, *The Political Economy of Monetary Solidarity : Understanding the Euro Experiment*, Oxford, Oxford University Press, 2017. However, as Schelkle (p.1) notes, heterogeneity may spark a mistrust and lack of understanding between the diverse parties that makes collective action

the SGP were notoriously under-enforced in the early years of the EMU, they reflect the idea that membership in the EU entails a commitment to an order of constraints on economic policymaking at the Member State level.[16]

The order of constraints and the principle of Member State responsibility for fiscal policy was reinforced by a number of specific prohibitions contained in the Treaty, most notably the ban on monetary financing of Member States by the ECB (article 123 TFEU) and the no-bail out clause (article 125 TFEU). Their intended effect was to ensure that Member State governments remained subject to market discipline: any policy initiative had to be financed through taxes and/or borrowing on market terms.[17] The discretion left to Member State governments should not, in other words, allow them to collectivize the potential costs of 'irresponsible' or 'irrational' policies; in a different vernacular, the aim was to avoid moral hazard. This also meant that the feasibility of a particular economic programme was subject to market evaluation. The economic policy discretion of Member States was thereby subjected to certain self-imposed but externalized limits (creating a *vincolo esterno*, as the Italians put it).[18] These limits were linked strongly to the original commitment, but subsequently delinked from ordinary democratic accountability.

The combination of a politically independent monetary policy, the absence of a single fiscal authority, and the subjection of Member State fiscal policy to market discipline offered the macroeconomic constitutional superstructure to the already existing 'microeconomic constitution' of the single market freedoms.[19] A better understanding of the consequences of EMU in terms of

---

in terms of risk sharing more difficult. Whether this is enough to account for Europe's preoccupation with convergence is moot.

16 Ed.: for an illustration of this commitment, see *infra* in this volume, D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

17 A. Lamfalussy, « Macro-Coordination of Fiscal Policies in Economic and Monetary Union in Europe », in *Collection of Papers Submitted to the Committee for the Study of Economic and Monetary Uni*on, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1989, pp. 91–126.

18 See See K. Dyson and K. Featherstone, « Italy and EMU as a vincolo esterno: Empowering the Technocrats, Transforming the State », *South European Society and Politics*, 1996, vol. 1, n°2, pp. 272–299; C. J. Bickerton, *European Integration: From Nation-States to Member States*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Self-imposed because the Member States themselves signed up for them; externalized because the limits were enshrined in a legal framework beyond the control of the political authorities of any one Member State.

19 K. Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015. Ed.: see also *supra* in this volume, the contributions of P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, F. Marty, C. Mongouachon and H.-W. Micklitz in Section 3 – *The Microeconomic Constitution of the European Union: Fundamental economic freedoms and competition law*.

general governmental capacity with respect to economic affairs can be gained by considering the link between the micro- and macroeconomic elements.[20] To help explain this we can turn to Friedrich Hayek's theory of interstate federalism.

1.1 *Interstate Federalism: Militant Democracy or Neoliberalization by Stealth?*

In the constitutional imaginary of interstate federalism, elaborated by Hayek in 1939,[21] political authority in economic affairs is confined at all levels of government. Although its focus is on the structure of policy-making rather than the specific content of policies, it presents a theory of the expected outcomes of the structural conditions of federalism, and this includes traditional 'neoliberal' policies such as deregulation, privatization and fiscal consolidation. These outcomes are not necessarily explicitly articulated goals, but they flow from the general restriction of governmental power through the exercise of market discipline.

The link between the micro- and macroeconomic constitutions is crucial to the neoliberal theory of economic federalism. As Hayek put it:

> The absence of tariff walls and the free movements of men and capital between the states of the federation has certain important consequences [...] They limit to a great extent the scope of the economic policy of the

20 This is a key aspect of Fritz Scharpf's work on the neoliberalising consequences of 'negative integration' in a political structure that makes 'positive integration' slow, cumbersome and subject to multiple veto players (see e.g., F. W. Scharpf, « After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 3, pp. 384–405; F. W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999).

21 F. A Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism » (1939), in *Individualism and Economic Order*, Chicago (IL.), The University of Chicago Press, 1948, pp. 255–272. For similar neoliberal accounts of federalism, see : W. Röpke, *International Order and Economic Integration*, Dordrecht-Holland, D. Reidel Publishing Company, 1959 ; L. Robbins, *Economic Planning and International Order*, London, Macmillan and Co., Limited, 1937. For analyses that similarly highlight the structural similarity between Hayek's vision of interstate federalism and the EU/EMU, see : M. Höpner and A. Schäfer, « Embeddedness and Regional Integration: Waiting for Polanyi in a Hayekian Setting », *International Organization*, 2012, vol. 66, n° 3, pp. 429–55 ; W. Streeck, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, *op. cit.* Ed.: regarding the link between (internal and international) federalization and regulatory competition between jurisdiction, see *infra* in this volume, the contributions in Section 6 – *Global Governance and New* (*Economic*) *Constitutionalism*, resp. of D. Piron, M.M. Mohamed Salah, T. Biscahie & S. Gill and S. Adalid.

> individual states. If goods, men, and money can move freely over the interstate frontiers, it becomes clearly impossible to affect the prices of the different products through action by the individual state. The Union becomes one single market.[22]

According to Hayek, "the federation will have to possess the *negative* power of preventing individual states from interfering with economic activity in certain ways".[23] This, in essence, is a description of 'negative integration'. In the EU, negative integration was given impetus in the early decades following the Treaty of Rome through the judicial activism of the European Court of Justice, as it turned Treaty law into an economic constitution with the help of domestic courts and the acquiesce of governments.[24] But the dynamic itself is built into the very structure of economic integration based around the principle of open, competitive markets. This structure limits the individual state's capacity to effectively control economic activity within its borders, including through taxation (since people, firms and capital can relocate), and it curtails the power of certain organized interests within the state.[25]

As Hayek emphasizes, the powers denied to the individual states can only to a limited extent be transferred to the federal level. On the one hand, this is because the federation implies the continued existence of the constituent states as autonomous entities, instead of the creation of a sovereign federal state with superior political authority. On the other hand, the federal level can act only on a common agreement among the constituent states. As such, nothing in principle prevents it from adopting whatever policy the states agree to, but the difficulty is in reaching agreement. The limited power of the federation

22 F. A. Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism », *op. cit.*, p. 258. The logic informing this is that associated with jurisdictional or regulatory arbitrage, which predicts a taxational and regulatory 'race to the bottom' within a single market of several otherwise independent jurisdictions. Under such conditions, states are less able to effectively introduce tax policies or regulatory regimes that place onerous demands on individuals or firms because of the freedom of movement. As such, the tendency is towards a form of government that is less intrusive in the economic lives of its citizens, natural and artificial, not because of conviction but because intervention is simply counter-productive.

23 *Ibid.*, 267 (emphasis added).

24 F. W. Scharpf, *Governing in Europe, op. cit.*, ch. 2.

25 F. A Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism », *op. cit.*, p. 261. See also P. F. Kjaer (« The Transnational Constitution of Europe's Social Market Economies: A Question of Constitutional Imbalances? », *Journal of Common Market Studies*, 2019, vol. 57, n° 1, pp. 143–158), who highlights that European integration has to a large extent strengthened the state vis-à-vis corporate interests within the state.

is thus not a necessary principle of federalism but a consequence of the relation between the constitutional structure of the federation and the 'material constitutions' of its constituent parts.[26]

In principle, the federation's governmental capacity is open-ended.[27] However, "agreement will be limited in inverse proportion to the homogeneity and the similarity in outlook and traditions possessed by the inhabitants of an area".[28] A federation cannot to the same extent as the nation-state rely on "common ideals and common values".[29] It cannot, in other words, rely on the national myths and ideologies that justify the sacrifice of the interests of some members of the community in the name of the *common* good.[30]

An interstate economic federation with a single market and a single currency as the two most important structural features thereby introduces (or reintroduces) a governmental order of relative *laissez-faire*.[31] While it does not dismantle existing programmes of market intervention in one stroke, it reduces the general governmental capacity of the states, without at the same time generating a corresponding Union level governmental capacity to respond to socio-economic developments as they arise.[32] While the constitution may not explicitly provide for neoliberal policies (privatization, deregulation, labour flexibility, *etc.*), it orients the exercise of governmental authority in a manner that gradually reduces the possibility for any other effective intervention in economic life. The 'proper' liberal distinction between state and society, the

26 M. Goldoni and M. A. Wilkinson, « The Material Constitution », *The Modern Law Review*, 2018, vol. 81, n° 4, pp. 567–597. As Hayek notes: "Whether the federation will exercise these powers [of governmental intervention in economic activity] will depend on the possibility of reaching true agreement, not only on *whether* these powers are to be used, but on *how* they are to be used" (F. A. Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism », *op. cit.*, p. 266 (emphasis in original)).

27 F. A Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism », *op. cit.*, p. 268: there can be "ample scope for economic policy in a federation [...] there is no need for extreme laissez faire in economic matters". For an analysis of the EU that stresses this point, see C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2016.

28 F. A Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism », *op. cit.*, p. 264.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*, pp. 262–263.

31 *Ibid.*, pp. 259–260.

32 F. W. Scharpf, *Governing in Europe, op. cit.* On this process in history of the US, see G. Gerstle, *Liberty and Coercion: The Paradox of American Government from the Founding to the Present*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2017.

political and the economic, can thereby (once again) be established through federation.[33]

1.2 *The Crisis of Governability and the Birth of the EMU*

Although Hayek's schema remained latent for several decades, it would be awakened in the 1980s and 1990s, when EMU was in the design process. It is beyond the scope of this paper to explain the full geopolitical, political, and economic circumstances of the EMU's birth, but it is worth stressing one important problem that it was presented as addressing: the problem of governmental 'overload' or the 'crisis of governability' perceived to have affected Western democracies in the 1970s and 1980s.[34]

The language of the 'crisis of governability' reflected the claim that electorates and interest groups placed increasing, excessive and often contradictory demands on the state. Democratic politics, according to some observers at the time, placed an "excessive burden [...] on the 'sharing out' function of government", understood as "the activities of public authorities in influencing the allocation of resources, both through taxation and expenditure policies and through direct intervention in the market place".[35] The state, in other words,

33 See also Wilhelm Röpke, who, in the context of the debate on European economic integration, argued that "little would be gained, if the sovereign right, which today the governments invoke to intervene in economic life, were taken away from them solely for the purpose of transferring it to an international authority. [...] Certainly the lessening of national sovereignty is one of the most compelling commands of our time, but the excess of sovereignty should be *abolished* and not *transferred* to a higher geographical unit" (W. Röpke, *International Order and Economic Integration*, *op. cit.*, p. 108 (emphasis in original)).

34 See, e.g., M. J. Crozier, S. P. Huntington, and J. Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report On the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York, New York University Press, 1975; A. King, « Overload: Problems of Governing in the 1970s », *Political Studies*, 1975, vol. 23, n^{os} 2–3, pp. 284–296 (for a critical analysis of this 'crisis of governability', see G. Chamayou, *The Ungovernable Society: A Genealogy of Authoritarian Liberalism*, Medford, Polity Press, 2021, esp. chap. 22). Hayek's 1939 case for an interstate federation drew on a similar analysis: "Government by agreement is only possible provided that we do not require the government to act in fields other than those in which we can obtain true agreement. If, in the international sphere, democratic government should only prove to be possible if the tasks of the international government are limited to an essentially liberal program, it would no more than confirm the experience in the national sphere, in which it is daily becoming more obvious that democracy will work only if we do not overload it and if the majorities do not abuse their power of interfering with individual freedom. Yet, if the price we have to pay for an international democratic government is the restriction of the power and scope of government, it is surely not too high a price" (F. A. Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism », *op. cit.*, p 271).

35 S. Brittan, « The Economic Contradictions of Democracy », *British Journal of Political Science*, 1975, vol. 5, n° 2, pp. 129–159, esp. p. 130 (emphasis removed).

was being asked to do more than it was able to accomplish effectively. This was tied to the observation that the Keynesian instruments of economic government, on which most capitalist democracies had to some extent relied since the end of World War II, were no longer working; at least not for capitalists, whose profits, as Marxist observers highlighted, were being squeezed by the wage demands of an increasingly self-confident working class.[36]

Whatever the nature of the crisis, the crisis of governability was seen to be epitomized by the failure of many Western states to control inflation, which in turn was presented as a product of the democratic political process itself.[37] Inflation was thus presented as a product of democratic excesses: the people demanded too much of governments and governments tried to do too many (contradictory) things.[38] This narrative rested in important part on the idea (and myth) that the economy operates according to immutable laws essentially beyond the control of political authorities. That is, governments might try to govern as if those laws did not apply, and they might even succeed in suspending them for a time, but the consequences of not heeding them would eventually be felt. The economy would strike back with a vengeance and the 1970s' combination of high inflation and high unemployment ('stagflation') was interpreted as evidence of this. In the last instance, the immutable laws of (capitalist) economics appeared to trump politics. This in turn meant that even in the absence of formal constraints on governmental capacity, this capacity was always already constrained by the conditions of the (world) market.[39] Ultimately, political elites argued, the failure to implement reforms that incorporated such constraints in the activity of governing itself threatened to put an end to liberal democracy as such.[40]

---

36 See, e.g., E. O. Wright, « Alternative Perspectives in Marxist Theory of Accumulation and Crisis », *Critical Sociology*, 1975, vol. 6, n°1, pp. 24–26. Crucially, Marxist analyses of the crisis of the 1970s emphasized that it was a crisis of capitalism whose roots were found in the relations of production and the process of capital accumulation, not in the democratic demands on the state.

37 See, e.g., S. Brittan, « Inflation and Democracy », in R. Hirsch and J. H. Goldthorpe (eds.), *The Political Economy of Inflation*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1978, pp. 161–185; A. Alesina, « Macroeconomics and Politics », *NBER Macroeconomics Annual*, 1988, vol. 3, pp. 13–52.

38 Ed.: A similar interpretation can already be observed in the 1930s under the Weimar Republic (see *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar : Doctrinal Controversies and Ideological Struggles »).

39 For a critique of this perspective in both neoliberal and Marxist discourses, see W. Streeck, *Buying Time, op. cit*.

40 M. J. Crozier, S. P. Huntington and J. Watanuki, *The Crisis of Democracy, op. cit.*, pp. 1–3.

Concern that political demands were becoming excessive, on the one hand, and that the capacity of the state to deliver on those demands was waning, on the other, created an obvious problem of legitimacy. The conservative/neoliberal response, which fitted the dominant economic narrative of the crisis, was to take the fight to organized labour, and propagate new ideologies of individualism in tandem with increasing state centralization and the move to internationalize markets for capital in particular.[41] This programme of neoliberalism was pushed most notably by Margaret Thatcher in the UK and Ronald Reagan in the US. But the neoliberal narrative became more generally hegemonic in Europe, bolstered by the failure of Francois Mitterrand's attempt at 'Keynesianism in one country' in the early 1980s in France and later cemented by social democratic turns to the 'third way' across the Continent.

The EMU reflected an application of this newly dominant neoliberal logic: the transfer of "sovereignty with regard to monetary policy to the Eurosystem"[42] would not be emulated with respect to other dimensions of economic policy. As Karl Otto Pöhl, then president of the *Deutsche Bundesbank*, put it in the context of the Maastricht negotiations: EMU would "necessitate the surrender of sovereignty by the individual member states, but this need not mean corresponding gains in Community authority".[43] In this narrative, EMU would break the link between the generation of societal demands on the state through the political process, on the one hand, and the governmental capacity to act on such demands, on the other. The power of large-scale political control of economic activity, which had existed in principle from the interwar period into the 1970s, would be surrendered.

Macroeconomic federalism in the EU reduced state capacity by depriving governments of the control of the money supply and promising a legally backed market discipline to condition their fiscal autonomy. The problem that EMU was designed to address, in other words, was how to reconstitute European states in a manner that 'coerced them' into governing in accordance with the 'natural' constraints of the economy.[44] Rather than establishing a 'neoliberal

41 See Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2018.

42 European Central Bank, « The Institutional Framework of the European System of Central Banks », *ECB Monthly Bulletin*, July 1999, pp. 55–63, esp. p. 55.

43 K. O. Pöhl, « Herr Pöhl Discusses the Basic Features of a European Monetary Order », *op. cit.*, p. 1.

44 On the notion of governing in accordance with the natural constraints of the market in neoliberal discourses, see M. Foucault, *The Birth of Biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978–1979*, London, Palgrave Macmillan, 2008; W. Bonefeld, *The Strong State and the Free Economy*, London, Rowman & Littlefield International, 2017. See also Röpke, who

sovereign' that could directly and politically coerce the Member States, the EMU sought to construct an order in which the states would effectively be *subject to the same kind of budget constraints as households.*[45] As a draft of the Delors Report put it, "all member countries will have to recognize and accept in their decision-making the existence of the constraints on national fiscal policy that emanate from participation in an economic and monetary union".[46] The state's political freedom to act 'irrationally' by ignoring the limits of its means within the 'objective' constraints of the market economy was thus to be eliminated and with it the state's ability to act on the 'excessive' demands emerging from the democratic process.

In order to abolish its ability to govern 'excessively', the state would tie itself to an 'external constraint', empowering the technocratic bodies of the transnational realm and disempowering domestic democracy.[47] Moreover, this was not a temporary 'fix'. In the language of social contract theory, EMU looked like an alienation rather than an agency contract.[48] Although there is an obvious proviso, in that membership of the EU is in principle voluntary, and, at least since Lisbon, formally reversible, there is no legal avenue of exit from the single currency. The euro, like the European Economic Community at its outset at the Treaty of Rome, is meant to be 'irreversible'.[49] This would later become a

---

presents the 'liberal principle' as being a "thorough separation between the spheres of the government and of economy, between sovereignty and the apparatus which provides material goods" (W. Röpke, *International Order and Economic Integration*, *op. cit.*, p. 75). Röpke thereby considers political and economic power to be distinct forms of power, corresponding to the Roman distinction between *Imperium* (public command associated above all with military affairs) and *Dominium* (control and disposition of private property above all in the household). Concentrating the two forms of power, he argues, the centralized, sovereign state tends to become 'total' and societal life becomes unfree.

45 For a powerful critique of the notion that the state faces the same kind of budget constraint as a household, see W. Mitchell and T. Fazi, *Reclaiming the State: A Progressive Vision of Sovereignty for a Post- Neoliberal World*, London, Pluto Press, 2017, ch. 8.

46 Committee for the Study of Economic and Monetary Union, « II. How to define the final stage of economic and monetary union », draft of chapter 2 of the Delors Report (Historical Archives of the European Union, TPS-196, 31 January 1989), p. 2.

47 See K. Dyson and K. Featherstone, « Italy and EMU as a vincolo esterno: Empowering the Technocrats, Transforming the State », *op. cit.* Ed.: on the technocratic nature of EU, see also *infra* in this volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

48 H. Lokdam, *Banking on Sovereignty: A Genealogy of the European Central Bank's Independence*, PhD Thesis, London, London School of Economics and Political Science, 2019, ch. 5, pp. 143–176.

49 See e.g., C. Zilioli and M. Selmayr, « The European Central Bank: An Independent Specialized Organization of Community Law », *Common Market Law Review*, 2000, vol. 37, n°3, pp. 591–644, esp. p. 604; C. Zilioli and M. Selmayr, *The Law of the European Central*

motto of the ECB, effectively rubber-stamped by the European Court of Justice, enunciated to justify expansive interpretation of its formally limited mandate, notably with the Outright Monetary Transactions programme (OMT), when it promised to do 'whatever it takes' to rescue the euro.[50]

2 The Euro-Crisis: Resolving the Crisis of Ungovernability (or 'When Hayek Met Schmitt')

EMU rested on a commitment to the basic tenets of a neoliberal governmental order. These were in principle shared by all the constituent entities at the time, so externalizing them in an international treaty that could not be easily reversed, if at all, appeared a logical way of entrenching the elite consensus. Unlike in the United Kingdom, where neoliberal governmentality would be produced by the construction of a new hegemonic domestic project, and which would be subject to the oscillations of party-political fortunes, for the countries of EMU, it would be set in constitutional stone.

This stone was not as solid as might be thought, however, for two reasons. First, the constitutionalized tenets of neoliberalism required the continued support of domestic forces and political elites.[51] The 'erosion of sovereignty' with regard to economic government, in other words, rested on the states' continued commitment to the 'self-limitations' implied by the external constraints of EMU since Member States retained their fiscal autonomy subject only to the 'soft constraint' of law unbacked by coercive authority. Thus, despite the apparent firmness of the constitutional foundations, the problem of governmental capacity with respect to economic government would re-emerge if one or more States contested or repudiated the basic tenets of the liberal order, whether in practice or in principle. The problem of sovereignty could not be overcome entirely as long as the Member States retained the political freedom to reject or ignore the formal constraints of the structure. Despite attempts to pacify and constrain it, democracy at the Member State level had not been euthanized.

Bank, *op. cit.*, pp. 19–20; R. Smits, *The European Central Bank Bank – Institutional Aspects*, *op. cit.*, p. 133.

50 M. Draghi, « Verbatim of the Remarks Made by Mario Draghi », speech, Global Investment Conference, London, July 26, 2012, available at: https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html (last consulted on 12 February 2022).

51 See C. J. Bickerton, *European Integration : From Nation-States to Member States, op. cit.*

The *functioning* of the constitutional structure relied, secondly, on law and markets actually performing a disciplining role in the sense of punishing or penalizing certain forms of state behaviour. In the post-Maastricht era, however, markets (and European institutions) could – and effectively did – disregard the Treaty (and underenforce the SGP). The material reality was that the "closer economic and solidarity ties implied by membership of the union" generated "market expectations that [a Member State] would ultimately be bailed out by other EMU members".[52] The very existence of the project of the common currency, in other words, increased the ability of the individual state to engage in 'excessive' government or moral hazard (including by indulging private sector excesses) if market actors operated on an assumption of 'solidarity' that allowed them to cease evaluating the economic fundamentals of the Member States on their own terms.

One of the main pillars of the EMU's constitutional structure – discipline enforced by rules and markets – could thus be undermined by States exercising their residual sovereignty to ignore the rules (the Union being too weak to enforce them), combined with markets not punishing such rule-breaking because of assumptions about how the constitution would operate in practice. Developments leading up to and after the introduction of the euro bore out this scenario; one that Hayek had failed to foresee. Sovereign bond yields converged in the years before the euro-crisis, without this necessarily reflecting actual economic performance or convergence. On the contrary, much suggests that the period was marked by increasingly divergent growth regimes and growing asymmetries between core and peripheral economies.[53]

When crisis struck, such asymmetries turned out to be a major source of vulnerability and they brought the neo/ordoliberal norms of the economic constitution (fiscal discipline, avoidance of moral hazard) into direct conflict with the existential narrative of irreversibility (the euro must not be allowed to fail). While the ideas of moral hazard and market discipline in principle militate against interventions to save Member States from bankruptcy, the notion of the euro's irreversibility demands a kind of 'solidarity' that was supposed

52 C.E.V. Borio, « Macro-co-ordination of fiscal policies in an economic and monetary union in Europe », paper submitted for discussion in the Committee for the Study of Economic and Monetary Union (Historical Archives of the European Union, TPS-196, 1 February 1989), appendix II, p. 13; see also A. Lamfalussy, « The need for co-ordination of fiscal policies in a European Economic and Monetary Union », (Historical Archives of the European Union, TPS-196, 31 January 1989), p. 1.

53 See G. Celi, A. Ginzburg, D. Guarascio and A. Simonazzi, *Crisis in the European Monetary Union: A Core-Periphery Perspective,* Abingdon/Oxon/New York, Routledge, 2018.

to be impossible under the Treaty's no bailout (and no monetary financing) clause. The European solution to this dilemma, however, sought to square the circle by attaching punitive conditionality and austerity measures – justified in the name of restoring 'market confidence' – to any rescue packages deemed necessary to stave off the euro's collapse. In short, fiscal discipline by other means. At the same time, however, the crisis response suggested that markets had effectively been right in the years leading up to the crisis: the risks associated with sovereign default of Eurozone countries were negligible (and the costs would be socialized) because regardless of what the Treaties might say, the ECB and the other Eurozone Member States would come to the rescue of states. In that sense, the response to the Eurozone Crisis conformed to the well-known emergency political maxim that in the existential crisis the very survival of the constitutional order trumps the observance of the constitution. It highlighted, moreover, that emergency politics is an instrument of class politics.[54] Through various instruments of highly dubious legal standing such as the Memoranda of Understanding, the European Stability Mechanism (ESM), and the ECB's unconventional monetary policy programmes, Member States were bailed out, with minimal losses to investors. While investors were spared, however, populations of austerity-hit countries – particularly those parts of the population reliant on public services – were not.

The human costs of the austerity imposed in efforts to shore up investor confidence in banking systems within (and beyond) the Eurozone were carried over into the Covid-19 crisis in myriad ways, most notably in the form of understaffed and underfunded public health services. But this is not the only legacy of the Eurozone's crisis response. The Eurozone crisis demonstrated that the problem of governability had not been adequately addressed by the federal construct. Demands on the state arising from domestic political processes and interest groups had continued to inform the economic practices of the states to a significant degree. Neither rules nor institutions nor practices had resolved this 'problem'. Yet the federal construct had 'worked' in terms of constraining the governmental capacity of the Union level: the Union had only very limited means of intervening to 'correct' the behaviour of its Member States. It was this absence of governing capacity at the centre that meant that when crisis hit, the EU had to resort to extraordinary measures. The Eurozone crisis thus revealed a 'governability' problem different from that experienced in the 1970s. In place of a problem of 'excessive' government, the problem was the impotence of both the federal and state governments. A crisis of *ungovernability*

54 See, e.g., C. Schmitt, *Dictatorship* (1921), Cambridge, Polity Press, 2014, p. 2.

now threatened, less from excessive demands 'from below' than from insufficient capacity 'from above'.

Eurozone crisis measures – bailouts, unconventional monetary policies, public sector reform and austerity measures, *etc.* – were improvised (and desperate) responses to this deficiency. Collectively, however, they amounted to the establishment of an executive emergency governmental apparatus at the European level that was able to implement highly intrusive interventions in the affairs of its Member States, sometimes even against the expressed will of Member State peoples.[55] Combined with the creation of new, and the reform of existing institutions, mechanisms and procedures at the European level, the EU underwent a considerable constitutional transformation.[56] Its goal was to secure the governmental means necessary to bring about the outcomes (fiscal discipline, labour market flexibilization, privatization of public infrastructures, *etc.*) that were, according to Hayek, supposed to emerge more or less spontaneously from the nature of the interstate federation. The transformation was thus, at least in its early phases, entirely conservative in its ideological orientation, seeking at every step to shore up a dysfunctional economic constitution.[57]

In tandem with the creation of new means of public intervention, the emergency politics of the Eurozone crisis also saw the abandonment of some of the crucial structural and substantive features of the pre-crisis EMU.[58] Price stability became a more or less irrelevant concern and the empire of rules and market discipline was substituted with the authoritarian exercise of power.[59] That is, the concrete policy outcomes associated with neoliberalism were not abandoned, but were pursued using means that differed markedly from those associated with the neoliberal theory of government embodied in Hayek's

55 S. R. Larsen, *The Theory of the Federation and the European Union*, *op. cit.*, ch. 5; F. Fabbrini, « The Fiscal Compact, the 'Golden Rule' and the Paradox of European Federalism », *Boston College International and Comparative Law Review*, 2013, vol. 36, n° 1, pp. 1–38.

56 See, e.g., C. Joerges, « The European Economic Constitution and Its Transformation Through the Financial Crisis », in D. Patterson and A. Södersten (eds.), *A Companion to European Union Law and International Law*, Malden (MA)/Oxford, John Wiley & Sons, 2016, pp. 242–261; A. J. Menéndez, « Editorial: A European Union in Constitutional Mutation? », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 2, pp. 127–141.

57 M. A. Wilkinson, « Authoritarian Liberalism: The Conjuncture Behind the Crisis », *op. cit.*

58 T. Beukers, B. de Witte and C. Kilpatrick (eds.), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; J. White, « Emergency Europe », *Political Studies*, 2015, vol. 63, n°2, pp. 300–318.

59 A. Somek, « Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today », *European Law Journal*, 2015 vol. 21, n° 3, pp. 340–360; W. Streeck, *Buying Time*, *op. cit.*; M. A. Wilkinson, « Authoritarian Liberalism: The Conjuncture Behind the Crisis », *op. cit.*

vision of the interstate federation. They were imposed as a *quid pro quo* of financial rescue, inverting the myth of 'democratic *naissance*' of the founding Treaty: the political authority of the Member States was now to function as the agent of policies determined by principals external to the process of democratic legitimation.[60]

In Hayek's theory of interstate federalism, one of the crucial limits on the governmental capacity of the federal level was the heterogeneity of the constituent parts. As long as a plurality of economic conditions exists within the federation, it will inevitably, he thought, be more difficult to agree on the active use of federal power to regulate economic affairs. The experience of the Eurozone to a large extent bears this thesis out.[61] Despite 'convergence criteria', the Eurozone economies remained structurally distinct from each other in a number of important ways and evolved around different varieties of capitalism or different kinds of growth models.[62] However, in the Eurozone crisis the continued, even increasing economic heterogeneity of the Eurozone was understood as a fundamental threat; not to price stability as the original concern had been, but to the survival of the EMU as such.

Measures and reforms to address the Eurozone crisis have responded to the problem of heterogeneity in a number of distinct but interrelated ways. On the one hand, a number of general reforms have been implemented that seek to affect how Member States govern (e.g., European Semester, Fiscal Compact, Banking Union, Excessive Deficit Procedure, Macroeconomic Imbalance Procedure). On the other hand, the Union level has sought to intervene in and control a radical politico-economic overhaul of individual Member States.

60 P. Lindseth, « The Perils of 'As-if' Constitutionalism », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n°5, pp. 696–718, esp. p. 714 : "Supranational bodies appear to take on the character of principals in the integration process as a whole, supervising the conduct of Member States as their agents – the ultimate principal-agent inversion in EU public law". See also Wolfgang Streeck (*Buying Time, op. cit.*) who introduces the concept of *Marktvolk* to suggest that investors beyond the state have come to serve as a subject of political authorization that rivals the traditional notion of *Staatsvolk* (or the peoples of the Member States).

61 M. Höpner and A. Schäfer, « Embeddedness and Regional Integration: Waiting for Polanyi in a Hayekian Setting », *op. cit.*

62 E. Stockhammer, C. Durand and L. List, « European Growth Models and Working Class Restructuring: An International Post-Keynesian Political Economy Perspective », *Environment and Planning A: Economy and Space*, 2016, vol. 48, n° 9, pp. 1804–1828; A. Johnston and A. Regan, « Introduction: Is the European Union Capable of Integrating Diverse Models of Capitalism? », *New Political Economy*, 2018, vol. 23, n° 2, pp. 145–159; C. J. Bickerton, *European Integration: From Nation-States to Member States, op. cit.*, chapter 4.

The response to the Eurozone crisis has thus sought to address the problem of economic heterogeneity through measures of an explicitly emergency nature that suspended the ordinary political process in particular Member States, and through the construction of governmental arrangements that reshape that process into the future.

In other words, what is presented now is less the interstate federalism of Hayek (or the rule-based structure of ordoliberalism), which aims to erode or abolish the exercise of political sovereignty, than the federation of Schmitt,[63] which demands a strong sovereign in order to install or enforce a degree of homogeneity in the name of unity. To maintain the economic constitution now requires the exercise of sovereignty by a 'higher geographical unit'. Or alternatively, it requires one (or more) leading states to assume a position of hegemony within the federation (which in terms of the political freedom of non-hegemonic Member States amounts to more or less the same thing). Plurality, once considered a blessing of the European project, is now considered a burden, a problem to be overcome.

This shift in constitutional outlook is apparent from the language of European elites, and the way they conceptualize both the problem and the response. The project of "completing", "deepening" and making the EMU "genuine",[64] pursued in emergency mode, now requires a 'European sovereignty'. The EMU must shift towards a system in which the Union level has "its own fiscal capacity and a means of *imposing budgetary and economic decisions on its members*".[65] The realization of the ideology enshrined in the EMU, in

63 On the links between Schmitt, Hayek and the ordoliberals, see *supra* in this volume, W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" ». See also: W Bonefeld, « Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro » *Critical Sociology*, 2017, vol. 43, n°4–5, pp. 747–761; S. Irving, « Limiting democracy and framing the economy: Hayek, Schmitt and ordoliberalism », *History of European Ideas*, 2018, vol. 44, n°1, pp. 113–127; on the affinities between Schmitt and Hayek, W. Scheuerman, « The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek », *Constellations*, 1997, vol. 4, n°2, pp. 172–188.

64 J.-C. Juncker, D. Tusk, J. Dijsselbloem, M. Draghi and M. Schulz, « Completing Europe's Economic and Monetary Union » [aka 'The Five Presidents' Report'], Brussels, European Commission, 2015; European Commission, « Reflection Paper on the Deepening of the Economic and Monetary Union », Brussels, European Commission, 2017; H. Van Rompuy, « Towards a Genuine Economic and Monetary Union », report by the President of the European Council, EUCO 120/12, PRESSE 296, Brussels, European Council, 2012.

65 European Commission, « A Blueprint for a Deep and Genuine Economic and Monetary Union: Launching a European Debate », Brussels, European Commission, 2012, p. 31 (emphasis added).

other words, is now said to demand a comprehensive European governmental capacity to intervene in and direct Member State economic policies. This is presented with an added urgency in order to forestall or repress the movement towards euro-scepticism, or political populism (which are themselves often combined, or conflated).

The need for concentrating sovereign power is often conveyed in the context of Europe's place in the world, as indicated by the title of Jean-Claude Juncker's 2018 'State of the Union' address, 'The Hour of European Sovereignty', where Juncker claims that: "*the geopolitical situation makes this Europe's hour: the time for European sovereignty has come*".[66] National leaders such as French president Emmanuel Macron have similarly invoked the necessity of European sovereignty on number of occasions. In one speech, Macron described European sovereignty as the first of four "commandments" or "categorical imperatives for action" that should guide European reform. Like Juncker, Macron explicitly links the construction of European sovereignty to the problem of the capacity for European self-determination, the refusal "to allow others to decide for us". However, for Europe to take its rightful place in global politics, Macron suggests, Europe must follow a second commandment: "let's not be divided". In particular, Europe must work towards "a stronger, more integrated Euro Area with its own budget",[67] since "sustainable economic power can only be constructed around a single currency".[68] The external dimension of sovereignty is thus intricately linked to its internal dimension. In order to realize European sovereignty, Europe must move towards further "economic, fiscal and social convergence".

66 J.-C. Juncker, « State of the Union 2018: The Hour of European Sovereignty », speech, Brussels, 11 September 2018, p. 5 (emphasis in original), available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/soteu2018-speech_en_0.pdf (last consulted on 12 February 2022).

67 E. Macron, « Speech by M. Emmanuel Macron, President of the Republic, on receiving the Charlemagne Prize », speech, Aix-la-Chapelle, 10 May 2018, available at https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/05/10/speech-by-m-emmanuel-macron-president-of-the-republic-on-receiving-the-charlemagne-prize-1.en (last consulted on 12 February 2022).

68 E. Macron, « Initiative pour l'Europe – Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique », speech, Paris, 26 September 2017 (our translation), available at: https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/09/26/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique (last consulted on 12 February 2022). In the French original: "*une puissance économique durable ne peut se construire qu'autour d'une même monnaie*".

3 Governing Europe: Sovereignty as *Potentia*

The upscaling of sovereignty to the European level remains largely utopian, or dystopian, depending upon one's perspective. Its feasibility depends not only on support from above, but on the constitutional imaginary 'from below'. This at present ties European states to the mast of European integration but without flying the flag of European federation. If this appears to remain relatively obdurate, Brexit notwithstanding,[69] in practice the integration process and the liberal economic ideology embodied in EMU have to be detached from the narrative of a rules-based order founded on an expression of democratic will, with the Maastricht foundation receding into an ever more distant past. The political authorization of the governmental order, in other words, is insulated *from* democracy – as expressed in the past and in the present. The understanding of sovereignty in the discourse of European elites such as Juncker, Macron and, as discussed below, Mario Draghi, contributes precisely to this disconnect by eliding the difference between *potestas* and *potentia*, legitimate government and effective government.[70]

The distinction between these concepts is well illustrated in practice by the emergence of the ECB as a central political actor. Although the constraints on the governmental capacity of the Member States did not function as envisioned by the original framers of EMU, the crisis revealed, as noted above, that the EMU as a whole lacked a general governmental capacity. When it came to the federal level, in other words, the neoliberal theory of federation was largely correct in its prediction: Member State governments could neither reach a true agreement on general economic reforms prior to the crisis nor could they, to begin with at least, agree on a suitable Eurozone-wide crisis response. Because the crisis threatened the existence of the EMU specifically and the general belief in and support for a competitive market economy more broadly, however, this erosion of governmental capacity, and thus of sovereign power, turned out to be a problem that required solving. Governing the Member

69 Ed.: concerning United Kingdom and the influence of Brexit on the British Economic Constitution, see *infra* in this volume, T. Prosser, « The United Kingdom's Economic Constitution ».

70 M. Loughlin, « The Erosion of Sovereignty », *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2016, n°2, pp. 57–81. See also M. Ojala, « Doing Away with the Sovereign: Neoliberalism and the Promotion of Market Discipline in European Economic Governance », *New Political Economy*, 2020, vol. 26, n°1, pp. 1–13.

States from the centre became crucial, but without its own means of doing so, the governmental capacity of the European level remained incomplete.[71]

Within the monetary dimension of the EMU, however, the European level did have its own means of governmental intervention: the ECB's monetary policy. While the substantive content of the Maastricht Treaty envisioned this instrument to be strictly circumscribed by the price stability mandate, the ECB's actions in addressing the Eurozone crisis have moved well beyond this limited remit. Through (in)formal threats to (or promises to protect) Member State governments; through its role in designing, supervising and executing reforms in 'programme' countries; through the 'whatever it takes' message of the OMT and QE programmes, the ECB's involvement in governing the Eurozone and its constituent economies is broad and deep. While the ECB was not originally 'meant' to take on such a role, there is a certain logic to the ECB assuming it. If the crisis was a true existential crisis for the Eurozone, the ECB was the only institution with both a clear Union-wide mandate *and* the available means of acting directly and immediately on the crisis without first having to secure formal agreement, without having to "consult a senate or the people".[72] It could fill the governmental or "political vacuum created at the centre of the EMU",[73] without the involvement of political authorities.

Although not the kind of sweeping power associated with the emergency politics exercised by, e.g., the US federal administration, the ECB demonstrated the potential capacity of a European level government. This informed the vision of the Eurozone's constitutional future presented by members of the ECB's Executive Board. In the 'whatever it takes' speech, Draghi noted that the Eurozone would have to undergo reforms, meaning that "much more of what is national sovereignty is going to be exercised at supranational level". Specifically, he noted "that common fiscal rules will bind government actions on the fiscal side".[74] This notion is to a large extent in line with the discussion above. In public addresses *after* the OMT intervention, however, Draghi developed a specific conception of sovereignty that is, presumably, shaped by

71 See also F. Fabbrini, « A Fiscal Capacity for the Eurozone: Constitutional Perspectives », Brussels, European Parliament, February 2019, available at https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/608862/IPOL_IDA(2019)608862_EN.pdf (last consulted on 12 February 2022).

72 C. Schmitt, *Dictatorship*, *op. cit*., p. 9, referring to Bodin.

73 W. Streeck, « Heller, Schmitt and the Euro », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 3, 361-370, esp. p. 370.

74 M. Draghi, « Verbatim », *op. cit*.

the experience of the OMT and QE programmes and which, according to him, would have to inform Eurozone governance in the future.

According to Draghi, there are two ways to look at sovereignty. The former, 'Bodinian' view, sees it as a 'normative' concept, which "is defined in relation to rights: the right to declare war, and treat the conditions of the peace, to raise taxes, to mint money and to judge in last resort",[75] and, one might add, the right to make laws autonomously. To Draghi, however, "[t]rue sovereignty is reflected not in the power of making laws".[76] Sovereignty, rather, is "the ability to deliver in practice the essential services that people expect from government"[77]. That is, sovereignty is "the ability to control outcomes and respond to the fundamental needs of the people: what John Locke defines as their 'peace, safety, and public good' ".[78] Conversely, "[a] sovereign that is not capable of effectively discharging its mandate would be sovereign only in name".[79] This 'positive' conception of sovereignty, derived from Draghi's reading of Locke and Madison's Federalist No. 45, offers "essentially the right way to think about sovereignty" and "it needs to be the guiding principle when deciding which powers should be at national or European levels". In the final instance, then, "the sovereign exists only as a fiduciary power to act for certain ends. *It is the ability to achieve those ends that defines, and legitimises, sovereignty*".[80]

In Draghi's conception, sovereignty is thus defined through the question of "the actual ability to control things" or the concept of *potentia.*[81] He dismisses the reverse definition, i.e. from the perspective of "rightful or legitimate authority" or *potestas*,[82] because "[t]he ability to make independent decisions does not guarantee countries such control. In other words, independence does not guarantee sovereignty".[83] Or, as Draghi put it to the Italian Senate shortly after becoming Italy's Prime Minister in February 2021: "There is no sovereignty in solitude. There is only the illusion of what we are, in the oblivion of what

75 M. Draghi, « Europe's Pursuit of 'a More Perfect Union' », Lecture, Harvard Kennedy School, Cambridge (MA), 9 October 2013, available at: https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp131009_1.en.html (last consulted on 12 February 2022).

76 M. Draghi, « Sovereignty in a Globalised World », speech, Award of Laurea honoris causa in law from Università degli Studi di Bologna, 22 February 2019, available at: https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2019/html/ecb.sp190222~fc5501c1b1.en.html (last consulted on 12 February 2022).

77 M. Draghi, « Europe's Pursuit of 'a More Perfect Union' », *op. cit.*

78 M. Draghi, « Sovereignty in a Globalised World », *op. cit.*

79 M. Draghi, « Europe's Pursuit of 'a More Perfect Union' », *op. cit.*

80 *Ibid.* (emphasis added).

81 M. Loughlin, « The Erosion of Sovereignty », *op. cit.*, p. 63.

82 *Ibid.*

83 M. Draghi, « Sovereignty in a Globalised World », *op. cit.*

we were and the denial of what we could be".[84] The link between *potentia* and *potestas*, however, does not disappear. In the original EMU structure, Member States retained the 'rightful authority' not only to authorize the construct as a whole but also to define economic policy according to their will, subject only to coordination and as constrained by the federal structure. In the 'new EMU', the relationship between rightful authority and capacity is reconstituted on the basis of *potentia*: rightful authority is said to follow from the capacity to exercise it effectively. The reference to Federalist No. 45 is notable in this respect. Devoted to the question of the "danger from the powers of the Union to the state governments",[85] Madison outlines a conception of the distribution of powers between the different levels as resting on the question of how best to ensure "the public good, the real welfare of the great body of the people".[86] The question of the sovereignty of the States versus the governmental powers of the Union is thus presented as one regarding which level is best capable of realizing the will of the people. The Union's powers are presented as legitimate because they make self-government possible, and thus sovereignty meaningful, through superior governmental capacity.[87]

In this view, the individual state is unable on its own to affect the factual conditions of global trade and finance in a meaningful way. National states may "remain the reference point for our citizens," as Draghi puts it, "but in the areas marked out by their weakness they cede national sovereignty in order to gain shared sovereignty".[88] From this perspective, assertions of popular sovereignty

84 Mario Draghi as cited in S. Fabbrini, « Mario Draghi has bigger ambitions than just seeing Italy through to the next general election », *The Loop* (blog), no date, available at: https://theloop.ecpr.eu/mario-draghi-has-bigger-ambitions-than-just-seeing-italy-through-to-the-next-general-election/ (last consulted on 12 February 2022).

85 J. Madison, « Federalist No. 45 », in M. A. Genovese (ed.) *The Federalist Papers, by Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay*, New York, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 97–100, esp. p. 97.

86 *Ibid*., 98.

87 See also B. Cœuré, « Taking Back Control of Globalisation: Sovereignty through European Integration », Contribution to 2018 Schuman Report on Europe, Frankfurt am Main, 2018, available at https://www.ecb.europa.eu/press/inter/date/2018/html/ecb.in180328.en.html (last consulted on 12 February 2022). According to Cœuré the struggle against 'Brussels' or 'Frankfurt' is fundamentally misguided because the relevant contemporary problems concern developments at the global level. And in the global realm sovereignty is only possible 'through European integration' because only this gives Europe and its states and citizens the capacity to determine their own fates. This statement captures the notion of sovereignty as the people's capacity for self-determination succinctly. Only by acting through the European level can 'the people of Europe' be the master of its own fate. See H. Lokdam, « 'We Serve the People of Europe' », *op. cit*.

88 Draghi as cited in S. Fabbrini, « Mario Draghi has bigger ambitions », *op. cit*.

against this project (e.g. Brexit), in line with Madison, diminish sovereignty. Because the federal level is the only level of government that can meaningfully control the fate of Europe in the face of threats arising from the market, pandemics, the environment or from foreign powers, Europe must channel sovereignty. It must be in a position to govern effectively on behalf of the Eurozone as a whole. In order to do so, however, the European level must be empowered to intervene in and control to a certain extent and for certain ends the internal affairs of the Member States. Citizens for their part must acquiesce in this and are, following Draghi, deluded if they do not.

This vision is not one of free democratic authorization of the exercise of legitimate authority. It is based on pure output legitimacy. It reduces democracy to the functional output that emerges from the activity of governing. The *demos,* as such, is merely ruled. This emphasis on an entity's functional capacity for self-mastery (*potentia*) entirely swallows up the meaning of self-determination as the right to authorize *how* and *for what ends* the community is governed (*potestas*). The question of control is necessarily two-sided, as the desire to 'take back control' over the laws of the community – manifested, for example, in the Brexit referendum – displays. This alternative understanding emphasizes the right to make laws and govern according to popular will (*potestas*), whatever the consequences. From the perspective of European sovereignty, however, because such acts are likely to fail to produce the desired outcomes – with potentially destabilizing consequences – *potestas* ought to be abandoned in favour of a technical or technocratic [*staatstechnische*] understanding of governmental power.[89] The unruliness and unpredictability of democracy, the element of political freedom that makes it so surprising and creative,[90] ought, in other words, to be abandoned in the name of generating effective European governmental capacity (*potentia*).

Conclusion: Cracks in the Neoliberal Armour?

Despite the many reforms of EMU in emergency mode, 'European sovereignty' as an expression of a comprehensive European governmental capacity with respect to economic affairs remains unrealized (not least because political forces at the Member State level continue to resist the idea). This is highlighted by the response to the Covid-19 crisis that struck in the spring of 2020. The

89 C. Schmitt, *Dictatorship*, *op. cit*., ch. 1.

90 D. Runciman, « Why is Democracy so Surprising? », *The Political Quarterly*, 2019, vol. 90, n°S1 (« Rethinking Democracy »), pp. 36–46.

ECB, despite the German Constitutional Court's insistence that its QE programme was unconstitutional, remained Europe's first line of defence. The crisis, however, also highlighted the inadequacy of ECB interventions. The ECB can stabilize financial markets, but it cannot generate full capacity, let alone a legitimate authority, to pursue broader measures of economic government. Governmental capacity at the European level remains incomplete and asymmetric as well as lacking in democratic accountability.

That said, the European response to the Covid-19 crisis has not taken place in the same vacuum of governmental capacity as the response to the Eurozone crisis. It has, rather, drawn on the emergency political governmental apparatus established during that earlier crisis. The 'Recovery and Resilience Facility' of the Commission's NextGenerationEU recovery plan, for instance, makes use of the European Semester, which allows the Commission to attach conditionality to funds released through the facility and allows it to oversee how they are spent by the Member States.[91] The Facility thereby reflects a desire to increase the capacity of the EU level (*potentia*) to direct economic developments across the Union in a particular direction and gives the Commission significant means for doing so. As such, it extends the logic of constraining and directing the political energies of the Member States discussed above in relation to the idea of European sovereignty, thus further narrowing the space for democratic control of economic policy-making decisions (in the sense of *potestas*).

While the strengthening of governmental authority at the European centre continues, however, the ends pursued are not as strictly neoliberal as those pursued during the Eurozone crisis. The record so far is, at the very least, more mixed. The introduction of the possibility of raising funds through the issue of common debt, earmarked through conditionality for green public investments for instance, is a departure from the one-sided focus on slashing public spending during the Eurozone crisis. So, too, is the relaxation of budget deficit rules and the suspension of state-aid rules; measures that sit uneasily with neoliberal ideas of fiscal discipline, competitive markets and moral hazard. While it remains to be seen whether the ends of neo/ordoliberalism will be abandoned entirely, early signs in the context of the Covid-19 crisis highlight at the very least that the instruments introduced during the euro-crisis can be employed for ends other than those associated with neoliberalism.

In the Eurozone context, this represents a peculiar conundrum for progressive political imaginaries. Eurozone crisis reforms at both the Member

91 European Commission, « Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Recovery and Resilience Facility », Brussels, European Commission, 28 May 2020.

State and European levels have been largely neoliberal and have taken place in emergency mode with little or no democratic input. As in earlier periods of capitalist crises – the interwar period and the 1970s in particular – crisis responses have sought to 'protect democracy from itself' (or viewed differently, protect capitalism from democracy) by narrowing the space of democratic politics and, when 'necessary', suspending it. In the Eurozone as a Union of multiple democratic publics, moreover, threats to the norms of capitalist market society arising from divergent democratic expressions of will have been countered through a centralization of governmental capacity. This centralization, however, has created the possibility for Eurozone-wide programmes that potentially point in a different ideological direction, towards more socially inclined ends. The reforms, in other words, have shifted the structural framework of economic policymaking from a modality of governing that relies on de-politicization and the 'primacy of the market' to one that embraces the use of (coercive) public authority to achieve (and protect) certain economic outcomes. In that sense, 'planning' – that long discredited term and practice – has returned and replaced the market as the means to pursue economic ends. While the instruments of planning remain too detached from the democratic process, they carry with them the potential for pursuing more progressive ends. The question, however, is whether and how planning and its technocratic conception of governmental capacity can be made to serve democracy; and how democracy can enjoy freedom, creativity and unpredictability. From the perspective of those seeking to make Europe 'governable', democracy remains a threat to be contained rather than a potential to be realized.

Select Bibliography

Borger, V., « Central Bank Independence, Discretion, and Judicial Review », in J. Mendes (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 118–131.

Celi, G., Ginzburg, A., Guarascio, D., and Simonazzi, A., *Crisis in the European Monetary Union: A Core-Periphery Perspective,* Abingdon/Oxon/New York, Routledge, 2018.

Crozier, M. J., Huntington, S. P., and Watanuki, J., *The Crisis of Democracy: Report On the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York, New York University Press, 1975.

Hayek, F. A., « The Economic Conditions of Interstate Federalism » (1939), in *Individualism and Economic Order*, Chicago (IL.), The University of Chicago Press, 1948, pp. 255–272.

Larsen, S.R., *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

Lindseth, P., « The Perils of 'As-if' Constitutionalism », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n°5, pp. 696–718.

Mitchell, W., and Fazi, T., *Reclaiming the State: A Progressive Vision of Sovereignty for a Post- Neoliberal World*, London, Pluto Press, 2017.

Scharpf, F. W., *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Scharpf, F. W., « After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 3, pp. 384–405.

Streeck, W., *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, New York, Verso, 2014.

Wilkinson, M. A., *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

Wilkinson, M. A., « Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce? » *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n°3, pp. 313–339.

Discussion
The Evolving Economic Constitution of the European Union: Eulogy to Stability?

Susanna Cafaro

Introduction – The European Economic Constitution: Pictures from the Treaties (And the Big Picture behind Them)

The European economic constitution is somehow defined by article 3.3 of the consolidated Treaty establishing the European Union (TEU):

> The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance.
>
> It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child.
>
> It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States. [...]

On these basic – and a bit conflicting – elements of "competitive social market economy" (being the edge between competitive and social not so easy to identify), builds the art. 119.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which specifies:

> For the purposes set out in Article 3 of the Treaty on European Union, the activities of the Member States and the Union shall include, as provided in the Treaties, the adoption of an economic policy which is based on the close coordination of Member States' economic policies, on the internal market and on the definition of common objectives and conducted in accordance with the principle of an open market economy with free competition.

© SUSANNA CAFARO, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_017
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

It is well clarified by the TFEU how the economic policy of the Union, bound to respect the principles of competitive market economy and with some relevant social and solidarity elements (mostly in regional and cohesion policy) lays within the competence of the Member states, which are expected to coordinate themselves. The article 5 of the TFEU, drawing the borders of this competence adds:

1. The Member States shall coordinate their economic policies within the Union. To this end, the Council shall adopt measures, in particular broad guidelines for these policies.
   Specific provisions shall apply to those Member States whose currency is the euro.
2. The Union shall take measures to ensure coordination of the employment policies of the Member States, in particular, by defining guidelines for these policies.
3. The Union may take initiatives to ensure coordination of Member States' social policies.

Therefore, the Member States play the role of main actors in economic policy as further clarified by articles 120 and 121. These, respectively, specify that "Member States shall conduct their economic policies with a view to contributing to the achievement of the objectives of the Union, as defined in Article 3 of the Treaty on European Union, and in the context of the broad guidelines referred to in Article 121(2)"; and that "Member States shall regard their economic policies as a matter of common concern and shall coordinate them within the Council, in accordance with the provisions of Article 120".

The Broad Guidelines of the economic policies of the Member States and of the Union (article 121) and the guidelines for the employment (article 148) are the framework in which this coordination takes places in the Council and in the European Council. The two intergovernmental bodies therefore usefully fulfill this role of being but the institutional places where states sit around a table and discuss such coordination among themselves, supported by the European Commission (whose President is a member of the latter). The European Parliament is excluded from this procedure, except for a weak consultative role. The timing of this coordination mechanism is proceduralized in the so-called European Semester, which is based on the presentation and periodic comparison of national stability programs (for countries in the euro area) or convergence programs (for countries outside the euro area). This is the result of attracting in this coordination procedure the preventive arm of

the Stability and Growth Pact (see article 126 and the acts adopted on the legal base of article 126.14[1]).

In the title dedicated to economic policy in the TFEU there are essentially two categories of rules: the ones dedicated to the coordination of national economic policies and those aimed at directly guaranteeing the soundness and sustainability of public finances through prohibitions. Among the latter, there is the prohibition for the states to directly access financing by the ECB (article 123 TFEU), their obligation to avoid excessive debts and deficits (article 126 TFEU) and the so called "no bail out" rule (article 125 TFEU). Ultimately, this focus on stability serves to allow states to maintain (almost) full control over their national budgets without thereby posing a threat to the public finances of other member states or to the stability of the euro area. In a nutshell, this attention to stability is nothing more than a way to ensure that fiscal policy and budget management (and therefore tax and welfare policy) remain national.

The soundness of public finances is paralleled in the treaties by the stability of prices, being the two the very core of European economic constitution. We find a repetition of this "*principe axiologique de l'UEM, si l'on veut être pompeux, le méta-principe*" – as Martucci correctly points out[2] – in several articles of the TEU and TFEU.[3] The two are intertwined not just as both expressions of the ordoliberal gospel – as what could be more "in order" than a balanced budget and a stable currency? – but also because the stability of prices – the "main objective" of the European system of Central Banks – is what makes monetary policy neutral vis-à-vis the different economic policies of member states: all hopefully balanced, yet all different. In the end, the legal cathedral of economic and monetary union as set up by the treaties in the Maastricht compromise is rather a retaining wall to ensure that states are free to continue managing their national budgets almost freely.

The European approach to the "social market economy" model, as mentioned in article 3 TEU rests on the inadequate shoulders of the small European budget. The reallocation of resources operated through the structural funds, while important, must be dimensioned in the (about) 1% of the European GNI,

1 See the Council Regulation (EC) No 1466/97 of 7 July 1997 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies which introduces the preventive arm of the stability and growth pact; the preventive measures designed to ensure the budgetary discipline necessary for the smooth operation of the European Union (EU).

2 See *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

3 See in the TEU, the Article 2 and in the TFEU the Articles 119, 127, 140, 141, 219, 282.

financed through a not so "own" European income (we will come back to this later).

Yet, this is what happened until the Covid-19 crisis broke into the scene. How this has been a game-changer will be addressed in the concluding remarks of this contribution. In fact, we couldn't agree more with the opening statement by Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson:

> The decade-long Eurozone crisis, and now the Covid-19 crisis, have challenged some of the key assumptions about the European economic constitution. In particular, they have challenged two of its core ideological premises: that inflation is the primary economic problem of democratic capitalism and that markets will discipline states' fiscal practices. Price stability, it turned out, was insufficient for financial stability, and market discipline was ineffective in ensuring fiscal prudence.[4]

Before we get there, it is interesting to see how this model focused on stability has been challenged and stretched during the long years of the financial crisis. Some features of this construction contributed to generating cracks and collapses that would not have occurred if the building had been a little less "stable" and a bit more flexible. Some flaws in the legal/institutional architecture of the EMU intended for stability have been under scrutiny for years, which explains why this topic is interesting for the jurists as much as it is for the economists.

The 'constitutionalization' of the two objectives of price stability as well as of sound public finances, a heritage from the German ordoliberalism aimed at a social market economy,[5] prescribes a result that could – at least partly – have been left to the play of political forces within the Union. Political priorities

4 See *supra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation ? ».

5 See on the topic F. Böhm, W. Eucken and H. Grossman-Dorth, « Unsere Aufgabe », in F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart/Berlin, Kohlhammer, 1937, pp. VII ff. And, in Italian translation, « Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936 », in F. Forte and F. Felice (eds.), *Il liberalismo delle regole*, Catanzaro, 2016, pp. 3 ff. An useful analysis in G. Contaldi, « Il significato attuale dell'economia sociale di mercato nell'ordinamento dell'Unione europea », *Ordine internazionale e diritti umani,* 2018, pp. 544–564. Ed.: regarding the ordoliberal economic constitutionalism, its evolution and its divergences and convergences with other currents of neoliberalism, see *supra* in this volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

could change over time, because of electoral rounds, but also as a result of the evolving economic situation and circumstances.

So, with an easy *hindsight bias*, we could easily say that some hints in the European economic constitution predicted some level of failure. And here they are, these hints, now under the spotlight.

1 The Blurry Line between Economic and Monetary Policy: Horizontal and Vertical Implications

Two lines are drawn by the European treaties: a horizontal one, separating economic policy, embedded in the Council and in the European Council, and monetary policy attributed to the ECB; and a vertical line, dividing monetary policy managed at European level and economic policy belonging to the member States. Both are based on the definition of economic policy vis-à-vis monetary policy. Yet, not only the definition of what is meant by economic policy and by monetary policy remains extremely confused, being, at the end of the day, quite an artificial one – as monetary policy is just a tool in the economic policy toolbox – moreover, economic policy has an impact on monetary policy and vice versa, as clearly pointed out by the European Court of Justice (ECJ), lately in the Weiss case.[6] To make such dividing lines more uncertain, the secondary objective of the ECB – after the price stability – is to support the general economic policies of the Union.

The case law on the topic confirmed the fluidity of both these dividing lines: see the cases Pringle,[7] Gauweiler,[8]

6 CJUE, 11 December 2018, *Weiss*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

7 CJUE, 27 November 2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756. See commentaries by F. Munari, « Da *Pringle* a *Gauweiler*: I tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo », *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, pp. 723–755 (and the many authors mentioned); C. Koedooder, « The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union ? », *Fordham International Law Journal*, 2013, vol. 37, n°1, pp. 111–146; G. Lo Schiavo, « The Judicial 'Bail Out' of the European Stability Mechanism: Comment on the Pringle Case », *CoE Research Papers in Law*, n° 9, 2013.

8 CJUE, Gde ch., 16 June 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400. See V. Borger, « Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler », *Common Market Law Review*, 2016, vol. 59, n°1, pp. 139–196; P. Craig and M. Markakis, « Gauweiler and the Legality of O.M.T. », *European Law Review*, 2016, vol. 41, n°1, pp. 4–24; issue n°1 (2016) of the *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, with contributions by F. Fabbrini, T. Tridimas, D. Sarmiento, M. Goldmann, J.V. Louis, M. Claes, C. Zilioli, S. Sciarra *e.a.*; F. Martucci, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l'arrêt Gauweiler entre droit et marché: Commentaire de l'arrêt CJ, GC, 16 juin 2015, Peter Gauweiler e.a, C-62/14 (1) », *Cahiers de droit européen*, 2015, vol. 51, n° 2,

Weiss,[9] eventually the questionable ruling of the German Constitutional Court[10] – the first and the last focusing mostly on the vertical dividing line, while the other two mostly on the horizontal one (but even this subdivision is a rough one).

The European Court of Justice maintained that ECB could support indirectly states' fiscal policies through monetary tools for the sake of fiscal and monetary stability (and so for price stability) – in the Gauweiler and Weiss cases. The ECJ also stated that, being in charge of macroeconomic policy (both their own and, collectively, the European one), the States could sign and ratify an international treaty, the one establishing the European Stability Mechanism, for the same financial stability – so in the Pringle decision, adopted after request for a preliminary ruling submitted to the Court by the Irish High Court. The Court considered compatible with the Treaty those interventions, provided for by the Treaty establishing the European Stability Mechanism, indispensable for safeguarding the financial stability of the euro area as a whole and subject to strict

pp. 493–534; L.F. Pace, « The OMT case: Institution Building in the Union and a (failed) nullification crisis in the process of European integration », in L. Daniele, P. Simone and R. Cisotta (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Cheltenham, Springer, 2017, pp. 371–403; L.F. Pace, « The OMT case, the "intergovernmental drift" of the Eurozone crisis and the (inevitable) rectification of the BVerfG jurisprudence in the light of the ECJ's Gauweiler judgment », *Diritto dell'Unione europea*, 2017, n°1, pp. 153–170.

9 CJUE, 11 December 2018, *Weiss*, *loc. cit*. See. A.A. M. Mooij, « The *Weiss* judgment: The Court's further clarification of the ECB's legal framework: Case C-493/17 *Weiss and others*, EU:C:2018:1000 », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, vol. 26, n°3, pp. 449–465; R. Miccù, « Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma? », in *federalismi.it*, n° speciale 5, 2019, pp. 26–42, esp. p. 33 ff.; R. Cisotta, « Profili istituzionali della BCE e la fine (prossima?) del *Quantitative Easing* », *osservatoriosullefonti.it*, 2018, n° 3.

10 BVerfG, Judgment of the Second Senate, 5 May 2020, *PSPP*, 2 BvR 859/15. ECLI:DE:bVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915. See M. Avbelj, « The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision », *Verfassungsblog*, 6 May 2020; L. Bini Smaghi, « The Judgment of the German Constitutional Court is incomprehensible », *LUISS School of European Political Economy*, Policy Brief n° 25, 2020; F. Fabbrini and R.D. Keleman, « With one court decision, Germany may be plunging Europe into a constitutional crisis », *Washingtonpost.com*, 7 May 2020; M. Poiares Maduro, « Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court », *Verfassungsblog*, 6 May 2020; D. Sarmiento, « Requiem for Judicial Dialogue – The German Federal Constitutional Court's Judgment in the Weiss case and its European implications », *eulawlive.com*, 9 May 2020; H. Sauer, « Substantive EU Law review beyond the veil of democracy: the German Federal Consitutional Court ultimately acts as a Supreme Court of the EU », *eulawlive.com,* 9 May 2020; G. Tesauro and P. De Pasquale, « La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale Tedesco », *Osservatorio europeo* (*www.dirittounioneeuropea.eu*), 11 May 2020.

conditions, therefore capable of not contravening the spirit of the EU Treaties, aimed at encouraging virtuous budgetary policies.

In the other two cases – started as requests for a preliminary ruling by the German Constitutional Court and raising the doubt that the ECB had crossed its borders to the detriment of the states – the Court of Justice specified that monetary policy measures may as well have economic policy consequences (unsurprisingly) and, also, that these can be consciously accepted. The same argument then led the German Constitutional Court (GCC) to question entirely the legitimacy of the ECB's intervention through the instrument of quantitative easing and of the ECJ itself for a lack of control over such *ultra vires* intervention.[11] It goes without saying that both views – the one of the ECJ and the other of the GCC – find supporting arguments in the uncertain European rules and above all in the artificiality of this distinction between economic policy and monetary policy which are not only attributed to different institutions but to different levels of government.

In a situation of exceptionality (as the global financial crisis or later the pandemic crisis) the instruments used by central banks (all of them) are much more invasive in the market economy than they would normally be. For this reason, the boundaries of monetary policy are, as we have seen, interpreted by the ECB with a certain degree of freedom to allow such interventions. Furthermore, the reasons the ECB used to justify its proactivity – financial stability and the survival of the euro – closely linked economic and monetary policy. Finally, pursuant to article 127, par. 1, TFEU and 282, par. 2, TFEU, the primary objective of the Union's monetary policy is to maintain price stability,[12]

11 We agree with Francesco Martucci, who correctly points out how "[*l*]*a règle de politique monétaire qui délimite le mandat de la BCE est donc tributaire à la fois d'un choix politique et d'un contexte économique ce qui explique sa plasticité et sa permanence. Nécessairement, les mesures de la BCE ont un effet sur l'économie, d'autant que c'est justement l'effet recherché pour lutter contre la déflation. La BCE ne devrait-elle dès lors pas répondre de ses mesures ? On se heurte alors à l'autre règle de politique monétaire que constitue l'indépendance de la banque centrale*" (see *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire »).

12 The Bank has its own intervention tools, necessarily aimed at maintaining price stability, a precise objective that it has itself quantified in an inflation rate close to 2%, through the adoption of the "monetary policy strategy" of 13 October 1998 and its subsequent amendment. A new strategy has just been adopted – see the Press Release, *ECB's Governing Council approves its new monetary policy strategy, 8/7/2021*, available at https://www.ecb.europa.eu/press (last consulted on 12 February 2022) – with a clear inflation target at 2% as a medium-term goal. These tools are mentioned in art. 18.1 of the ESCB Statute and are credit and open market operations. And yet it is certainly not in relation to extraordinary intervention in the event of a crisis that these instruments are envisaged, but more

but – as already noted – the same provisions also ask for the European System of Central Banks (ESCB) to support the general economic policies in the Union with a view to contributing to the achievement of its objectives as laid down in article 3 TEU. Among them, are listed the goals of economic, social, and territorial cohesion, and solidarity between Member States.

So, it is precisely the terrain of crisis management that proved capable of blasting the distinction between economic and monetary policy. Among the main consequences[13]: in the absence of a specific competence, the ECB – unlike many central banks who intervened immediately with injections of liquidity – delayed its intervention until the situation proved particularly severe for the euro area, so to require the creation of *ad hoc* instruments, in the form of market operations programs aimed at financial stability and so – indirectly – at price stability. In obedience to the mantra of stability, these interventions were accompanied by strict conditionality and well-specified exceptions to the Stability Pact. An inevitable consequence has been, in the long years of the financial crisis, austerity. Faced with an unprecedented and unforeseen crisis, in 2010, the states intervened – unanimously by the Heads of State and Government in the European Council or by the Finance Ministers in the Eurogroup – through intergovernmental solutions in the field of international law: the European Stability Mechanism[14] (and before through private law with the EFSF[15] vehicle) and the treaty known as the Fiscal compact,[16] establishing further constraints in domestic budget policies. The austerity measures adopted derive entirely from the logic of the treaties grounded on

generally in order to pursue the objectives of the system and carry out the monetary policy tasks attributed to it.

13 For more details, see F. Allemand and F. Martucci, « La nouvelle gouvernance économique européenne I », *Cahiers de droit européen*, 2012, vol. 48, n°1, pp. 17-99 ; F. Allemand and F. Martucci, « La nouvelle gouvernance économique européenne II », *Cahiers de droit européen*, 2012, vol. 48, n°2, pp. 409-457.

14 The European Stability Mechanism or ESM is an international organization created by the Eurozone member States and allowed by the addition of a third paragraph to art. 136 TFEU (to authorize them), aimed at finding resources through the issuance of securities and intervention to the aid of States based on strict conditionality. The founding Treaty was signed on February 2, 2012, the new institution entered its functions in October of the same year, again based in Luxembourg.

15 The EFSF or *European Financial Stability Facility* was a special purpose vehicle financed by members of the eurozone to address the sovereign-debt crisis created in 2010 under Luxembourg law. Its activities have been inherited by the ESM.

16 The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union; also referred to as TSCG, or more plainly as Fiscal Stability Treaty or Fiscal Compact has been signed on 2 March 2012. Its aim is to introduce stricter budget constraints for Eurozone member states in their national legislation.

price stability and excessive deficit prohibitions. Both goals are designed for times of prosperity and not of crisis, times of steadiness and not flexibility. Yet, the little room for intervention offered by the European budget for any solidarity measure had its weight in explaining the choices made.[17]

This approach has been completely reversed in the Covid-19 crisis. This would not have happened without the courage to discuss the European multiannual financial framework (MFF), the own resources of the Union and the extraordinary intervention measures as a package deal, as we shall see. In both cases, nonetheless, the emergency allowed the Union, the Eurozone bodies and the ECB to cross the confused dividing line between economic and monetary policy and to enter into a competence assigned to the states, for the simple reason that, within a monetary union, nobody saves himself alone. This is a direct consequence of interdependence, which can lead to profoundly different choices: austerity – which requires each to burden the others as little as possible – or solidarity – for which helping each other becomes the new normal. The latter approach requires a more mature and politically aware integration. It is, of course, more difficult to impose on an unwilling benefactor, but easier to accept on the beneficiary, politically more popular as it is more difficult to practice, while austerity has been as unpopular as simpler. Consequently, borders between European and national competence became increasingly confused during the financial crisis and are now more so than ever.

The paradox well pointed out by Martucci is in the illusory binding nature of the dogma of stability that can be effectively pursued by willing governments (duly encouraged by the European political bodies) yet cannot be forced through sanctions. Indeed "*les crises successives ont montré à quel point la règle s'avère tout autant immuable dans son énoncé que variable dans sa mise en oeuvre*". And we dare say more: the sanctions of the stability pact – revised again and again to renew their credibility each time that the Council of the Union failed to apply them[18] – are almost inapplicable.

17 The Union has exploited the limited room for manoeuvre offered by the Treaties by establishing the European Financial Stabilization Mechanism (EFSM), on the legal basis of the solidarity clause in art. 122.2 TFEU. The EFSM or European Financial Stabilization Mechanism was established by Regulation (EU) no. 407/2010 of the Council of 11 May 2010, in the OJ, L 118 of 12.5.2010. The role of States as main actors in the welfare policies is well explained by F. Costamagna « National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, n^{os} 2–3, pp. 163–190.

18 See ECJ, 13 July 2004, *Commission v. Council*, C-27/04, ECLI:EU:C:2004:436. In this case, the Court "[d]eclares the action of the Commission of the European Communities inadmissible in so far as it seeks annulment of the failure of the Council of the European Union to adopt the formal instruments contained in the Commission's recommendations pursuant to Article 104(8) and (9) EC". In so doing, it defends the political discretion of the

The task of monitoring the evolution of the budgetary situation and the size of the public debt rests with the Commission. Control over national budgets is based on two reference parameters: the ratio of public deficit to gross domestic product, which must not exceed 3% ; and the ratio of public debt to GDP, which must not exceed 60% – these percentages are reported in an *ad hoc* protocol attached to the Treaty and modifiable unanimously. Yet the decision on the existence of an excessive deficit and on the possibility of applying sanctions of increasing magnitude rests within the Council of the Union in its Ecofin composition, i.e. on the majority of the Finance ministers of member states (voting by double majority of the States and of the population).

Following the decision of 3 May 1998, which admitted the first eleven countries to the third stage of EMU, it became clear what was already in the treaties: the assessment of compliance with the convergence criteria is eminently political, especially as regards the state of public finances, not only because it belongs to the Council rather than to a technical body (with no competence of the ECJ to scrutiny such decision),[19] but above all because of the relevance of the trends offered by the national budgets, as stated in Article 126 TFEU.

Moreover, even if the provision aims at preventing unmanageable crises (due to lack of tools at national level and to the little size of the EU budget), their effectiveness is seriously impaired by the political reasoning and opportunity once a crisis has occurred: if a state brings the burden of an excessive or even unmanageable deficit and debt, how can it pay a heavy penalty without the situation gets worse? At the price of which reforms and which cuts (by invading the territory of the competences of national parliaments and governments)? How will citizens react towards Europe if those cuts affect their fundamental rights, such as healthcare or public education? And how is it possible to reconcile them with the provisions in the EU Charter of Fundamental Rights?

Precisely because of the lack of or imperfect implementation, the regulations which specify the Stability and Growth Pact have been rewritten twice in 2005[20] and in 2011,[21] to try to solve the difficulties in its application as well

---

Council all along the stages of the procedure on excessive deficits in art. 126 TFEU (former 104 TCE).

19 According to the exception in art.126(10) TFEU.

20 Council Regulations 1055/2005 and 1056/2005.

21 Six acts entered into force in December 2011. Of the five regulations, four were adopted by the Council of the Union together with the European Parliament (1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011) and one by the Council only (1177/2011). All of them apply to the 28 member states, with some specific provisions for the states whose currency is the euro, relating in particular to sanctioning profiles. The medium-term budgetary target is a cornerstone of the preventive arm of the Stability and Growth Pact. How Member States plan

as to renew their deterrent effect. The main novelty of the latest reform is in the so-called reversed majority: the assessment of sanctions remains in the appropriate political forum – the Ecofin Council, composed of the ministers of the economy and finance – but, to trigger the sanctions more easily, the Commission's proposal for imposing them is adopted unless the Council – with the suspended vote of the countries with derogation and the State subject to the procedure – turns it down by qualified majority.

However, the real sanction for the state in crises is another, and it appeared evident only in the management of the sovereign debt crisis (especially the Greek one): a reduced sovereignty of the state affected which is *de facto* put under external control – conditions applied to rescue packages are in fact coupled by greater interference in national budgets and politics, as highlighted by Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson.[22] This is also the effect of the application of two more regulations adopted in 2013[23] as well as of the conditions that accompany the loan mechanisms.

The Stability Pact, enacted numerous times in the past decade, has never reached the sanction stage, always stopping a moment earlier, even though – after the most sensational failures – it was reformed with great promises of increased effectiveness. This is a clear example of a legal crisis, or the inadequacy of the regulatory instrument to pursue the goal for which it was created.

2 European Union vs Eurozone: An Identity Problem

Without any doubt, the European monetary unification is one of the most ambitious projects ever completed within the integration process of the continent, comparable perhaps only to the construction of the internal market. And, nevertheless, it stands out by its divisive implications. Not only the project itself – made up of convergence criteria and access conditions – has immediately led to differentiate the member states between who enters first and who enters later (and who does not even think of entering), but the very

to achieve this is part of the evaluation under the European Semester. This is the structural budget balance that protects the country from the risk of exceeding the threshold of 3% of GDP set out in the Treaty and aims to ensure the long-term sustainability of its public finances. Any adjustment path is specific to each country.

22 See *supra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? ».

23 Regulations 472 and 473/2013 of the Parliament and of the Council.

nature of monetary policy itself, indivisible and exclusive to a single level of government, prevents intermediate nuances and statuses.

There are two situations aimed at highlighting the difference in situations and positions between the member states: one, already observed in the previous paragraph, is the management of crises; the other is in the international projection of the Euro area. Yet, the euro and the monetary unification are firmly rooted within the European Union, they do not create a union within the union in pure legal terms. They just create a different degree and intensity in sharing interests and in the needed solidarity. It is nonetheless enough to open cracks in the EMU building and to invoke reforms and renovation.

Regarding crisis management, it has already been observed how, starting from 2010 and specifically from the outbreak of the Greek crisis, the countries of the euro area, the most exposed to contagion due to the integration of their financial markets, have created intervention tools that do not involve countries outside the euro area (if not on a voluntary basis). EFSM, EFSF, ESM were born as eurozone mechanisms and likewise the treaty known as the Fiscal Compact. The Eurogroup and the Euro Summit became the specific eurozone institutional dimension and the place to discuss bilateral loans and control tools, such as the Troïka.[24]

24 The Eurogroup is the informal gathering of the finance ministers of the eurozone. In 2004 the ministers decided to elect a president and in 2008, the group held a summit of heads of state and government, rather than Ministers of Finance, for the first time. After the Lisbon revision, art. 137 TFEU and a specific protocol (no.14) give to this body some kind of recognition as the *informal* meeting of Ministers of the Member States whose currency is the euro. According to its article 2, Member States shall elect a president for two and a half years, by simple majority. The Euro Summit, instead, was mentioned for the first time by the Treaty on Stability, Coordination and Governance signed in 2012, whose article 12 states "1. The Heads of State or Government of the Contracting Parties whose currency is the euro shall meet informally in Euro Summit meetings, together with the President of the European Commission. The President of the European Central Bank shall be invited to take part in such meetings. The President of the Euro Summit shall be appointed by the Heads of State or Government of the Contracting Parties whose currency is the euro by simple majority at the same time as the European Council elects its President and for the same term of office. 2. Euro Summit meetings shall take place when necessary, and at least twice a year, to discuss questions relating to the specific responsibilities which the Contracting Parties whose currency is the euro share with regard to the single currency, other issues concerning the governance of the euro area and the rules that apply to it, and strategic orientations for the conduct of economic policies to increase convergence in the euro area". Regarding the term Troïka, it has been used, especially in the media, to refer to the group formed by the European Commission (EC), the European Central Bank (ECB) and the International Monetary Fund (IMF) in the context of the "bailouts" of Cyprus, Greece, Ireland and Portugal. The origin of this informal gathering can be traced back to the Greek loan package in May 2010.

The same splitting happens in the external relations concerning monetary policy, even more so as it is even foreseen by the TFEU. The two Articles 138 and 219 of the TFUE, which regulate the matter, are unequivocal: while internal monetary policy is run by the ECB, its external dimension falls within the competence of the Council – the Council of the whole Union – even if the voting right of the non-euro countries is suspended. It is warmly encouraged, nonetheless, to find a consensus with the ECB. While Article 219 foresees the conclusion of monetary and exchange agreements of the Union (the whole), a specific provision, Article 138 TFEU, refers to the adoption of common positions and unified representation in international fora for the Eurozone (even if the Council is still the Council of the Union). This double track is not an easy one to manage, evidence of it is the lack of decisions adopted on the legal basis of Article 138.

In fact, while the Union has legal personality (Article 47 TEU) and the ECB has it too (Article 9 Statute), the Eurozone has not. So, any decision about the single representation adopted on the legal basis of Article 138 refers to the Union, not the Eurozone. In this legal framework adopting a single autonomous external representation for the Eurozone is difficult, even if needed, both from a legal as well as from a political perspective.

The most critical issue is the representation of the Euro Area inside Groups of States and the IMF, as these organizations deal specifically with monetary and financial matters (so covering at once monetary and economic policy). Conversely, how the Euro area is represented in technical bodies, such as the Bank for International Settlements or the Financial Stability Board, is not an issue, as it refers to the international role of the European Central Bank and not of the Union or the Eurozone. This falls within the typical international activity of central banking and it is regulated by Articles 6 and 23 of the Statute of the European System of central Banks.

Several official documents in the previous years – as the Five Presidents' Report, the Bresso-Brok Report on improving the functioning of the European Union building on the potential of the Lisbon Treaty,[25] the Verhofstadt Report on possible evolutions of and adjustments to the current institutional set-up of the European Union,[26] the Protocol of Frankfurt: a new treaty for the eurozone, presented by Andrew Duff in 2016,[27] as well as many think tanks' and academic contributions[28] – all point up the need to strengthen the institutional

25 2014/2249(INI).

26 2014/2248(INI).

27 Available on-line at: http://aei.pitt.edu/70878/ (last consulted on 12 February 2022).

28 Among others see the manifestos by the Glienicker Gruppe (October 2013), by the Groupe Eiffel (February 2014) and the *Manifeste pour une Union Politique de l'Euro* (May 2014).

dimension of the Euro area, which would have as a consequence, the opening of new solutions to its external representation.

Some possible evolutions are already being explored, such as the transformation of the ESM into a European Monetary Fund, a specific budget line for the Eurozone in the EU budget, the creation of a parliamentary committee for monetary policy of only Eurozone elected representatives. All these solution point at an even greater differentiation among the ins and the outs, so that there is a clear trade-off between an efficient European economic and monetary governance and the Union's cohesion.

3 The Tiny EU Budget and the *Not-So-Own* Resources

The project of European monetary unification and what we perceive as its shortcomings – the dissociation between a unified monetary policy and many national economic policies; the blurry dividing line among the two; the focus on crises prevention and the scarcity of tools for their management; the inevitable differentiation between Union and Eurozone in monetary and financial integration – all stem from the inner logic of the EU treaties, i.e. the choices related to its budget, its size and financing.

Since the very beginning of the European integration, members states agreed to keep the politically significant competences in the field of welfare and taxation, and to centralize only that small portion of the budget that responds to the needs of the cohesion ancillary to the smooth functioning of the internal market (and of its most significant exception: the common agricultural policy). In the macroeconomic policy, the intervention tools are forcibly to be dimensioned in the small Union's budget. This easily explains the focus on the crises prevention, the attention to financial stability and the importance of sound national fiscal policy. This also explains the importance assumed in the TFEU by Article 125, the no bail out clause, aimed at discouraging rescue expectations as well as preventing phenomena of the moral hazard in lower levels of government. Consequently, the choice to leave economic policy in the competence of the states is consistent with a small European budget. The result is a regulatory approach – a few common rules, codified in the treaties – within the framework of a non-binding intergovernmental coordination mechanisms.

What has worked in the first decade of the monetary union has been then questioned because of exogenous shocks: first the global financial crisis, then the Covid-19 pandemic crisis, hence the debate, since 2010, on the need to

"complete European economic governance"[29]. Important institutional documents reopened the issue after 2010, such as the Commission's 2012 "Plan for an authentic and deepened Economic and Monetary Union" or again like the October 2014 Report "Towards a genuine Economic and Monetary Union", said of the four Presidents (of the Commission, Eurosummit, ECB and European Parliament), which was followed by the report "Completing the Union economic and monetary policy of Europe" of June 2015 (of the same plus the President of the Eurogroup).

The problem to be solved, not an easy one, was the loss of sovereignty at the national level – because of European constraints – without a corresponding acquisition of sovereignty (and budget) at the European level, so that the whole system did not have the flexibility and room for manoeuvre to promote the necessary adjustments, at any level. The difference with what happened in the sphere of monetary policy, in which the sovereignty lost by the national central banks was gained by the European central bank, is quite evident. This explains why, even in the presence of a solidarity clause in Article 122 of the Treaty, the financial instrument was inadequate, and it was necessary to find extra-budgetary resources on the financial markets and creating additional instruments and funds supported directly by national budgets. Nonetheless, it is not impossible for the Union to find extra-budgetary resources to be used with specific destinations, as in the case of the SURE ('Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency') or the Next Generation EU, but the financial crisis of 2010 highlighted how there were different levels of involvement and interest in participating in support mechanisms. In fact, the crisis from Covid-19 is completely different, affecting eurozone and non-eurozone states in almost equal measure, and gives rise, as we shall see, to an intervention in the context of European law.

To understand the difficulties on the expenditure front, it is necessary to look at the revenue, that is, the Union's own resources. The size of the budget is a direct projection of the scarcity of the resources made available to the Union. The provision of Article 312.1 TFEU for which "The multiannual financial framework shall ensure that Union expenditure develops in an orderly manner and within the limits of its own resources" binds the discourse on the European budget to the topic of own resources. The so-called "own resources" system was established in 1976 and was based on three categories of revenue: common customs duties, agricultural import levies and a small percentage of VAT (today

29 M. López-Escudero, « La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica union económica en formación ? », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, vol. 50, n°1, pp. 361–433.

0.3%), and harmonized tax in the calculation of the tax base. The solution was then innovative compared to most of the international organizations whose revenues were the result of direct transfers from the States. The collection was (and is) in any case managed by state administrations which retain a large percentage by way of reimbursement. In the 1980s a fourth resource was introduced, a percentage of the gross national product, following the decline of the first two due to the progressive liberalization of world trade. This phenomenon has progressed over time, resulting in an unstoppable growth in the GNP share of the total amount, reaching 68.9% of the total in 2015. This also explains why in the Multiannual financial framework (MFF) negotiations the States decide unanimously: after all they affect the transfer of national resources. There are therefore two related difficulties: the lack of genuinely European resources and the excessive weight of the Member States in the procedures.

In fact, although the budget is formally prepared by the Commission and approved by the Council and the Parliament through an *ad hoc* procedure (Article 314 TFEU), the revenue of the Union is the result of tiring negotiations between states on the MFF for a 7-years' time span. Both the multiannual financial framework and the own resources regime require unanimous vote in the Council of the Union and the latter also 27 national ratifications.

Concluding Remarks: Next Generation, Next Economic Constitution

Without wanting to deny the severity of the pandemic crisis that has engulfed the Union and the world, it cannot, however, be denied that only such a widespread shock could have paved the way for a reconsideration of the European budget. Moreover, this happened precisely when the Council of the Union was going to approve the new MFF 2021–2027 (which restrain the annual budget for seven years within rigid spending ceilings)[30], which is a particularly fortunate combination.

30 According to Article 312 TFEU, the multiannual financial framework shall ensure that Union expenditure develops in an orderly manner and within the limits of its own resources. The annual budget of the Union must comply with the multiannual financial framework which determines the amounts of the annual ceilings on commitment appropriations by category of expenditure and of the annual ceiling on payment appropriations. What makes this decision an especially difficult one is the need, for the Council, to adopt it unanimously after obtaining the consent of the European Parliament, which shall be given by the majority of its component members.

After a first MFF proposal in May 2018, which did not obtain the necessary consent by the Council of the Union and the Parliament, the Commission put forward a second one on January 2020, with the additional element of the Just Transition Fund, as part of the European Green Deal.[31] Following the Covid-19 crisis, an amended proposal was released on May, and the 'Next Generation EU' was born, even if on July 2020, the European Council adopted conclusions reduced the grant component from EUR 500 to 390 billion and increased the loan component from EUR 250 to 360 billion. The effort remained nonetheless at 750 billion for the years 2021–2023, so almost doubling the size of the European budget. From the expenditure side, Next Generation EU consists of a series of funds (modeled on the existing structural funds) that involve the transfer of resources to the Member States, in the form of loans or non-repayable funds, so that they can introduce certain specific economic reforms. The funds are extremely heterogeneous. They include the Recovery and Resilience Facility (RRF), which comprehends the main part (672 billion euros); ReactEU (47.5 billion); and then some other funds of minor economic impact: Horizon Europe; InvestEU; Rural Development; Just Transition Fund (JTF); RescEU.

The Next Generation EU is not only the most ambitious aid plan ever launched as well as a true act of economic policy[32] but, also, the occasion to revise the own resources system – which had been at a standstill since 2014. A first Decision on own resources, the 2020/2053 of December 2020,[33] gives the Commission the power to contract on the capital markets loans on behalf of the Union for a maximum amount of 750 000 million, intended to finance the plan, together with a new own resource from 1 January 2021 based on non-recycled plastic packaging waste.

The result is an increased size of the European budget, greater financial autonomy, and the prospect of a further review of the own resources regime. In fact, the Commission intends to propose the establishment of new resources of the EU when the time comes to repay the funds raised on the markets. Examples already offered in this regard are: additional income from a reform of the EU Emissions Trading System (ETS), a carbon border tax, a resource

31 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions the European Green Deal COM/2019/640 final.

32 I. Papadopoulos, « The EU Recovery Instrument as a European Success Story », in I. Papadopoulos (ed.), *European Economic Governance after the Eurozone and COVID-19 Crises*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholar Publishing, 2022, pp. 87–116.

33 Council Decision (EU, Euratom) 2020/2053 of 14 December 2020 on the system of own resources of the European Union and repealing Decision 2014/335/EU, Euratom.

based on the operations of companies in the EU single market and a digital tax.[34] Even if many of these innovations are only announced, the result, in terms of relaunching the value of solidarity and European political integration, can already be defined as undeniable.

Even if the package called Next Generation EU is intended to be a temporary recovery instrument dictated by the emergency, the issuance of European bonds and their maturity (up to 30 years as the ones financing the SURE mechanism) extends the effect of the decision well beyond the emergency. Furthermore, the creation of new own resources results in a structural change[35]. The result is a change of perspective in the aim of the European economic constitution: not an immutable stability, but the well-being of citizens, which means nowadays navigating through the dangerous currents of global instability and increasing environmental risks.

The risk of a future inflationary drift, as pointed out by the German Constitutional Court in its decision released on May 5, 2020, does exist. Yet, the reasoning of the ECJ in the Gauweiler and Weiss case seem to point out that what appears to be a division of competences in the treaties – economic policy to the member states, monetary policy to the ECB – is better interpreted as a functional attribution of priorities. Monetary policy decisions could have an influence on economic policy as economic policy decisions can affect monetary policy, nor could it be otherwise. In this sense, the role of the ECB in supporting general economic policies in the Union to contribute to the achievement of the Union's objectives – without prejudice to price stability – holds more political meaning.

In the end – be it in own resources, monetary policy, or rescue packages – what is surfacing is a greater political discretion in a system which had been imagined more technocratic and "stable". Both the ECB, the EU political institutions and the Eurozone ministerial gatherings have shown unexpected creativity since 2010 – as shown by the famous 'whatever it takes' speech by

34 Such revision is so anticipated in para. 29 of the European Council Conclusion: "As a first step, a new own resource based on non-recycled plastic waste will be introduced and apply as of 1 January 2021. As a basis for additional own resources, the Commission will put forward in the first semester of 2021 proposals on a carbon border adjustment mechanism and on a digital levy, with a view to their introduction at the latest by 1 January 2023. In the same spirit, the Commission will put forward a proposal on a revised ETS scheme, possibly extending it to aviation and maritime. Finally, the Union will, during the next MFF, work towards the introduction of other own resources, which may include a Financial Transaction Tax".

35 F. Fabbrini, « The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU beyond the Pandemic », *Journal of Common Market Studies*, vol. 60, n°1, 2022, pp. 186–203.

Mario Draghi in London in July 2012. Crises sparked the reflection over a crucial point, the assumed equation *stability equals resilience*. In a fast-changing and unpredictable reality, resilience is also adjustment, ability to react quickly, mutual support. These cannot be the result of static rules, but of ongoing political negotiation at all levels, resulting, in the end, in assumption of responsibility, which is the very core of sovereignty.

The concluding remarks by Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson highlight the political conundrum we are in, which opens a whole new chapter in the definition of the (not just economic) constitution of the continent.

Select Bibliography

Allemand, F., and Martucci, F., « La nouvelle gouvernance économique européenne I », *Cahiers de droit européen*, 2012, vol. 48, n°1, pp. 17–99.

Allemand, F., and Martucci, F., « La nouvelle gouvernance économique européenne II », *Cahiers de droit européen*, 2012, vol. 48, n°2, pp. 409–457.

Borger, V., « Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler », *Common Market Law Review*, 2016, vol. 59, n°1, pp. 139–196.

Contaldi, G., « Il significato attuale dell'economia sociale di mercato nell'ordinamento dell'Unione europea », *Ordine internazionale e diritti umani,* 2018, pp. 544–564.

Costamagna, F., « National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, n^{os} 2–3, pp. 163–190.

Craig, P., and Markakis, M., « Gauweiler and the Legality of O.M.T. », *European Law Review*, 2016, vol. 41, n°1, pp. 4–24.

Daniele, L., Simone, P., and Cisotta, R., (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Cheltenham, Springer, 2017.

Fabbrini, F., « The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU beyond the Pandemic », *Journal of Common Market Studies*, vol. 60, n°1, 2022, pp. 186–203.

López-Escudero, M., « La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: ¿una auténtica union económica en formación? », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, vol. 50, n°1, pp. 361–433.

Lo Schiavo, G., « The Judicial 'Bail Out' of the European Stability Mechanism: Comment on the Pringle Case », *CoE Research Papers in Law*, n° 9, 2013.

Martucci, F., « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l'arrêt Gauweiler entre droit et marché: Commentaire de l'arrêt CJ, GC, 16 juin 2015, Peter Gauweiler e.a, C-62/14 (1) », *Cahiers de droit européen*, 2015, vol. 51, n° 2, pp. 493–534.

Mooij, A. A. M., « The *Weiss* judgment: The Court's further clarification of the ECB's legal framework: Case C-493/17 *Weiss and others*, EU:C:2018:1000 », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, vol. 26, n°3, pp. 449–465.

Munari, F., « Da *Pringle* a *Gauweiler*: I tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo », *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, pp. 723–755.

Pace, L.F., « The OMT case, the "intergovernmental drift" of the Eurozone crisis and the (inevitable) rectification of the bVerfG jurisprudence in the light of the ECJ's Gauweiler judgment », *Diritto dell'Unione europea*, 2017, n°1, pp. 153–170.

Papadopoulos, I., « The EU Recovery Instrument as a European Success Story » in I. Papadopoulos (ed.), *European Economic Governance after the Eurozone and COVID-19 Crises*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholar Publishing, 2022, pp. 87–116.

Discussion
The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance

Peter Lindseth and Cristina Fasone

Introduction

The contributions we have been asked to comment on here – those of Francesco Martucci[1] and of Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson[2], respectively – each take an historical approach to understanding the current state of the EU's Economic and Monetary Union (EMU). Both contributions identify broadly similar 'neoliberal' ideological foundations and outcomes, although in tracing this genealogy each uses a somewhat different approach. Francesco Martucci deploys what we might call the classic tools of historical political development and policy history, whereas Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson focus more on historical political economy and critical intellectual history. The results, however, are broadly complementary. As a threshold matter, as Francesco Martucci puts it, we think it is fair to say both contributions agree that:

> l'UEM reflète une construction qu'on pourrait qualifier de néolibérale en ce sens qu'il s'est agi d'adapter la politique économique et monétaire en fonction de la contrainte des marchés financiers. Les racines théoriques de l'UEM révèlent en effet qu'il s'est agi, afin de garantir une stabilité macro-économique nécessaire à une monnaie unique, d'imposer le respect de règles dans la conduite des politiques monétaire et économique. Toutefois, il convient de relativiser la portée juridique de ces règles car, derrière le discours du constitutionnalisme économique, une large marge de manœuvre est laissée au politique.[3]

1 See *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

2 See *supra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? ».

3 See *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire », Subchapter 2.2.

© PETER LINDSETH AND CRISTINA FASONE, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_018
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson are, however, more ambitious in their effort to characterize the precise nature of this neoliberal imposition of policy constraints on national and supranational governance. In their view, this history has given rise to "an authoritarian framework of governing", one designed "to insulate the market from democratic pressures".[4] Most importantly, this framework has "entrenched a distinction between the authorization and exercise of governmental powers that was supposed to limit governmental flexibility at both the Member State and Union level, subjecting governmental discretion to constitutional rules rather than ordinary political contestation".

The observations we will offer here are broadly sympathetic to the interpretations offered by both Francesco Martucci and Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson. We thoroughly agree that, under the guise of a purported economic constitutionalism,[5] European elites have tried to remove highly contested matters from the realm of traditional democratic politics.[6] The principal means of doing so has been the supranational imposition of rule-based constraints on the exercise of sovereign power at the national level. In our view, however, one should avoid speaking of these constraints in autonomously 'constitutional' terms (economic or otherwise), as that discourse obscures something crucial about the nature of EU governance. These constraints no doubt have had an impact on the exercise of constitutional power at the national level; nonetheless, they should not be understood as 'constitutional' in their own right.[7] To use that terminology is in fact a category mistake, confusing the idea of a supranational 'constitution' with the EU's essentially technocratic and juristocratic, i.e. 'administrative' (and hence 'sub-constitutional'), character. This is not just a problem of legal semantics or a dispute over labels with no

4 Ed.: regarding the question of "authoritarian liberalism", see also *supra* in this volume, Section 2 – *The (Neo)Liberal Recapture of the Concept*, and esp. W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" » and the discussions by S. Audier (« Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ») and V. Valentin (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »).

5 Ed.: concerning the evolution of economic constitutionalism in the (neo)liberal discourse, see *supra* in this volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

6 Ed.: see *infra* in this volume, T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

7 Ed.: in the introduction (*supra* in this volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires »), we (Editors) share this view when we describe the EU's 'constitutional' rhetoric as *'catachrèse'* (catachresis), i.e. an "improper use of words; application of a term to a thing which it does not properly denote; abuse or perversion of a trope or metaphor" (Oxford English Dictionary).

substantive import. The constitutional discourse leads, rather, to a profound misunderstanding of what a fundamentally technocratic and juristocratic (again, 'administrative') EU can realistically and legitimately achieve on its own. We submit that the disconnect between the language of constitutionalism and the EU's fundamentally sub-constitutional, administrative character is a core contradiction that the contributions by Francesco Martucci and by Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson each highlight but do not name. Our purpose here is to bring that contradiction more squarely to the fore, in order to demonstrate how it defines the limits of EU (and EMU) governance.

1 Resource Mobilization and the Boundary between Administrative and Constitutional Power

The EU generally, and the EMU more specifically, today sit uncomfortably at the boundary between mere administrative governance and the aspiration to a genuine form of supranational constitutionalism. European governance depends, first and foremost, on a delegation of regulatory power from constitutional bodies on the national level to primarily technocratic and juristocratic (again, 'administrative') agents on the supranational level. Of course, EU institutions also enjoy an electoral component by way of the European Parliament (EP) – something that many lawyers, judges and law professors often see as essential to advancing the EU's autonomously democratic and constitutional legitimacy. Nonetheless, this electoral dimension of European governance has in fact done little to alter the fundamentally administrative character of European integration.[8]

The essential purpose of delegating regulatory power to EU institutions has been to create mechanisms to police the Member States' fulfilment of their legal 'pre-commitments' to each other (most importantly, but hardly exclusively, in

8 See A. E. Stie, *Democratic Decision-Making in the EU: Technocracy in Disguise?*, Abingdon, Routledge, 2012. For earlier formulations of this administrative/technocratic perspective, see P. L. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation*-State, Oxford, Oxford University Press, 2010; P. L. Lindseth, « Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community », *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, n°3, pp. 628–738. See also, more recently with regard to the EP, P. L. Lindseth, « Executives, Legislatures and the Semantics of EU Public Law: A Pandemic-Inflected Perspective », in D. Fromage and A. Herranz-Surrallés (eds.), *Executive-Legislative* (*Im*)*balance in the European Union*, Oxford, Hart Publishing 2021, pp. 303–327.

the area of free movement in all its forms).[9] In fulfilling this function, these supranational agents – above all the European Commission and the Court of Justice of the European Union (CJEU), joined more recently by the European Central Bank (ECB) – possess considerable technocratic and legal legitimacy as well as normative autonomy (again, supplemented by an electoral component via the EP). And there can be no doubt that this 'pre-commitment' function has had important consequences for the operation of democratic and constitutional power on the national level, something also true of the rise of the administrative state more generally over the course of the 20th century.[10] But even as this 'pre-commitment' function has had important constitutional consequences, it has never attained autonomous democratic and constitutional legitimacy in its own right, at least in the most robust sense we will describe in this contribution. Rather, the EU's legitimacy, as an instantiation of supranational administrative power, has remained fundamentally 'parasitic' on the democratic and constitutional legitimacy of national institutions.[11] Indeed, as will also be detailed below, the limitations inherent in the EU as an extension of administrative governance to the supranational level, without robust constitutional authority of its own, explains much about the struggles of European integration over the last decade of crisis.

One would never understand these limitations, however, by looking at the discourse of legal elites in the EU – lawyers, judges, law professors – who, for the most part, continue to describe the function of the EU's supranational agents in autonomously constitutional terms. Perhaps the leading example is the landmark *Les Verts* judgment in 1986, in which the Court of Justice itself famously described the European Treaties as a "constitutional charter of a Community based on the rule of law".[12] This lofty characterization – which casts the EU as a vehicle for ensuring the rule of law through the enforcement

9 For further theoretical background on the role of 'pre-commitment' in governance beyond the state, see P. L. Lindseth, « Theorizing Backlash: Supranational Governance and International Investment Law and Arbitration in Comparative Perspective », *Journal of World Investment and Trade*, 2020, vol. 21, n°1, pp. 34–70.

10 See P. L. Lindseth, « The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s », *Yale Law Journal* 2004, vol. 113, n°7, pp. 1341–1415.

11 On this concept, see, e.g., K. Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 42. For further exploration of the concept, see generally P.L. Lindseth, « The Perils of 'As If' European Constitutionalism. Review of K. Tuori, European Constitutionalism (Cambridge University Press, 2015) », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n° 5, pp. 696-718.

12 ECJ, 23 April 1986, *Parti écologiste 'Les Verts'* v *European Parliament*, Case 294/83 (ECLI:EU:C:1986:166), para 23.

of seemingly constitutional principles – has long dominated European legal scholarship even as there are persistent concerns today about its aptness.[13] No doubt, this characterization contains an important element of truth on a semantic level. Among the many meanings given to the term 'constitution',[14] perhaps the most widespread in the EU relates to the limitation and constraint of power, and more particularly of *national* power. For many advocates of integration, this function serves as integration's ultimate *finalité*, addressing the pathologies of nationalism after the atrocities of 1914–1945, countering the "democratic malfunctions in national political processes"[15] and taming the domination of one or more nation states over others.[16] The internal market has certainly been one of the major achievements of that effort, requiring Member States in the EU to delegate power to supranational 'precommitment' institutions to police the Member States' fulfilment of their mutual legal commitments to each other and thus prevent the asymmetric vindication of power by any single Member State.

And yet, even as the Union's output legitimacy (at least in terms of a prosperous internal market) has often met expectations, the EU is nonetheless still a paradoxical combination of strength and weakness. On the one hand, the Union itself has been accused of questionable self-empowerment,[17] as well as developing mechanisms of democratic legitimation that are inadequate to

13 This is particularly the case with regard to so-called 'rule of law backsliding'. See, e.g., D. Kochenov and L. Pech, « Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality », *European Constitutional Law Review*, 2015, vol. 11, n°3, pp. 512–540. See also J. Komárek (ed.), *The EU Constitutional Imagination: Between Ideology and Utopia*, Oxford, Oxford University Press, forthcoming.

14 See R. Schütze, « Constitutionalism », in R. Masterman and R. Schütze (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 40–66.

15 M. Poiares Maduro, « Passion and Reason in European Integration », FCE 3/10 *Forum Constitutionis Europae* (Humboldt University, Walter Hallstein-Institut Für Europäisches Verfassungsrecht 2010), p. 6.

16 R. Bellamy, *A republican Europe of states. Cosmopolitanism, intergovernmentalism and democracy in the EU*, Cambridge, Cambridge University Press 2019, pp. 174–208. Ed.: the project of a Europe of peace through economic integration (and the resulting balance of power) can already be found in the past, notably in the theories of the French Physiocrats of the 18th century (see *supra* in this volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique, l'Europe »).

17 P. Lindseth, « The metabolic constitution and the limits of EU legal pluralism », in G. Davies and M. Avbelj (eds.), *Research handbook on legal pluralism and EU law*, Cheltenham (UK)/ Northampton (MA), Edward Elgar, 2018, pp. 223–242, esp. p. 227.

counter-balancing the EU's 'supranational technocracy'.[18] On the other hand, in terms of resources available to it, the EU is broadly recognized as quite weak. At least up until the coronavirus pandemic (about which more below), the EU's budget was capped at a level between 1.29% of all the Member States' GNI for commitment appropriations and 1.23% of the EU GNI for payment appropriations[19] (amounting to 153 billion euro in payments for 2020). In other words, the budget was traditionally set at an amount much smaller than the average budget of a medium-size Member State. This could hardly be sufficient to fulfil the demanding objectives set forth in the Treaties, much less addressing a crisis on the scale of the climate emergency or the coronavirus pandemic. According to the objectives set out in Article 3 TEU, integration is, among other things, supposed to help achieve "the well-being of its peoples" and "a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress", while also "combat[ting] social exclusion and discrimination" and contributing to "the sustainable development of the Earth" and the "eradication of poverty".

But one might fairly ask: how could the EU possibly achieve these demanding goals if it lacks the ability to mobilize its own revenues, most importantly via its own taxing and borrowing authority? This question of resource mobilization, frankly, is crucial to determining whether the EU is merely an (admittedly powerful) supranational administrative body rather than an autonomously constitutional entity in its own right. The EU Decision on own resources – which applies *both* to taxes as well as common borrowing under the Multiannual financial framework (MFF) – requires unanimity in the Council and only the consultation of the European Parliament, and its entry into force is conditional upon the approval of the Member States according to domestic constitutional requirements (Article 311 TFEU). Moreover, the EU budget has traditionally been financed by national contributions (nearly 80%), whereas the remainder has come from a series of taxes that are in fact collected nationally – historically sugar levies, customs duties, and a percentage of the harmonized Value-Added Tax (VAT).[20] The pandemic response has altered this reality to some extent, by adding to these nationally-collected taxes a layer of shared

18 N. Scicluna, « Politicization without democratization: How the Eurozone crisis is transforming EU law and politics », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n°3, pp. 545–571, esp. pp. 562 ff.

19 Article 3 of Council Decision 2014/335 on the Union's own resources.

20 C. Fasone and N. Lupo, « The Union Budget and the Budgetary Procedure », in R. Schütze and T. Tridimas (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 809 ff., esp. pp. 814–816.

EU debt, allowing the budget to reach a level of roughly 2% of GNI for a limited five-year period. However, just as before, this debt will be backed by tax revenues mobilized at the national level, not the EU's own taxing authority.

In other words, there remains no EU tax collection service that 'wears the EU badge', so to speak, operating on the basis of the EU's own autonomous legitimacy rather than that of the Member States. The absence of a supranational power and legitimacy to mobilize these resources directly has created never-ending tensions around the EU budget between Member States that are net contributors and those that are net beneficiaries, as well as the recurrent claims by the former to so-called 'rebates' (first of all for the UK – while it was still a Member State – and thereafter for such net contributors as Austria, Denmark, Germany, the Netherlands, and Sweden).[21] The last decade of crisis in the EU has only accentuated these tensions in the European system. During the Eurozone crisis, observers rightly criticized the nature and the pace of the supranational response,[22] which was constrained in considerable part by the EU's lack of autonomous fiscal capacity. The persistent reliance on intergovernmentalism, as well as the use of extra-EU sources of law to manage an obviously pan-European problem – not to mention a heavy reliance on unconventional monetary measures by the ECB – brought the legitimacy and effectiveness of the collective European response into question.

The Eurozone crisis, alongside the incomplete nature of the EMU – long devoid of a fiscal pillar[23] – brought to the fore one of the main weaknesses of the European system: while the EU may claim an autonomously constitutional character, that character is based almost entirely on constraining Member States' power. The EU cannot, however, compel the legitimate mobilization of resources on its own accord – arguably the very essence of genuinely 'constitutional' authority. As one of us has argued elsewhere:

> [...] The 'constitution' of power entails the sociopolitical emergence of mechanisms to extract and redirect ('mobilize') human and fiscal resources in a legitimate and compulsory fashion. Legitimate compulsory

21 R. Crowe, « The European Budgetary Galaxy », *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, n°3, pp. 428–452, esp. pp. 432–433.

22 M. Dawson and F. De Witte, « Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis », *Modern Law Review*, 2013, vol. 76, n°5, pp. 817–844; A. Menéndez, « The Existential Crisis of the European Union », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n°5, pp. 453–526.

23 See A. Verdun, « An "Asymmetrical" Economic and Monetary Union in the EU: Perceptions of Monetary Authorities and Social Partners », *Journal of European Integration*, 1996, vol. 20, n°1, pp. 59–81.

> mobilization is the crucial element in the political metabolism of a community, converting social and economic resources into work for public ends. This 'metabolic' function, if you will, is the essential element of any genuinely 'constituted' public authority. [...] In this sense, legitimate compulsory mobilization is the true *sine qua non* of constitutional authority.[24]

Regardless of the breadth of the EU regulatory powers,[25] the unwillingness of Member States to equip the EU with the autonomous power to mobilize revenues in a compulsory fashion casts serious doubt on the EU's purportedly constitutional character, at least in the most robust sense. What remains, therefore, is an EU fundamentally of a sub-constitutional, technocratic and thus 'administrative' character. In this state of affairs, the metabolism of the EU remains primarily in the hands of the Member States and their budgetary authorities, even as that power is now subject to regulatory constraints at the supranational level. The conditionality imposed by the EU on this power may have many variants – linked, as it often is, to financial assistance, the compliance with macroeconomic rules, green standards, or the rule of law. But despite that conditionality, the situation – in terms of the actual mobilization of resources – is not unlike the 'pre-constitutional' United States under the Articles of Confederation, in which the 'confederal' level, such as it was, remained entirely dependent on the polycentric legitimacy of its constituent states to mobilize resources on the confederation's behalf.[26]

It follows that the EU's 'metabolic constitution' – the manner in which resources are mobilized towards the ends of European integration – is fractured in several ways, leaving the EU, as fundamentally a form of administrative governance, unable to transcend its own socio-legal and socio-institutional limitations as such. The most fundamental limitation, discussed in the second subchapter below, flows from the disconnect between power and legitimacy in the Union, by which we mean the repeated conferral of regulatory power on European institutions, albeit without the EU enjoying the necessary democratic

---

24 P. L. Lindseth, « The metabolic constitution and the limits of EU legal pluralism », *op. cit.*, p. 223.

25 See, amongst many, G. Majone, *Regulating Europe*, London/New York, Routledge, 1996, pp. 47–80 and pp. 265–301.

26 See T. Wozniakowski, « Why the sovereign debt crisis could lead to a federal fiscal union: the paradoxical origins of fiscalization in the United States and insights for the European Union », *Journal of European Public Policy*, 2018, vol. 25, n°4, pp. 630–649, esp. p. 631.

and constitutional legitimacy to support the exercise of this power through an autonomous mobilization of resources in its own right. This contribution then explores how this break in the necessary 'power-legitimacy nexus'[27] has manifested itself in EU governance over the last decade, most importantly in the Eurozone crisis. We then critically examine measures foreseen as part of the response to the coronavirus pandemic (most importantly, the Next Generation EU recovery and resilience facility). Our overall aim with this analysis is to assess the extent to which these more recent efforts may constitute a paradigm shift – a 'critical juncture'[28] – in the EU's fractured metabolic constitution (spoiler alert: they do not, at least not fully and not yet, again leaving the EU fundamentally of an administrative, technocratic character). Finally, in conclusion, we take stock of where the EU now stands and what might need to happen in order to overcome or transcend the boundary between administrative and constitutional power, thus perhaps leading to development of a genuinely autonomous constitutional metabolism at the supranational level in Europe.

2 The Fundamental Fracture between Power and Legitimacy in European Integration

As has long been recognized, it can be very disorienting trying to come to terms with the EU's "constitutional structure … of bits and pieces".[29] The complex interplay between the scope of the EU's power and its lagging legitimacy contributes directly to a sense of estrangement on the part of the average European citizen towards the European system. The power to mobilize resources in a compulsory fashion – most importantly, to tax – is intimately bound up with the scope of legitimacy enjoyed by the political structure in question, notably by a national legislature. Regulatory powers, by contrast, may be possessed by an entity with a lesser and more derivative legitimacy, such as a technocratic agency within the limits provided by the principle of legality. In short, different degrees of legitimacy support different kinds of power. We can call this the

27 P. Lindseth, « The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance », in F. Bignami (ed.), *EU Law in Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press 2019, pp. 505–530, esp. pp. 508–510.

28 See G. Capoccia, « Critical Junctures and Institutional Change », in J. Mahoney and K. Thelen (eds.), *Advances in Comparative-Historical Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press 2015, pp. 147–179.

29 D. Curtin, « The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces », *Common Market Law Review,* 1993, vol. 30, n°1, pp. 17–69.

'power–legitimacy nexus', which refers to "the linkage between the nature of the legitimacy enjoyed by a legal or political order (legal, technocratic, functional, or robustly democratic and constitutional) and the scope of power that the legal order can then successfully exercise".[30]

No less than in any other system, that power-legitimacy nexus defines the scope of power that the EU can successfully exercise. The bases of legitimacy in the EU are, variously, national-executive (the European Council and the Council), technocratic (the Commission and the ECB) and juristocratic (the Court of Justice). Moreover, the EU's 'legislature' (European Parliament and Council), such as it is, may inject an electoral component into the system, either directly or indirectly, but that 'legislature' lacks the autonomous power and legitimacy to extract and redirect fiscal and human resources on a societal scale akin to a national parliament.[31] This crucial feature of the European system points us towards the ambiguous and incomplete 'constitutionalism' in EU public law.[32] European supranationalism undoubtedly reflects the constraining type of constitutionalism, for example in the separation of powers or the protection of rights as well as in the use of various kinds of conditionality mechanisms. But EU public law falls short of constitutionalism in the most robust sense, i.e. the legitimate-compulsory mobilization of resources separate and apart from the Member States.

This is hardly to say that the constraining activity of EU institutions is without value. Indeed, the opposite is true: the EU acts as a crucial agent of peaceful cooperation and coordination, seeking to ensure that the Member States fulfil their myriad legal and political commitments to each other. "For this reason, as a matter of functional necessity, the EU must operate with a degree of autonomy from direct member-state control (although not from member-state legitimation)".[33] But in pursuing this essential function, the EU lacks a robustly constituted power, precisely because the EU does not (as yet) possess

30 P. L. Lindseth, « The metabolic constitution and the limits of EU legal pluralism », *op. cit*., p. 235; V. A. Schmidt, *Europe's Crisis of Legitimacy. Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone*, Oxford, Oxford University Press 2020, pp. 57–66, who talks of a 'split-level legitimacy'.

31 See P. Lindseth, « Executives, Legislatures, and the Semantics of EU Public Law», *op. cit.*

32 Not to mention that EU public powers are often exercised by or together with private actors: See A. Vauchez, « In Search of Europe's Phantom Public. "Public-ness" and the European Union », *German Law Journal*, 2020, vol. 21, n°1, pp. 46–50. For more details on the ambiguous and incomplete 'constitutionalism' in the EU, see P.L. Lindseth, « The Perils of 'As If' European Constitutionalism », *op. cit*.

33 P. L. Lindseth, « The metabolic constitution and the limits of EU legal pluralism », *op. cit*., p. 236.

the deep-rooted democratic and constitutional legitimacy of a pan-European variety needed to sustain it.[34] And it is for this reason that the metabolic constitution of the EU is polycentric, fractured among the several Member States, where – despite the extensive delegation of power to EU technocratic and juristocratic bodies – the robust form of democratic and constitutional legitimacy continues to reside.[35]

In this way, the EU is 'parasitic' on the democratic and constitutional authority on the national level.[36] Thus, when national democracies suffer from constitutional retrogression or are under populist attack or risk a serious economic downturn, the EU is also affected in its ability to deliver. Since the 1990s, the increasing globalization of economies and the interdependence among legal systems have combined with other challenges – from climate change to migration, terrorism, and health emergencies – to demand forms of governance beyond the nation-state. In the case of the EU, these challenges have further amplified both the functional demands for 'more Europe' as well as the gap between the EU's needed powers and its lagging legitimacy. Not only is the legal basis for the exercise of EU authority often contested, but the EU is also unable to mobilize the needed resources in a compulsory and legitimate manner to support that authority even when it is legally determined to exist. Although the EU is often, functionally and even legally, the most apt level to act, it nonetheless cannot provide the fiscal and human lifeblood to the response. By contrast, national political communities, while equipped with the democratic and constitutional legitimacy to mobilize resources, are often functionally limited in what they can achieve alone and therefore must coordinate through the EU in order to address problems effectively.[37]

The challenge, therefore, is to bridge this fundamental disconnect between the two levels of governance in the EU – robustly democratic and constitutional at the national level, primarily administrative, technocratic and juristocratic at the supranational level. Both are essential to addressing the myriad challenges that Europe has faced over the last decade – from the Eurozone crisis, to the climate emergency, to the coronavirus pandemic. From the perspective

34 Of course, it also lacks constituent power on its own, though it has been argued that the EU enjoys a *pouvoir constituant mixte*: see J. Habermas, « Citizen and State Equality in a Supranational Political Community: Degressive Proportionality and the *Pouvoir Constituant Mixte* », *Journal of Common Market Studies*, 2017, vol. 55, n°2, pp. 171–182.

35 Ed.: see also *infra* in this volume, C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

36 On this concept, see, e.g., K. Tuori, *European Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 42.

37 See P. L. Lindseth, « The metabolic constitution and the limits of EU legal pluralism », *op. cit.*, p. 240.

of the so-called 'democratic deficit' at the supranational level, this may appear mainly as a challenge of institutional engineering, something that can and should be addressed by further 'democratization' at the EU level. That is a normatively attractive option but, as experience has shown, it has proven easier said than done. The reason is that the 'democratic deficit' misunderstands the actual nature of the European edifice, assuming it is robustly constitutional when Member States refuse to endow it with powers beyond those of an (again, admittedly powerful) administrative agency. At this stage of the EU's development, the true challenge is thus to find ways to bridge the 'democratic disconnect' between the European and national levels, which today requires finding a way to channel the democratic and constitutional legitimacy (and hence mobilization powers) of the national governance to the supranational level. Such channelling remains essential when dealing with forms of fundamentally administrative governance, as in the EU. Unless and until a deeper transformation – that is, a 'critical juncture' – takes place in the relationship between power and legitimacy in European governance, the EU will remain fundamentally a sub-constitutional instantiation of administrative governance.[38] The problem is much more socio-political and socio-cultural than it is simply legal and institutional, something that integration's most fervent (usually legal) advocates repeatedly ignore.

If one were to translate this point into the terms of Dani Rodrik's famous 'political trilemma of the world economy',[39] the challenge in the EU context becomes clearer. Rodrik's model tells us why, as between maintaining national sovereignty, preserving democratic politics, and pursuing deep economic integration, "we can combine any two of the three, but never have all three simultaneously and in full".[40] Considerable nuance is necessary, however, to apply this model to the EU case. Most importantly, one needs to reconcile integration's extensive delegation of regulatory power to the supranational level with the retention of legitimate-compulsory mobilization powers by national parliaments. The best way to do so, we suggest, is through an appreciation of the aforementioned power-legitimacy nexus,[41] as well as how this nexus has shaped the balance between democracy, sovereignty, and economic integration in the EU context.

38 P. Lindseth, « The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance », *op. cit.*, p. 522–525.

39 For a succinct overview of that trilemma, see D. Rodrik, « The Inescapable Trilemma of the World Economy » (*Dani Rodrik's weblog*, 27 June 2007), available at: http://rodrik.typepad.com/dani_rodriks_weblog/2007/06/the-inescapable.html (last consulted on 12 February 2022).

40 *Ibid.*

41 See the passage above accompanying note 30.

To achieve this reconciliation, integration necessarily built on what we can call, in historical terms, the 'post-war constitutional settlement of administrative governance'.[42] When applied to realities of European integration, Rodrik's trilemma would properly look something like this:

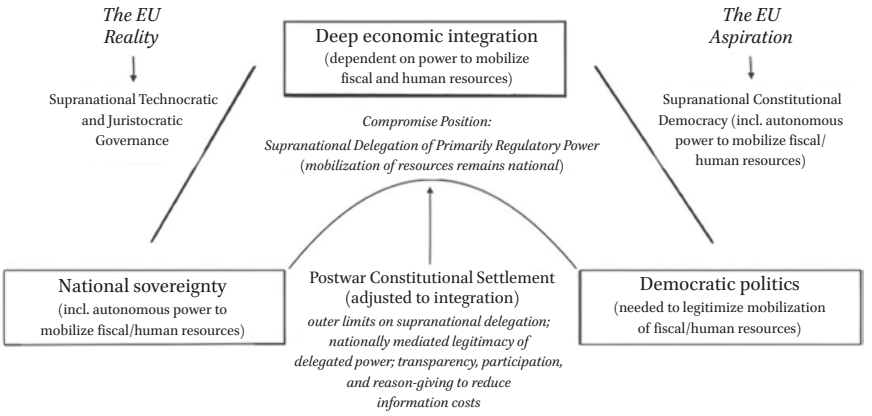


FIGURE 1 Rodrik's trilemma applied to European integration

The EU operates primarily along the left prong of Rodrik's model, through the delegation of regulatory power to supranational 'pre-commitment' institutions, both technocratic (e.g. the Commission or the ECB) as well as juristocratic (the CJEU). The very purpose of these institutions is to police the member states' fulfillment of their legal commitments to each other in the treaties (hence mobilizing national sovereignty in service of deep economic integration). Because the EU's ability to achieve autonomous democratic and constitutional legitimacy is limited (alas, the ever-present 'no-demos problem'), it cannot combine supranationalized democratic politics and deep economic integration as it aspires to do (the right prong of the model). In the end, the necessary reconciliation of supranational regulatory power and national democratic and constitutional legitimacy must occur along the bottom branch of the trilemma, albeit with some adjustments not properly accounted for in Rodrik's original. These include constitutional limits on the scope of power delegable to the EU level (particularly in terms of resource mobilization); nationally-mediated oversight (executive, legislative and judicial) of powers otherwise delegable to the EU; as well as transparency, participation and reason-giving obligations at the EU level in order to reduce information costs to such nationally-based oversight.[43]

42 See P. L. Lindseth, *Power and Legitimacy*, *op. cit.*

43 See generally P. L. Lindseth, *Power and Legitimacy*, *op. cit.*

The purpose of such mechanisms, in other words, is to find ways to bridge the 'democratic disconnect' between the national and supranational levels in the EU. But in the end, this bridging challenge is not simply one of institutional engineering; rather, it is more deeply socio-political and socio-cultural, imposing clear constraints on what a still-fundamentally 'administrative' EU, as currently constructed, can realistically achieve without constitutional legitimacy of its own.

3 The Multilevel Impact of the Democratic Disconnect in and after the Eurozone Crisis

Europe's experience with the global financial crisis, and more particularly with the Eurozone crisis, manifested this socio-political and socio-cultural challenge quite well. The Eurozone crisis was defined by two inter-related impacts operating in parallel: on the one hand, the sense of power-legitimacy fracture deepened at EU level; on the other hand, the response to the crisis brought the nexus between power and legitimacy at the national level into question as well. We will take each of these parallel effects in turn.

3.1 *The Eurozone Crisis and the Deepening Sense of Power-Legitimacy Fracture at EU Level*

Confronted by a risk of collapse of some Member State economies (and hence, potentially, of the EMU as a whole), the EU was in desperate need of an immediate common response to the debt crisis that erupted in 2010. Aside from not having enough resources of its own to deal with the situation credibly, the EU also faced legal obstacles to a proper deployment of support and assistance. Articles 123 and 125 TFEU, as is well known, prevented two potentially helpful responses: on the one hand, the ECB was barred from providing financial assistance to Member States through direct purchase of government bonds; on the other hand, the Union itself was prohibited from "assum[ing] the commitments of central governments, regional, local or other public authorities [...]". Despite these restrictions, EU institutions and the Member States were very creative in developing work-arounds in order to save the euro. At the very early stages of the Eurozone crisis, the EU established a temporary fund, the European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM), to provide emergency lending of up to 60 billion euro, backed by an implicit guarantee in the EU

budget.[44] The capacity of this fund, however, was much too small to handle the assistance needs of a growing number of countries. Consequently, in June 2010, the Eurozone Member States created a temporary mechanism, regulated under private law, known as the European Financial Stability Facility (EFSF). This mechanism laid the foundation for the eventual creation of a permanent fund, the European Stability Mechanism (ESM), perhaps the most important institutional innovation in the context of the Eurozone crisis.

The ESM uses the combined capital contributions of the Member States as backing for the issuance of bonds, the proceeds of which are then loaned, at politically determined rates but subject to strict conditionality, to Member States that otherwise have lost access to the credit markets. Concerns about whether this fund might violate the 'no bailout clause' (Article 125 TFEU) were addressed in 2011 through an amendment to Article 136 TFEU, allowing the Eurozone countries to "establish a stability mechanism to be activated if indispensable to safeguard the stability of the euro area as a whole" and to grant financial assistance under strict conditionality.[45] The *Pringle* judgment of the Court of Justice in 2012 provided an interpretation of the ESM and the Article 136.3 TFEU amendment in compliance with EU law.[46] In doing so, the Court upheld the validity of this legal by-product of the Eurozone crisis, even though it still operated primarily outside the EU legal framework.

Beyond the ESM, the other major vehicle to address the deepening Eurozone crisis was of course the European Central Bank. In an unprecedented attempt 'to save the euro', the ECB effectively reinvented its role through a series of unconventional monetary operations – the Securities Market Programme (SMP), the Outright Monetary Transactions (OMT) programme (whose mere announcement had been enough to calm the markets), and the various efforts at quantitative easing (QE) at mid-decade, notably including the Public

44 Council Regulation 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European Financial Stabilisation Mechanism. The first rescue programme to Greece in 2010 was also partly financed through bilateral loans by Member States. See C. Kilpatrick, « Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law? », *European Constitutional Law Review*, 2014, vol. 10, n°3, pp. 393–421, esp. pp. 398 ff.

45 European Council Decision 2011/199 of 25 March 2011 amending Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro.

46 ECJ, 27 November 2012, *Thomas Pringle* v *Government of Ireland and Others*, Case C-370/12 (ECLI:EU:C:2012:756). See T. Beukers and B. de Witte, « The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism: Pringle », *Common Market Law Review*, 2013, Vol. 50, n° 3, pp. 805–848; A. Hinarejos, « The Court of Justice of the EU and the Legality of the European Stability Mechanism », *Cambridge Law Journal*, 2013, vol. 72, n°2, pp. 237–240.

Sector Purchase Program (PSPP). Through each of these programmes, the ECB attempted to provide needed liquidity to Eurozone countries experiencing financial and economic troubles. In pursuing these operations, an objective alliance between the (technocratic) ECB and the (juristocratic) Court of Justice proved crucial. Subject to conditions that to this point have been relatively easily satisfied (though this could change), the Court has recognized that these operations fall within the mandate of the ECB to guarantee price stability and, hence, are valid.[47] Despite the seal of approval from the Court, concerns have nonetheless persisted about whether these actions by the ECB have potentially breached its powers,[48] including an eventual determination by the German Federal Constitutional Court in 2020 that the PSPP exceeded the scope of the ECB's authority.[49] The ECB has been forced to stretch the limits of its mandate in this way, however, precisely because of the lack of a fiscal capacity at the supranational level, justifying its efforts as a means of saving the EMU, albeit without a specific mandate and clear accountability limits.[50]

Other funds and instruments backed by capital contributions from the Member States have also played a key role in addressing the crisis. For example, the European Investment Bank (EIB), a body collectively owned by the Member States, was at various points activated during the crisis in order to help stimulate growth.[51] Nationally-mobilized resources also provided the necessary start-up funding to the Single Resolution Fund (SRF), a key component of the Single Resolution Mechanism (SRM) within the European Banking Union.[52] The SRF is being gradually built up based on contributions from

47 ECJ, 16 June 2015, *Peter Gauweiler and Others* v *Deutscher Bundestag*, Case C-62/14 (ECLI:EU:C:2015:400); ECJ, 11 December 2018, *Heinrich Weiss and Others*, Case C-493/17 (ECLI:EU:C:2018:1000).

48 See M. Dawson, A. Maricut and A. Bobic, « Reconciling Independence and accountability at the European Central Bank: The False Promise of Proceduralism », *European Law Journal*, 2019, vol. 25, pp. 75–93, esp. pp. 79 ff.

49 BVerfG, 5 May 2020, *PSPP*, 2 BvR 859/15 (ECLI:DE:bVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915).

50 P. Lindseth, « Power and Legitimacy in the Eurozone: Can Integration and Democracy Be Reconciled? », in M. Adams, F. Fabbrini and P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 379 – 398, esp. pp. 392–393 and V. A. Schmidt, *Europe's Crisis of Legitimacy. Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone, op. cit.*, pp. 150–170.

51 See the so-called 'Juncker Plan' and the European Parliament and Council Regulation 2015/1017, On the European Fund for Strategic Investments, the European Investment Advisory Hub and the European Investment Project Portal and Amending Regulations (EU) No 1291/2013 and (EU) No 1316/2013.

52 N. Xanthoulis, « Single Resolution Fund and Emergency Liquidity Assistance: Status Quo and Reform Perspectives On Emergency Financial Support in the Banking Union », in

financial institutions, but in the interim, participating Member States are providing the necessary bridge financing for bank resolution under the terms of an intergovernmental agreement,[53] with the ESM providing a further 'backstop'.[54] Beyond these steps, the Member States (or at least those in the north) have demonstrated great reluctance to mobilize resources to complete the Banking Union, to the extent this would mean open-ended commitments to share fiscal resources with what they still perceive as their inadequately self-disciplined neighbours to the south. This explains, for example, the continuing opposition, led by Germany, to the adoption of a jointly-funded 'European Deposit Insurance Scheme' (EDIS) as part of the Banking Union, despite pleas from the ECB.[55] If Europe is unable to adopt an EDIS, despite the seemingly compelling case,[56] it is difficult to imagine the Member States reaching an agreement over other reforms that would imply an even greater autonomous fiscal capacity at the supranational level (e.g. a Europeanized unemployment insurance scheme).

3.2 *The Eurozone Crisis and the Growing Power-Legitimacy Fracture in the Member States*

The second key dimension of the European response to the Eurozone crisis consisted of intensified supranational surveillance as well as deeper coordination of Member-State fiscal and macroeconomic policies. At first glance, supranational regulatory authority in this domain seems modest – just the power to coordinate national policies. However, the Eurozone crisis led creditor states

G. Lo Schiavo (ed.), *The European Banking Union and the Role of Law*, Cheltenham (UK)/ Northampton (MA), Edward Elgar, 2019, pp. 273–294.

53 See generally « Single Resolution Mechanism- Consilium », European Council website, available at: http://www.consilium.europa.eu/en/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/ (last consulted on 12 February 2022).

54 P. Lindseth, « The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance », *op. cit.*, p. 516.The use of the ESM to further supplement the SRF, if needed, has been repeatedly proposed since the Euro Summit Meeting of 29 June 2018, available at: http://www.consilium.europa.eu/media/35999/29-euro-summit-statement-en.pdf (last consulted on 12 February 2022).

55 « ECB's Draghi Renews Plea for Euro Area Deposit Insurance », *Reuters*, 9 July 2018, available at: https://uk.reuters.com/article/us-ecb-policy-draghi/ecbs-draghi-pleads-with-parliament-for-euro-area-deposit-insurance-idUKKBN1JZ1KW (last consulted on 12 February 2022).

56 J. Carmassi, S. Dobkowitz, J. Evrard, L. Parisi, A. Silva and M. Wedow, « Completing the Banking Union with a European Deposit Insurance Scheme: Who Is Afraid of Cross-Subsidisation? », *Occasional Paper Series*, European Central Bank, April 2018, available at: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op208.en.pdf (last consulted on 12 February 2022).

to demand that the EU undertake more direct supervision of the Member States' exercise of their budgetary prerogatives. Depending on the fiscal and macroeconomic situation facing the particular Member State, each country sets its own medium-term budgetary objective, which the Commission takes as the 'polar star' for its biannual assessment. Subject to Council approval, the Commission then issues country-specific recommendations on the stability and the national reform programmes, and opinions, if any, on the draft budgetary plans.[57] The Commission also has the power to sanction non-compliant Member States – though, as we shall see below, this power has never been exercised.

The surveillance created by this regime can be understood as an extension and intensification of the 'pre-commitment' system traditionally at the heart of European integration. The Member States have once again agreed to delegate authority to supranational agents to police their mutual legal commitments – in this case regarding fiscal discipline. But the enforcement of pre-commitments, i.e. the medium-term budgetary objective and the level of deficit and debt promised, "can often be intrusive and painful, in seeming derogation of sovereignty".[58] The so-called European and National Semesters operate according to a pre-defined schedule, regardless of national occurrences (e.g. governmental crisis, elections, *etc.*). Perhaps more importantly, in substance, the economic policy animating the system – based on fiscal rigour and austerity – is often experienced as a *diktat* from northern to southern countries, which in turn shapes the metabolic constitution both of the Member States as well as that of the EU (given its 'parasitic' nature).

As a consequence, the implementation of this regime of fiscal surveillance has a political and legal impact that is much more pervasive than mere coordination of domestic policies or mere policing of Member-State respect of their legal pre-commitments. For some Member States, the experience of this regime has been much more constraining than for others, particularly for those

57 See, in particular, Regulation 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies and Regulation 1176/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the prevention and correction of macroeconomic imbalances (part of the so-called 'six-pack'); Regulation 473/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the Member States in the euro area (part of the so-called 'two-pack').

58 P. Lindseth, « The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance », *op. cit.*, p. 507.

whose starting levels of public debt and deficits deviate significantly from the final common objective of the structural balanced budget. For such countries, the necessary budgetary policies to reach those targets have led to very strict structural and institutional reforms, with the well-known side-effects in terms of populist and Eurosceptic backlash.[59]

Relatedly, beyond the European and National Semesters, conditionality mechanisms have been established with regard to the Member States' compliance with the new Eurozone fiscal rules in the use of cohesion funds. The relevant disbursement from the EU budget is made conditional on the observance of the reinforced Stability and Growth Pact. Following the 2013 amendments to the Common Provisions Regulation,[60] in addition to *ex ante* conditionality imposed on the receipt of money from the structural and investment funds, *ex post* macroeconomic conditionality has also been introduced. In particular, a suspension of cohesion fund payments can be triggered when a Member State either fails to take appropriate action in relation with the excessive macroeconomic imbalance procedure or does not implement the corrections envisaged in the excessive deficit procedure.[61] The use of the EU budget is now more closely linked to national fiscal choices but in a way that constrains and potentially impairs the ability of the Member States to exercise its fiscal powers as it sees fit.

The result has been to cast doubt on the autonomy of domestic metabolic constitutions, an impact even greater for those countries that have received financial assistance from the ESM, under strict conditionality and subject to the additional supervision by the *Troika*. In programme countries, the capacity of national lawmakers to enact redistributive policies at domestic level has been severely constrained,[62] through a system that many critics perceive to be

59 B. Bugaric, « The Populist Backlash Against Europe: Why Only Alternative Economic and Social Policies Can Stop the Rise of Populism in Europe », in F. Bignami (ed.), *EU Law in Populist Times*, *op. cit.*, pp. 477–504.

60 See Regulation 1303/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund, the European Agricultural Fund for Rural Development and the European Maritime and Fisheries Fund and laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund and the European Maritime and Fisheries Fund and repealing Council Regulation (EC) No 1083/2006.

61 C. Scheinert and C. van Lierop, *Linking cohesion policy and the European Semester: Partnership and multi-level governance to boost investment and structural reforms*, European Parliamentary Research Service, PE 644.208 – December 2019, p. 19.

62 See F. Nicoli, « Democratic Legitimacy in the Era of Fiscal Integration », *Journal of European Integration*, 2017, vol. 39, n°4, pp. 389–404, esp. p. 393–394.

nothing less than a top-down supranational technocracy without democratic legitimacy.[63]

From this perspective, the distortions introduced by this regime, taken to their logical extreme in programme countries, go well beyond the usual strengthening of national executives, typically understood as one of the key effects of the integration process.[64] No single parliament is able effectively to scrutinize the intergovernmental bodies essential to this regime – the European Council, the Euro Summit, the Ecofin Council and the Eurogroup – much less a technocratic body like the *Troika*, comprised of representatives from the Commission, the ECB and the International Monetary Fund. Moreover, whatever rights the national parliaments may possess *vis-à-vis* their own finance minister or head of state or government, the collegial nature of decision-making of intergovernmental bodies generally places them beyond the reach of a particular national parliament. The only exceptions, of course, are certain privileged national parliaments in creditor countries that have successfully asserted their democratic rights in this regime. Consider, for example, the case of the national parliamentary oversight of the third rescue package to Greece between July and August 2015. After the Eurogroup had agreed on it, the package could not proceed unless approved by the Austrian, Finnish and German parliaments, as required by domestic constitutional law.[65] In this way, the rights of these parliaments were unimpaired, thus allowing them to pass on the financial assistance to Greece, while the Greek parliament found itself subject to constraints in a *Memorandum of Understanding* (MoU) over which it had little advance input. This suggests serious asymmetries among Eurozone countries and their influence over resource mobilization in what is meant to be an optimal currency area.[66]

However, the rights of national parliaments as between debtor and creditor countries remained symmetrical in one crucial respect. Given the EU's inability to mobilize resources of its own, as well as the insistence of the creditor states that they would only provide assistance through loans subject to strict

63 See N. Scicluna, « Politicization without democratization: How the Eurozone crisis is transforming EU law and politics », *op. cit.*, pp. 562 ff.

64 D. Curtin, « Challenging Executive Dominance in European Democracy », *Modern Law Review*, 2014, vol. 77, n°1, pp. 1–32, esp. pp. 2–3.

65 M. Moschella, « When Some Are More Equal than Others: National Parliaments and Intergovernmental Bailout Negotiations in the Eurozone », *Government and Opposition*, 2017, vol. 52, n°2, pp. 239–265, esp. pp. 253 ff.

66 C. Fasone, « Eurozone, non-Eurozone and "troubled asymmetries" among national parliaments in the EU. Why and to what extent this is of concern », *Perspective on Federalism*, 2014, vol. 6, n°3, pp. 1–41, esp. pp. 15 ff.

conditionality, this meant that all substantial costs had to be borne by the debtor states themselves, through increased debt burdens, austerity, and associated 'macroeconomic adjustment'. However, it should also be stressed that the dreaded MoUs that memorialized the *Troika*'s conditions in this regard – seemingly an expression of executive-technocratic power – were also, ironically, a sign of that power's ultimate weakness, at least in terms of legitimate-compulsory mobilization. The Eurogroup and the *Troika* were able to set conditions on assistance but they were not able to fully displace national bodies in order to make those decisions themselves. They still needed to depend on the power and legitimacy of the debtor-state national parliament, even in an atmosphere of extreme crisis; hence the perpetual drama over the last decade in a country like Greece, in which the Eurogroup and the *Troika* repeatedly sought to compel the Greek parliament to take decisions contemplated by the MoU.[67] The reason for this ultimate dependence was the simple fact that the management of these many crises, at a micro level, required not only executive and technocratic (i.e. administrative) power – of which the EU has a vast amount – but more importantly the capacity of legitimate compulsory mobilization of human and fiscal resources that only a Member-State parliament ultimately possesses.

This reality perhaps explains why, in the fiscal surveillance regime applicable even to non-programme countries, the Commission generally restricts itself to recommendations and opinions but, together with the Council, goes to great lengths to avoid using the sanctioning power that it (in theory) possesses against non-compliant Member States. Indeed, no sanctions have ever been imposed; moreover, since 2015 the European Commission has made 'flexibility'[68] the new mantra in the implementation of the revised fiscal and macroeconomic rules, which has had the effect of frequently authorizing national deviation from the medium-term budgetary objectives (also under circumstances that did not appear exceptional, temporary and unforeseeable). In this regard, Turkuler Isiksel has noted a persistent tension between the effort to

67 M. Markakis, *Accountability in the Economic and Monetary Union. Foundations, Policy, and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 85–102.

68 See European Commission, Communication on making the best use of flexibility within the existing rule of the Stability and Growth Pact, COM (2015) 12 def., 13 January 2015; Communication on the review of the flexibility under the Stability and Growth Pact, COM (2018) 335 def., 23 May 2018. On the flexibility shown by the Commission in its first assessment on the implementation of the Treaty on Stability, Economic Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, see European Commission Communication, The Fiscal Compact Taking Stock, C(2017) 1200 final, 21 February 2017, p. 4.

limit the autonomy of national budgetary authorities (*limiting*) and the perception that those authorities in fact have license to exercise new powers or broader discretion (*licensing*).[69] We would regard this tension as, in fact, an expression of the fractured metabolic constitution in the EU, and its ultimate dependence on the power and legitimacy of national parliaments to effectuate crucial goals of integration.

4 Will the Coronavirus Pandemic Response Serve as a 'Critical Juncture' in the Transformation of the EU's Metabolic Constitution?

With the World Health Organization declaring a global pandemic on 11 March 2020, and with the growing number of infections and deaths throughout Europe, the Covid-19 crisis became the most serious challenge for the EU and its Member States since the Second World War. The arrival of the coronavirus pandemic acted as a sort of institutional and political earthquake. The reimposition of border controls, along with the fact that many Member States were understandably focused on the internal impact of the crisis and thus seemingly insensitive to the needs of a pan-European response, all helped to raise questions about the unity and integrity of the EU. And yet, due to its "borderless nature, Covid-19 [became] a matter of common European interest since its first detection on the continent".[70]

A major obstacle to an effective response, however, was Europe's fractured metabolic constitution, in which wealthier and more financially secure Member States were in a much better position to mobilize the resources needed to address the crisis, both in terms of public health and economic response. One of the first steps the EU took, lacking resources of its own, was to temporarily free the Member States from EU fiscal constraints by activating the general 'escape clause' in budgetary surveillance regime.[71] Similarly, in the area of state aids, the Commission also announced the relaxation of a

69 T. Isiksel, « Constitutionalism as Limitation and Licence », in T. Ginsburg, N. D. Rosen and G. Vanberg (eds.), *Constitutions in Times of Financial* Crisis, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 187–203, esp. pp. 198 ff.

70 A. Alemanno, « Testing the Limits of EU Health Emergency Power », *Verfassungsblog*, 18 April 2020, available at: https://verfassungsblog.de/testing-the-limits-of-eu-health-emergency-power/ (last consulted on 12 February 2022).

71 See European Commission Communication on the activation of the general escape clause of the Stability and Growth Pact, Brussels, COM (2020) 123 final, 20 March 2020. See also the Statement of EU Ministers of Finance on the Stability and Growth Pact in Light

panoply of restrictions on Member-State support to private businesses.[72] As a consequence of these two steps, the Member States were able to pump nearly 2 trillion euros into the economy. However, as *The Economist* reported: "Half of this was in Germany: a problem if you are a producer based in a country that cannot afford to be so generous, but which must accept German-made goods".[73] Fairness and equity demanded a European response. But what kind?

Given these pressures, the question arose whether, in effect, the EU's fractured metabolic constitution – dependent as it has always been on nationally mobilized resources – now faced what French President Emmanuel Macron called a 'moment of truth',[74] or what academics often call a 'critical juncture'.[75] By this is meant the confluence of profoundly demanding social and political circumstances that can radically undermine existing institutional settlements, thus overcoming the natural lags that favour those settlements ('hysteresis'), thereby opening the way for genuinely new institutional configurations.[76] In the early months of the coronavirus pandemic, however, there was no telling what kind of Europe might emerge. In this first stage of the pandemic response, as with the Eurozone crisis before it, the ECB necessarily provided the most important supranational input. The ECB announced an ambitious asset purchase programme, the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP), to mobilize up to 750 billion euro in Eurozone assets and debt instruments: a very important signal for the financial markets. (The ECB later increased PEPP

---

of the COVID-19 Crisis, 23 March 2020, available at: https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/23/statement-of-eu-ministers-of-finance-on-the-stability-and-growth-pact-in-light-of-the-covid-19-crisis/pdf (last consulted on 12 February 2022).

72 See European Commission, Communication on Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak, COM (2020) 112 final, Brussels, 13 March 2020, and generally the State Aid Temporary Network: https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en (last consulted on 12 February 2022).

73 See « The European Union Is Having a Bad Crisis », *The Economist*, 14 May 2020, available at: https://www.economist.com/leaders/2020/05/14/the-european-union-is-having-a-bad-crisis (last consulted on 12 February 2022). See also J. Brunsden, S. Fleming and M. Peel, « Crisis in Europe: Von Der Leyen's Audacious Bid for New Powers », *Financial Times*, 18 May 2020, available at: https://www.ft.com/content/775c4db2-4e3d-426f-b937-243f0673cc14 (last consulted on 12 February 2022).

74 E. Macron, « Transcript: "We Are at a Moment of Truth" (English) », *Financial Times*, 17 April 2020, available at: https://www.ft.com/content/317b4f61-672e-4c4b-b816-71e0ff63cab2 (last consulted on 12 February 2022).

75 See eg G. Capoccia, « Critical Junctures and Institutional Change », *op. cit.*, p. 147.

76 For elaboration of the concepts of 'critical juncture' and 'hysteresis' in the context of the European integration, see P. Lindseth, « The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance », *op. cit.*, pp. 520–524.

by 600 billion euro for a total 1.350 trillion euro.)[77] The PEPP also once again pushed the ECB's competences to their outer limits, just as in the Eurozone crisis. The ECB has been repeatedly forced to take on this sort of central role in addressing crises in the EU, as one commentator aptly noted at the time, for a very simple reason: "in Europe [it] is the only agency engaged in economic policy worthy of the name" and "is the one part of the complex European constitution that actually functions with real authority and clout as a federal institution".[78]

What emerged out of the negotiations over the next several weeks, culminating in the announcement of the Next Generation EU (NGEU) recovery and resilience facility in July 2020, was undoubtedly a major achievement. The historic innovation – a 'Eurobond' in all but name – was the use of the MFF as a temporary instrument of common borrowing and macroeconomic stabilization. Nonetheless, it is important not to exaggerate too much the impact of the agreement on the EU's metabolic constitution. The increased borrowing is, at this stage, still envisioned as temporary and in any case ultimately backed by the fiscal mobilization capacities of the Member States severally, through their proportional obligations to the MFF. No doubt, NGEU contemplates a series of new taxes (for example, on digital technology and single-use plastics) to join customs duties and a portion of VAT as part of the EU's own resources. But if and when they are in fact adopted, they will still need to be imposed and collected nationally, per the requirements of Article 311 TFEU. Indeed, in some countries (e.g. Austria and Germany), the national-parliamentary approval for these levies may require qualified majorities, the same needed to amend their respective Constitutions.[79] Thus, in terms of the EU's metabolic constitution, Next Generation EU still did not cross the crucial Rubicon, that of a proposed Europeanization of taxation authority to accompany the increased borrowing under the MFF. The financial underpinnings of the new recovery fund would still be entirely in keeping with how the Member States financed the response to the Eurozone crisis over the prior decade – ultimately through their own fiscal capacities, whether directly or indirectly.

---

77 See, ECB, Monetary Policy Decisions by the Governing Council of the ECB, Press Release, 4 June 2020, available at: https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.mp200604~a307d3429c.en.html (last consulted on 12 February 2022).

78 A. Tooze, « The Death of the Central Bank Myth », *Foreign Policy*, 13 May 2020, available at: https://foreignpolicy.com/2020/05/13/european-central-bank-myth-monetary-policy-german-court-ruling/ (last consulted on 12 February 2022).

79 See L.F.M. Besselink, M. Claes, Š. Imamović and J.H. Reestman, *National Constitutional Avenues for Further Integration*, Study requested by the European Parliament's Committees on Legal Affairs and on Constitutional Affairs, PE 493.046, 2014, pp. 117 and 199.

The mechanism set in place – EU debt issuance – is also not new.[80] What is new, however, is the magnitude of that debt. Indeed, the EU is set to become one of "Europe's largest bond issuers" in the financial markets, most likely triggering a transformation of European capital markets.[81] The EU's move towards debt-financed deficit spending is also historic in legal terms, given the long-standing interpretation of Article 310 TFEU as prohibiting the EU to finance its expenditures through borrowing.[82] As such, given the explicit requirement of an EU balanced budget (again, in Article 310 TFEU), this shift may trigger, at least in the medium term, the creation of a real fiscal capacity at the EU level to make its budget sustainable.

This raises an interesting philosophical question, as one commentator quickly noted after the deal was announced: "whether … the EU can initiate sovereign fiscal capacity through public debt alone? Or does it also require tax revenue raising capacity?"[83] Eventually, no doubt, any EU borrowing beyond the short-term and limited scale of Next Generation EU will need to be accompanied by autonomous taxing authority, which in turn would require treaty change. And, as this commentator rightly noted, any change of that magnitude would lay the groundwork for considerable political conflict in the future. Other commentators were more sanguine, seeing Next Generation EU as a vehicle for "reshap[ing] the EU's political economy": because "what can be done once can be done again", this means that national leaders "have boarded the train towards more common taxation and cannot get off and turn back".[84]

Time will tell. To turn this temporary instrument into a permanent feature of European political economy (shifting responsibility to macroeconomic stabilization to the EU, combined with authority to raise taxes) would indeed require a quite fundamental treaty change, something for which there clearly

80 G.L. Tosato, « The Recovery Fund: Legal Issues », *LUISS School of European Political Economy,* Policy Brief 23/2020, 1 May 2020, p. 3, available at: https://sep.luiss.it/sites/sep.luiss.it/files/The%20Recovery%20Fund.%20Legal%20Issues.pdf (last consulted on 12 February 2022).

81 T. Stubbington and M. Arnold, « Investors hail Brussels as a new force in bond markets », *Financial Times*, 22 July 2020, available at: https://www.ft.com/content/da0f71e4-e629-404d-ba65-fe1dcf3d4a14 (last consulted on 12 February 2022).

82 P. Leino-Sandberg, « Who is ultra vires now? The EU's legal U-turn in interpreting Article 310 TFEU », *Verfassungsblog*, 18 June 2020, available at: https://verfassungsblog.de/who-is-ultra-vires-now-the-eus-legal-u-turn-in-interpreting-article-310-tfeu/ (last consulted on 12 February 2022).

83 A. Regan, @Aidan_Regan, 23 July 2020, 9:02 AM EDT, available at: https://twitter.com/Aidan_Regan/status/1286288755926667265?s=20 (last consulted on 12 February 2022).

84 M. Sandbu, « EU crosses the Rubicon with its emergency recovery fund », *Financial Times*, 22 July 2020.

does not appear to be the political appetite. Thus, it is perhaps best to say that, even if the EU has not yet crossed the Rubicon, Next Generation EU has brought it right up to its banks. On the opposite shore is a new socio-political terrain, one marked by several more demanding macroeconomic and geopolitical features, whether completing EMU, developing a genuine European security and defense capacity, or meeting the demands of the climate emergency that will no doubt reassert themselves once the pandemic has passed. These new challenges require something beyond the traditional forms of supranational governance in the EU; that is, something more than regulatory power and technocratic-juristocratic 'pre-commitment' mechanisms, combined with one-off decisions to create borrowing capacity. What these challenges will demand, in other words, will be something approaching both the power and legitimacy of genuinely autonomous metabolic constitution for the EU in its own right. Europe must find a way to transcend the fundamental contradiction in the EU's fractured metabolic constitution, one perhaps only temporarily and partially reduced under Next Generation EU: "National institutions are increasingly constrained in the exercise of their constitutional authority but supranational institutions cannot fill the void because they are unable to transition to genuine constitutionalism – that is the autonomous capacity to mobilize fiscal and human resources in a compulsory fashion".[85]

Conclusion: Taking Stock of Where We Are

Europe thus finds itself at a pivotal moment, potentially on the cusp of a genuine constitutional transformation but not there yet, at least not until the EU gains taxing authority in its own right to support increased borrowing capacity. There has been considerable debate over whether common borrowing, combined with distribution by grants, marks the arrival of a 'Hamiltonian moment' in the EU, though on this point, the sceptics have the better of the argument.[86]

85 P.L. Lindseth, « The Perils of 'As If' European Constitutionalism », *op. cit.*, p. 701. Indeed, as Lokdam and Wilkinson point out, this contradiction was explicitly designed into the Maastricht Treaty, even if its full implications were not acknowledged: "As Karl Otto Pöhl, then president of the Deutsche Bundesbank, put it in the context of the Maastricht negotiations: EMU would 'necessitate the surrender of sovereignty by the individual member states, but this need not mean corresponding gains in Community authority' ". This gave rise to what Martucci calls the 'fundamental asymmetry' at the heart of EMU, between a supranationalized monetary policy and (in principle) still-nationalized economic policy.

86 As Wofgang Münchau (@EuroBriefing) tweeted soon after the Macron-Merkel agreement on joint debt in May 2020: "A useful first step, but please spare us all this Hamilton

Many observers fixate on debt-mutualization as the primary sign of such a moment, when in historical fact, the true Hamiltonian innovation of the founding period in the United States was the conferral of taxing authority on the federal government in the US Constitution.[87] Such authority remains, as of this writing, a bridge too far for the EU to cross, precisely because the EU lacks the autonomous democratic and constitutional legitimacy to such a demanding form of sovereign power – once again, the inescapable power-legitimacy nexus in EU governance.[88] Lacking such capacity, the fractured metabolic constitution compels the EU to rely on more convoluted means to mobilize fiscal resources. For precisely this reason, Next Generation EU is both promising yet also limited. The EU's fractured metabolic constitution has, as with the Eurozone crisis before it, forced the EU into a complex exercise in political and financial engineering – an effort that could have been, if not entirely avoided, at least mitigated if the EU had both the power and legitimacy to mobilize fiscal resources on its own.

It is precisely for this reason that Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson are right to be sceptical of Mario Draghi's functionalist invocation of, in effect, a technocratic and juristocratic (i.e. administrative) *potentia* as a sufficient basis of governing legitimacy in Europe going forward. We have, in fact, been around this block many times before, stretching all the way back to the earliest years of the integration process in the post-war decades. For many advocates of European integration in the late 1940s and early 1950s, the seeming example of technocratic independence under the New Deal offered a justification for the delegation of regulatory power to autonomous supranational bodies. The New Deal represented, from this perspective, the triumph of functionalist governance – that is, governance that evolved as a function of the problems it sought to address, rather than being determined by seemingly outdated constitutional categories ('separation of powers' in the purported case of the New Deal, 'national sovereignty' in European integration). The irony, of course, was that Roosevelt's New Deal was much less receptive, both in principle and practice,

---

nonsense" (9:02 CET, 19 May 2020), available at: https://twitter.com/EuroBriefing/status/1262639673043816448?s=20 (last consulted on 12 February 2022). See also S. Kapoor, « This Isn't Europe's "Hamilton" Moment », *Politico.eu*, 22 May 2020, available at: https://www.politico.eu/article/this-isnt-europes-hamilton-moment/ (last consulted on 12 February 2022).

87 See generally M.M. Edling, *A Revolution in Favor of Government: Origins of the U.S. Constitution and the Making of the American State*, Oxford University Press, 2003; see also P. Lindseth, « The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance », *op. cit*.

88 Again, see the passage above accompanying note 30.

to the sort of technocratic independence that these advocates believed to be inevitable and desirable in the case of integration. Indeed, consistent with a more nuanced understanding of the New Deal model, European integration would eventually secure a durable institutional existence only after being brought more directly under the shared control and oversight of the national executives of the Member States.[89]

Contrary to expectations of functionalist (and later so-called neofunctionalist) theorists, European supranationalism did not evolve merely as a consequence of *functional* demands for technocratic independence. Rather, two additional dimensions of change also proved decisive: the *political* – or the defense of existing institutional advantages and/or the struggle to realize new ones –; and the *cultural* – or the mobilization of conceptions of 'right' or legitimate governance in the face of purported functional and political pressures for change. As a consequence of the interplay of all three dimensions – functional, political, and cultural – European integration ultimately settled on a form of governance in which the political oversight and control of national executives played a decisive role, a feature of European supranationalism that persists to this day. However, over the last several decades, this mediated legitimation through national executive oversight has been supplemented by national parliamentary and national judicial oversight – the other two crucial elements of the 'post-war constitutional settlement of administrative governance'.[90] It was only through all three forms of mediated legitimacy that the post-war constitutional settlement allowed Europe to reconcile the functional demands of administrative governance with the political and cultural requirements of democracy and constitutionalism, thus surmounting what Carl Schmitt had claimed was 'insurmountable'.[91]

In the atmosphere of crisis over the last decade, however, this necessity of mediated legitimation through national bodies has deeply complicated European governance, given the needs to extensive resource mobilization to address the various crises. Europe thus faces a choice, It can either continue the authoritarian *dérive* described by Hjalte Lokdam and Michael

89 This story is recounted in detail in P. L. Lindseth, « Transatlantic Functionalism: New Deal Models and European Integration », *Critical Analysis of Law*, vol. 2, n°1, 2015, pp.83–105.

90 See generally P. L. Lindseth, *Power and Legitimacy*, *op. cit*.

91 C. Schmitt, « Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen) », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1936, vol. 6, pp. 252–268, esp. p. 257. For further discussion, see P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy*, *op. cit*., pp. 89–90. Ed.: see also *supra* in this volume, P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

A. Wilkinson – seeking to excise national parliaments and courts as sources of mediated legitimation in favor of an alliance of national executives with supranational technocracy and juristocracy – or it can seek to develop a sufficiently robust democratic and constitutional legitimacy of its own to support the shift in compulsory mobilization powers to the EU level. This genuine form of European democratic constitutionalism would, however, require the emergence of a genuine European *demos* operating in conjunction with the various national *demoi*.[92] We are still a ways away from that point, but there are nonetheless encouraging signs of an increasing political-cultural transformation afoot, accelerated by the functional demands of the crisis precipitated by the pandemic.

This leads us to close, then, like both Francesco Martucci and Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson, on a (very) cautiously optimistic note. For Martucci, the Covid-19 crisis has had the potential of liberating European politics from the "*carcan de la règle*", indeed perhaps even giving rise, via NGEU, to "*un centre de décision pour la politique économique prévue par le plan Werner*". For Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson, the pandemic response "has created the possibility for Eurozone-wide programmes that potentially point in a different ideological direction, towards more socially inclined ends". We would argue, in a similar vein, that the pandemic response also contains within it the potential seed of a genuinely metabolic constitution at the EU level. The common borrowing in the NGEU creates tangible incentives to ensure debt sustainability through greater coordination of national tax legislation. For the foreseeable future, this coordination will remain under the rubric of the 'own resources' decision adopted under Article 311 TFEU (requiring unanimity in the Council, mere consultation of the EP, and entry into force only upon the approval of the member states according to domestic constitutional requirements). Nonetheless, the obvious functional advantages of common borrowing may be sufficiently powerful enough to facilitate, over time, a *de facto* fiscal mobilization capacity in the EU that is much less fragmented among the Member States than it is today.

With that capacity, moreover, could come a kind of polity-building power that reaches well beyond the sort of technocratic and juristocratic 'precommitment' authority that has underpinned European integration up to this point. That, at least, is the ultimate potential of the 'rule-of-law conditionality' that the EU25 have sought to impose on Hungary and Poland in conjunction

92 P. Lindseth, « The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance », *op. cit*.

with the adoption of the NGEU.[93] There are considerable potential obstacles to the success of this dynamic, to be sure, notably the obvious legal hurdles. Hungary and Poland pointed to a previously-undisclosed opinion of the Council Legal Service (CLS) in 2018[94] to argue that any effort to enforce rule-of-law conditionality by way of a regulation adopted under Article 322(1)(a) TFEU would violate Article 7 TEU as the sole means of such enforcement under the treaties.[95] Commentators have harshly criticized the 2018 CLS opinion,[96] but the dispute recalls, as a legal matter, the very earliest of the so-called 'constitutionalizing' decisions of EU law in the 1960s. In *Van Gend en Loos*,[97] the Court of Justice was confronted by a seemingly exclusive enforcement mechanism (the old Articles 169–170) but also had at its disposal a provision (the old Article 177) whose language was sufficiently capacious, even if somewhat vague, to ground an alternative enforcement mechanism. The Court opted for the latter precisely because of the functional advantages that this alternative enforcement mechanism provided to the cause of European integration.

Has the Court opted for the same approach here? The CJEU was under enormous political pressure from the EU25 as well as the EP to do so, given the cultural demand for rule-of-law conditionality in the distribution of the EU own resources, including the NGEU proceeds. In its judgments of 16 February 2022 on cases C-156/21 and C-157/21 (not yet reported), the CJEU (full court)

93 See generally P. L. Lindseth and C. Fasone, « Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization – the Foundations of a Genuinely "Constitutional" EU? », *Verfassungsblog* 11 December 2020, available at: https://verfassungsblog.de/rule-of-law-conditionality-and-resource-mobilization-the-foundations-of-a-genuinely-constitutional-eu/ (last consulted on 12 February 2022).

94 Council of the EU, Opinion of the Legal Service dated 25 October 2018 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalized deficiencies as regards the rule of law in the Member States- Compatibility with the EU Treaties (2018), 2018/0136(COD), available at: https://drive.google.com/file/d/1Bl1roGM0KLEUU7koVUudRglsZh-EMIvL7/view (last consulted on 12 February 2022).

95 Joint Declaration of the Prime Minister of Poland and the Prime Minister of Hungary, *About Hungary,* 26 November 2020, available at: https://abouthungary.hu/news-in-brief/heres-the-joint-declaration-of-the-prime-minister-of-poland-and-the-prime-minister-of-hungary (last consulted on 12 February 2022).

96 See K. Scheppele, L. Pech and D. Kelemen, « Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission's EU budget-related rule of law mechanism », *Verfassungsblog,* 12 November 2018, available at: https://verfassungsblog.de/never-missing-an-opportunity-to-miss-an-opportunity-the-council-legal-service-opinion-on-the-commissions-eu-budget-related-rule-of-law-mechanism/ (last consulted on 12 February 2022).

97 ECJ, Judgment of 5 February 1963, *van Gend en Loos*, Case 26/62 (EU:C:1963:1), 1963 E.C.R. 1.

confirmed the validity of the Regulation establishing a mechanism of horizontal conditionality with a view to protecting the EU financial interests against violations of the rule of law. While the Court grounded its reasoning in the protection of the EU budget, linking it precisely to Art. 322(1) TFEU, the EU judges clearly also linked the mobilization of EU resources to the principle of solidarity and the protection of the EU identity as grounded on the rule of law. Even though the timing and the effectiveness of the Regulation's implementation still remains unclear as of this writing (Spring 2022), we can safely say that the CJEU has successfully tied the mobilization of fiscal resources at a genuinely 'constitutional' scale to the enforcement of core values on behalf of the polity as a whole. In doing so, the EU has taken a small but important step towards establishing a genuine European *demos* and thus transcending, in a metabolic sense, the fragility of the 'as if' constitutionalism that has characterized the integration project to date.[98]

Note on the Text and Acknowledgments

The present discussion draws from C. FASONE and P. L. LINDSETH, « Europe's Fractured Metabolic Constitution: From the Eurozone Crisis to the Coronavirus Response », *LUISS School of Government, SOG Working* Paper, n°61/2020 (October 2020, available at: https://sog.luiss.it/research/working-papers; last consulted on 12 February 2022). The authors would like to thank Nicholas Lindseth, BA 2021, Brown University, for his assistance in converting our working paper into this contribution.

Select Bibliography

Bellamy, R., *A Republican Europe of States. Cosmopolitanism, Intergovernmentalism and Democracy in the EU*, Cambridge, Cambridge University Press 2019.

Capoccia, G., « Critical Junctures and Institutional Change », in J. Mahoney and K. Thelen (eds.), *Advances in Comparative-Historical Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press 2015, pp. 147–179.

Crowe, R., « The European Budgetary Galaxy », *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, n°3, pp. 428–452.

98 See generally P.L. Lindseth, « The Perils of 'As If' European Constitutionalism », *op. cit*.

Curtin, D., « Challenging Executive Dominance in European Democracy », *Modern Law Review*, 2014, vol. 77, n°1, pp. 1–32.

Dawson, M., and De Witte, F., « Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis », *Modern Law Review*, 2013, vol. 76, n°5, pp. 817–844.

Fasone, C., « Eurozone, non-Eurozone and "troubled asymmetries" among national parliaments in the EU. Why and to what extent this is of concern », *Perspective on Federalism*, 2014, vol. 6, n°3, pp. 1–41.

Fasone, C., and Lupo, N., « The Union Budget and the Budgetary Procedure », in R. Schütze and T. Tridimas (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 809–848.

Kochenov, D., and Pech, L., « Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality », *European Constitutional Law Review*, 2015, vol. 11, n°3, pp. 512–540.

Lindseth, P., *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation*-State, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Lindseth, P., « The metabolic constitution and the limits of EU legal pluralism », in G. Davies and M. Avbelj (eds.), *Research handbook on legal pluralism and EU law*, Cheltenham (UK)/Northampton (MA), Edward Elgar, 2018, pp. 223–242.

Lindseth, P., « The Democratic Disconnect, the Power-Legitimacy Nexus, and the Future of EU Governance », in F. Bignami (ed.), *EU Law in Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press 2019, pp. 505–530.

Poiares Maduro, M., « Passion and Reason in European Integration », FCE 3/10 *Forum Constitutionis Europae* (Humboldt University, Walter Hallstein-Institut Für Europäisches Verfassungsrecht 2010).

Rodrik, D., « The Inescapable Trilemma of the World Economy » (*Dani Rodrik's weblog*, 27 June 2007), available at: https://rodrik.typepad.com/dani_rodriks_weblog/2007/06/the-inescapable.html (last consulted on 12 February 2022).

Schmidt, V. A., *Europe's Crisis of Legitimacy. Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

Scicluna, N., « Politicization without democratization: How the Eurozone crisis is transforming EU law and politics », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n°3, pp. 545–571.

PART 3

National Economic Constitutions and Global Governance

∴

SECTION 5

National Economic Constitutions

A Legal Analysis



Constitution et économie en Belgique

Pierre Nihoul

Introduction

Le constitutionnaliste averti décrit généralement la constitution de son pays comme étant la charte fondamentale qui régit les relations entre les pouvoirs et entre les citoyens et les pouvoirs. Il a donc coutume de parler de libertés publiques, de droits fondamentaux, des trois pouvoirs et des structures de l'État. Il se sent moins à l'aise quand il s'agit de discourir sur l'économie. C'est sans doute là un héritage des constitutions libérales du XIX^e^ siècle. L'économie était un corps étranger à l'État et vice-versa.

Deux domaines d'investigation nous semblent propices à rendre compte de la place ou de l'absence de l'économie dans l'ordre constitutionnel belge. D'une part, existe-t-il des normes constitutionnelles qui régissent le comportement des acteurs économiques ? La première partie de la contribution est consacrée à ces normes dites « matérielles ». D'autre part, la Constitution contient-elle des normes relatives à la structure et à l'organisation des opérateurs économiques, principalement publics ? Ces normes dites « institutionnelles » sont abordées dans la seconde partie de cette contribution.

1 Les normes constitutionnelles matérielles

1.1 *Déficit normatif*

La Constitution belge ne contient pas de disposition normative édictant soit des principes généraux soit des règles précises concernant l'activité économique, qu'elle soit privée ou publique. La liberté d'entreprendre est-elle le principe et les normes de police qui l'encadrent l'exception ou, au contraire, l'encadrement et la planification de l'économie sont-ils la norme et la liberté économique l'exception ? Les agents économiques privés ont-ils la primauté de l'activité économique, les pouvoirs publics ne pouvant intervenir qu'à titre supplétif ou, au contraire, le capitalisme public est-il la norme et l'activité privée l'exception ? Autant de questions qui ne trouvent pas de réponse directe dans la Constitution.

Cette défaillance normative du système constitutionnel belge s'est quelque peu comblée, mais de manière encore insuffisante, sous l'influence de quatre facteurs :

© PIERRE NIHOUL, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_019
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

1 la construction du fédéralisme belge qui a nécessité l'édiction de principes communs et fédérateurs, lors du transfert en 1988 de domaines importants, dont la politique économique, aux collectivités fédérées ;
2 l'émergence constitutionnelle en 1994 des droits économiques et sociaux dans l'article 23 de la Constitution ;
3 le cadre normatif européen relatif aux libertés économiques et au droit de la concurrence, lequel a été transcrit dans les livres III et IV du Code de droit économique ;
4 le rôle joué par la Cour constitutionnelle à l'égard de ces trois premiers facteurs.

Nous les examinons successivement ci-après, en soulignant à travers les trois premiers facteurs le rôle de la Cour constitutionnelle.

1.1.1 Le fédéralisme

La loi spéciale du 8 août 1988 de réformes institutionnelles prévoit le transfert aux régions d'un bloc de compétences intitulé « l'économie ». Ce transfert, inséré dans l'article 6, § 1er, VI de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, concerne des domaines importants de la vie économique, dont le 1° n'est pas le moindre puisqu'il s'intitule « la politique économique » ! Ce transfert important de compétences s'accompagne de deux réserves fondamentales. La première réserve encadre la régionalisation de l'économie par des principes d'organisation de la vie économique belge, tels que l'union économique et l'unité monétaire, la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et la liberté d'entreprendre (article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980). La seconde réserve contient expressément douze domaines qui demeurent de la compétence de l'autorité fédérale, du moins pour ce qui est de la fixation des règles générales (article 6, § 1er, VI, alinéa 4 de la loi spéciale du 8 août 1980). Le propos de cette contribution n'étant pas axé sur la répartition des compétences, nous nous attarderons uniquement sur la première réserve.

Elle est formulée en ces termes :

> En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la *liberté de commerce et d'industrie*, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de

> l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux.[1]

La liberté d'entreprendre est ainsi érigée pour la première fois expressément comme paradigme normatif et fédérateur de l'activité économique. De manière biaisée toutefois. En effet, il ne s'agit pas d'une norme constitutionnelle comme telle. Nos lois spéciales, même si elles sont hiérarchiquement inférieures à la Constitution, doivent toutefois être considérées comme des normes quasi-constitutionnelles, appartenant au bloc de constitutionnalité *sensu lato*. En raison, tout d'abord de la majorité qui est requise pour les adopter, majorité plus stricte que celle relative à une révision constitutionnelle[2]. Mais aussi eu égard au fait qu'elles constituent, tout comme la Constitution, des normes de référence pour le contrôle de la Cour constitutionnelle[3]. Par ailleurs, la liberté d'entreprendre apparaît comme une règle de répartition de compétences dans une matière régionale bien précise.

Cette disposition s'est ensuite imposée comme paradigme directeur en raison de l'interprétation évolutive de la Cour constitutionnelle. Premièrement, nonobstant son insertion dans le domaine de compétence régionale intitulé « l'économie », la Cour a d'abord jugé que l'intention du législateur spécial était que ce principe, tout comme les autres principes que cette disposition recèle, encadre l'ensemble des compétences régionales :

> Bien que l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 s'inscrive dans l'attribution de compétences aux régions en ce qui concerne l'économie, cette disposition traduit la volonté du législateur spécial de

1 C'est nous qui soulignons. Cette insertion fait suite à l'arrêt n° 47/88 du 25 février 1988 de la Cour d'arbitrage qui ne fait toutefois pas référence à cette liberté mais seulement au concept d'union économique et monétaire. Depuis la Sixième Réforme de l'État, le concept d'« Union économique et monétaire » est également repris à l'article 1*ter* de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions. N.d.E. : voy. *infra* dans ce volume, D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

2 Majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique et total des deux tiers des suffrages exprimés pour les premières (art. 4, alinéa 3 de la Constitution) ; deux tiers des suffrages pour la seconde (art. 195, alinéa 5).

3 Article 142 de la Constitution et article 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

> maintenir une réglementation de base uniforme de l'organisation de l'économie dans un marché intégré.[4]

Deuxièmement, la Cour a par la suite jugé que cette règle devait aussi s'appliquer aux compétences des Communautés :

> L'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 implique que les régions et, par extension, eu égard à l'objectif général de la disposition, les communautés exercent leurs compétences « dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux.[5]

Troisièmement, la Cour a étendu cette règle à l'égard des législations fédérales dès lors que cette liberté est devenue l'un des éléments du cadre normatif commun à l'ensemble de l'économie belge[6]. De manière générale, la Cour juge que :

> La liberté d'entreprendre doit par conséquent être lue en combinaison avec l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, au regard duquel la Cour peut effectuer directement un contrôle, en tant que règle répartitrice de compétence.[7]

En conclusion, le principe de la liberté de commerce et d'industrie est donc devenu une norme de référence dans l'ensemble du contentieux relatif aux règles de répartition des compétences, qu'elles soient fédérales, régionales ou communautaires. Elle s'est aussi transformée, sous l'influence de la Cour, en une norme d'exercice des compétences.

---

4 Cour Const., arrêt du 19 juillet 2005, n°132/2005, B.4.2. ; Cour Const., arrêt du 8 juillet 2010, n° 83/2010, B.7. ; Cour Const., arrêt du 28 octobre 2010, n° 123/2010, B.5.2. ; Cour Const., arrêt du 3 mars 2016, n° 31/2016, B.6.2.

5 Cour Const., arrêt du 26 mai 1999, n° 53/99, B.6.3.; Cour Const. arrêt du 25 novembre 1999, n° 124/99, B.5.3.; Cour Const., arrêt du 30 juin 2004, n° 119/2004, B.2.2. (qui vise aussi les commissions communautaires) ; Cour Const., arrêt du 19 avril 2006, n° 51/2006, B.10.2.

6 Cour Const., arrêt du 3 mars 2016, n° 31/2016 (à propos de la législation fédérale sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics) ; arrêt du 9 juin 2016, no 89/2016 (législation fédérale sur les assurances).

7 Cour Const., arrêt du 3 mars 2016, n° 31/2016, B.6.8.

Cette conclusion se retrouve également au niveau du contrôle juridictionnel des règlements. La Cour de cassation accepte également de connaître de moyens invoquant l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, précité, notamment à l'égard de réglementations régionales en matière d'environnement[8]. Le Conseil d'État va même plus loin puisqu'il a jugé qu'

> il suit de ces principes [décret d'Allarde et article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale] que chaque composante de l'État, y compris les provinces, est tenue, même en matière fiscale, de s'abstenir de prendre séparément des mesures qui constitueraient des entraves à la libre circulation de certains biens, fausseraient le jeu de la concurrence et, par là même, feraient obstacle au libre exercice du commerce et de l'industrie.[9]

1.1.2 L'article 23 de la Constitution

L'article 23, inséré dans la Constitution le 31 janvier 1994, énumère dans leur principe une série de droits économiques, sociaux et culturels. Il revient à chaque législateur compétent de garantir ces droits au regard de l'objectif de « dignité humaine » et en tenant compte des « obligations correspondantes ». Cette disposition prévoit, en son alinéa 3, 1°, que les droits économiques, sociaux et culturels comprennent notamment :

> 1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective.

Cette disposition consacre bien le libre choix de l'exercice d'une activité professionnelle soit, pour reprendre l'expression de la Cour constitutionnelle, « la liberté d'action des personnes et des entreprises que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs »[10]. Par ce biais, la Constitution réaffirme

---

8 Cass., 16 juin 1998, *Pas.*, I, p. 314 : « La liberté du commerce et de l'industrie n'empêche pas le législateur de réglementer cette liberté et, le cas échéant, de la limiter, notamment en vue d'éviter la nuisance excessive pour l'environnement qui peut résulter de l'exploitation d'un établissement dangereux, incommode ou insalubre ».

9 C.E., 28 octobre 1998, *A.S.B.L. "Fédération nationale des scieries" et consorts*, n° 76.717. Le Conseil d'État opère donc un tel contrôle en matière réglementaire (voy. p. ex. C.E., 26 janvier 2010, *S.A. Shanks*, n° 200.077 à propos d'une taxe provinciale sur les centres d'enfouissement technique).

10 Cour Const., arrêt du 11 février 1993, n° 10/93, B.8.3.

l'autonomie personnelle dans le domaine économique par rapport au corporatisme[11]. Consacre-t-elle pour autant la liberté d'entreprendre par rapport aux normes étatiques et par rapport aux acteurs publics économiques ?

Après beaucoup d'hésitations et une jurisprudence fluctuante selon les domaines[12], la Cour constitutionnelle a clarifié, à partir de 2015, sa jurisprudence à propos de la relation entre la liberté de commerce et d'industrie et l'article 23 de la Constitution. Elle a ainsi jugé à l'égard d'un moyen invoquant « la liberté de commerce et d'industrie telle qu'elle est notamment prévue à l'article 23 de la Constitution »[13] :

B.11.1. Cette disposition inclut le droit au libre choix d'une activité professionnelle parmi les droits économiques, sociaux et culturels.

B.11.2. Il ressort des travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution que le Constituant n'a pas entendu consacrer la liberté de commerce et d'industrie ou la liberté d'entreprendre dans les notions de « droit au travail » et de « libre choix d'une activité professionnelle » (Doc. parl., Sénat, SE 1991–1992, n° 100-2/3°, p. 15; n° 100-2/4°, pp. 93 à 99; n° 100-2/9°, pp. 3 à 10). Une telle approche découle également du dépôt de différentes propositions de « révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution, en vue de le compléter par un 6° garantissant la liberté de commerce et d'industrie » (Doc. parl., Sénat, 2006–2007, n° 3-1930/1; Sénat, SE 2010, n° 5-19/1; Chambre, 2014–2015, DOC 54-0581/001).

B.11.3. Le moyen, en ce qu'il est pris de la violation de l'article 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution, n'est pas fondé.

La Cour n'admet donc pas l'inclusion de la liberté d'entreprendre dans l'article 23 de la Constitution. Cette absence du prescrit constitutionnel entraîne une double conséquence quant au contrôle juridictionnel de la compatibilité des

11 N.d.E. : notons que les thèses qualifiées de corporatistes ont eu une certaine influence, quoique désormais extrêmement marginale, sur les constitutions économiques de certains États européens (voy. *supra* dans ce volume, H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique : émergence et fonctions »).

12 Voy. P. Nihoul, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 26–27.

13 Cour Const., arrêt du 21 mai 2015, n° 66/2015. Cet arrêt a été confirmé par les arrêts suivants : Cour Const., arrêt du 11 juin 2015, n° 86/2015, B.3.7.1. à B.3.7.3. ; Cour Const., arrêt du 24 septembre 2015, n° 125/2015, B.10.2 ; Cour Const., arrêt du 3 mars 2016, n° 31/2016, B.6.3. ; Cour Const., arrêt du 28 avril 2016, n° 56/2016, B.17.2. ; Cour Const., arrêt du 9 juin 2016, n° 89/2016, B.3.2.2 ; Cour Const., arrêt du 1er mars 2018, n°26/2018, B.32.2 ; Cour Const., arrêt du 6 juin 2019, n° 94/2019, B.10.2 ; Cour Const., arrêt du 17 octobre 2019, n° 141/2019, B.9 ; Cour Const., arrêt du 9 décembre 2021, n° 177/2021, B.42.2.

normes législatives avec cette liberté. En premier lieu, sous l'angle du principe de la légalité, l'article 23 de la Constitution contient une réserve expresse au profit du législateur et fait des droits économiques et sociaux une matière en principe réservée au législateur. Or, il s'avère que la plupart des réglementations économiques sont le fait du pouvoir exécutif en vertu d'une habilitation très large du législateur. Celles-ci étaient-elles menacées en cas de constitutionnalisation de la liberté de commerce et d'industrie ? La réponse à cette question nous paraît négative dès lors que la Cour constitutionnelle exerce un contrôle atténué du principe de légalité énoncé dans l'article 23 de la Constitution. Elle a ainsi admis que le législateur se contente d'établir lui-même « le principe » de la restriction et confie au Roi sa mise en œuvre[14]. Par après, la Cour a jugé que « cette disposition constitutionnelle n'interdit pas au législateur compétent d'accorder des délégations au Gouvernement pour autant que ces délégations portent sur l'adoption de mesures dont l'objet a été déterminé par le législateur »[15]. Il s'ensuit que les éléments accessoires mais aussi essentiels peuvent être délégués au pouvoir exécutif à la simple condition que l'« objet » de l'habilitation ait été indiqué par le législateur. Hors champ de l'article 23, la liberté économique n'est donc pas une matière réservée au législateur.

En deuxième lieu, sous l'angle de la clause de *standstill* ou de l'effet cliquet, l'article 23 de la Constitution est interprété comme interdisant au législateur compétent de réduire significativement les garanties existantes dans la législation antérieure sauf si un motif d'intérêt général le justifie. Il s'ensuit que le législateur qui revient sensiblement sur le niveau existant de protection doit s'en justifier sous le contrôle de la Cour constitutionnelle. Une telle obligation s'applique aux droits énumérés à l'article 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution, la Cour l'ayant reconnu à l'égard du droit de négociation collective[16]. Un tel effet ne saurait toutefois s'appliquer à l'égard de la liberté d'entreprendre dès lors que la Cour n'inclut pas cette liberté dans cette disposition constitutionnelle.

L'impact de cette non-constitutionnalisation de la liberté économique doit toutefois être relativisé en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des

14 Cour Const., arrêt du 21 juin 2006, n° 103/2006, B.3.3. et 3.6 (contingentement des kinés et critères de sélection).

15 Cour Const., arrêt du 10 juillet 2008, n° 101/2008 (normes en matière de logement) ; Cour Const., arrêt du 18 décembre 2008, n° 182/2008, B.6.3. (répétibilité des honoraires) ; Cour Const., arrêt du 22 décembre 2010, n° 151/2010, B.4. (normes de bruit) ; Cour Const., arrêt du 31 juillet 2013, n° 110/2013, B.4 (définition des noyaux d'habitat dans le code du logement) ; Cour Const., arrêt du 5 mars 2015, n° 24/2015, B.40 (logement) ; Cour Const., arrêt du 30 avril 2015, n° 47/2015, B.7 (logement) ; Cour Const., arrêt du 6 octobre 2016, n° 125/2016, B.63.1 (environnement) ; Cour Const., arrêt du 27 juin 2019, n° 105/2019, B.6 (prestations familiales) ; Cour Const., arrêt du 24 octobre 2019, n° 148/2019, B. 31 (pension).

16 Cour Const., arrêt du 13 octobre 2016, n° 130/2016.

entraves ou limitations législatives à cette liberté, et ce pour deux raisons. D'une part, comme nous l'avons vu, la liberté de commerce et d'industrie est reconnue depuis 1988, par le biais de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, comme principe directeur de l'exercice des compétences par toutes les entités belges. Or, cette disposition, en tant que norme répartitrice de compétences, fait partie des normes dont la Cour assure directement le respect. D'autre part, la liberté de commerce et d'industrie est consacrée par une norme législative ordinaire très ancienne, le décret dit d'Allarde des 2–17 mars 1791, aujourd'hui remplacée par l'article II.3. du Code de droit économique[17]. En soi, la Cour n'est pas compétente pour contrôler une norme législative au regard d'autres normes législatives qui ne sont pas des règles de répartition des compétences. Elle a toutefois admis d'examiner des moyens combinant les articles 10 et 11 de la Constitution, qui consacrent le principe d'égalité et de non-discrimination, avec la liberté d'entreprendre au terme du raisonnement suivant :

B.8.1. L'article II.3 du Code de droit économique dispose : « Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix ».

B.8.2. La Cour n'est pas compétente pour contrôler des dispositions législatives au regard d'autres dispositions législatives qui ne sont pas des règles répartitrices de compétence.

B.8.3. La loi du 28 février 2013, qui a introduit l'article II.3, précité, du Code de droit économique, a abrogé le décret dit d'Allarde des 2–17 mars 1791. Ce décret, qui garantissait la liberté de commerce et d'industrie, a servi régulièrement de norme de référence à la Cour dans son contrôle du respect des articles 10 et 11 de la Constitution.

B.8.4. La liberté d'entreprendre, visée par l'article II.3 du Code de droit économique, doit s'exercer « dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi » (article II.4 du même Code).

La liberté d'entreprendre doit par conséquent être lue en combinaison avec les dispositions de droit de l'Union européenne applicables, ainsi qu'avec l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, au regard duquel la Cour peut effectuer directement un contrôle, s'agissant d'une règle répartitrice de compétence. Enfin, la liberté d'entreprendre est également

17 Sur ce point, voy. P. Nihoul, *Éléments de droit public de l'économie*, *op. cit.*, pp. 17–23.

garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

B.8.5. Par conséquent, la Cour est compétente pour contrôler les dispositions attaquées au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté d'entreprendre.[18]

Il s'ensuit que si la valeur juridique de la liberté d'entreprendre est d'un rang inférieur à celui de la Constitution[19], sa protection juridictionnelle ne l'est pas dès lors qu'elle est justiciable de la Cour constitutionnelle. Le débat sur la constitutionnalisation de la liberté de commerce et d'industrie est donc sans doute devenu fort théorique, du moins sous l'angle du contentieux constitutionnel.

1.1.3 Le cadre normatif européen

On le sait, les traités fondateurs de l'Union européenne consacrent quatre libertés économiques qui constituent, selon la Cour de justice de l'Union européenne, des « principes fondamentaux du Traité »[20]. L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, entrée en vigueur le 1er décembre 2009, dispose que « la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ».

Ce cadre normatif vient suppléer le déficit normatif belge en la matière de deux manières. D'abord, via l'article 34 de la Constitution qui dispose que « [l]'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public ». Schématiquement, cet article 34 rend constitutionnelle l'attribution de l'exercice de pouvoirs déterminés à une institution de droit international public, et particulièrement aux institutions de l'Union européenne. Ainsi, la norme de droit de l'Union qui est prise en vertu et dans le cadre des traités constitutifs de l'Union prime,

18 Cour Const., arrêt du 30 avril 2015, n° 50/2015. Cet arrêt a été confirmé par l'arrêt du 21 décembre 2017, n° 150/2017, B.11.2. à 11.4., l'arrêt du 5 juillet 2018, n° 90/2018, B.7.3., l'arrêt du 21 janvier 2021, n° 10/2021, B.36.1. à 36.4., l'arrêt du 30 septembre 2021, n° 119/2021, B.11.2. et l'arrêt du 9 décembre 2021, n° 177/2021, B.42.4.

19 N.d.E. : contrairement à ce que le Conseil constitutionnel de France a décidé, voy. *infra* dans ce volume, F. Colly, « La Constitution économique de la France et la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel ».

20 Voy. CJCE, 14 décembre 1962, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, aff. jtes 2 et 3/62 (ECLI:EU:C:1962:45), *Rec.* p. 813, spéc. p. 828 ; 9 décembre 1997, *Commission c/ France*, aff. 265/95 (ECLI:EU:C:1997:595), *Rec.* p. I-6959, spéc. pts. 24 et 27. N.d.E. : sur ces libertés, voy. *supra* dans ce volume, P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market ».

en vertu de l'article 34, la législation interne puisque cette norme de l'Union n'est rien d'autre que le produit de ce transfert constitutionnel de l'exercice des compétences. Les juridictions belges, tant judiciaires qu'administratives, contrôlent donc directement la compatibilité des normes législatives avec le droit de l'Union, tant primaire que dérivé, et les écartent au besoin pour assurer la primauté du droit de l'Union.

Ensuite, via le lien direct établi par la Cour constitutionnelle entre ces libertés économiques et la liberté nationale de commerce et d'industrie. Elle a ainsi jugé qu'

> [u]ne disposition législative qui est contraire à la libre circulation des biens et des services est, *ipso facto*, contraire à la liberté de commerce et d'industrie, ainsi qu'au principe d'égalité et de non-discrimination. En effet, une telle mesure lèse les producteurs ou prestataires de services d'autres États membres en ce qui concerne l'accès au marché belge.[21]

La Cour a confirmé ce lien :

> La liberté de commerce et d'industrie est étroitement liée à la liberté professionnelle, au droit de travailler et à la liberté d'entreprise, qui sont garantis par les articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et à plusieurs libertés fondamentales consacrées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [...], comme la libre circulation des biens, la libre prestation des services et la liberté d'établissement. Le principe d'égalité et de non-discrimination constitue également un principe fondamental de l'Union européenne.[22]

Ce lien a encore été confirmé par les arrêts précités de 2015[23] par lesquels la Cour a expressément exclu la liberté de commerce et d'industrie de l'article 23 de la Constitution, d'une part, en indiquant que la liberté d'entreprendre doit être lue en combinaison avec les dispositions européennes applicables, dont les libertés économiques, et, d'autre part, en rejetant un moyen pris de la

21 Cour Const., arrêt du 22 décembre 2010, n° 149/2010, B.11. Voy. aussi Cour Const., arrêt du 9 décembre 2021, n° 177/2021, B.42.6.

22 Cour Const., arrêt du 18 octobre 2012, n° 119/2012, B.5.2. (avec questions préjudicielles à la CJUE – arrêt 8 mai 2014, *Pelckmans*, C-483/12 (ECLI:EU:C:2014:304)). Pour un lien indirect avec la directive « services », voy. Cour Const., arrêt du 23 janvier 2014, n° 6/2014, B.34.

23 Cour Const., arrêts n° 66/2015 et 86/2015 précités.

violation de la liberté d'entreprendre en se référant à la réponse apportée à un autre moyen invoquant la violation d'une des quatre libertés économiques. Par contre, la Cour a refusé d'établir un lien d'analogie entre l'article 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution et les articles 102 et 106 du TFUE[24]. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle examine fréquemment des moyens invoquant la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec des dispositions soit des traités (droit primaire), soit des directives et règlements UE (droit dérivé), contrôlant ainsi indirectement la validité des normes législatives belges au droit de l'Union[25].

1.2 *Quelles sont les conséquences ?*

L'absence de constitutionnalisation de la liberté d'entreprendre, compensée par son intégration dans le contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour constitutionnelle, entraîne certaines conséquences rapidement abordées en ce qui concerne les interventions de l'État, qu'elles soient normatives ou actives.

1.2.1 Sur l'interventionnisme normatif

Revêtue initialement de la force d'une norme législative ordinaire par le biais d'un décret révolutionnaire, remplacé depuis par une disposition législative ordinaire (l'art. II.3 du Code de droit économique), la liberté d'entreprendre est intégrée en 1988, par une loi spéciale, dans les règles de répartition des compétences et devient, par l'effet de la jurisprudence constitutionnelle, l'un des éléments-cadre de l'exercice des compétences, non seulement pour les matières régionales, mais aussi pour les matières fédérales, communautaires et locales. Elle est aussi une norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par le prisme des articles 10 et 11 de la Constitution avec lesquels elle peut être combinée.

La liberté de commerce et d'industrie ou liberté économique doit donc être respectée par les législateurs respectifs, qu'ils règlent eux-mêmes la matière ou qu'ils en délèguent des éléments au pouvoir exécutif, cette liberté n'étant pas du domaine réservé au législateur. Elle n'est pas pour autant conçue comme une liberté absolue ou illimitée. Elle ne fait ainsi pas obstacle à ce que

24 Cour Const., arrêt du 28 mai 2009, n° 87/2009, B.6.1.

25 Voy. ainsi Cour Const., arrêt du 14 janvier 2016, n° 1/2016, B.23 à B.27 (à propos des restrictions en matière de publicité et d'information professionnelle pour la médecine esthétique) ; Cour Const., arrêt du 14 janvier 2021, n° 3/2021 (à propos de l'exclusion de la faculté d'infliger une amende administrative aux autorités publiques et à leurs préposés ou mandataires en matière de protection des données).

le législateur règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Le législateur compétent ne violerait toutefois la liberté de commerce et d'industrie que s'il limitait cette liberté sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était manifestement disproportionnée au but poursuivi ou portait atteinte à ce principe en manière telle que l'union économique et monétaire serait compromise[26].

Les mesures d'encadrement du marché et les restrictions à la liberté d'entreprendre doivent en synthèse respecter les limites suivantes : *primo*, elles ne sont admissibles que pour autant qu'elles soient prévues par le législateur dans ses éléments essentiels sans pour autant être une matière réservée au législateur ; *secundo*, en tant que mesures dérogatoires, elles sont d'interprétation restrictive, notamment quant à la compétence de l'auteur de l'acte ; *tertio*, les normes de police économique doivent respecter le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination : à ce titre, ces limitations doivent reposer sur un critère objectif, poursuivre un but légitime, être pertinentes au regard de l'objectif poursuivi et ne pas produire des effets disproportionnés.

1.2.2 Sur le capitalisme public

La Constitution belge ne réserve pas d'activités économiques ou des secteurs d'activité économique[27] aux pouvoirs publics ou au secteur privé. Elle n'indique pas non plus la primauté ou la subsidiarité de l'un ou de l'autre et ne contient pas non plus d'identification d'une économie nationale mixte, planifiée ou libre comme dans d'autres constitutions. Dans un régime de libertés, l'absence de prescrit constitutionnel exprès n'empêche donc pas les initiatives privées ou publiques.

Il existe néanmoins, comme nous l'avons vu ci-avant, dans l'ordre normatif belge, le principe de la liberté économique. Quel est son impact sur le capitalisme public ou l'initiative publique économique ?

1.2.2.1 *Subsidiarité ?*

En Belgique, cette liberté de principe n'emporte pas que le principe de subsidiarité soit érigé comme condition de l'intervention des investisseurs publics,

26 Voy. la jurisprudence vaste et constante de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État, et de la Cour de cassation, et les références doctrinales citées dans P. Nihoul, *Éléments de droit public de l'économie*, *op. cit.*, pp. 32–33.

27 La notion d'activité économique reçoit ici la signification que lui donne la Cour de justice de l'Union européenne, soit « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné », ce qui exclut les activités de puissance publique, l'éducation et la sécurité sociale.

laquelle serait dans ce cas subordonnée à la démonstration d'une carence du secteur privé. Cette signification de la liberté d'entreprendre est présente en France depuis un arrêt de principe du Conseil d'État de France du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*[28]. Une telle signification n'a toutefois pas cours en Belgique[29]. Telle est l'opinion de la très grande majorité de la doctrine[30]. Par ailleurs, aucune décision de justice belge n'a, à notre connaissance, infirmé cette appréciation. Enfin, cette opinion s'est trouvée confortée dans la pratique par l'émergence, principalement après la Seconde Guerre mondiale, d'organismes ou d'entreprises publiques directement concurrentiels avec le secteur privé ou, dans certains cas, en situation privilégiée, voire monopolistique.

1.2.2.2 *Principe de légalité ?*

L'intervention directe des investisseurs publics dans l'activité économique empiète nécessairement sur l'activité économique privée, même si le degré d'intensité varie selon les circonstances. Nous considérons dès lors que l'action économique publique suppose une habilitation législative, particulière ou générale, à tout le moins lorsque cette intervention est dotée de privilèges ou de pouvoirs spécifiques. Les juridictions vérifient d'ailleurs si l'auteur de l'intervention économique, qu'elle soit exclusive, privilégiée ou concurrentielle, tient effectivement du législateur sa compétence et si l'activité rentre dans le champ d'application de la loi, du décret ou de l'ordonnance ou est nécessaire à son application. La validité de telles interventions est admise pourvu qu'elles soient prévues ou autorisées par le législateur, fût-ce en termes laconiques. À cette occasion, le législateur peut évidemment modaliser l'intervention des pouvoirs publics dans l'activité économique. Une partie de la doctrine considère que « la participation à la constitution de sociétés ou associations de pur

28 *Recueil Lebon*, p. 583.

29 Voy. Ph. Quertainmont, *Droit public économique*, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 38–40 ; J. Ph. Colson, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 48–59.

30 M.A. Flamme, « Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics en Belgique », *Revue de l'Institut de Sociologie,* ULB, 1966, p. 248 ; A. Manitakis, *La liberté de commerce et de l'industrie en droit belge et français*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 59 ; P. Delahaut, « La création et le financement des entreprises par les pouvoirs publics », in *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 19–20 ; Ph. Quertainmont, *Droit public économique*, *op. cit.,* pp. 38–40. *Contra:* J. Lebrun, « Les formes juridiques de l'initiative économique publique en Belgique aux XIX et XX^e^ siècles », in *Le rôle des capitaux publics dans le financement de l'industrie en Europe occidentale aux XIX et XX^e^ siècles*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 25.

droit privé et la prise de participations dans de telles sociétés participe de la capacité juridique naturelle des personnes morales de droit public, *en ce compris*, de sorte qu'aucune habilitation du législateur ne serait requise pour de telles opérations »[31]. Pour sa part, la section de législation du Conseil d'État recommande qu'une disposition législative expresse intervienne aux fins de lever toute ambiguïté sur la capacité des pouvoirs publics à participer aux opérations précitées[32].

1.2.2.3 *Principe de proportionnalité ?*

Nous soutenons également que les *principes de nécessité et de proportionnalité*, applicables à toute intervention législative en vertu du principe d'égalité et de non-discrimination, ont pour effet d'empêcher les pouvoirs publics de prendre en charge une activité économique en l'assortissant de moyens d'action qui sont de nature à entraver sans nécessité ou de manière exagérée l'exercice normal d'une activité industrielle, commerciale ou financière ou, en d'autres termes, qui sont susceptibles de fausser indument ou de manière disproportionnée le jeu normal de la concurrence sur un marché. Ainsi comprise, la liberté d'entreprendre ne fait pas obstacle à la création ou au financement par les pouvoirs publics de services ou d'entreprises à caractère économique, même si ceux-ci sont directement concurrentiels au secteur privé ; elle implique toutefois que les pouvoirs publics s'abstiennent de revêtir une telle activité économique de privilèges exorbitants de droit commun *sans justification adéquate et proportionnée*.

2 Les normes constitutionnelles institutionnelles

La Constitution contient-elle des normes relatives à l'organisation, à la structure et au fonctionnement des acteurs publics qui interviennent dans l'activité économique ? Deux questions plus particulières nous paraissent devoir être abordées. La régulation économique figure-t-elle dans la Constitution ? Les opérateurs publics économiques y ont-ils leur place ?

---

31 Voy. notamment D. Deom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des « partenariats public-privé » (PPP) », in *Les partenariats public-privé* (*P.P.P.*) *: Un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005 ; D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, *Publiek-Private samenwerking*, Bruges, Die Keure, 2003, pp. 191 et s.

32 Avis 49.775/4 du 11 juillet 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « relative au partenariat public-privé en Région de Bruxelles-Capitale », cité dans « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 2011 », *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2013, n°1, p. 178.

2.1 *La régulation économique*

La régulation économique prend généralement la forme de normes de police administrative. La police de l'économie étant une police administrative spéciale, elle ne peut s'autoriser du pouvoir général de police dont disposent les différentes autorités exécutives du pays[33]. Ces normes de police économique nécessitent ainsi une habilitation législative spécifique à chaque domaine d'intervention. La matière n'étant pas réservée au législateur, l'habilitation législative est souvent formelle et manque de contenu de sorte que l'essentiel des normes de police économique est le fait du pouvoir exécutif agissant par l'intermédiaire de ses départements ministériels.

De nouveaux acteurs publics ont vu le jour et se sont vus investis de différentes compétences dans le domaine de la police économique : avis, conseil, médiation, contrôle, décisions individuelles, voire pouvoir réglementaire. En bref, des pouvoirs de police et de régulation. Ces administrations sont généralement regroupées sous le vocable générique d'autorités administratives indépendantes. Cette nouvelle forme d'organisation étatique s'est en Belgique élaborée et installée empiriquement, sans aucun cadre préétabli, au coup par coup. Là où la Constitution parle de structures et de pouvoirs, elle traite seulement de l'administration centrale et de la décentralisation territoriale (art. 107 et 162 à 166). Rien n'est dit à propos de la décentralisation fonctionnelle ni *a fortiori* sur ces nouveaux intervenants. Il s'ensuit qu'il n'existe pas en Belgique de définition normative de ces autorités ni de cadre normatif régissant la création, la structure, les missions et le fonctionnement de ces organismes.

La doctrine et la jurisprudence ont tenté de combler cette lacune en identifiant plusieurs traits caractéristiques : la personnalité juridique, le rôle d'expertise, les missions d'observation, de surveillance et de régulation, l'existence d'un certain nombre de prérogatives… L'élément identificateur, qui les distingue assurément de la décentralisation fonctionnelle classique, est l'absence de contrôle hiérarchique et de tutelle qui leur assure, comme le vocable générique les désignant l'indique, leur autonomie, leur indépendance[34].

---

33 Article 37 de la Constitution pour l'autorité fédérale ; article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour les autorités fédérées ; décrets et ordonnances communaux et provinciaux pour les autorités locales.

34 P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, voy. autorité administrative indépendante ; Ph. Quertainmont, « La régulation économique sectorielle en Belgique et le rôle du juge administratif », *Administration Publique.*, 2014, n°4, pp. 537–575 ; P. Nihoul, *Eléments de droit public de l'économie*, *op. cit.*, pp. 47–48.

Cette autonomie et cette indépendance sont consubstantielles à leur raison d'être qui est d'assurer la police de certains secteurs économiques, voire leur régulation. À cette fin, elle se doit d'être double, c'est-à-dire tout à la fois à l'égard des opérateurs économiques présents dans le secteur considéré (souci d'impartialité) et à l'égard des pouvoirs publics. En effet, les secteurs économiques qu'elles régissent en tout ou en partie ont été pour la plupart marqués par des monopoles historiques de l'État en raison de leur caractère stratégique (télécommunications, transports, poste, énergie) et par la subsistance, après leur libéralisation, d'un opérateur public resté important, voire puissant. Il faut dès lors éviter des conflits d'intérêts entre les missions étatiques de police et de régulation et les intérêts économiques et financiers que l'État possède encore dans certains opérateurs. Cette exigence d'indépendance est encore renforcée par le droit dérivé de l'Union européenne, les directives de libéralisation des secteurs économiques stratégiques prévoyant une régulation autonome des pouvoirs publics.

Les pouvoirs publics ont créé de tels opérateurs en l'absence d'habilitation constitutionnelle expresse. En soi, ce silence constitutionnel n'empêche pas les pouvoirs publics de créer de tels organismes souvent personnalisés au nom de leur pouvoir résiduel. Il suscite néanmoins deux questions fondamentales.

La première question a trait à l'identification du pouvoir créateur de ces organismes. Elle peut être résolue rapidement sur le vu de nos principes constitutionnels. En effet, le pouvoir réglementaire autonome du Roi dont Il dispose en vertu de l'article 107 de la Constitution ne Lui permet pas d'instituer *motu proprio* des administrations ou organismes personnalisés et investis de missions de police, de sorte que leur création requiert l'intervention du législateur. Celle-ci est en outre renforcée pour ce qui concerne les entités fédérées par l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 qui réserve au pouvoir législatif régional et communautaire la compétence de fixer les éléments essentiels de l'organisation et du fonctionnement de tels organismes.

La seconde question, plus polémique, a trait à la nature des prérogatives qui peuvent être accordées à ces organismes. Plus particulièrement, ceux-ci peuvent-ils être investis du pouvoir réglementaire en vue de réguler, en tout ou en partie, le(s) secteur(s) économique(s) considéré(s) ? On le sait, plusieurs objections fondamentales s'opposent à l'attribution de compétences réglementaires à ces organismes ou à ces autorités, tout à fait ignorés de la Constitution et des lois spéciales de réformes institutionnelles : l'attribution des pouvoirs à des autorités constitutionnellement identifiées ; l'unicité du pouvoir réglementaire ; la subordination du pouvoir réglementaire à un contrôle parlementaire et à un contrôle juridictionnel ; et certaines garanties essentielles, comme la publication des règlements et le contrôle préventif exercé

par la section de législation du Conseil d'État. Depuis son arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010, la Cour constitutionnelle a toutefois validé, d'une part, la figure juridique de l'autorité administrative indépendante en sa caractéristique essentielle, l'absence de contrôle hiérarchique et de tutelle, et, d'autre part, les délégations de pouvoir réglementaire. Trois conditions doivent être respectées : (1) il doit s'agir d'une matière technique déterminée ; (2) il doit y aller de compétences exécutives spécifiques ; (3) et surtout, il doit subsister un contrôle juridictionnel et un contrôle parlementaire. Le brevet de constitutionnalité de ces autorités au regard des articles 33, 37 et 108 de la Constitution est ainsi conditionné à ces trois exigences. La Cour relève aussi les exigences du droit européen qui s'imposent à la Belgique via l'article 34 de la Constitution, exigences qui se sont progressivement renforcées en matière d'indépendance des organismes de régulation.

Nous avons déjà rendu compte des difficultés créées par cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle – notamment le fait que la Cour utilise le droit de l'Union pour légitimer la création de figures juridiques inconnues de la Constitution et pour valider le fractionnement du pouvoir réglementaire qui, lui, n'apparaît pas compatible avec certaines dispositions constitutionnelles[35]. Nous avons aussi relevé que dès lors que la fonction réglementaire est une des trois fonctions essentielles dans notre appareil constitutionnel, son mode d'exercice par certains organismes ne peut rester indéfiniment étranger au texte constitutionnel[36]. Nous avons enfin proposé de donner une assise constitutionnelle à ces nouveaux modes de réglementation et surtout aux limites qui les entourent : par respect de l'État de droit ; mais aussi par souci de légitimité[37].

2.2 *Les opérateurs publics économiques*

Les pouvoirs publics cette fois prennent en charge une activité économique ; ils sont ou deviennent producteurs de biens, de services ou de capitaux. Quel est le vecteur de cette intervention directe? Les pouvoirs publics utilisent rarement dans ce domaine leurs services administratifs internes. La plupart du temps, ils agissent par le biais d'une personne morale spécifique que

35 P. Nihoul, « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? », in P. D'Argent, D. Renders et M. Verdussen (dir.), *Les visages de l'État – Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 609–622.

36 P. Nihoul, *Eléments de droit public de l'économie*, *op. cit.*, pp. 53–64.

37 C. Jenart et P. Nihoul, « Une nouvelle disposition constitutionnelle sur la décentralisation fonctionnelle du pouvoir normatif ? », *Chroniques de Droit Public – Publiekrechtelijke Kronieken*, 2019, n°2, pp. 324–330.

l'on qualifie de service public économique ou d'entreprise publique[38]. Cette notion est très difficile à conceptualiser en Belgique. En effet, il n'y a pas, en Belgique, de théorie générale du service public ni de cadre normatif général en la matière, encore moins dans le domaine économique.

Ainsi, il faut épingler l'absence de fondement constitutionnel du service public économique en Belgique. Si la Constitution belge ne consacre pas l'existence des services publics économiques, elle ne les interdit pas pour autant. Dans un régime constitutionnel de liberté comme le nôtre, il faut en effet admettre, en l'absence de disposition contraire, la possibilité pour les pouvoirs publics de prendre en charge des activités économiques et d'instituer à cet effet de tels services.

Tout au plus peut-on relever qu'en tant que dérogation à la liberté économique, la création de ces services ou entreprises nécessite en principe un fondement législatif, à tout le moins dans ses éléments essentiels, même si cette intervention n'est pas dotée de privilèges ou de droits spécifiques. Cette exigence s'impose dorénavant expressément dès lors qu'elle a depuis été consacrée par l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 qui prévoit que le décret ou l'ordonnance doit régler « la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle » de tels organismes ou entreprises. Il s'ensuit que dans ces matières, aucun pouvoir normatif ne peut donc être délégué au Gouvernement ou à l'organisme ainsi créé ; les règles de base relatives à la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle de cette personne doivent être fixées par le législateur et ces règles doivent garantir la nature publique de la personne morale ainsi créée. Il n'est fait exception à ce principe que pour les mesures de détail ou de simple exécution[39]. Pour le Conseil d'État, « cette disposition s'applique aussi bien lorsqu'un service décentralisé est institué par décret que lorsque le décret prévoit la création

38 Traditionnellement, on parle de service public lorsque les pouvoirs publics créent une personne morale et d'entreprise publique lorsqu'ils prennent une participation dans une entreprise existante.

39 Voy. les « Chroniques de jurisprudence du Conseil d'Etat » de P. Nihoul et R. Andersen, *Revue Belge de Droit Constitutionnel,* 1995, pp. 217–218; *Revue Belge de Droit Constitutionnel,* 1997, pp. 188–190; *Revue Belge de Droit Constitutionnel,* 1998, pp. 289–290 et 295–296; *Revue Belge de Droit Constitutionnel,* 2000, n°1, pp. 107–108; *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2002, n°1, pp. 75–77; *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2005, n°1, pp. 108–109; *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2006, n°4, pp. 449–450; *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2007, n°3, pp. 315–316; *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 2008, n°3, pp. 276–277. Voy. aussi l'avis 56.754/2 du 3 novembre 2014 sur un avant-projet devenu le décret-programme du 17 décembre 2014, *Doc. parl*, Parl. Comm. fr., 2014–2015, n° 47/001, pp. 61 et s.

d'un tel service par une association de personnes en vue de créer une personne de droit public »[40].

Le propos de cette contribution n'est pas de rendre compte du cadre législatif pluriel existant en la matière, ce qui a été fait en d'autres lieux et qui est hors champ constitutionnel[41]. Ce cadre normatif constitutionnel inexistant est toutefois comblé par le droit de l'Union européenne. Sur le plan organique, il faut tenir compte de trois éléments principaux.

2.2.1 L'article 345 TFUE

L'article 345 TFUE[42] exprime le principe de neutralité des traités à l'égard du régime de propriété dans les États membres[43]. Ce principe entraîne deux conséquences.

Cette disposition n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existants dans les États membres aux règles fondamentales du traité[44]. Ainsi, et conformément à l'article 106, paragraphe 1, TFUE, les règles de concurrence du traité, qui sont des règles fondamentales, sont applicables indistinctement aux entreprises publiques et privées.

Inversement, l'application des règles de concurrence aux entreprises indépendamment du régime de propriété dont elles sont l'objet, et donc aux entreprises publiques, n'a pas pour effet de restreindre le domaine de protection de l'article 345 TFUE. En d'autres termes, cette application n'empêche pas les États d'avoir un secteur public économique et ne conduit pas à ce que les États membres ne disposent pratiquement plus d'aucune latitude dans leur gestion des entreprises publiques, dans la conservation des participations qu'ils

40 Avis 60.125/2 du 26 septembre 2016 sur un avant-projet de décret de la Communauté française « autorisant le Gouvernement de la Communauté française à s'associer à des tierces parties au sein d'une personne morale de droit public et en fixant la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle », *Doc. Parl.*, Parl. Comm. Fr., 2016–2017, n° 351/1, p. 15.

41 J. Lebrun, *Dictionnaire des services publics, relevant de l'Etat ; règles d'organisation et de fonctionnement*, Bruxelles, Oyez, 1978 ; P. Nihoul, *Eléments de droit public de l'économie*, *op. cit.*, pp. 87–96.

42 « Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ».

43 CJUE, 22 octobre 2013, *Staat der Nederlanden contre Essent NV et cts*, C-105/12 à C-107/12 (ECLI:EU:C:2013:677), point 29.

44 En ce sens, CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon*, 182/83, (ECLI:EU:C:1984:335), point 7; CJCE, 1er juin 1999, *Konle*, C-302/97 (ECLI:EU:C:1999:271), point 38; CJCE, 23 septembre 2003, *Ospelt et Schlössle Weissenberg*, C-452/01 (ECLI:EU:C:2003:493), point 24; CJUE, 8 juillet 2010, *Commission/Portugal*, C-171/08 (ECLI:EU:C:2010:412), point 64; CJUE, 21 décembre 2011, *Commission/Pologne*, C-271/09 (ECLI:EU:C:2011:855), point 44 ; CJUE, 8 novembre 2012, *Commission/Grèce*, C-244/11 (ECLI:EU:C:2012:694), point 16.

possèdent dans ces dernières, ou encore dans la prise en compte de considérations autres que des critères purement lucratifs. À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour que les traités ne s'opposent, en principe, ni à la nationalisation d'entreprises[45] ni à leur privatisation[46]. Il s'ensuit que les États membres peuvent légitimement poursuivre l'objectif qui consiste à établir ou à maintenir un régime de la propriété publique pour certaines entreprises[47].

2.2.2 L'article 106, § 2, TFUE

Cette disposition prévoit une dérogation aux différentes règles de la concurrence en faveur des « services d'intérêt économique général ». Comme la Cour de justice l'a précisé, « cette disposition vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises en tant qu'instrument de politique économique ou sociale avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun »[48].

Sur le plan organique[49], nous nous contenterons de relever que la mission d'intérêt général doit résulter d'un acte exprès de la puissance publique. À défaut d'un tel acte ou à défaut de se prévaloir d'un tel acte, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant si lesdites activités peuvent constituer un service d'intérêt économique général[50].

Sur le plan formel, cet acte peut être unilatéral (un acte législatif, réglementaire ou individuel sous la forme d'une autorisation ou d'un agrément) ou conventionnel (une concession de service public ou un contrat de gestion). Le droit de l'Union n'impose pas de recourir à une forme juridique particulière et renvoie au droit interne de chaque État membre quant à la nature de l'acte à intervenir. Comme nous l'avons vu ci-avant, il nous paraît que l'attribution

45 Voy., en ce sens, CJUE, 15 juillet 1964, *Costa/Enel*, 6/64 (EU:C:1964:66).

46 Voy., en ce sens, CJUE, 8 novembre 2012, *Commission/Grèce*, précité, point 17.

47 CJUE, *Staat der Nederlanden contre Essent NV et cts*, précité, points 30 et 31.

48 CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96 (ECLI:EU:C:1999:430), pt 103 et jurisprudence citée; CJUE, 20 avril 2010, *Federutility e.a.*, C-265/08 (ECLI:EU:C:2010:205), pt 28 ; CJUE, 21 décembre 2011, *Enel Produzione SpA*, C-242/10 (ECLI:EU:C:2011:861), pt 41 ; CJUE, 7 septembre 2016, *ANODE*, C-121/15 (ECLI:EU:C:2016:637), pt 43.

49 Pour les autres composantes de la définition, nous renvoyons à P. Nihoul, *Eléments de droit public de l'économie*, *op. cit.*, pp. 277–284 ; P-O. De Broux et P. Lagasse, « Créer et organiser des services publics économiques : actualité des balises nationales et européennes », in P-O. De Broux et P. Nihoul (dir.), *Actualités en droit public économique*, Anthemis, 2017, pp. 63–98.

50 CJCE, 21 mars 1974, *BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, 127/73 (ECLI:EU:C:1974:25), pt 20 ; CJCE, 11 avril 1989, *Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, 66/86 (ECLI:EU:C:1989:140), pt 55; CJCE, 1er juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07 (ECLI:EU:C:2008:376), pt 45.

d'une mission de service public à un organisme personnalisé requiert l'intervention du législateur en droit interne belge. À cet égard, il y a lieu de préciser qu'« il ne découle ni du libellé de l'article 86, § 2, CE (106, § 2, TFUE) ni de la jurisprudence relative à cette disposition qu'une mission d'intérêt général ne peut être confiée à un opérateur qu'à l'issue d'une procédure d'appel d'offres »[51]. Pour le surplus, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'organisation de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général[52]. Cette notion peut donc recouvrir des réalités et des appellations très différentes selon les États ; elle est donc marquée par une grande diversité, comme le reconnaît d'ailleurs l'article 1er du protocole (n° 26) sur les services d'intérêt général, annexé au Traité de Lisbonne[53].

2.2.3 L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs

L'article 106, § 1er, TFUE, qui traite des droits exclusifs ou spéciaux, n'interdit pas de tels droits. En vertu de cette disposition, les collectivités publiques ne

---

51 TPICE, 10 mai 2000, *SIC c. Commission*, T-46/97 (ECLI:EU:T:2000:123), point 61 ; TPICE, 15 juin 2005, *Olsen c. Com.*, T-17/02 (ECLI:EU:T:2005:218), pt 239 ; Trib. UE, 24 septembre 2015, *Viasat Broadcasting UK Ltd*, T-125/12 (ECLI:EU:T:2015:687), point 99.

52 « Les États membres sont en droit, dans le respect du droit de l'Union, de définir l'étendue et l'organisation de leurs services d'intérêt économique général. Ils peuvent en particulier tenir compte d'objectifs propres à leur politique nationale » (arrêts précités *Albany*, pt 104; *Federutility e.a.*, pt 29; *Enel Produzione SpA*, pt 50 ; *ANODE*, pt 44).

« Les États membres sont en droit, dans le respect du droit de l'Union, de définir l'étendue et l'organisation de leurs services d'intérêt économique général. Ils ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général et la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste. Cette prérogative de l'État membre concernant la définition des services d'intérêt économique général est confirmée par l'absence tant de compétence spécialement attribuée à l'Union que de définition précise et complète de la notion de tels services en droit de l'Union » (Trib. UE, 19 avril 2016, *Costantini e.a.*, T-44/14 (ECLI:EU:T:2016:223), point 24).

53 « LES VALEURS COMMUNES DE L'UNION CONCERNANT les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment:

– […] ;
– la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes […] ».

Si l'impact d'un protocole peut sembler moindre que celui d'une insertion dans le Traité, juridiquement il ne l'est pas. En droit européen, un protocole a en effet pleine valeur juridique.

peuvent toutefois, à cette occasion, édicter ou maintenir des mesures contraires aux règles européennes. En effet, « il résulte des termes clairs de l'article 86, § 1, CE (devenu 106, § 1, TFUE) que celui-ci n'a pas de portée autonome, en ce sens qu'il doit être lu en combinaison avec les autres règles pertinentes du traité »[54].

Sur le plan organique, l'attribution de tels droits doit en principe intervenir au terme d'une procédure et de conditions objectives et transparentes. En effet, de tels droits constituent des restrictions aux articles 49 (liberté d'établissement) et 56 (libre prestation des services) du TFUE[55]. L'obligation de transparence apparaît ainsi comme une condition préalable obligatoire à l'octroi par un État membre à un opérateur du droit exclusif ou spécial d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur (contractuel ou unilatéral).

Il faut toutefois relever trois exceptions :

1 Ces obligations ne doivent pas être respectées lorsque l'activité concernée ne revêt pas un caractère économique puisque, dans ce cas, elle n'est pas soumise au droit de la concurrence[56].
2 Les restrictions apportées par les droits spéciaux ou exclusifs à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services peuvent néanmoins être admises, comme toute restriction aux libertés économiques, si elles sont justifiées soit par les objectifs expressément prévus par le traité (articles 51, 52 et 61 du TFUE), soit par des raisons impérieuses d'intérêt général issues de la jurisprudence de la CJUE. Pour rappel, l'admissibilité est conditionnée par le fait qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

---

54 Voy. notamment CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05 (ECLI:EU:C:2007:227), pt 40; CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA*, C-250/06 (ECLI:EU:C:2007:783), pt 15.

55 « Il résulte de l'article 86, § 1, CE (devenu 106, § 1, TFUE) que les États membres ne doivent pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services publics sans mise en concurrence dès lors qu'une telle attribution viole les articles 43 CE ou 49 CE (devenus 49 ou 56 TFUE) ou encore les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence » (CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03 (ECLI:EU:C:2005:605), pt 52; CJCE, 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04 (ECLI:EU:C:2006:237), pt 23; CJCE, 18 décembre 2007, *Empresas*, C-220/06 (ECLI:EU:C:2007:815), pt 77; CJCE, 17 juillet 2008, *ASM Brescia SpA*, C-347/06 (ECLI:EU:C:2008:416), pt 61).

56 Voy. par exemple CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09 (ECLI:EU:C:2011:112), qui concerne la conclusion d'une assurance complémentaire maladie-invalidité par une convention collective de travail.

3 Pour les octrois conventionnels, l'absence d'une procédure objective et transparente est justifiée lorsque les conditions de l'exception *in house* sont remplies. La Cour a en effet appliqué cette exception à l'octroi de concessions de service[57].

Conclusion

Au terme de cette contribution, il faut bien constater que la place de l'économie dans la Constitution belge est inexistante tant sur le plan des normes matérielles (de comportement) que des normes institutionnelles (d'organisation).

Ce déficit constitutionnel matériel est comblé tantôt par le législateur spécial, qui insère la liberté économique dans les principes fédérateurs de l'union économique et monétaire belge, tantôt par la Cour constitutionnelle qui en fait un principe directeur de l'exercice des compétences par les différentes autorités belges, tantôt par le droit de l'Union européenne. Il en ressort que la liberté économique doit être respectée par les législateurs respectifs, sans pour autant être une liberté absolue ou illimitée. L'interventionnisme normatif des pouvoirs publics dans l'économie doit dès lors recevoir à tout le moins un fondement législatif, certes souvent formel, qui est d'interprétation restrictive et qui doit respecter le principe d'égalité et de non-discrimination. Si le capitalisme public n'est pas subordonné à la démonstration de la carence du secteur privé, il nécessite néanmoins une habilitation législative et peut s'accompagner de moyens d'actions spécifiques, voire de privilèges moyennant toutefois une justification adéquate et proportionnée.

Les normes constitutionnelles font aussi défaut sur le plan organique. Ainsi, la régulation économique s'est déplacée des administrations vers de nouveaux acteurs que sont les autorités indépendantes de régulation. Ces figures juridiques sont inconnues de la Constitution. Le fractionnement du pouvoir réglementaire résultant de l'attribution à ces organismes de pouvoirs de régulation n'apparaît pas compatible avec certaines dispositions

57 CJCE, *Parking Brixen* et *ANAV*, précités. CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07 (ECLI:EU:C:2008:621) ; CJCE, 10 septembre 2009, *Sea srl*, C-573-07 (ECLI:EU:C:2009:532); CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08 (ECLI:EU:C:2009:628) ; CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA*, C-182/11 et C-183/11 (ECLI:EU:C:2012:758) ; CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, C-159/11 (ECLI:EU:C:2012:817).

constitutionnelles. Malgré l'intervention de la Cour constitutionnelle validant et ces organismes et leurs pouvoirs, il est plus que nécessaire de donner une assise constitutionnelle à ces nouveaux modes de réglementation et surtout aux limites qui les entourent. Par ailleurs, la Constitution belge ne consacre pas l'existence des services publics économiques mais ne les interdit pas pour autant. L'aspect structurel du capitalisme public trouve alors ses limites dans le droit de l'Union européenne, à savoir le principe de neutralité du droit européen (article 345 du TFUE), le régime des droits spéciaux et exclusifs (article 106, § 1er, TFUE) et les services économiques d'intérêt général (article 106, § 2, TFUE).

Bibliographie selective

De Broux, P-O., et Lagasse, P., « Créer et organiser des services publics économiques : actualité des balises nationales et européennes », in P-O. De Broux et P. Nihoul (dir.), *Actualités en droit public économique*, Anthemis, 2017, pp. 63–98.

Jenart, C., et Nihoul, P., « Une nouvelle disposition constitutionnelle sur la décentralisation fonctionnelle du pouvoir normatif ? », *Chroniques de Droit Public – Publiekrechtelijke Kronieken*, 2019, n°2, pp. 324–330.

Nihoul, P., « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? », in P. D'Argent, D. Renders et M. Verdussen (dir.), *Les visages de l'État – Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 609–622.

Quertainmont, Ph., « La régulation économique sectorielle en Belgique et le rôle du juge administratif », *Administration Publique*, 2014, n°4, pp. 537–575.

La Constitution économique de la France et la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel

François Colly

Introduction

La question de la Constitution économique a été posée en France plus singulièrement à partir des années 1980–2000, à la suite, d'une part, des décisions du Conseil constitutionnel rendues à partir de 1982 (Nationalisations, Privatisations, *etc.*) et, d'autre part, de réflexions renouvelées de la doctrine juridique sur cette notion, certes initiées par Léontin-Jean Constantinesco en 1960[1] et fortement marquées par la notion ordolibérale de Constitution économique[2]. La question *classique* posée est celle des rapports entre le droit en général et plus particulièrement la Constitution et l'économie. La fonction structurante des activités et des politiques économiques, comme de la vie et des réalités sociales, par le droit est-elle assurée par la Constitution ou bien par le législateur et l'exécutif ? Il s'agit de savoir si la Constitution elle-même contient des choix fondamentaux, donc des normes contraignantes, de politiques économiques s'imposant juridiquement aux gouvernants ou bien si la Constitution est neutre quant aux choix économiques, c'est-à-dire qu'elle laisse libres les autorités politiques des choix de politique économique et ne comporte pas de détermination ni de limites au pouvoir politique en ce domaine. Cette question a depuis lors été étudiée par nombre d'auteurs et le plus souvent tranchée dans le sens de la neutralité économique de la Constitution de la France[3]. Un

1 L-J. Constantinesco, « La Constitution économique de la République fédérale d'Allemagne », *Revue économique*, 1960, vol. 11, n°2, p. 266-290 ; L-J. Constantinesco, « La Constitution économique de la C.E.E. », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, pp. 244-281.

2 N.d.E. : sur la notion ordolibérale de Constitution économique, voy. *supra* dans ce volume les contributions de la Partie 1 sur la *Généalogie du concept*, et notamment celles de P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution », et de T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

3 Notamment : H. Rabault, « La constitution économique de la France », *Revue Française de Droit Constitutionnel,* 2000, pp. 707-745 ; H. Rabault, « La notion de constitution économique : éléments d'introduction », *Politeia, Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé,* 2018, n° 34, pp. 207-235 ; H. Rabault , « La Constitution économique : une perspective pour repenser le droit public économique », *Politeia, Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé,* 2018, n° 34, pp. 416-420 ; F. Martucci et C. Mougouachon (dir.), *La*

© FRANÇOIS COLLY, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_020
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

peu schématiquement, l'on peut considérer qu'il existe deux grands principaux modèles de Constitution économique.

Le premier modèle, le plus intense et global, est normatif, ordonnateur, substantiel, de « conception d'essence substantialiste »[4]. Des choix économiques sont dictés par la Constitution. Son origine réside dans la doctrine allemande de l'ordolibéralisme construite par les économistes Walter Eucken et Leonhard Miksch et les juristes Franz Böhm et Hans Großmann-Doerth[5] dans les années 1930–1960 pour établir des règles et institutions juridiques régissant la structure et le fonctionnement de l'ordre économique. Les ordolibéraux ont entendu réagir contre les excès du libéralisme classique en Allemagne, en particulier contre les excès des cartels (ententes) et les atteintes à la libre concurrence et à la liberté du marché provenant des puissances économiques privées. Pour Franz Böhm, qui articule ordre juridico-économique et liberté, il convient à cet effet de déplacer du droit privé les règles de la concurrence et du marché, pour les inscrire dans le droit public et donc dans la Constitution économique[6]. La Constitution pose le cadre juridique de la concurrence et établit un ordre concurrentiel dont l'État assure et contrôle le respect de façon active[7]. La Constitution impose et garantit un ordre

Constitution économique. En hommage au professeur Guy Carcassonne, Paris, La mémoire du droit, 2015 ; J-Y. Chérot, *Droit public économique*, 2e éd., Paris, Economica, 2007 ; J.-Y. Chérot, « Constitution et économie », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel,* Tome III, Paris, Dalloz, 2012, pp. 529–561 ; M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, 2015 ; F. Martucci, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, 2015, n°1, pp. 13-22 ; F. Martucci, « La Constitution économique dans le discours doctrinal français », *Politeia, Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé,* 2018, n° 34, pp. 238-250 ; L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *Jus Politicum*, n° 20–21, 2018, pp. 445-482.

4 F. Martucci, « La Constitution économique dans le discours doctrinal français », *op. cit.*, p. 238.

5 P. Commun (dir.), *L'ordolibéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, Paris, CIRAC/CICC, 2003 ; H. Rabault, (dir.), *L'ordolibéralisme aux origines de l'École de Fribourg-en-Brisgau*, Paris, L'Harmattan, 2016.

6 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Debates and Ideological Struggles ».

7 J. Walther, « Prométhée enchaîné ou la puissance maîtrisée. Le "lien génétique" entre droit privé et concurrence dans l'œuvre de Franz Böhm (1895–1977) », in H. Rabault (dir.), *L'ordolibéralisme aux origines de l'École de Fribourg-en-Brisgau, op. cit.,* pp. 95-126. N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? », et C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

concurrentiel et l'élimination des monopoles. Cette construction de norme juridico-économique constitutionnelle, évoquée à titre d'exemple, ne sera pas établie dans la Loi fondamentale, mais marquera la reconstruction économique de la République fédérale allemande après 1945 et sera en partie posée par la loi, en particulier dans la loi de 1957 sur les restrictions de concurrence[8].

L'on retrouve le même type de référence à une Constitution économique normative ou ordonnatrice dans l'interprétation de la « Constitution économique de la C.E.E. » de Léontin-Jean Constantinesco[9]. Cet auteur considère que la référence au marché commun et les dispositions relatives à la politique de concurrence et aux libertés énoncées dans le traité établissant la Communauté économique européenne de 1957 constituent les éléments de la notion de Constitution économique de la CEE d'inspiration nettement ordolibérale[10]. L'on observera que cette vision d'une Constitution économique de la CEE et la notion même de Constitution économique ont, en 1970, suscité les réticences des juristes français, Pierre-Henri Teitgen et Maurice Lagrange[11], alors avocat général.

Le deuxième modèle de Constitution économique est lui aussi normatif, mais en outre matériel, en ce sens qu'il contient les règles d'organisation des pouvoirs publics et de garantie des libertés[12], ou encore relève d'une « conception normativiste »[13]. La Constitution ne contient pas de principes ordonnateurs ; elle ne dicte pas des choix économiques, libéraux, dirigistes ou interventionnistes. La Constitution économique ne comporte que des principes et règles énoncés dans la Constitution sans portée contraignante quant au régime économique envers le législateur. Ce modèle comprend deux types de sous-modèles. Un premier sous-modèle, maximaliste, est inspiré par l'idée que le droit est foncièrement distinct de l'économie. Aussi bien, et c'est l'approche

8 *Ibid.*, pp. 121 et s.

9 L-J. Constantinesco, « La Constitution économique de la C.E.E. », *op. cit.*

10 Voy. F. Martucci, « La Constitution économique dans le discours doctrinal français », *op. cit.*, pp. 239 et s.

11 Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La Constitution économique européenne : Actes du 5e colloque sur la fusion des Communautés européennes, organisé à Liège les 16,17 et 18 décembre 1970*, Liège/La Haye, Martinus Nijhoff, 1971 ; M-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.,* § 107 ; A. Gaillet, « La notion de "Constitution économique" : approche historique, théorique et comparative », in G. Kalflèche, T. Perroud et M. Ruffer (dir.), *L'avenir de l'UEM : une perspective franco-allemande,* Paris, LGDJ 2018, pp. 29–51, spéc. p. 29. L. Zevounou, « Le concept de "constitution économique" : Une analyse critique », *op. cit*., p. 473.

12 Voy. O. Beaud « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

13 F. Martucci, « La Constitution économique dans le discours doctrinal français », *op. cit*., pp. 244 et s.

française, dans son fondement procède-t-elle foncièrement d'une « disjonction épistémologique entre le droit et l'économie »[14], c'est-à-dire d'une attitude systémique d'exclusion réciproque entre le droit et l'économie. Ces deux champs scientifiques, qui se veulent chacun autonomes, s'excluent mutuellement ; par conséquent, toute théorie économique est naturellement écartée du champ juridique. Dès lors, la notion de Constitution économique, qui associe deux champs étrangers l'un à l'autre, est impossible. Le droit ne connaît pas l'économie. Comme le relève Francesco Martucci[15], cette dissociation apparaissait classiquement dans les interrogations et débats doctrinaux sur l'existence d'un « droit économique », d'un « droit public économique » ou d'un « droit public de l'économie »[16]. Par conséquent, en pratique la question des relations entre le droit et l'économie se pose en dehors de la Constitution, en particulier traditionnellement en France, entre le droit administratif et l'économie.

Selon un deuxième sous-modèle plus contemporain, apparu en France depuis 1981, la Constitution économique est constituée par les règles et principes fondamentaux généraux à objet et effet économique, relatifs à la vie économique, figurant matériellement dans la Constitution ou dégagés par le Conseil constitutionnel, tels que le droit de propriété, la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle auxquels s'ajoutent notamment des principes fondamentaux à effet potentiellement économique comme le principe d'égalité, appliqué notamment à la concurrence, *etc*. Ces principes et règles ne sont qu'un cadre et des instruments mis à la disposition du législateur pour la mise en œuvre des actions économiques mais placés sous le contrôle du Conseil constitutionnel.

Dès lors se pose l'hypothèse, ou la question, de l'existence d'une Constitution économique française, une véritable constitution économique normative ou ordonnatrice, ou bien d'une Constitution au sens matériel énonçant des principes, droits et règles constitutionnels fondamentaux, un « bloc de constitutionnalité », dont découlent des principes et règles de valeur constitutionnelle de portée économique, dégagés, voire créés, et consacrés par le Conseil constitutionnel (1.). Le Conseil constitutionnel a exercé une double fonction : d'une part, il a constitutionnalisé des règles et principes, notamment

14 H. Rabault, « La constitution économique de la France », *op. cit.*, p. 707.

15 F. Martucci, « La Constitution économique dans le discours doctrinal français », *op. cit.*, p.244.

16 G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? » in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux,* Toulouse, IPA-IAE, 1981, pp. 767–783 ; P. Idoux, « Droit économique et exorbitance du droit public », in X. Bioy (dir.), *L'identité de droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 215-227.

économiques, qui constituent les normes de référence du contrôle de constitutionnalité ; d'autre part, il forge le droit constitutionnel économique en exerçant le contrôle du respect par la loi des droits et libertés économiques constitutionnels par ses décisions et sa jurisprudence économique (2.).

1 La question d'une constitution économique de la France

Avant 1981, en France, la question de la Constitution économique ne se posait pas dans la mesure où les constitutions françaises portaient sur l'organisation des pouvoirs publics et ne comportaient pas, ou très peu, de dispositions substantielles, principes et droits, même économiques, impératifs. L'idée que la Constitution elle-même comportait l'énonciation et la garantie de droits et de libertés était largement étrangère à la pensée juridique française. Cette fonction incombait à la loi. La structuration et l'organisation juridique de l'économie, réduite durant la période libérale du XIX^e^ siècle, interventionniste à partir de 1915 et surtout 1945, relevaient de la loi et des règlements administratifs. La structuration juridique du système économique était principalement assurée par le Code civil et par le droit public économique, lequel était essentiellement un droit *administratif* économique.

Historiquement, depuis 1791, les Constitutions françaises étaient des Constitutions relatives à l'organisation du pouvoir politique dont les textes déterminaient les organes et les fonctions, législatifs, exécutifs et juridictionnels, fixaient les modes de relations entre eux et les procédures d'accès, mais ne proclamaient pas de droits substantiels. En préambule de certains textes constitutionnels, ont été parfois placés des déclarations de droits ou des préambules (Constitution de l'An I (1793), de l'An III (1795), Charte de 1814, Constitution de 1848, Préambule de la Constitution de 1946). Le texte le plus essentiel est évidemment la Déclaration des droits de l'homme de 1789, initialement destinée à précéder la Constitution de 1791, qui, depuis sa proclamation, domine par ses principes théoriques l'édifice politique et juridique. Elle a été complétée par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 toujours en vigueur aujourd'hui. La Déclaration de 1789, rompant avec les principes de l'Ancien régime monarchique, était considérée comme l'énonciation de principes philosophiques, théoriques et politiques fondamentaux de la société fixant le cadre du pouvoir politique et des règles législatives et réglementaires. Ils étaient considérés comme dotés d'une valeur de principe, mais dénués de valeur juridique impérative. Le contenu de la Déclaration de 1789 consacrait comme droits naturels et imprescriptibles de l'homme la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression, ainsi que l'égalité.

Excepté la consécration du droit de propriété, la Déclaration ne comportait l'énoncé d'aucun principe spécifiquement économique tel que la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté contractuelle. Ces libertés économiques étaient considérées par les auteurs de la Déclaration comme naturellement et implicitement incluses dans la liberté[17]. Selon la formule classique, énoncée par le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions sous la décision du Conseil d'État *Baldy* du 10 août 1917[18], la Déclaration de 1789 est « implicitement ou explicitement au frontispice des Constitutions républicaines », en raison de son importance fondamentale.

À partir de 1981, le Conseil constitutionnel a pleinement intégré à la Constitution les textes substantiels que constituaient la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 rattachés à la Constitution de 1958 par son Préambule. En effet, le Préambule de l'actuelle Constitution du 4 octobre 1958 proclame solennellement l'attachement du peuple français aux droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946.

Le Préambule de la Constitution de 1946 a confirmé les principes libéraux de la Déclaration de 1789 et les a complétés par des principes de démocratie sociale et économique et d'inspiration interventionniste[19]. Conformément à la tendance existant dans les textes constitutionnels depuis les années 1920 et surtout après 1945, il comporte des dispositions de nature économique. Sur le plan des principes économiques en particulier, il proclame des principes sociaux et droits-créances envers la Nation et énonce de façon normative et programmatique dans son alinéa 9 que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Il pose ainsi des limites au droit de propriété et le principe de la nationalisation d'entreprises, en particulier des services publics nationaux et de tout monopole de fait.

---

17 J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », *Recueil Dalloz*, 1984, Chron. 1, pp. 1-8.

18 Conclusions Corneille sous CE, 10 août 1917, *Baldy*, Req. n° 59855, *Rec.* 638.

19 J. Rivero et G. Vedel, « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution : le Préambule », *Droit social*, 1947, vol. 31, pp. 13-35 ; G. Koubi (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 ; G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Dalloz, 2001 ; Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2008.

Néanmoins les dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 étaient considérées comme des références de principe fondamentales, inspiratrices du droit établi par la loi et les règlements, mais dénuées de portée normative. Toutefois, la doctrine juridique et la jurisprudence du Conseil d'État, puis, après 1958, celle du Conseil constitutionnel, estimaient que les dispositions claires et précises étaient dotées de portée impérative. Ainsi en allait-il, par exemple, du droit de grève formulé de façon lapidaire par l'alinéa 7 du Préambule de 1946 « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

Le bouleversement a été apporté par le Conseil constitutionnel qui a considéré que le Préambule de la Constitution de 1958 a intégré la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 dans le texte constitutionnel lui-même. Désormais, ces textes font partie du texte constitutionnel au même titre que les autres dispositions de la Constitution. Au demeurant, la Constitution de 1958 comporte dans son texte la proclamation de droits et libertés de l'individu ainsi que, pour ce qui nous concerne ici, des principes et des dispositions de nature économique. Dans le corps même de la Constitution, son article 34, qui détermine le domaine de la loi, précise que la loi fixe les règles et principes concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (donc aussi les libertés économiques), les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, le *régime* de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, les lois de programme déterminant les objectifs de l'action économique et sociale de l'État, *etc*.

Il importe de souligner que cette novation a été rendue possible par l'avènement d'un contrôle de constitutionnalité en 1958 qui n'existait pas auparavant. La Constitution de 1958 a créé une institution nouvelle dans le droit français, le Conseil constitutionnel, initialement chargé de contrôler principalement le respect du domaine de la loi fixé dans la Constitution (art. 34), par le pouvoir réglementaire du Gouvernement. Alors qu'avant 1958, conformément à la doctrine traditionnelle française de la souveraineté de la loi votée par le Parlement, aucun contrôle de la conformité de la loi par rapport à la Constitution n'était possible, la création d'un Conseil constitutionnel en 1958 a ouvert la voie à un contrôle de la loi au regard de la Constitution, un contrôle *a priori*, avant sa promulgation. Au fil des années, le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois qui lui étaient soumises s'est, par la pratique, étendu à toutes les dispositions de la Constitution et considérablement amplifié. De plus, l'élargissement du pouvoir de saisine du Conseil à soixante députés ou sénateurs en 1974 a multiplié les décisions de contrôle de conformité des lois. En outre, ultérieurement, la création en 2010 (loi constitutionnelle du 23 juillet 2008) d'un

contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de toutes les lois en vigueur par la *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) a considérablement étendu les possibilités de contrôle de constitutionnalité des lois.

La première étape de l'intégration de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 à la Constitution a été franchie avec la décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association[20]. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel s'est référé, dans les visas des textes fondant sa décision, à la Constitution de 1958 « et notamment son Préambule », indiquant ainsi, certes de façon incidente mais nette, qu'il reconnaissait force impérative au Préambule et faisait application de ses dispositions.

Mais l'étape décisive a été accomplie avec la décision du 16 janvier 1982 *Nationalisations*[21]. Dans cette décision rendue sur la saisine de parlementaires contre la loi procédant à d'importantes nationalisations d'entreprises, le Conseil constitutionnel a reconnu *la pleine valeur constitutionnelle* de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 :

> Aux termes du Préambule de la Constitution 1958 le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 [...] Les principes même énoncés par la Déclaration des droits de l'homme *ont pleine valeur constitutionnelle* tant en ce qui concerne le caractère fondamental du *droit de propriété* dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que *la liberté*, *la sûreté* et *la résistance à l'oppression*, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à *la liberté d'entreprendre*[22].

Le législateur ne saurait être dispensé, dans l'exercice de sa compétence, du respect des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les

20 Cons. Const., 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n° 71–44 DC, *Rec.* 29 (*Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, 19e éd., Paris, Dalloz, 1998, n° 29).

21 Cons. Const., 16 janvier 1982, *Nationalisations*, n° 81–182 DC, *Rec.* 18 (*Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, n° 32) ; J. Rivero, « Ni lu, ni compris », *Actualités juridiques. Droit administratif*, 1982, pp. 209-214.

22 Cons. Const., 16 janvier 1982, *Nationalisations*, préc., cons.15 et 16.

organes de l'État. Par cette décision, le Conseil constitutionnel considère que les principes énoncés par la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 font pleinement partie de la Constitution et ont pleine valeur normative, comme l'ensemble du texte constitutionnel. Ils s'imposent au législateur comme à toutes les autorités de l'État. Parmi les principes et règles énoncés par la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 figurent des principes et règles de portée économique et des libertés économiques. Dès lors, constituent des dispositions normatives, des principes de portée économique comme le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, spécifiquement reconnue en tant que composante de la liberté, et des principes tels que l'égalité dont les effets sont potentiellement économiques. Cette novation fait entrer dans la Constitution des principes constitutionnels économiques et pourrait s'analyser en l'avènement d'une Constitution économique en France. La Constitution comporte désormais des principes fondamentaux et des dispositions substantiellement économiques.

Par ailleurs, il convient de préciser que la Charte de l'environnement adoptée en 2004 a vu confirmer sa valeur constitutionnelle dans son intégralité par la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008[23] *Loi sur les OGM*, en dépit de l'imprécision de certains principes et droits affirmés, tels que le principe de précaution (art. 5) ou le droit à un environnement sain (art. 1er).

Auparavant, le droit et les libertés économiques en France étaient, depuis la Révolution française, d'origine législative et jurisprudentielle. La structuration de l'économie et son organisation étaient inspirées par des idées, des doctrines et des principes, principalement libéraux, et aussi depuis le début du XXe siècle par des principes interventionnistes, mais la mise en œuvre des principes était fixée par la loi et la jurisprudence. Le Code civil de 1804, « Constitution de la société civile française », selon le juriste exégète du Code civil Demolombe, « la véritable constitution de la France » au sens matériel, selon le doyen Carbonnier[24], a fixé le droit de propriété, le droit du contrat, la

23 Cons. Const., 19 juin 2008, *Loi sur les OGM*, n°2008–564 DC, *Rec.* 313 (*Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel, op. cit.*, n°51). Voy. aussi, CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, Rec. 322, *GAJA*, 23e éd. 2021, n° 106 ; CE, 26 fév. 2014, *Ban Asbestos France*, req. n° 351514.

24 J. Carbonnier, « Le code civil », in P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire T I*, Paris, Quarto Gallimard, 1997, pp. 1331-1351 ; Y. Gaudemet, « Le code civil, Constitution civile de la France », in L. Leveneur et Y. Lequette (dir.), *1804–2004: Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 296-308 ; R. Cabrillac « Le code civil est-il la véritable constitution de la France », *Revue Juridique Thémis,* 2005, vol. 39, n°2, pp. 250-259 ; H. Mazeaud, « Le code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, 2004, vol. 110, n°3, pp. 152-159.

responsabilité, l'égalité, *etc*., tandis que la jurisprudence, en particulier celle du Conseil d'État, a formulé le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire la liberté professionnelle et la limitation des interventions économiques publiques[25]. L'on peut considérer que ces principes et droits, fondamentaux pour l'ordre économique, issus d'une pluralité de normes, non inclus dans la Constitution juridique, forment une Constitution économique dans une acception substantielle comme l'a montré Francesco Martucci[26].

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 janvier 1982, en reconnaissant la pleine valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 a, d'une part, constitutionnalisé les droits fondamentaux et libertés individualistes classiques, susceptibles de limiter le pouvoir de l'État, ainsi que les droits sociaux interventionnistes. Leur énoncé est matérialisé dans la Constitution. D'autre part, il a constitutionnalisé le droit économique[27], puisque ces textes contiennent l'énonciation de droits, de libertés et principes de nature et de portée économiques libéraux et d'interventionnisme économique[28]. En dégageant les principes et règles constitutionnels, et en en contrôlant le respect par le législateur, il a d'ailleurs au fil du temps aussi constitutionnalisé toutes les branches du droit, et non seulement le droit économique. Dès lors se construit une Constitution économique française.

Quant à leur contenu, les dispositions économiques énoncées par la Déclaration de 1789 concernent d'abord le droit de propriété (art. 2), dans sa nature de droit naturel et imprescriptible de l'homme et son caractère fondamental, ainsi que son régime d'indemnisations en cas de privation de propriété,

---

25 Voy. P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 2e éd. Paris, Dalloz, 2021, §76 ; S. Braconnier, *Droit public de l'économie,* 3e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2021, § 50 ; S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, 8e éd. 2021.

26 F. Martucci, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *op. cit*., § 21 et s.

27 Ph. Terneyre, « La constitutionnalisation du droit économique » in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française* (*1958–2008*), Paris, Dalloz, 2008, pp. 425-434 ; O. Beaud, Ph. Comte, et P. Wachsmann (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critiques*, Jus Politicum, vol. X, Paris, Dalloz, 2019 ; V. Champeil-Desplats, « Réflexions sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques », in S. Torcol (dir.), *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché,* Colloque AFDC, *La Revue des Droits de l'Homme,* 2017, n° 11, pp. 33–41, disponible à l'adresse: https://journals.openedition.org/revdh/2957 (dernière consultation le 12 février 2022).

28 O. Beaud, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus Politicum*, 2010, n°3, pp. 31-59 ; O. Beaud, « Nationalisation et souveraineté. La nationalisation comme acte de souveraineté », *Les Petites Affiches*, 24 nov. 1995, n° 5. pp. 1251-1284.

formulé à l'article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Les dispositions économiques consistent aussi en la *liberté d'entreprendre*, spécifiquement et pour la première fois énoncée par le Conseil constitutionnel en 1982, ainsi que dans les applications économiques du *principe d'égalité* (égalité devant les charges publiques, devant l'impôt, devant les législations économiques…).

S'agissant du Préambule de 1946, il est marqué par la proclamation des principes politiques, économiques et sociaux, interventionnistes, voire dirigistes, tels que notamment le droit du travail, le droit syndical, le droit de grève, ainsi que tout particulièrement les nationalisations (al. 9). En ce qui concerne les nationalisations, comme on l'a vu, l'alinéa 9 énonce que « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Cet énoncé énergique, qui constitue à la fois un programme et un principe, a posé des problèmes d'interprétation aigus quant à sa portée sur lesquels il conviendra de revenir.

Dès lors, puisque la Constitution contient des principes économiques fondamentaux, des règles économiques impératives et aussi des énonciations programmatiques, doit-on considérer la Constitution de 1958 comme une *Constitution économique* au sens intense, substantiel, ordonnateur ? En d'autres termes, la Constitution énonce-t-elle des principes normatifs ou ordonnateurs de choix politiques et économiques, qui imposeraient, notamment au législateur, un type de système économique, libéral ou bien interventionniste ?

La première difficulté réside dans les différences, voire les contradictions, entre la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 dans leurs contenus, donc dans leur articulation et leur conciliation. Doit-on considérer qu'il existerait une prévalence d'un des deux textes sur l'autre ou bien qu'il convient de concilier ces deux textes pour voir apparaître un principe de choix politique et économique fondamental ? Le Conseil constitutionnel n'a pas retenu une conception substantielle ou ordonnatrice de la Constitution déterminant un choix de système économique. Ces choix appartiennent au législateur. Il a concilié les deux textes et donc leurs principes différents, dans le sens plus formel de principes de valeur constitutionnelle (A). Par ailleurs, plus précisément, la question se posait de savoir quelles obligations implique le principe des nationalisations contenu dans l'alinéa 9 du Préambule de 1946 au regard de la protection de la propriété ainsi que de la propriété publique. Le Conseil

constitutionnel a tranché dans le sens de l'absence de principes ordonnateurs par la neutralisation du texte de l'alinéa 9 (B).

1.1 *La conciliation des principes de 1789 et 1946*

La première difficulté a résidé dans l'articulation entre les principes posés par chacun des deux textes et la question de l'égalité ou non de valeur des deux textes. Leur compatibilité a donné lieu à des controverses que la décision du Conseil du 16 janvier 1982 *Nationalisations* a tranchées dans le sens de leur égale valeur. La Déclaration de 1789, d'inspiration individualiste et libérale, consacre des droits individuels qu'il est convenu de nommer les libertés économiques constitutionnelles, c'est-à-dire essentiellement le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. Le Préambule de 1946, d'inspiration interventionniste, consacre des droits économiques et sociaux, des droits-créances, très différents et susceptibles d'être incompatibles avec les droits individualistes. L'argumentation principale a consisté à soutenir que les principes libéraux et individualistes correspondant aux nécessités de la fin du XVIII^e siècle, posés par la Déclaration de 1789, ont été corrigés par le Préambule de 1946, texte postérieur exprimant les principes correspondant aux exigences de la deuxième moitié du XX^e siècle[29]. S'agissant en particulier du droit de propriété, pour les partisans de la supériorité du texte postérieur, le Préambule de 1946, il aurait perdu son caractère fondamental et ne pouvait s'opposer aux nationalisations.

Le Conseil constitutionnel a considéré et souligné, dans une interprétation littérale, que l'articulation se trouve formulée par le Préambule de 1958 lui-même, qui énonce que le peuple français proclame son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été *définis* par la Déclaration de 1789, *confirmée* et *complétée* par le Préambule de la Constitution de 1946. Il a souligné que, par les référendums approuvant les Constitutions de 1946 et 1958, le peuple français a approuvé et confirmé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 par la Déclaration, par conséquent au droit de propriété et à la liberté, donc la liberté d'entreprendre, complétés par le Préambule de la Constitution de 1946. Les principes et les droits tels qu'énoncés dans les deux textes ont une égale valeur constitutionnelle et, en cas de divergence, doivent être combinés et conciliés, le cas échéant par le Conseil

29 R. Savy, « La Constitution des juges », *Recueil Dalloz*, 1983, pp. 105-110 ; F. Luchaire, « Socialisme, propriété et Constitution », in *Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 127-135.

constitutionnel, pour leur application par la loi. Il n'existe aucune hiérarchie entre les deux textes.

Si l'on s'attache à la situation de 1982, pour le Conseil, le droit de propriété ainsi que la liberté, garantis par la Déclaration, permettent au législateur de procéder à des nationalisations, moyennant indemnisation, mais dans la limite où les transferts de biens et d'entreprises opérés ne restreindraient pas le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître ce droit et cette liberté. Les textes constitutionnels comportent implicitement, quant au respect de ces droits, des limites. Il n'est pas question de reprendre ici les abondants commentaires apportés à cette décision[30], mais il est possible de se référer aux explications très éclairantes données par le doyen Vedel, alors membre du Conseil constitutionnel et rapporteur de la décision du 16 janvier 1982 :

> [La Constitution] n'impose pas elle-même ni par les textes que l'on y assimile [...] de principes du libéralisme économique [...] [; il n'y a] rien qui interdise une politique socialiste. [...] Le Conseil devra énoncer un principe délicat à formuler mais très important [...]. Il semble qu'il pourrait simplement énoncer que l'équilibre des libertés, parmi lesquelles figure le droit de propriété, interdit le changement de société. Il devra marquer dans sa décision que le droit de propriété conserve une place essentielle dans cet équilibre des libertés...[31]

Si le législateur souhaitait aller au-delà et passer d'un régime de propriété privée à un régime collectiviste, il serait dès lors nécessaire de procéder à une révision constitutionnelle[32]. C'est l'affirmation de la *neutralité de la Constitution*.

Si les deux textes constitutionnels, celui de la Déclaration de 1789 et celui du Préambule de 1946, ont une égale valeur, la question se pose de savoir comment sont conciliés leurs principes, différents, voire contradictoires, pour assurer le respect des libertés économiques et des droits sociaux ainsi que la *structuration* de l'économie. Il apparaît dans la pratique que la tendance

30 M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.* ; *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, n° 32 ; L. Favoreu (dir.), *Nationalisations et Constitution*, Aix-en-Provence, PUAM, 1982.

31 Voy. M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.,* § 214 ; Archiv. Cons. Const. Séance 21 déc 1981 (Déc. n° 81–132 DC, *Nationalisations*), p. 15.

32 M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.,* § 214 ; Archiv. Cons. const. Séance 12déc. 1981 (déc. n° 81–132 DC, *Nationalisations*).

qui domine dans l'interprétation de la Constitution et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel est la tendance libérale, corrigée par les principes interventionnistes ou le cas échéant conciliée avec eux. La coexistence ne peut imposer l'un plutôt que l'autre système économique. La Constitution est neutre au regard des choix économiques. Elle n'impose ni le choix du régime économique libéral, ni celui de l'interventionniste ou du dirigisme, ni celui d'un régime d'économie mixte. Ces choix appartiennent pleinement au législateur, dans le respect des principes constitutionnels. D'ailleurs, la crise économique de 2008 et la crise du Covid-19, en 2020, montrent bien que le mode interventionniste est en cas de besoin toujours potentiellement applicable par le politique, au moyen de la loi, pour maîtriser les crises, corriger les risques économiques et sociaux et parer aux excès pouvant découler de la liberté économique.

Sur un plan politique, dans un pays comme la France dans lequel l'opinion est aussi divisée sur les choix politiques et économiques, il n'est probablement pas possible de considérer que la Constitution fixe un système économique déterminé. Ainsi une conciliation a été opérée. Sur le plan juridique, la pratique, en particulier la jurisprudence du Conseil constitutionnel, montre que l'option d'une Constitution économique normative ou ordonnatrice est rejetée à la faveur de la conception d'une Constitution économique neutre, matérielle, au premier sens de la notion telle que caractérisée par le professeur Sabino Cassese, c'est-à-dire comme comportant l'ensemble des dispositions constitutionnelles se rapportant à l'économie[33]. Le Conseil constitutionnel s'est appliqué à neutraliser le caractère potentiellement foncièrement normatif du contenu de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946, donc de la Constitution française.

1.2 *L'interprétation neutralisante de l'alinéa 9 du Préambule de 1946*

Une deuxième difficulté résidait dans la question de savoir si les énonciations fortes contenues dans l'alinéa 9 du Préambule de 1946 contiennent des principes normatifs ou ordonnateurs caractéristiques d'une Constitution économique. Ce problème apparaît nettement avec les interprétations de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 données par le Conseil constitutionnel, ainsi d'ailleurs que par le Conseil d'État, qui ont tendu à neutraliser la portée la plus forte des énonciations de ce texte.

33 Voy. H. Rabault, « La constitution économique de la France », *op. cit.,* p. 711.

1.2.1 Les nationalisations : un pouvoir discrétionnaire du législateur, soumis à la condition flexible de « nécessité publique »

L'on pouvait considérer que ce texte apparaissait comme contenant un principe ordonnateur ou impératif de *nationalisation* envers le législateur : « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, *doit* devenir la propriété de la collectivité ». Dans l'esprit des rédacteurs de la Constitution d'octobre 1946, cette énonciation ne visait pas à la collectivisation générale des moyens de production ni à l'abandon du principe du libéralisme économique par la suppression de la propriété privée et de la liberté du commerce et de l'industrie. Il visait à prévoir, d'une part, par la nationalisation, le retour à la Nation et aux travailleurs des grands moyens de production et des grandes entreprises de services publics et, d'autre part, la disparition des monopoles détenus par des puissances économiques privées afin d'éviter qu'un monopole de fait n'entrave le libre exercice de la concurrence[34]. Comme cela a été relevé par plusieurs auteurs, l'on peut observer que la formulation de cet alinéa représente une version de l'ordolibéralisme à la française de la Constitution[35], en ce sens qu'il prescrit au législateur la nationalisation pour assurer le fonctionnement correct du marché en cas de monopole de fait entravant la concurrence. La formulation impérative de cette disposition constitutionnelle correspond à la notion de constitution économique au sens fort. Pourtant la jurisprudence du Conseil constitutionnel a neutralisé la force obligatoire que l'on aurait pu reconnaître à l'alinéa 9[36].

---

34 J-J. Israël, « Alinéa 9 », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaire, op. cit.*, p. 221 ; G. Quiot, « Service public national et liberté d'entreprendre », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques, op. cit.*, pp. 187-208 ; M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op.cit.* § 187 et s. et § 194 et s ; Ph. Cossalter, « L'alinéa 9 », in Y. Gaudemet (dir.) *Le Préambule de la Constitution de 1946*, *op. cit.*, pp. 171–196 ; F. Colly, « La Constitution contre l'économie, sens et contresens », in *Vers un ordre juridique humanitaire ? Mélanges en l'honneur de Patricia Buirette*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 277-299.

35 M.-L. Dussart, *Constitution et économie, op. cit.*, § 196.

36 À cet égard, plusieurs auteurs suggèrent que le Conseil constitutionnel aurait pu s'appuyer sur cet alinéa 9, qui condamne les monopoles et les concentrations économiques excessives, pour fonder constitutionnellement *le droit de la concurrence* et le contrôle de son respect : G. Clamour, « La concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », communication au Colloque Association Française de Droit Constitutionnel, 2005 ; J-Y. Chérot, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 34 et p. 63. A. Cartier-Bresson, « Marché, concurrence, Etat actionnaire. Dits, non-dits et clairs obscurs », in *La Constitution économique*, Colloque Univ. René Descartes 2008, *Les Petites Affiches*, 22 janv. 2009 ; M.-L. Dussart, *Constitution et économie, op. cit.*, § 198 ;

Dans la situation de 1982, la question posée alors par la saisine du Conseil au regard de l'alinéa 9 était de savoir si ce texte imposait strictement la nationalisation aux conditions de service public national ou de monopole de fait – conditions d'ailleurs non remplies par le projet de loi de nationalisation – et donc imposait une compétence liée du législateur ou si, au-delà des dispositions de l'alinéa 9, le législateur pouvait librement nationaliser dans d'autres hypothèses. Le Conseil constitutionnel a opté dans la décision du 16 janvier 1982 pour le pouvoir discrétionnaire du législateur de nationaliser, hors des cas énoncés par l'alinéa 9, et à la seule condition de « nécessité publique », prévue, elle, dans l'article 17 dans le cadre de l'expropriation, c'est-à-dire dans le cadre de la privation de propriété, ce qu'est aussi la nationalisation. L'obligation de nationaliser en cas de service public national ou de monopole de fait demeure, mais le législateur se voit reconnaître le pouvoir de décider politiquement, librement, de nationaliser sous la seule condition très générale de « nécessité publique ». Le Conseil constitutionnel exerce sur ce pouvoir discrétionnaire un « contrôle minimum », limité à l'erreur manifeste d'appréciation, outil calqué sur les instruments du contentieux administratif. Le Conseil constitutionnel, qui prend toujours soin d'indiquer qu'il n'a pas les mêmes pouvoirs que le législateur, se montre très respectueux de la liberté de choix du Parlement.

En outre, il convient de relever que l'obligation de nationaliser ou de ne pas privatiser, impliquée par le texte, est en réalité sans effet puisqu'elle ne pouvait être sanctionnée en raison de l'absence de recours en carence de la loi.

1.2.2 Les privatisations : large marge de manœuvre du législateur, via une interprétation souple des notions de « service public national » et de « monopole de fait »

La question du caractère impératif ou non de l'alinéa 9 s'est posée également à propos de la situation inverse des nationalisations, celle des *privatisations* d'entreprises publiques et de monopoles publics. Le texte constitutionnel autorise-t-il la privatisation, c'est-à-dire le transfert de propriété du secteur public au secteur privé[37], d'une entreprise ayant les caractères d'un « service public national » ou d'un « monopole de fait » ? Dès 1946, les deux notions sont apparues comme peu claires et mouvantes[38]. Elles ne le sont pas davantage

---

P. Hubert et A. Castan, « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2015, n° 49, pp. 15-27, spéc. p. 25.

37 Formulation de l'article 34 de la Constitution de 1958 fixant le domaine de la loi.

38 J. Rivero et G. Vedel « Les principes économiques et sociaux de la constitution : le Préambule », *op. cit.*

aujourd'hui ; le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État en ont donné les interprétations les plus souples laissant une grande liberté au législateur.

1.2.2.1 *Les services publics nationaux*

En ce qui concerne les *services publics nationaux*, dans sa décision du 25–26 juin 1986 relative aux privatisations[39], le Conseil constitutionnel a précisé que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle » et que « serait contraire à la Constitution le transfert du secteur public au secteur privé de certaines entreprises dont l'exploitation revêt les caractères d'un service public national ». Mais surtout, au sein des « services publics nationaux » dont la définition est malaisée, il a introduit une distinction entre les services publics constitutionnels et les autres, établis par la loi ou les règlements : « [l]e fait qu'une activité ait été érigée en service public par la loi, sans que la Constitution ne l'ait exigé, ne fait pas obstacle à ce que cette activité, comme l'entreprise qui en est chargée, fasse l'objet d'un transfert au secteur privé ». Quant aux services publics constitutionnels[40], ce sont ceux qui sont exigés par la Constitution, c'est-à-dire les services régaliens (Défense, Justice, Police, services fiscaux) et les services d'enseignement et de santé. Ils ne peuvent pas être privatisés, mais il a été admis que certains éléments de leur gestion peuvent être *concédés* à des entreprises privées. La question est plus complexe s'agissant des services publics, notamment industriels et commerciaux nationaux, institués par la loi. Ils peuvent être privatisés par la loi. Pour ce faire, deux possibilités existent. Soit le législateur retire le caractère de service public national au service ou le décharge de ses obligations de service public et le service peut alors être privatisé. C'est ce qui a été réalisé pour *France Télécom* en 2003[41]. En revanche, *La Poste*, transformée en société anonyme dont le capital est détenu par l'État ou des personnes morales publiques, n'a pas perdu son caractère de

39 Cons. Const., 25–26 juin 1986, *Privatisations*, n° 86–207, *rec* .61 ; *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, n° 18.

40 R. de Bellescize, *Les services publics constitutionnels*, Paris, LGDJ, 2005 ; L. Favoreu, « Services publics et Constitution », *Actualités Juridiques. Droit Administratif*, 1997, n° spécial « Services publics », p. 16 ; S. Nicinski, *Droit public des affaires, op. cit.*, § 659 et s ; P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, *op. cit.,* § 358 et s. ; S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, *op. cit.*, § 481 et s.

41 Loi n° 2003–1365 du 31 décembre 2003 modifiant la loi n°90–568 du 2 juillet 1990 ; G. Quiot, « L'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France-Télécom », *Actualités Juridiques. Droit Administratif*, 2005, p. 813.

service public national[42]. Soit, deuxième possibilité, il est procédé au constat, par le législateur ou par le Conseil constitutionnel, que le service n'est pas géré au niveau national ou par une seule entreprise et il peut être privatisé.

Au reste, s'agissant des services publics nationaux non constitutionnels, la possibilité de leur privatisation a été rendue plus aisée par la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel a donné une nouvelle définition de ces services publics dans sa décision du 30 novembre 2006 ; elle est centrée sur deux critères principaux : d'une part, leur organisation au niveau national ; d'autre part, l'exécution du service par une seule entreprise. Cela permet de ne plus considérer comme service public national des services assurés par plusieurs entreprises, par exemple *Gaz de France* en 2006[43], après la libéralisation des services de l'énergie et la perte de son monopole, et *Aéroport de Paris* en 2019[44]. Dès lors, ces entreprises, conformément à la nouvelle définition et vidées de leurs obligations de service public, peuvent être transférés au secteur privé.

1.2.2.2 *Les « monopoles de fait »*

En ce qui concerne le *monopole de fait*, la question se pose de savoir s'il est possible de transférer au secteur privé des entreprises gérant des infrastructures publiques constitutives de monopoles naturels. Dans le cas de monopole légal, celui-ci peut être supprimé par la loi. En 1946, la notion paraissait assez claire si, par exemple, l'on envisageait les chemins de fer en raison de leurs lourdes infrastructures. Aujourd'hui, en présence des politiques de libéralisation de l'Union européenne, ce type d'exemple est caduc[45]. D'ailleurs,

---

42 Loi n° 2010–123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

43 Cons. Const, 30 novembre 2006, n° 2006–543 DC. Voy. aussi pour les autoroutes, CE, Sect., 27 sept 2006, *Bayrou & a*, n° 290716, *Actualités Juridiques. Droit Administratif*, 2006, p. 2056. Chron. Landais & Lenica ; *Revue Française de Droit Administratif*, 2006, p. 1147. Concl. E. Glaser.

44 Cons. Const., 16 mai 2019, *Loi PACTE*, n° 2019–781 DC. Voy. aussi CE, AG., avis 14 juin 2018, n° 394 599 et 395 021, pp. 26–30. A. Cartier-Bresson « La réforme aéroportuaire » *Revue Française de Droit Administratif,* 2019, p. 595 ; M.-C. de Monteclair, « Loi PACTE : feu vert du Conseil constitutionnel aux privatisations », *Actualités Juridiques. Droit Administratif* 2019, p. 1077 ; S. Nicinski, « Les privatisations dans la loi PACTE », *Actualités Juridiques. Droit Administratif,* 2019, p. 1261.

45 M. Lombard, « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole », in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz 2004, pp. 673-690 ; Ph. Cossalter, « L'alinéa 9 », *op. cit.* ; S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, *op. cit*., § 494 ; P. Delvolvé, *Droit public de l'économie, op. cit*., § 397. ; S. Nicinski, *Droit public des affaires*, *op. cit*., § 625 ; J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 8e éd., Paris, LGDJ, 2016, § 458 et s.

les infrastructures sont dissociées des activités de services et de prestations et il paraît difficile de privatiser des infrastructures pour de fortes raisons de sécurité nationale et d'ordre public. La jurisprudence constitutionnelle a neutralisé la portée de l'impossibilité de transfert au secteur privé en exigeant le caractère non national du monopole observé.

Dans sa décision des 25–26 juin 1986[46] concernant les privatisations, le Conseil constitutionnel a défini la notion de « monopole de fait » :

> [Le monopole de fait] doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités ; que compte tenu de ces considérations, il n'est pas établi, en l'état, que ce soit par une erreur manifeste d'appréciation que les entreprises figurant dans sur la liste annexée à la loi ainsi que leurs filiales aient été considérées comme ne constituant pas des monopoles de fait.

Cette approche a été très critiquée par la doctrine, car elle ne repose pas sur une analyse économique pertinente et concrète. Ce mode de contrôle abstrait apparaît lacunaire. En effet, le Conseil constitutionnel, tel qu'il le définit, retient une vision excessivement large du *marché pertinent* à considérer pour caractériser l'existence ou l'absence d'un monopole ou d'un marché concurrentiel. Pour lui, l'ensemble du marché est géographiquement le marché à l'échelon national, ce qui est trop vaste et incohérent en ce sens que le marché pertinent doit être défini, notamment territorialement, en fonction de chaque situation. Il prend en considération l'ensemble des marchés sur lesquels l'entreprise exerce l'ensemble de ses activités pour caractériser un monopole et non certaines de ses activités. Il retient le marché considéré tel que défini par l'entreprise et non par le consommateur.

En conséquence, la position du Conseil constitutionnel, ainsi d'ailleurs que celle du Conseil d'État, conduisent à faire prévaloir une conception très large du marché pertinent, donc de la substituabilité des produits ou services pour le consommateur. Elles rendent très rares les cas où une entreprise est en position de monopole et donc ne peut être privatisée. Par exemple, lors de

46 Cons. Const., 25–26 juin 1986, *Privatisations*, n° 86–207 DC., préc.

la privatisation des sociétés d'autoroutes, le Conseil d'État[47] a considéré que les sociétés concessionnaires d'autoroutes ne constituaient pas des *monopoles de fait* puisqu'il existait un itinéraire alternatif pour chaque itinéraire autoroutier. Cette analyse économique fondée sur la substituabilité des services conduit à intégrer le transport autoroutier dans le transport routier global, ce qui est très contestable et peu réaliste. Mais de son côté, le Conseil de la concurrence, dans son avis du 2 décembre 2005[48], a au contraire relevé, d'une part, la spécificité du service autoroutier et sa faible substituabilité par rapport à d'autres modes de transport et, d'autre part, le risque de constitution d'un monopole privé regroupant la plupart des parcours autoroutiers après la privatisation. Aussi, en conséquence, le Conseil d'État, dans sa décision du 27 septembre 2006 *Bayrou & a.*[49], a admis la privatisation en écartant la notion de monopole de fait au motif qu'aucune des sociétés concessionnaires n'était dotée de monopole « à l'échelon national ». Les critiques de la doctrine envers la méthode d'analyse économique du Conseil d'État ont été renouvelées à propos de son avis du 14 juin 2018 relatif à la privatisation *d'Aéroport de Paris* (ADP) et de la *Française des jeux* (FDJ), autorisées par la loi du 22 mai 2019 *PACTE*[50].

De la même façon le Conseil constitutionnel a retenu des appréciations très larges de la notion de marché pertinent dans sa décision du 16 mai 2019 *loi relative à la croissance et la transformation des entreprises* (*Loi PACTE*)[51] concernant ADP et la FDJ.

---

47 CE, avis 25 et 29 août 2005, n° 372 147, in *Rapport public EDCE 2006*, p. 202 ; *Actualités Juridiques. Droit Administratif,* 2006, p. 1603, note Quiot.

48 Avis n° 05-A-22, *Rapp. Activ.* 2005 p. 40. *Revue Juridique de l'Économie Public*, 2006, 150, observ. Moulis.

49 CE, Sect., 27 sept 2006, *Bayrou & a*, n° 290716, préc.

50 Préc. note 36. B. Deffains et T. Perroud, « La privatisation d'ADP et l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : ADP est un monopole de fait », *Blog Jus Politicum*, 28 janvier 2019, disponible à l'adresse : https://blog.juspoliticum.com/2019/01/28/la-privatisation-daeroport-de-paris-et-lalinea-9-du-preambule-de-la-constitution-de-1946-aeroport-de-paris-est-un-monopole-de-fait-par-bruno-deffains-et-thomas-perroud/ (dernière consultation le 12 février 2022) ; T. Perroud, « La privatisation d'ADP-entretien », *Revue du Master de droit public approfondi*, Univ Paris 2, Hal-03119542 ; J.-F. Calmette, « L'analyse économique dans les contentieux publics, un usage relatif et finalisé », *Actualités Juridiques. Droit Administratif,* 2020, p. 925 ; A. Sée, « Le Conseil constitutionnel gardien des libertés économiques ? », in S. Benzina (dir.), *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?*, Poitiers, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2021, pp. 165-177, esp. p. 176.

51 Cons. Const., 16 mai 2019, *Loi pacte*, n° 2019–781 DC, préc. : A. Cartier-Bresson, « La réforme aéroportuaire », *op. cit.* ; M.-C. de Monteclair, « Loi PACTE: feu vert du Conseil constitutionnel aux privatisations », *op. cit.* ; S. Nicinski, « Les privatisations dans la

S'agissant d'ADP, le Conseil a considéré que cette société publique, exploitant à titre exclusif plusieurs aérodromes en Île-de-France, parmi lesquels les deux principaux du pays, n'exploitait pas une entreprise constituant un monopole de fait. Il ne s'est pas placé sur le terrain du marché aéroportuaire de l'Île-de-France, ni sur le marché national français, mais, d'une part, sur le marché européen des aéroports européens et internationaux, en se fondant sur le fait que, si ADP « domine largement le secteur aéroportuaire français, cette société est en situation de concurrence croissante avec les principaux aéroports régionaux, y compris en matière de dessertes internationales ainsi d'ailleurs qu'avec les grandes plateformes européennes de correspondance aéroportuaire ». Il a, d'autre part, retenu comme *marché pertinent*, le marché, particulièrement étendu, du transport sur lequel s'exerce l'activité d'ADP « qui inclut des liaisons pour lesquelles plusieurs modes de transport sont substituables… [puisqu'il] se trouve, sur certains trajets, en concurrence avec les transports par la route et le transport ferroviaire, en particulier, pour ce dernier, du fait du développement des lignes à grande vitesse ». Outre que la motivation s'avère très vague et imprécise, la pertinence de la prise en considération d'un marché retenu aussi étendu et général – tel le marché européen des aéroports – est particulièrement contestable, voire délibérément sur mesure, pour faire échapper ADP à la qualification de monopole de fait.

S'agissant de la privatisation de la majorité du capital de la FDJ, cette société bénéficiait de *droits exclusifs*, donc d'un *monopole de droit*, pour les jeux de loterie commercialisés en réseau physique et en ligne, ainsi que pour les jeux de paris sportifs proposés en réseau physique. Le Conseil constitutionnel a considéré que, d'une part, « ces droits exclusifs ne confèrent pas à la FDJ un monopole de fait au sein du secteur, [donc au sein du marché pertinent], des jeux d'argent et de hasard comprenant également les paris hippiques, les jeux de casino et les paris sportifs en ligne » et que, « [d]'autre part, si la FDJ propose, en concurrence avec d'autres opérateurs, des paris sportifs et des jeux de poker en ligne, ces activités, ajoutées à celles de ses droits exclusifs, ne lui confèrent pas non plus une place prépondérante de nature à constituer un monopole de fait au sein du secteur de jeux d'argent et de hasard ». La prise en considération d'un marché aussi étendu apparaît une nouvelle fois très discutable.

---

loi Pacte », *op. cit.* ; M. Carpentier, « Aéroport de Paris, illusoire invocation du service national », *Actualités Juridiques. Droit Administratif*, 2019, p. 1560 ; D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel,* 12e éd., Paris, LGDJ, 2020, §1204.

1.2.3 Conséquence : la neutralisation du caractère potentiellement normatif ou ordonnateur du Préambule de 1946 et l'absence d'une Constitution économique au sens strict

Ainsi, par un mode de contrôle abstrait et non concret et par des interprétations très souples du service public national et du monopole de fait, appuyées sur une acception très large et globale du marché pertinent et de la substituabilité des services, le Conseil constitutionnel vide la Constitution de notions qui auraient pu être les éléments d'une Constitution économique. Il a, de façon continue dans le temps, neutralisé le caractère de principe potentiellement normatif ou ordonnateur des obligations constitutionnelles posées dans le Préambule de 1946. Il a écarté l'interprétation normative forte de principes susceptibles d'avoir la nature de règles ordonnatrices appartenant à une Constitution économique au sens strict. Il reconnaît une très large liberté des choix de politique économique au législateur.

L'on doit observer que, même dans le cadre de l'hypothèse d'une Constitution économique de type normatif faible, bornée à l'énoncé matériel de principes fondamentaux, et neutre, les interprétations extrêmement souples, au reste de nature très libérale, que donne le Conseil constitutionnel des notions de service public national et de monopole de fait vident celles-ci de toute portée vraiment contraignante et les neutralisent. Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité sont purgées de toute obligation. Telles qu'interprétées, ces notions n'imposent pratiquement pas de contrainte au législateur qui demeure largement maître de l'opportunité de ses choix.

Ainsi, d'une part, par la reconnaissance de l'équivalence de valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946, donc des droits et principes d'inspirations différentes qu'ils contiennent et, d'autre part, par la neutralisation des obligations de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel a écarté la thèse d'une Constitution économique imposant quelque choix de système économique que ce soit.

Par cette interprétation, dans le sens de la neutralité de la Constitution, le Conseil constitutionnel s'inscrit dans une position classique bien connue, fermement affirmée par des juridictions constitutionnelles importantes. Il rejoint la Cour suprême des États-Unis qui, en 1937 avec son arrêt *West Coast Hotel c.Parrish*, a rompu avec la célèbre jurisprudence *Lochner v. New York* de 1905[52] qui avait « constitutionnalisé » le libéralisme économique. Il rejoint aussi la Cour de Karlsruhe qui, dans sa décision du 20 juillet 1954, *Aide à*

52 Voy. M-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.,* § 142 s. Trad. in E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis* (*GACS*), Paris, Dalloz, 2010, n° 8.

l'investissement, a considéré que « le constituant [de la Loi constitutionnelle de 1949] ne s'est pas prononcé explicitement en faveur d'aucun système économique particulier (ou déterminé). Cela autorise le législateur à conduire la politique économique qui lui semble opportune dès lors qu'il respecte la Loi fondamentale »[53].

Par ses choix, le Conseil constitutionnel a enrichi la Constitution française et construit une Constitution économique de la France matérielle et neutre. Les choix de système et de politique économiques appartiennent au législateur, dans le respect des principes de valeur constitutionnelle. La fonction du Conseil constitutionnel consiste également à exercer le contrôle du respect des principes et règles constitutionnels et des libertés économiques par la loi. Par les décisions qu'il rend, il construit sa jurisprudence économique dont il convient de présenter les lignes et les évolutions.

2 La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a transformé les sources du droit constitutionnel en consacrant la présence dans la Constitution de principes et règles de valeur constitutionnelle énoncés notamment par la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, ainsi que par sa jurisprudence qui a constitutionnalisé au fil du temps toutes les branches du droit, et non seulement le droit économique. À cet égard, la constitutionnalisation du droit de l'économie ne diffère pas de la constitutionnalisation du droit de la personne, du droit administratif, du droit civil, du droit pénal, du droit du travail, du droit de l'environnement, *etc.* ; elle en est comparable. Toutefois, l'intérêt particulier porté à la constitutionnalisation du droit de l'économie réside, d'une part, dans l'importance de la matière économique dans nos sociétés comme cadre général des activités sociales et, d'autre part, dans l'attention doctrinale portée dans la plupart des pays à la *notion de Constitution économique* et les réflexions dont elle est l'objet. L'entreprise que constitue le présent ouvrage montre d'ailleurs clairement la place particulière que tient cette notion et son intérêt[54].

Le Conseil constitutionnel a ainsi construit ce que la doctrine juridique française a appelé le *bloc de constitutionnalité* comprenant notamment les

53 BVerfG, 20 juillet 1954, *Investitionhilfe*, *BVerfGE* 4, 7. M-L. Dussart, *Constitution et économie, op. cit.,* § 178s. N.d.E.: voy. *infra* dans ce volume, P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law ».

54 Voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire et X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

normes de valeur constitutionnelle s'imposant au pouvoir législatif et dont le Conseil doit assurer le respect. Cette expression, aujourd'hui contestée en doctrine, n'est pas utilisée par le Conseil. Il se réfère, pour désigner les sources du droit constitutionnel[55], à celle de « principes et règles de valeur constitutionnelle » ou, de façon plus technique, aux « normes de référence du contrôle de constitutionnalité », ou encore à celle de *Constitution*. À partir des règles et principes de valeur constitutionnels généraux, il a consacré, s'agissant plus précisément du droit public économique, ce que les juristes appellent « les libertés économiques ». En ce sens, la « Constitution économique » ne constitue pas la Constitution économique au sens intense, d'« essence substantialiste »[56] ou « ordonnatrice »[57], mais plus simplement, au sens matériel, les règles et principes de valeurs constitutionnel du bloc de constitutionnalité, au sommet de la hiérarchie des normes, portant ou ayant effet sur l'économie. En d'autres termes, il s'agit de la constitutionnalisation matérielle des libertés économiques[58]. Ces règles et principes s'imposent au législateur et représentent les normes de référence du contrôle assuré par le juge constitutionnel.

Les principes et libertés économiques constitutionnels découlent des principes et libertés constitutionnels fondamentaux dont ils sont une déclinaison. Ayant pour destinataires les personnes, ces droits naturels et imprescriptibles de l'homme que sont la propriété et la liberté, comme l'égalité, sont qualifiés de fondamentaux par la décision du 16 janvier 1982. La notion de droits et libertés fondamentaux est largement examinée par la doctrine[59], mais on se

---

55 A. Roblot-Troizier, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », in O. Beaud, Ph. Comte et P. Wachsmann (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards et critiques*, *op. cit.*, pp.159-173 ; D. Baranger, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », in *ibid.*, pp. 125-157 ; O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », *op. cit.*

56 F. Martucci, « La Constitution économique dans le discours doctrinal français », *op. cit*.

57 M-L. Dussart, *Constitution et économie, op. cit*.

58 Voy. V. Champeil-Desplats, « Réflexions sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques », in S. Torcol (dir.), *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché, op. cit.* ; Ph. Terneyre, « La constitutionnalisation du droit économique », *op. cit.* ; R. Jurion, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel,* Thèse, Université de Lorraine, 2017 ; J. Martinez, *Conseil constitutionnel et économie,* Paris, L'Harmattan, 2022.

59 Voy. E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux », *Actualités Juridiques. Droit Administratif*, n° spécial, 1998, pp. 2-42 ; E. Picard, « Droits fondamentaux » in D. Alland & S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ; Ph. Blachèr, « Droits fondamentaux (classification) », in D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 275-286 ; A. Viala, « Droits fondamentaux, (notion) (garanties procédurales) », in *ibid.*, pp. 287-319 ; V. Champeil-Desplats, « Les

bornera à considérer dans la présente étude ceux qui figurent dans la Constitution et ont valeur constitutionnelle.

Ces principes et libertés économiques fondamentaux, on le sait, sont à titre principal le droit de propriété, la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle, l'égalité dans la concurrence. Ils sont largement présentés dans la plupart des ouvrages, manuels et travaux doctrinaux[60], aussi ne paraît-il pas nécessaire de leur consacrer de trop longs développements.

Le rôle du Conseil constitutionnel est central puisque c'est lui qui a dégagé, consacré et défini ces droits et libertés économiques. La jurisprudence du Conseil en matière de principes et libertés économiques a beaucoup évolué depuis 1982. Il convient de s'attacher à en dégager les grands traits et de tenter de caractériser les aspects notables de cette jurisprudence depuis 1982. Outre l'identification et la définition des principes, il en a ensuite déterminé leur champ d'application et leur étendue en exerçant son contrôle pour en faire assurer le respect par la loi et garantir la protection des citoyens et acteurs économiques.

Il convient tout d'abord de relever la multiplication et l'élargissement des possibilités de saisine du Conseil qui ont entraîné un accroissement du nombre de celles-ci et donc permis au Conseil de développer abondamment sa jurisprudence (2.1.). Ensuite l'on s'attachera à présenter les traits des grandes libertés économiques et la jurisprudence relative à chacune de ces libertés (2.2.).

2.1 *L'élargissement de l'accès aux procédures de contrôle*

Tout d'abord, d'une façon générale, l'extension du champ de son contrôle a d'abord été rendue possible sur le plan procédural par l'élargissement des possibilités de saisine à des catégories d'acteurs de plus en plus larges. La saisine du Conseil *a priori*, avant la promulgation des lois votées, a d'abord été limitée, de 1958 à 1974, aux quatre autorités que sont le Président de la République,

droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une classification » *Revista opinâo juridica*, 2008, n° 10, pp. 232-260 ; V. Champeil-Desplats, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? quelles conséquences ? », *Les cahiers français*, 2010, n°354, pp. 19-23.

60 P. Delvolvé, *Droit public de l'économie, op.cit.*, § 67 et s. ; S. Nicinski, *Droit public des affaires, op. cit.*, § 807 et s. ; J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, 9e éd., Paris, LGDJ, 2018, § 175 et s. ; D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, § 808 et s. ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 5e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2020 ; F. Colly, « La Constitution contre l'économie, sens et contresens », *op. cit.* ; P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva et A. Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* 19e éd., Paris, Dalloz, 1998.

le Premier ministre et les présidents de chaque assemblée. Elle a ensuite été étendue, en 1974, à soixante députés ou sénateurs. Dès lors, les parlementaires, en particulier d'opposition, ont saisi le Conseil contre la plupart des lois votées, en particulier presque toutes les lois de finances, lui permettant d'exercer son contrôle sur des domaines de plus en plus étendus.

Enfin, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2010 a considérablement ouvert l'accès au contentieux constitutionnel *a posteriori*, en permettant aux justiciables, dans le cadre d'un contentieux devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de voir introduire la procédure de QPC en vue de faire apprécier directement par le Conseil la constitutionnalité de tout ou partie d'une loi en vigueur applicable à l'instance. Le Conseil peut ainsi déclarer les dispositions législatives en cause contraires à la Constitution et en prononcer l'abrogation. En conséquence, nombre de groupes, association, syndicats et opérateurs économiques se sont saisis de cet accès aisé à la contestation de dispositions législatives en vigueur qu'ils n'estiment pas conformes à leurs intérêts et susceptibles d'être contraires à la Constitution et aux libertés économiques. La pratique, qui s'est largement répandue, consiste, pour un opérateur économique par exemple, à former un recours devant le juge administratif contre un acte administratif, ou contre un refus d'abrogation d'un acte administratif fondé sur une loi, et de soulever une demande de QPC qui, selon l'appréciation du juge, Conseil d'État ou Cour de cassation, sera transmise au Conseil pour l'examen de la constitutionnalité de cette loi. Cet usage assez systématique de la procédure de QPC a conduit le Conseil à étendre considérablement son contrôle dans tous les domaines, particulièrement en matière économique[61].

L'élargissement de l'accès au contentieux constitutionnel par l'introduction du contrôle *a posteriori* par la QPC a apporté un « changement de culture » par rapport aux usages du contrôle *a priori*[62]. L'organisation de l'examen des QPC, véritable instance entre les parties, a vu l'établissement d'une procédure propre comportant l'application du principe du contradictoire et la publicité des débats oraux. Ainsi les parties peuvent échanger leurs arguments dans un véritable débat, notamment oral, ce que la pratique illustre sur des questions d'enjeux importants[63].

---

61 C. Bacquet, « La liberté d'entreprendre saisie par les justiciables économiques : analyse des fondements juridiques de l'*ubérisation* de la société à travers les QPC VTC c/taxis », in S. Torcol (dir.) *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché, op. cit.*, pp. 72-87.

62 E. Piwnica, « Le changement de culture opéré par l'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2018, n° 58, pp. 19–41.

63 A titre d'illustration, voy. P. Wachsmann, « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des prostituées », *Blog Jus*

De plus, dans le contentieux QPC, le Conseil constitutionnel accueille, durant l'instruction des affaires, des « observations en intervention » formulées par des intervenants justifiant d'un intérêt à agir[64]. En outre, les « portes étroites » par lesquelles les opérateurs économiques pouvaient, en pratique, fréquemment accéder au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* se sont vues imposer la publicité. Les portes étroites sont des contributions extérieures adressées au Conseil, depuis les années 1970, par des juristes tiers à la procédure à l'occasion de saisines. Cette pratique discrète et informelle permettait l'accès indirect de tiers à la saisine examinée, notamment d'opérateurs économiques, au Conseil constitutionnel. Il était entendu que les portes étroites étaient confidentielles et ne constituaient pas des pièces ni des éléments du débat sur la saisine en cause. Cette pratique était très critiquée en raison de l'accès discret, privilégié et non contradictoire au Conseil qu'elles permettaient et de son manque de transparence[65]. Après avoir d'abord assuré la publicité de la liste des contributions extérieures en 2017, le Conseil a ensuite décidé, dans un communiqué du 24 mai 2019, de rendre public le texte des contributions extérieures qui lui sont adressées spontanément, précisant qu'elles n'ont pas le caractère de document de procédure et qu'il n'est pas tenu d'y répondre. Il n'en demeure pas moins que, si la pratique des « portes étroites » élargit l'accès au Conseil et enrichit le débat, elle bénéficie principalement aux acteurs et opérateurs économiques qui ont la possibilité de s'assurer le concours d'éminents juristes et de les rémunérer.

Politicum, 21 février 2019, disponible à l'adresse : https://blog.juspoliticum.com/2019/02/21/misere-du-controle-de-constitutionnalite-des-lois-en-france-la-decision-relative-a-lincrimination-des-clients-des-prostitues-par-patrick-wachsmann/ (dernière consultation le 12 février 2022) ; Cons. Const., 1er février 2019, n° 2018–761 QPC.

64 D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, § 295.

65 D. de Béchillon, « Réflexion sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel », *Le Club des juristes*, janvier 2017, disponible à l'adresse : https://www.leclubdesjuristes.com/communique-de-presse/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/ (dernière consultation le 12 février 2022) ; T. Perroud, « Le Conseil constitutionnel et la publicité des portes étroites », *Blog Jus Politicum*, 31 mai 2019, disponible à l'adresse : https://blog.juspoliticum.com/2019/05/31/le-conseil-constitutionnel-et-la-publicite-des-portes-etroites-par-thomas-perroud/ (dernière consultation le 12 février 2022) ; D. Rousseau, P.-Y Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, § 174 et s. X. Magnon, « La représentation d'intérêts devant le Conseil constitutionnel », 4 décembre 2020, disponible à l'adresse: https:///Hal archives ouvertes.fr/Hal-02940900 (dernière consultation le 28 mars 2022).

La multiplication des saisines et requêtes a entraîné, sur le fond, au moyen du contrôle exercé, une extension du champ d'application des libertés économiques et un enrichissement de leur définition, de leur contenu et de leur protection.

2.2 *Les libertés économiques garanties par la jurisprudence*

La mise en œuvre de la garantie constitutionnelle des libertés économiques est réalisée par les juges et plus particulièrement par le Conseil constitutionnel. Par sa jurisprudence, il a défini ces libertés, précisé leur contenu, leurs limites et leur régime juridique et assuré leur protection. Toutefois, la critique ne l'épargne pas. À cet égard, la question a été posée comme thème d'un colloque tenu en 2019 : « est-il le gardien des libertés ? »[66] ; à la question des réponses nuancées sont généralement apportées[67]. Sont en cause la prudence du Conseil ainsi que l'usage superficiel de certains des outils de son contrôle.

Pour exercer son contrôle sur les lois, le Conseil met en œuvre des techniques qui sont communes à toutes les grandes libertés pour censurer ou non l'atteinte à la norme constitutionnelle de référence. Il s'agit d'abord de *l'erreur manifeste d'appréciation* susceptible d'être commise par le législateur, lorsque celui-ci, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, librement, doit estimer une situation au regard des conditions exigées par la Constitution pour adopter les dispositions d'une loi. Il s'agit ensuite du contrôle de la *proportionnalité* de la gravité d'une mesure législative portant atteinte à une liberté ; est-elle proportionnée au regard de la liberté constitutionnelle ? Ne dénature-t-elle pas la liberté par la gravité de l'atteinte qu'elle porte ? Le juge constitutionnel peut aussi s'efforcer de *concilier* deux libertés pour trouver le juste équilibre entre les atteintes à l'une et à l'autre. Enfin, le Conseil, plutôt que de censurer ou d'abroger une disposition législative qui porte atteinte à une liberté peut préférer formuler une *réserve d'interprétation* par laquelle il restreint le sens ou indique les limites de l'application des dispositions en cause. Il peut aussi limiter dans le temps les effets d'une censure ou abrogation afin de laisser au législateur le temps d'adopter une nouvelle loi correctrice. Au reste, le Conseil prend soin de souligner son respect à l'égard du Parlement et affirme régulièrement qu'il n'a pas les mêmes pouvoirs que lui.

---

66 S. Benzina (dir.), *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?, op. cit.* ; A. Sée, « Le Conseil constitutionnel gardien des libertés économiques ? », in *ibid.*, pp. 165-177. Voy. aussi, P. Wachsmann (dir.), dossier spécial « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, 2012, n°7.

67 D. Rousseau, « propos introductifs », in S. Benzina (dir.), *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?, op. cit*.

Il n'apparaît pas que le contrôle des libertés économiques comporte des particularités significatives par rapport au contrôle exercé sur les autres principes et libertés constitutionnels. La particularité la plus notable réside dans l'introduction par le Conseil constitutionnel dans le contentieux économique constitutionnel, et plus spécialement celui de la liberté d'entreprendre et de la concurrence, de normes de références spécifiques. Il s'agit des notions de « bon fonctionnement concurrentiel du marché », d'« encadrement de la concurrence » et de l'objectif de « préservation de l'ordre public économique », qui sont propres au domaine économique. Elles seront examinées plus loin, dans le cadre de la concurrence.

La pratique du contrôle exercé n'est pas exempte de reproches. Ils portent le plus fréquemment sur le caractère souvent sommaire et laconique des motivations des décisions, ou sur la préférence du Conseil pour les analyses abstraites des situations au détriment des analyses concrètes ou encore sur l'usage abondant, voire excessif, du *motif d'intérêt général*, parfois politiquement teinté, pour justifier certaines atteintes aux droits et libertés, y compris économiques.

Il serait tentant de donner une présentation transversale des caractères de la jurisprudence du Conseil concernant les grandes libertés économiques, mais les particularités relatives à chacune d'elle conduit à préférer les aborder successivement. De manière plus particulière il convient de présenter les caractères de la jurisprudence du Conseil au regard de chacun des droits et libertés économiques garantis par la Constitution, le droit de propriété (2.2.1.), la liberté d'entreprendre (2.2.2.), la liberté contractuelle (2.2.3.), la concurrence (2.2.4.) et la commande publique (2.2.5.).

2.2.1 Le droit de propriété

Le droit de propriété proclamé par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 (DDH) a été consacré, on le sait, comme ayant pleine valeur constitutionnelle dans la décision fondamentale du 16 janvier 1982. La propriété est étroitement liée à la liberté et constitue elle-même une liberté[68]. Elle est essentielle du point de vue de l'économie, car elle est susceptible de porter sur les biens de production : « l'entreprise reste cachée sous la propriété » comme l'a relevé G. Ripert[69]. Il s'agit de la propriété des personnes privées, mais aussi, à titre égal, de la propriété de l'État et des autres personnes publiques comme l'a énoncé la décision des 25–26 juin 1986 relative aux privatisations[70],

68 J.-L. Mestre, « La propriété, liberté fondamentale pour les constituants de 1789 », *Revue Française de Droit Administratif*, 2004, n°1, p. 1.

69 G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, p. 268.

70 Cons. Const., 25–26 juin 1986, *Privatisations*, n° 86–207 DC, préc.

affirmation renouvelée dans le cadre de la QPC, par exemple dans la décision du 17 décembre 2010 *AFPA*[71](inconstitutionnalité de la cession à titre gratuit sans conditions de biens appartenant à l'État à une association).

Le droit de propriété consiste pour le propriétaire en le droit d'utiliser son bien librement et d'en disposer, ce qui en est un « attribut essentiel »[72]. Le droit de propriété consacré ne s'entend pas comme défini en fonction de la conception existant en 1789, mais en fonction de l'évolution subie par ce droit depuis lors, évolution « caractérisée à la fois par l'extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ». Le droit de propriété inclut dans sa définition les *domaines nouveaux* que sont la propriété mobilière, la propriété immatérielle et la propriété industrielle et commerciale[73], c'est-à-dire les marques de fabrique, de commerce ou de service[74], ainsi que la propriété intellectuelle, notamment le droit d'auteur et les droits voisins[75]. De façon remarquable, le Conseil, dans sa décision du 10 juin 2010[76], a étendu le contenu et la définition du droit de propriété en considérant que le droit de propriété protège le « droit de propriété du créancier garanti par les articles 2 *et 4* [la liberté] de la Déclaration de 1789 ». Il s'écarte par-là de la définition civiliste classique car le droit de propriété est un droit réel portant sur une chose, alors que le droit de créance est un droit personnel qui opère entre le créancier et le débiteur.

En cas d'atteintes au droit de propriété, la protection de ce droit est assurée par le contrôle du Conseil constitutionnel sur la nature de l'atteinte et sur le respect du régime des garanties attachées à l'atteinte. Bien qu'*absolu* (DDH, art. 2), le droit de propriété peut faire l'objet d'atteintes qui sont de deux ordres : d'une part, les limitations ou restrictions, fondées sur l'article 2 de la Déclaration de 1789 ; d'autre part, les privations de propriété qui relèvent de l'article 17 de la Déclaration.

Les *restrictions ou limitations* à l'exercice du droit de propriété « doivent être justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »

---

71 Cons. Const, 17 décembre 2010, *AFPA*, n° 2010–67/86 QPC, *Rec.* 403. *JCP Admin*. 2011, 24, note J.-C. Videlin et Ph. Yolka.

72 Cons. Const., 9 avril 1996, n° 96–373 DC, *Rec.* 43. O. Schrameck, Chron. *Actualités Juridiques. Droit Administratif,* 1996, p. 371.

73 Cons. Const., 28 février 2013, n° 2013–370 QPC.

74 Cons. Const., 8 janvier 1991, *Limitation de publicité de marques de fabricants de tabac*, n° 90–283 DC, *Rec*. 11.

75 Cons. Const., 27 juillet 2006, n° 2006–540 DC, *Rec*. 88 ; Cons. Const., 10 juin 2009, *Noms de domaines internet*, n°2009–580 DC ; Cons. Const., 21 janvier 2016, *Emballages de tabac « neutres »*, n° 2015–727 DC.

76 Cons. Const., 10 juin 2010, n° 2010–607 DC, *Rec*. 134.

par législateur[77]. Les buts d'intérêt général sont multiples et variables. L'on peut citer, par exemple, l'obligation de respect de certaines distances pour les plantations en limite de propriété voisine, laquelle n'est pas disproportionnée par rapport au but d'assurer des relations de bon voisinage et ne porte pas atteinte à l'exercice du droit de propriété[78] ; l'obligation de rénovation énergétique des bâtiments résidentiels à l'occasion d'une mutation est, elle, contraire à la Constitution en ce que la loi ne définit ni la portée de l'obligation, ni les conditions financières de sa mise en œuvre ni celles de son application dans le temps[79]. Les limitations et restrictions à l'exercice de la propriété n'appellent en principe l'octroi d'aucune indemnité.

Les privations de propriété sont principalement les expropriations pour cause d'utilité publique ainsi que les nationalisations, mais elles concernent aussi d'autres cas, en particulier en matière de propriété foncière : la rétention par l'État de biens culturels dont l'autorisation d'exportation a été refusée[80], ou encore le droit de préemption exercé par les Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) sur des terres agricoles en vue de leur réattribution à d'autres agriculteurs[81]. Le régime des privations de propriété découlant de l'article 17 de la DDH a été défini par la décision *Nationalisations* du 16 janvier 1982, ainsi que par la décision des 25–26 juin 1986 pour les privatisations[82]. Tout d'abord, les privations de propriété ne peuvent être décidées qu'au profit d'une autorité de l'État et par le seul Parlement. Ensuite, le législateur ne peut priver de la propriété privée que « lorsque la nécessité publique l'exige évidemment » sous le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation comme l'a énoncé le Conseil en 1982[83]. En outre, la loi doit prévoir une juste et préalable indemnité. Le caractère juste de l'indemnisation est rigoureusement contrôlé par le Conseil. Elle peut être calculée sur la valeur moyenne en bourse des actions ou par des experts. Elle doit compenser l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain[84]. Enfin, elle doit être préalable, c'est-à-dire

77 Cons. Const., 7 déc. 2000, *Loi SRU*, n° 2000–436 DC, *Rec.* 88 (autorisation administrative en cas de changement de destination de locaux). Cons. Const., 13 janvier 2012, n° 2012–208 QPC ; Cons. Const., 17 janv.2012, 2011–209 QPC ; Cons. Const., 13 août 2015, n° 2015–718 DC ; Cons. Const., 19 octobre 2018, n° 2018–740 QPC.

78 Cons. Const., 7 mai 2014, *Sté Casuca*, n° 2014–394 QPC.

79 Cons. Const. 13 août 2015, *Loi 17 sept 2015, relative à la transition énergétique et à la croissance verte*, n° 2015–718 DC.

80 Cons. Const., 14 novembre 2014, n° 2014–426 QPC (privation de propriété inconstitutionnelle en raison de l'insuffisance de définition des critères de la nécessité publique).

81 Cons. Const., 25 mai 2018, n° 2018–707 QPC.

82 *Supra*, Sous-chapitre 1. *La question d'une constitution économique de la France*.

83 Cons. Const., 14 novembre 2014, n° 2014–426 QPC, préc.

84 Cons. Const., 25 juillet 1989, n° 89–256 DC, *Rec* 53.

que ses modalités et modes de calcul doivent être définis avant la réalisation de l'opération.

Par ailleurs, aux termes de la décision des 25–26 juin 1986, l'article 17 de la DDH « ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi à titre égal la propriété de l'État et des autres personnes publiques ». Les privatisations et transferts de propriété du secteur public au secteur privé doivent comporter une contrepartie appropriée à la valeur réelle du patrimoine cédé et en aucune façon à des prix inférieurs à la valeur réelle des biens. En outre, les nationalisations et privatisations relèvent de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 comme cela a été étudié plus haut[85].

De manière générale, le législateur ne peut pas porter au droit de propriété des atteintes aboutissant à sa dénaturation, ni consistant en une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par la loi.

2.2.2 La liberté d'entreprendre

La liberté d'entreprendre ne figure pas en tant que telle dans la Déclaration de 1789. Elle a été reconnue, formulée et consacrée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 16 janvier 1982 *Nationalisations* qui l'a déduite de *la liberté* proclamée dans l'article 4 de la Déclaration. Il lui a conféré pleine valeur constitutionnelle : « la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ». Énoncée d'abord comme « ni générale ni absolue » et ne pouvant exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi, aux termes de la décision du 27 juillet 1982[86], cette formulation a été abandonnée par la décision du 10 juin 1998[87] . Désormais « il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre *qui découle de l'article 4* de la [DDH], les limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » ou de ne pas être proportionnées à l'objectif poursuivi. Cette formulation est reprise dans la plupart des décisions postérieures, notamment dans l'importante décision du 5 août 2015 relative à la *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, dite « loi Macron »[88]. Elle a en outre été définie par la décision du

85 Voy. *supra* et notes 36 et 50.

86 Cons. Const., 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, n° 82–141 DC.

87 Cons. Const., 10 juin 1998, *Loi relative à la réduction du temps de travail*, n° 98–401 DC.

88 Cons. Const., 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* (*Loi Macron*), n° 2015–715 DC (*Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, n°42).

30 novembre 2012, *M. Christian S.*[89], comme la liberté *d'accéder* et *d'exercer* une activité ou profession ; elle correspond à la traditionnelle liberté du commerce et de l'industrie du droit français énoncée, notamment par le Conseil d'État, depuis la Révolution de 1789.

Pendant 18 ans, jusqu'à la décision du 7 décembre 2000[90], la portée de cette liberté a été limitée puisqu'aucune loi n'a été censurée par le Conseil constitutionnel pour atteinte à la liberté d'entreprendre. Au fil de l'évolution de la liberté d'entreprendre depuis 2000, il apparaît qu'elle a fait l'objet d'une promotion remarquable, en particulier à partir de 2010 avec la QPC.

2.2.2.1 *Le rôle central de la liberté d'entreprendre dans le contentieux constitutionnel économique*

En premier lieu, sur un plan théorique, elle représente probablement *la liberté* la plus fondamentale pour plusieurs raisons. D'abord, elle est directement fondée sur *la liberté* énoncée à l'article 4 de la Déclaration de 1789 et elle est indubitablement très fortement liée à la propriété, qui constitue elle-même une liberté. Consacrée par le Conseil constitutionnel, elle contient la traditionnelle liberté du commerce et de l'industrie (1791) qui elle-même en « découle » et en est une « composante »[91]. Elle est proche de la liberté d'établissement du droit de l'Union européenne et de la *liberté d'entreprise* de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (art. 16). Ensuite, le Conseil constitutionnel tend à relier la libre et égale concurrence à la liberté d'entreprendre, considérant parfois que l'égale concurrence constitue un motif d'intérêt général justifiant une atteinte à la liberté d'entreprendre. Par exemple, des obligations différentes de repos hebdomadaires des salariés, imposées par le droit du travail, sont susceptibles de porter atteinte à la liberté d'entreprendre parce qu'elles rompent l'égalité de concurrence entre des entreprises, notamment entre des départements voisins[92]. La libre et égale concurrence, qui n'a pas valeur constitutionnelle, est souvent liée à la liberté d'entreprendre, voire rattachée ou intégrée à elle.

---

89 Cons. Const., 30 novembre 2012, *M. Christian S*, n° 2012–285 QPC.

90 Cons. Const., 7 décembre 2000, *Loi SRU*, n° 2000–436. DC.

91 CE, Ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, Rec. 551, *Dr. Admin.*, 2002, n° 41, note M. Lombard ; CE, 22 mai 2013, *Assoc. Synd. Libre des résidences du port de Mandelieu-La Napoule, Actualités Juridiques. Droit Administratif,* 2013, 1976, note P. Chrestia ; *Contrats-Marchés publics*, 2013, §193, note G. Eckert.

92 Cons. Const., 21 janvier 2011, *Chaud Colatine*, n° 2010–89 QPC ; Cons. Const., 5 août 2011, *Sté Somodia*, n° 2011–157 QPC.

En deuxième lieu, sur un plan contentieux, la liberté d'entreprendre représente la plus importante part du contentieux constitutionnel économique en ce sens que le plus grand nombre de saisines et de requêtes QPC contre des lois invoquent des atteintes disproportionnées apportées à la liberté d'entreprendre ou sa méconnaissance. De plus, en général, les auteurs de saisines et les requérants invoquent dans leurs mémoires une pluralité de moyens d'inconstitutionnalité, dont parmi eux des atteintes à la liberté d'entreprendre. Il en résulte que le nombre de décisions du Conseil constitutionnel portant sur cette liberté est très important.

Mais aussi, en troisième lieu, de façon plus remarquable, la liberté d'entreprendre a été à l'origine d'une double évolution très importante, depuis 2010 plus particulièrement. Tout d'abord, l'introduction de la QPC[93], donc de la procédure de contrôle *a posteriori*, a entraîné une ouverture considérable de l'accès au contentieux constitutionnel. Il en a par conséquent résulté la multiplication des requêtes[94], en particulier émanant des opérateurs économiques. Sur le fondement d'atteintes à la liberté d'entreprendre, ainsi qu'à la liberté de concurrence, se sont multipliées les requêtes QPC en matière de contentieux de droit économique portant sur des lois de réglementation, d'aides économiques ou la régulation. Il en résulte depuis lors un accroissement considérable des décisions rendues en matière économique. Ensuite, il apparaît à l'observation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que celui-ci oriente sa jurisprudence en une tendance marquée dans le sens du libéralisme économique et de l'économie de marché. La confrontation entre la liberté d'entreprendre et d'autres principes ou objectifs constitutionnels conduit souvent à une prise en considération marquée par le libéralisme économique. La jurisprudence constitutionnelle apparaît libérale en matière économique[95].

---

93 A. Sée, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue Juridique de l'Économie Publique*, 2014, n°718, pp. 3–9 ; F. Colly, « La question prioritaire de constitutionnalité, la liberté d'entreprendre et la concurrence », in *Mélanges Machelon*, Paris, LITEC, 2015, pp. 215–234 ; R. Fraisse, « La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre », *Revue Juridique de l'Économie Publique*, 2011, n°689, p-3–9.

94 Entre le 1er mars 2010 et le 10 mai 2019 (décision n° 2019–781 QPC) le Conseil constitutionnel a rendu davantage de décisions en QPC que de décisions DC (Décision de Conformité) en plus de cinquante ans, voy. D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel, op.cit.* § 193.

95 T. Perroud, « Liberté d'entreprendre, lobbying et démocratie », *Blog Jus Politicum*, 25 octobre 2018, disponible à l'adresse : https://blog.juspoliticum.com/2018/10/25/liberte-dentreprendre-lobbying-et-democratie-par-thomas-perroud/ (dernière consultation le 12 février 2022). V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits

2.2.2.2 *Le contenu de la liberté d'entreprendre*

Dans son contenu, la liberté d'entreprendre comprend deux aspects, qu'il convient d'examiner successivement : la liberté d'accès à une activité ou profession et la liberté d'exercice d'une activité ou profession.

La *liberté d'accès à une activité ou profession* au regard de la liberté d'entreprendre fait l'objet d'un contrôle du Conseil assez souple. Par exemple, l'interdiction des jeux de hasard ou leur soumission à autorisation préalable ne portent pas atteinte à la liberté d'entreprendre[96], de même que l'interdiction d'exploiter un débit de boisson à toute personne condamnée pour certains crimes ou délits[97]. De la même façon, la déclaration d'activité imposée aux mototaxis ou la délivrance d'une carte professionnelle imposée aux conducteurs de véhicules de transports avec chauffeur (VTC) et les limitations de leurs activités par rapport au monopole des taxis ne portent pas d'atteintes disproportionnées à la liberté d'entreprendre[98]. Il en va ainsi s'agissant du monopole conféré à l'INRAP (Institut national de recherches archéologiques préventives)[99]. Par ailleurs, respectent les garanties légales exigées par la liberté d'entreprendre l'encadrement strict, par le code de la santé publique, de la profession et de l'activité de pharmacien, ainsi que leur établissement, afin de favoriser une répartition équilibrée des officines sur l'ensemble du territoire et de garantir ainsi l'accès de l'ensemble de la population aux services qu'elles offrent[100]. Également, quant à la liberté d'accès, la loi établissant un régime d'autorisation administrative des noms de domaines sur Internet et de l'usage de «.fr » est-elle censurée en raison de l'insuffisance d'encadrement du secteur et l'absence des garanties du respect de la liberté d'entreprendre ; toutefois le régime n'est pas censuré en lui-même, car il est justifié par l'intérêt général.

---

fondamentaux », *Revue de Droit du Travail*, 2007, pp. 19-25 ; V. Champeil-Desplats, « De quelques usages récents de la liberté d'entreprendre », *Revue de Droit du Travail*, 2018, p. 666 ; A. Sée, « Le Conseil constitutionnel gardien des libertés économiques ? » *op. cit.* ; V. Audebert, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *Revue des Droits de l'Homme,* 2020, n°18, disponible à l'adresse : https://doi.org/10.4000/revdh.9921 (dernière consultation le 12 février 2022).

96 Cons. Const., 18 octobre 2010, *M. Rachid M.*, n° 2010–55 QPC.

97 Cons. Const., 20 mai 2011, *M. Ion C.*, n° 2011–132 QPC.

98 Cons. Const., 7 juin 2013, *M. Mohamed T.*, n° 2013–318 QPC ; Cons. Const., 17 octobre 2014, *Ch. Synd. Cochers & chauffeurs de taxis*, n° 2014–422 QPC ; Cons. Const., 15 janvier 2016, *M. Robert & a.*, n° 2015–516.

99 Cons. Const., 16 janvier 2001, n° 2001– 439 DC.

100 Cons. Const., 31 janvier 2014, *Coopérative GIPHAR-SOGIPHAR & a*, n° 2014–364 QPC.

La liberté d'exercice d'une activité ou profession, qui ne permet pas de restreindre la liberté de gestion des opérateurs économiques, donne lieu à un très grand nombre de décisions qui, dans l'ensemble, préservent la liberté d'entreprendre. Ainsi, dans la décision du 30 novembre 2012 *M. Christian S*, le code des professions applicable en Alsace-Moselle obligeait dans certains cas les artisans à s'affilier à une corporation, ce qui emportait plusieurs conséquences sur la gestion de leur entreprise (cotisations, contrôles, sanctions, *etc.*). Cette obligation est contraire à la liberté d'entreprendre, non au regard de la liberté de création d'une entreprise, mais au regard de la liberté d'exercice professionnel.

De même, les dispositions législatives du code de l'environnement (art. L. 224–1) prévoyant l'obligation d'utiliser une quantité minimum de bois dans les constructions nouvelles pour des raisons environnementales, sont-elles censurées au motif de l'absence d'intérêt général autorisant une atteinte aussi forte à la liberté d'entreprendre[101]. En sens inverse, le Conseil admet que l'interdiction de l'usage de produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives de la famille des néonicotinoïdes est justifiée par l'objectif d'intérêt général de protection de l'environnement et l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique[102]. De même, l'interdiction de mise à disposition de gobelets, verres et assiettes jetables pour la table en matière plastique ne dénature-t-elle pas la liberté d'entreprendre, car elle est suffisamment encadrée[103]. L'interdiction par la loi française de la présence de « Bisphénol A » dans les emballages en contact avec des produits alimentaires pour nourrissons a été jugée contraire à la liberté, mais seulement en ce qui concerne *l'exportation*, car ces produits sont autorisés dans de nombreux pays. En revanche, cette interdiction sur le territoire national n'est pas contraire à la liberté d'entreprendre, car il n'appartient pas au Conseil d'apprécier le risque médical « au regard de l'état des connaissances »[104]. Cette solution curieuse paraît destinée à tempérer l'interdiction du « Bisphénol A » à l'égard des entreprises utilisant ce produit.

Enfin, il est notable que, dans une décision du 31 janvier 2020[105], le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé l'objectif de valeur constitutionnelle

101 Cons. Const., 24 mai 2013, *Synd. Français de l'ind. cimentière & féd. de l'ind du béton*, n°2013–317 QPC.

102 Cons. Const., 4 août 2016, n° 2016–737 DC.

103 Cons. Const., 25 octobre 2018, *Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur* agricole, n° 2018–771 DC.

104 Cons. Const., 17 septembre 2015, n° 2015–480 QPC.

105 Cons. Const., 31 janvier 2020, *Union des ind. de la protection des plantes*, *Actualités Juridiques*, n° 2019–823 QPC. *Droit Administratif,* 2020 1126, note F. Savonitto. Voy.

(OVC) de protection de la santé (Préambule de 1946, al. 11), a, pour la première fois, consacré « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains » comme OVC découlant de la Charte de l'environnement dont le législateur doit assurer *la conciliation* avec la liberté d'entreprendre. Dès lors, en interdisant la vente *et l'exportation* de produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées par les instances compétentes de l'UE, mais en laissant aux entreprises un délai de trois ans pour adapter leur activité, le législateur « a assuré une *conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* entre la liberté d'entreprendre et les OVC de protection de l'environnement et protection de la santé ». Le Conseil n'a donc pas censuré la loi.

2.2.2.3 *Les modalités du contrôle du respect de la liberté d'entreprendre*

La liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue, aussi des limitations peuvent être apportées par la loi, mais dans les conditions constitutionnellement posées. Ces conditions sont d'abord la compétence du Parlement, ensuite les exigences de l'intérêt général, enfin l'absence de dénaturation de cette liberté, c'est-à-dire l'atteinte à la substance de cette liberté par un degré extrême d'atteinte.

Le contrôle du Conseil constitutionnel sur le respect de la liberté d'entreprendre, comme des autres libertés constitutionnelles, porte sur *l'erreur manifeste d'appréciation* de l'intérêt général éventuellement commise par le législateur ainsi que sur les termes de la confrontation, c'est-à-dire la *conciliation équilibrée* avec d'autres droits et libertés fondamentaux et exigences constitutionnelles, par exemple la protection de la santé (du Préambule de 1946, al. 11) ou le droit d'obtenir un emploi (al. 5). Mais le Conseil met surtout en œuvre un *contrôle de* la *proportionnalité* de l'atteinte ou de l'*adéquation* de la limitation de la liberté d'entreprendre elle-même par rapport à l'objectif poursuivi par la loi ou par rapport à d'autres droits et libertés constitutionnels confrontés. Au demeurant, le mode d'exercice du contrôle de proportionnalité fait l'objet de fréquentes critiques adressées par la doctrine. Ces critiques résident dans le constat que le Conseil, d'une part, recourt à des pratiques d'« examen particulièrement sommaire qui réduisent le contrôle de proportionnalité au prononcé de formules rituelles »[106], d'autre part, a la préférence

V. Champeil-Desplats, « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? », *Revue des Droits de l'Homme*, 2020, disponible à l'adresse : https://doi.org/10.4000/revdh.8629 (dernière consultation le 12 février 2022).

106 Voy. P. Wachsmann, « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des prostituées », *op. cit.*, à propos de la décision du

pour un contrôle abstrait plutôt que concret et, enfin, pêche par des motivations insuffisantes, succinctes et laconiques. Il est incontestable que ses motivations sont fréquemment sommaires et lapidaires. Souvent le Conseil se contente de se référer à une absence de disproportion manifeste de la loi examinée, sans explications ni justifications. Comme on l'a vu plus haut, le même type de critiques est exprimé dans le cadre d'autres contentieux économiques, en particulier celui du contrôle des atteintes à la concurrence et des monopoles de fait. L'analyse d'un marché est effectuée au moyen d'un contrôle abstrait et non concret, entraînant donc une appréciation sommaire et imprécise de la réalité ou non d'un « marché pertinent »[107].

En outre, le Conseil constitutionnel préfère parfois à une déclaration de non-conformité d'une disposition législative le prononcé d'une « interprétation sous réserve ». Il formule ainsi des interprétations neutralisantes, constructives ou directives des lois qui consistent à priver d'effets juridiques, compléter ou encadrer des dispositions législatives contestées. Il en use fréquemment, mais en particulier dans le cas de QPC mettant en cause une jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

Dans le prolongement de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel a reconnu une autre liberté économique, la liberté contractuelle.

2.2.3 La liberté contractuelle

La liberté contractuelle[108] était consacrée au niveau législatif par le Code civil de 1804 et confirmée dans la nouvelle rédaction de l'article 1102, introduite en 2016 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». Cette liberté fondamentale était l'une des libertés de la « constitution civile de la France »[109] depuis la fin du XVIII^e siècle. D'un point de vue économique, on peut considérer qu'elle est un élément ou un prolongement de la liberté d'entreprendre. Après avoir considéré « qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la

1^er fév. 2019 n° 2018–761 QPC, prévalence de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions sur la liberté individuelle et adéquation de la loi aux fins avancées.

107 Voy. *supra* à propos du contrôle de l'existence de monopoles de fait et note 50.

108 P-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2008.

109 J. Carbonnier, « Le Code civil », *op. cit.*

liberté contractuelle » en 1994[110], le Conseil constitutionnel s'est acheminé, dans plusieurs décisions de 1997 et des années suivantes, vers une reconnaissance de la liberté contractuelle, pleinement consacrée dans la décision du 19 décembre 2000[111], en évoquant « la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Toutefois, la disposition contestée de la loi de financement de la sécurité sociale alors déférée, « inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apportait pas à cette liberté une atteinte contraire à la Constitution ».

La liberté contractuelle comprend deux aspects différents. Le premier réside dans la règle selon laquelle les lois nouvelles ne peuvent s'appliquer ou porter atteinte aux contrats en cours, c'est-à-dire aux contrats conclus sous l'empire d'une précédente législation. La loi nouvelle s'applique immédiatement ou dans le délai d'entrée en vigueur qu'elle fixe, mais non aux contrats en cours. La liberté contractuelle protège les contrats existants, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans ses décisions du 7 août 2008 et du 19 novembre 2009[112] : « Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ».

Le deuxième aspect correspond aux trois éléments classiques énoncés dans le Code civil : la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de déterminer le contenu et la forme du contrat.

Nombreuses sont les contraintes légales pesant sur les contrats, soit des obligations de contracter, soit des obligations d'encadrement relatives au contenu des contrats tenant au droit du travail, droit de la consommation, des assurances, des baux d'habitation, *etc.*, voire l'interdiction de contracter.

Les limites ou restrictions pouvant être apportées à la liberté contractuelle sont les mêmes que celles existant pour la liberté d'entreprendre et les autres libertés, soit l'intérêt général ou la conciliation avec d'autres principes de valeur constitutionnelle. Le Conseil exerce souvent un contrôle de proportionnalité ou d'adéquation. Il a par exemple considéré en 2018 que la nouvelle réglementation relative aux accords de branche ou conventions d'un niveau supérieur entre partenaires sociaux ne portait pas atteinte aux articles 4 et

110 Cons. Const., 3 août 1994, n° 94–348 DC, *Rec.* 117, *JCP* 1995, II, 22404, note D. Broussolle, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1994. 832, note P. Gaïa.

111 Cons. Const., 19 décembre 2000, n° 2000–437 DC, *Rec.* 190.

112 Cons. Const., 7 août 2008, n° 2008–568 DC ; Cons. Const., 19 novembre 2009, *Loi relative à la l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, n° 2009–592 DC.

16 de la Déclaration de 1789, car la loi permettait aux partenaires sociaux de maintenir encore les obligations existantes[113]. En revanche, le Conseil constitutionnel a censuré les nouvelles dispositions de l'article L. 912–1 du code de la sécurité sociale, issues de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, sur le fondement de la liberté contractuelle. Cette disposition permettait aux conventions collectives d'une branche professionnelle de *désigner* un organisme d'assurance santé s'imposant à toutes les entreprises du secteur concerné dans le but de permettre aux salariés de réduire le coût de la couverture médicale en bénéficiant d'économies d'échelle. Le Conseil a considéré que l'intérêt général ne pouvait justifier l'imposition d'« un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini »[114].

Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si *les personnes publiques* disposent de la liberté contractuelle. À l'encontre de cette hypothèse, l'on peut avancer que les personnes publiques disposent de compétences objectives et non de libertés subjectives et que les contrats publics, conclus dans un but d'intérêt général, sont soumis à une réglementation rigoureuse. Toutefois, le Conseil constitutionnel a admis dans une décision du 30 novembre 2006[115] l'existence de la liberté contractuelle au bénéfice des collectivités territoriales. Depuis la loi du 8 avril 1946, Gaz de France (GDF), établissement public, détenait le monopole de la distribution de gaz et les communes devaient conclure des conventions de distribution de gaz sur leur territoire avec GDF. Or la loi relative au secteur de l'énergie de 2006 autorisait, dans le cadre de la libéralisation des services de l'énergie, la privatisation de Gaz de France (GDF) et la fin de son monopole. Dès lors, les collectivités territoriales considéraient qu'elles devaient pouvoir conclure librement des contrats de distribution avec l'opérateur privé GDF ou tout autre opérateur et que l'obligation de conclure avec GDF devenait injustifiée. Le Conseil constitutionnel a considéré que « la limitation de la libre administration des collectivités territoriales et *de la liberté contractuelle* trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement gérées par GDF et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution ». Il considère donc que la liberté contractuelle bénéficie aux personnes publiques

113 Cons. Const., 21 mars 2018, *Loi de ratification de diverses ordonnances pour le renforcement du dialogue social*, n° 2018–761 DC.

114 Cons. Const., 13 juin 2013, n° 2013–672 DC. D'ailleurs, la nouvelle version modifiée du texte en cause a été aussi censurée par le Conseil dans sa décision du 19 décembre 2013, n° 2013–682 DC.

115 Cons. Const., 30 novembre 2006, n° 2006–543 DC.

et que la garantie de cette liberté s'applique aux contrats publics. Toutefois, dans des décisions de 2009[116] et de 2014[117], le Conseil a ajouté un critère selon lequel les personnes publiques devaient être « autonomes » pour bénéficier de la liberté contractuelle, ce qui, relève-t-il, n'est pas le cas ni des hôpitaux ni des établissements publics de coopération intercommunale. Outre le caractère très imprécis du critère de l'« autonomie », ces errements montrent la réticence du Conseil à reconnaître le complet bénéfice de la liberté contractuelle aux personnes publiques.

Depuis les réformes introduites par l'entrée en vigueur du code de la commande publique en avril 2019, qui concerne les marchés publics et les concessions de service, la question pourrait être posée en des termes différents[118] bien que ces contrats soient très réglementés. Toutefois, le code de la commande publique ne couvre pas tous les contrats publics, notamment des catégories de contrats importantes telles que les contrats d'occupation du domaine public, ou contrats domaniaux, qui d'ailleurs laissent une assez large liberté de contracter aux personnes publiques gestionnaires du domaine public…

2.2.4 La concurrence

Le Conseil constitutionnel considère que la *libre concurrence* ou la liberté de concurrence n'est pas un principe de valeur constitutionnelle qui s'impose au législateur[119]. La libre concurrence n'est pas autonome par rapport à la liberté d'entreprendre à laquelle il la rattache. La libre concurrence ou liberté de concurrence est une composante de la liberté d'entreprendre, car celle-ci comprend le libre accès au marché et la liberté de concurrencer les autres opérateurs présents sur le marché.

---

116 Cons. Const., 16 juillet 2009, n° 2009–584 DC.

117 Cons. Const., 23 janvier 2014, n° 2013–687 DC.

118 M. Ubaud-Bergeron et P-Y Gahdoun, « Un code de la commande publique sans liberté contractuelle ? », *Contrats et marchés publics*, 2019 n° 12, p. 1.

119 F. Colly, « La question prioritaire de constitutionnalité, la liberté d'entreprendre et la concurrence », *op. cit.* ; A. Sée, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *op. cit.* ; C. Mongouachon, « Principe d'égalité et concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in S. Torcol (dir.), *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché, op. cit.*, pp. 42-60 ; P. Hubert et A. Castan, « Droit constitutionnel et liberté de la concurrence », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2015, n° 49, pp. 15-27 ; F. Martucci, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence » *op. cit.* ; P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, *op. cit.,* § 79 et s. ; S. Nicinski, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, § 82 et s. et § 562 et s.

Le Conseil constitutionnel a admis à partir de 1998 de contrôler que « les effets éventuels des dispositions contestées sur les conditions de la concurrence ne sont pas constitutifs d'une rupture d'égalité »[120]. Le respect du *principe d'égalité* implique la libre concurrence. Dans plusieurs décisions, notamment celle du 11 juillet 2001[121], il vérifie que les dispositions législatives contestées comme constitutives d'un avantage concurrentiel « ne portent *par elles-mêmes*, aucune atteinte à l'égalité entre les entreprises ». La libre concurrence comporte ainsi le respect du principe d'égalité, égalité formelle et égalité réelle, voire correctrice d'inégalités de fait, c'est-à-dire, d'une part, l'égalité entre tous les opérateurs entrants sur le marché ou susceptibles d'y entrer ; d'autre part, l'égalité entre les acteurs opérant sur un marché ; enfin, l'égalité dans les conditions d'exercice de leurs activités économiques. Toutefois, il peut être dérogé au principe d'égalité pour un motif d'intérêt général et pour des motifs en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. La libre concurrence ne se borne pas à l'égalité des individus dans la concurrence. Elle implique une intervention publique pour assurer la concurrence sur le marché et l'application horizontale de la concurrence. L'objet du droit de la concurrence est d'assurer l'encadrement de la concurrence par la fixation de règles, le contrôle du respect de celles-ci par les opérateurs ainsi que l'examen de leurs comportements. La libre concurrence ne peut pas exister sans respect du principe d'égalité ni un encadrement du marché par des règles et une régulation.

Par ailleurs, le Conseil indique nettement qu'il n'est pas le juge de la concurrence et qu'il ne lui appartient pas de contrôler le respect de la libre concurrence, mais qu'« il appartiendra tant aux autorités de contrôle qu'au juge compétent de veiller au respect du principe d'égalité qui, en l'espèce, implique la libre concurrence ». Il reprendra cette même formulation dans des décisions ultérieures, notamment la décision du 16 août 2007 et celle du 11 février 2011[122].

À partir de 2011, le Conseil a évolué, allant dans le même sens que la doctrine juridique dominante[123] qui a établi que la concurrence est d'intérêt général.

---

120 Cons. Const., 29 décembre 1998, *Loi de finances pour* 1999, n° 98–405 DC.

121 Cons. Const., 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre* social, n° 2001–450 DC, *Recueil Dalloz*, 2002, 1949, obs. D. Ribes.

122 Cons. Const., 16 août 2007, *Continuité du service public dans les transports terrestres* n° 2007–556 DC, *Revue Française de Droit constitutionnel*, 2007, p. 1284, comm. P. Rambaud & A. Roblot-Troizier. *Revue juridique de l'économie publique*, 2007, p. 648, note Ph. Terneyre ; Cons. Const., 11 février 2011, n° 2010–102 QPC.

123 G. Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Paris, Dalloz, 2006.

Il a donc introduit, dans le contrôle des mesures législatives restrictives de concurrence contestées devant lui, leur justification ou non par un motif d'intérêt général. Ainsi, dans sa décision du 21 janvier 2011[124], il a considéré que les mesures prises par un préfet visant à assurer *l'égalité* entre les établissements d'une même profession dans une même zone géographique répondent à un *motif d'intérêt général*, puis, dans la décision du 5 août 2011 *Somodia*[125], il a jugé qu'en interdisant l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou artisanale le dimanche, « ces dispositions [prises par le législateur] ont pour objet *d'encadrer les conditions de concurrence* entre les établissements quels que soient leur taille ou le statut juridique des personnes qui travaillent ; que dès lors, de telles restrictions répondent à un *motif d'intérêt général* ».

Mais c'est surtout dans la décision du 12 octobre 2012, *Canal plus*[126], qu'il a franchi un pas supplémentaire en introduisant *l'objectif de préservation de l'ordre public économique* comme un motif d'intérêt général permettant de justifier des limitations aux libertés économiques, en particulier la liberté d'entreprendre et la concurrence. Cette importante décision a été rendue à propos du pouvoir, conféré par l'article L. 480–8 du code de commerce à l'Autorité de la concurrence, de procéder au retrait de la décision ayant autorisé une opération de concentration et d'infliger des sanctions pécuniaires en cas de non-exécution des obligations imposées, d'inexécution d'une injonction, d'une prescription ou d'un engagement attaché à la décision d'autorisation de concentration. Les requérants estimaient que ces dispositions portaient atteinte à la liberté d'entreprendre. Le Conseil considère que :

> les dispositions contestées relatives au contrôle des concentrations ont pour objet d'assurer un *fonctionnement concurrentiel du marché* dans un secteur déterminé ; qu'en les adoptant, le législateur n'a pas porté au *principe de la liberté d'entreprendre* une atteinte qui ne serait pas justifiée par des objectifs de *préservation de l'ordre public économique* qu'il s'est assignés et proportionnée à cette fin ; que par suite le grief tiré de l'atteinte à la *liberté d'entreprendre* doit être écarté.

L'accent est désormais mis sur des notions nouvelles : le *bon fonctionnement concurrentiel* du marché, donc la protection du marché, comme un élément

124 Cons. Const., *Chaud Colatine*, n° 2011–89 QPC, préc.

125 Cons. Const., 5 août 2011, *Somodia*, n° 2011–157 QPC, *Actualités Juridiques. Droit Administratif,* 2011, p. 1880, note M. Lombard.

126 Cons. Const., 12 octobre 2012, *Sté Groupe Canal plus & Sté Vivendi Universal*, n° 2012–280 QPC, *Revue de Droit Administratif*, 2012, n° 12, § 94, note M. Bazex.

de la préservation de *l'ordre public économique*. La préservation de l'ordre public économique est un motif d'intérêt général permettant de limiter, par des dispositions législatives, les libertés économiques, en particulier la liberté d'entreprendre ou la concurrence.

Il apparaît depuis lors que le contrôle des atteintes à la concurrence réalisée au regard du respect du principe d'égalité est maintenant davantage appréhendé par l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'entreprendre en elle-même ou au regard du bon fonctionnement concurrentiel du marché. À cet égard, plusieurs lois établissant des monopoles, donc supprimant la concurrence, ont été validées par le Conseil au motif que l'atteinte à la liberté d'entreprendre était justifiée par des motifs d'intérêt général ou de sauvegarde de l'ordre public. Par exemple, le monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie visant à protéger la production de viande locale et à assurer le bon approvisionnement de la population du territoire est validé : « eu égard aux particularités de la Nouvelle-Calédonie et aux besoins d'approvisionnement du marché local, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole confié à l'établissement public Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique (OCEF) en complément de sa mission de service public [...] ne revêt pas un caractère disproportionné »[127]. Un autre exemple est donné par la décision du 27 septembre 2013[128] concernant la garantie de l'État accordée à la seule caisse centrale de réassurance des risques résultant de catastrophes naturelles par l'article L. 431–9 du code des assurances. Le Conseil a considéré qu'eu égard à la nature particulière des risques assurés, le législateur, en choisissant d'accorder la garantie de l'État à *la seule* caisse centrale de réassurance, n'a pas méconnu la liberté d'entreprendre. L'atteinte à la concurrence n'est pas autonome, mais est intégrée à la liberté d'entreprendre. Dans d'autres décisions, par exemple l'importante décision du 22 mai 2015 *Sté. UBER France SAS & autres*[129], relative à la concurrence entre les taxis et les VTC, le Conseil examine la question de concurrence entre les taxis et les VTC au regard des atteintes à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité.

127 Cons. Const., 22 juin 2012, *Ets. Barigbant* SA, n° 2012–258 QPC.

128 Cons. Const., 27 septembre 2013, *Sté SCOR. SE*, n° 2013–344 QPC.

129 Cons. Const., 22 mai 2015, n° 2015–468/469/472, note F. Martucci, *Concurrences*, 2015 n°4, Chron. pp. 214-216. M ; Bazex et R. Lanneau « La régulation des transports individuels (Taxis et VTC) », *Revue de Droit Administratif*, 2015, n° 7, pp. 31-34 ; D. Broussolle, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 2015 suffira-t-elle à sauver le monopole des taxis ? » *La Semaine Juridique. Édition générale*, juin 2015, n° 22, pp. 1034-1036.

Il en va de même dans les décisions postérieures, celle du 18 mai 2016[130], et en particulier la décision du 7 novembre 2019 *Loi relative à l'énergie et au climat*[131]. Cette décision concernait les dispositions fixant le volume d'électricité nucléaire qu'EDF, qui en a le monopole de production, peut être tenu de céder aux autres fournisseurs d'électricité et le prix de cession. Le Conseil a validé les dispositions législatives critiquées, considérant que « le législateur, qui a entendu assurer un *fonctionnement concurrentiel du marché* de l'électricité et garantir une stabilité des prix sur ce marché, a poursuivi un objectif d'intérêt général ». Il a aussi émis une réserve en estimant que l'absence de « modalité de détermination du prix ne saurait, sans porter une atteinte disproportionnée à *la liberté d'entreprendre*, autoriser les ministres chargés de l'énergie et de l'économie à arrêter un prix sans suffisamment tenir compte des conditions économiques de production d'électricité par les centrales nucléaires ». Enfin, il a examiné l'absence d'atteinte au principe d'égalité. Ainsi, si la libre concurrence n'a pas de valeur constitutionnelle en elle-même, le Conseil constitutionnel contrôle les restrictions de concurrence dans le cadre du respect de la liberté d'entreprendre, du principe d'égalité ainsi que de l'objectif de la préservation de l'ordre public économique.

Plusieurs raisons expliquent pourquoi, pour le Conseil constitutionnel, la liberté de concurrence n'est pas dotée de valeur constitutionnelle. En premier lieu, la concurrence et le droit de la concurrence ont, en l'état actuel du droit français, valeur législative, puisque le droit de la concurrence voit ses règles fixées dans les articles L. 410 et suivants du code de commerce qui a codifié l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et la concurrence. De plus, la concurrence, règle de droit européen applicable (d'ailleurs à l'origine d'inspiration ordolibérale[132]) édictée dans le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), est dotée d'une valeur supra-législative.

En deuxième lieu, reconnaître la concurrence comme règle ou principe de valeur constitutionnelle consisterait à fixer le choix économique déterminé de la concurrence au législateur, système incompatible avec la neutralité de la

130 Cons. Const., 18 mai 2016, n° 2016–542 QPC. N. Catelan, « Personnalité de la responsabilité en droit de la concurrence », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2017, n° 105, pp. 231-233.

131 Cons. Const., 7 novembre 2019, n° 2019–791 DC. T. Piazzon, « Chronique de droit privé », *Titre VII* (en ligne) avr. 2020, n°4, pp. 85-106.

132 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE: de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale? ».

Constitution et par conséquent avec la liberté de choix de régime économique appartenant au législateur[133]. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la concurrence évoquerait par trop une inspiration constitutionnelle ordolibérale et pencherait vers un type de constitution économique de conception substantielle et ordonnatrice.

En troisième lieu, les principes, libertés et droits fondamentaux constitutionnels sont des libertés individuelles. Or d'une part, la concurrence n'est pas une liberté individuelle comme les autres, mais une liberté qui ne peut jouer que sur un marché existant et entre les acteurs sur le marché, comme le constatent la plupart des auteurs. Il existe une horizontalité des effets des mesures. Elle se fond dans la liberté d'entreprendre qui est la liberté d'accéder à une activité, et garantit l'accès au marché de tout opérateur. Elle implique l'égalité, donc le respect du principe d'égalité entre les acteurs. D'autre part, la concurrence nécessite l'organisation et l'encadrement de la concurrence[134] par des règles pour que soit assuré le bon fonctionnement concurrentiel du marché dans l'intérêt général. Il n'y a pas de concurrence sans une structuration par le droit public de la concurrence pour la préservation d'un ordre public économique. La réglementation de la concurrence assure la préservation du marché mais non celle des libertés constitutionnelles.

Enfin, dans le cadre de sa jurisprudence économique, le Conseil constitutionnel a énoncé des principes concernant la commande publique. La concurrence concerne également la commande publique, mais à un titre très différent, en ce sens que c'est à la personne adjudicatrice de mettre en concurrence les candidats à un marché. Il convient de présenter rapidement la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la commande publique.

2.2.5 La commande publique

Dans la décision du 26 juin 2003[135], le Conseil constitutionnel a énoncé que « les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics aux

133 Voy. M.-L. Dussart, *Constitution et économie, op. cit.,* § 282 et s. et § 294 et s.

134 Voy. L. Idot « La distinction droit public-droit privé a-t-elle une pertinence en droit de la concurrence ? », *Concurrences*, 2015, n°1, pp. 4-12 ; F. Martucci, « Constitution économique et concurrence : en quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *op. cit.*

135 Cons. Const., 26 juin 2003, n° 2003–473.

termes duquel [...] les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ». Ces principes de la commande publique qui découlent de principes à valeur constitutionnelle de liberté et d'égalité n'ont pas valeur constitutionnelle, mais ils s'appliquent non seulement aux contrats de la commande publique (marchés et concessions de service) mais aussi à d'autres types de contrats publics. Ces principes impliquent le respect de la publicité des contrats et de la mise en concurrence, la limitation de la durée des concessions de service et délégations de service public, la garantie de l'égal accès à la commande publique. Ceux de ces principes qui sont repris dans le code de la commande publique de 2019 ou d'autres textes législatifs ont valeur législative.

Ils trouvent également leur origine dans le droit de l'Union européenne et en particulier dans la jurisprudence de la Cour de justice *Telaustria* du 7 décembre 2000[136]. De son côté, le Conseil d'État a considéré dans la décision du 23 décembre 2009[137] *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* que ces principes constituent des *principes généraux du droit* : « les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, [...] sont des principes généraux du droit de la commande publique ». Désormais *principes généraux du droit*, ils ont donc une valeur *supra*-réglementaire et *infra* législative et s'imposent à tous les actes des autorités administratives. Au demeurant, ils peuvent être complétés ou modifiés par la loi.

En principe, le Conseil constitutionnel n'est pas appelé à faire application de ces principes. Toutefois il pourrait être amené à contrôler une loi portant sur le droit de la commande publique ou sur des contrats publics au regard des principes constitutionnels, notamment ceux énoncés par les articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789, soit *a priori*, sur saisine, soit *a posteriori*, sur requête QPC.

136 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria verlags Gmbh & a.*, C-324/98. R.I.10770, concl. N. Fennelly, *Actualités Juridiques. Droit Administratif,* 2001, p. 106, note L. Richer ; *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, 2001, n° 15, p. 132, obs. Ch. Maugüe.

137 CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Actualités Juridiques. Droit Administratif*, 2010, p. 500, note J-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publics*, fév. 2010 n° 83, note Ph. Reiss ; *Revue de Droit Administratif*, mars 2010, comm. n° 36, note G. Eckert.

Conclusion

En reconnaissant la valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 ainsi que des principes et libertés proclamés, le Conseil constitutionnel n'a pas construit une Constitution économique française de type substantiel ou ordonnatrice comportant des choix de système économique imposés au législateur et aux autorités de l'État. Il a opté pour une conception matérielle et neutre de la Constitution, comme la plupart des auteurs l'ont constaté, laissant les grands choix économiques à la décision du législateur. La Constitution confère au Parlement toute liberté aussi bien pour l'adoption de mesures empreintes de libéralisme économique que de mesures de nature interventionniste.

Ce que l'on peut appeler Constitution économique de la France, ce sont donc les principes et les règles de portée économique de valeur constitutionnelle placés au sommet de la hiérarchie des normes faisant partie du bloc de constitutionnalité. Cette construction est le résultat ou le constat du processus, toujours en gestation, de la constitutionnalisation de toutes les branches du droit français[138]. Cette édification est l'œuvre constructive du Conseil constitutionnel à travers sa jurisprudence. Sa fonction de contrôle du respect par la loi des droits et libertés constitutionnels le conduit à dégager des principes constitutionnels et à en assurer la bonne application. À partir des principes généraux, il a dégagé des principes et libertés constitutionnels propres à la matière économique dont il a construit le contenu et la portée. L'intérêt de cette intégration de l'économie dans le droit constitutionnel doit être particulièrement souligné compte tenu de l'importance essentielle, certes jugée par certains excessive, de l'économie dans l'ensemble de la vie sociale contemporaine.

Au demeurant, le Conseil constitutionnel est-il toujours pleinement le protecteur et le gardien des libertés et singulièrement des libertés économiques ? Malgré les critiques souvent fondées, on peut considérer qu'il l'est dans une large mesure. Il rend aussi des décisions qui emportent l'adhésion et la satisfaction. Toutefois il n'est guère contestable qu'il lui faudrait améliorer ses méthodes de contrôle et les rendre plus rigoureuses. Par ailleurs, en raison de sa composition singulière, les juristes chevronnés y sont en nombre insuffisant. En outre, par pure hypothèse, on peut s'interroger sur ce que serait la garantie des droits et libertés s'il n'existait pas ou s'il était encore dans la

138 B. Mathieu, *1958–2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, *op. cit.*, pp. 397-518 ; O. Beaud, Ph. Conte et P. Wachsmann (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critiques*, *op. cit.*

situation qui était la sienne avant les années 1980. Face à un système majoritaire dans lequel l'exécutif et le législatif vont de pair, il est, ainsi que tous les juges, un contre-pouvoir juridictionnel et juridique indispensable en démocratie.

L'existence d'un juge constitutionnel faisant respecter les droits et les libertés garantis par la Constitution est une exigence incontournable dans un régime démocratique.

Bibliographie sélective

Beaud, O., Comte, P., et Wachsmann, P., (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit: regards critiques,* Jus Politicum, vol. X, Paris, Dalloz, 2019.

Benzina, S., (dir.), *Le Conseil constitutionnel est-il le gardien des libertés ?,* Poitiers, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2021.

Chagnollaud, D., et Drago, G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010.

Champeil-Desplats, V., « Réflexions sur les processus de constitutionnalisation des libertés économiques », in S. Torcol (dir.), *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'économie de marché,* Colloque AFDC, *La Revue des Droits de l'Homme,* 2017, n° 11, pp. 33–41, disponible à l'adresse: https://journals.openedition.org/revdh/2957 (dernière consultation le 12 février 2022).

Chérot, J.-Y., *Droit public économique*, 2e éd., Paris, Economica, 2007.

Colly, F., « La question prioritaire de constitutionnalité, la liberté d'entreprendre et la concurrence », in *Mélanges Machelon*, Paris, LITEC, 2015, pp. 215–234.

Delvolvé, P., *Droit public de l'économie*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2021.

Dussart, M.-L., *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, 2015.

Jurion, R., *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, Thèse droit, Université de Lorraine, 2017.

Martinez, J., *Conseil constitutionnel et économie*, Paris, L'Harmatan, 2022.

Martucci, F., et Mougouachon, C., (dir.), *La Constitution économique. En hommage au professeur Guy Carcassonne,* Paris, La mémoire du droit, 2015.

Martucci, F., « La Constitution économique dans le discours doctrinal français », *Politeia, Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé,* 2018, n° 34, pp. 238–250.

Mestre, J.-L., « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », *Recueil Dalloz*, 1984, Chron. 1, pp. 1–8.

Nicinski, S., *Droit public des affaires*, 8e éd., Paris, LGDJ, 2021.

Rabault, H., « La constitution économique de la France », *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, n° 44, pp. 707–745.

Rabault, H., (dir.), dossier spécial « La constitution économique », *Politeia, Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, 2018, n°34.

Rousseau, D., Gahdoun, P.-Y., et Bonnet, J., *Droit du contentieux constitutionnel*, 12e éd., Paris, LGDJ, 2020.

Sée, A., « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue Juridique de l'Économie Publique*, 2014, n°718, pp. 3–9.

The Idea of an Economic Constitution (*Wirtschaftsverfassung*) in German Law

Peter-Christian Müller-Graff

Introduction

The legal idea of an 'economic constitution' (*Wirtschaftsverfassung*) is an iridescent mind provoking thought in German law and legal scholarship since more than a century. It goes back as far as to the Weimar Constitution (1.), unfolded in the early scholarly debates on the content of the Federal Republic's Basic Law (2.), but was not recognized as a constitutional principle by the jurisprudence of the Federal Constitutional Court, however in its substance linked to the Basic Law's fundamental rights by it and by legal doctrine (3.) and revived in its conceptual relevance by the emergence of the common market law of the European Communities and its practical implications for the legal order of the economy as well as by today's explicit Union law provisions on the principles of this order (4.) and leaves scholarly legal doctrine with its permanent intrinsic task of clarifying the substantive systematic coherence of the economically relevant legal provisions with a view to their consistent interpretation and to counseling legislation and policy (5.).

1 The Roots of the Topic of an 'Economic Constitution' in the Weimar Constitution

Since it often proves difficult to trace back and identify the true inventor of a specific normative thought or idea, one can at least reach solid ground in naming a remarkable novelty in positive law texts. While the concept of 'economic constitution' can be traced back to the French physiocrats of the 18th century and the German economists of the historical-ethical school of the 19th century[1] – more or less appearing like a "will-o'-the

1 See *supra* in this volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique, l'Europe ». See also: R. Piepenbrock, *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Wektkrieg*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1964; K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. I.: *Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Tübingen, Mohr Siebeck,

© PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_021
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

wisp"[2] –, it was first given a legal outline in Germany by the decision of the Weimar Constitution of 14 August 1919 (WRV) as compared with the Constitution of the German Empire of 16 April 1871 to treat "the economic life" (*Wirtschaftsleben*) as a specific constitutional topic.[3] The WRV devoted a whole division of 15 articles to this subject (Articles 151 to 165). Although they appear as a conglomerate of rules for different issues related to the economy, they were connected by a normative programmatic orientation point directed to the state's task in the economy. Article 151, par. 1 s. 1 WRV provided that "the ordering of the economic life must conform to the principles of justice, with the assurance to all of an existence worthy of a human being as the goal".[4] With this wording the idea of the public responsibility for the "economic life" was born in positive constitutional law. The text of Article 151 WRV went on stating that "within these limits the economic freedom of the individual is to be secured"[5] and "the freedom of trade and industry is guaranteed in accordance with Imperial statutes".[6]

The following articles of this part of the WRV provided for a broad array of economy-related constitutional guidelines, principles and rights, among them: the principle of freedom of contract in economic intercourse in accordance with the statutes (Article 152, par. 1 WRV); the right to own property and the protection against expropriation except for the common welfare and upon statutory grounds in exchange of adequate compensation (Article 153 WRV); the guarantee of the right of inheritance (Article 154 WRV); the state supervision of the distribution and use of the land (Article 155 WRV); the competence of the state to transfer into public ownership private economic enterprises

1999, p. 12; K. W. Nörr, « "Economic Constitution": On the Roots of a Legal Concept », *Journal of Law and Religion*, 1994, vol. 11, n°1, pp. 343–354.

2 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. I, *op. cit.*, p. 12 (« Irrlicht »).

3 K. W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 166,173 ff. Ed.: see also *supra* in this volume, Section 1 – *The Emergence of the Concept. From the Physiocrats to the Weimar Republic*, and esp. the contributions of G. Grégoire (« The Economic Constitution under Weimar : Doctrinal Controversies and Ideological Struggles »), and the discussions by H. Rabault (« Le Concept de Constitution économique : émergence et fonctions ») and P.C. Caldwell (« The Concept and Politics of the Economic Constitution »).

4 English translation source for the WRV available at: https://constituteproject.org (last consulted on 12 February 2022); for an English version of the Constitution of the German Empire of 16 April 1871 see: « Constitution of the German Empire (April 16, 1871) » in J. Retallack (ed.), *Forging an Empire: Bismarckian Germany* (*1866–1890*), German History in Documents and Images (GDHI), Documents, available at: https://ghdi.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=1826 (last consulted on 12 February 2022).

5 Article 1, par. 1 s. 2 WRV.

6 In the sense of "*Reichsgesetze*"; Article 151, par. 3 WRV.

suitable for socialization, to secure a controlling influence in the administration of economic enterprises and, in case of urgent need for the purpose of common-economics (*Gemeinwirtschaft*)[7], to combine economic enterprises and associations upon the basis of self-administration to engage employers and employees in the administration, and to regulate production, manufacture, distribution, utilization, price-fixing, and importation and exportation of economic products according to common-economics principles (Article 156 WRV); the protection of physical and intellectual labour (Article 157–158 WRV); the right to form associations for the maintenance and advancement of the conditions of labour and economics (Article 159 WRV); the establishment of a social security system (Article 161 WRV); the moral duty to work and the public promotion of job opportunities (Article 163 WRV); the public task to foster and protect the independent middle class in agriculture, crafts, industry, trade and commerce (Article 164 WRV); and the promotion of workers' and employees' participation, with equal rights in cooperation with the employers, in the regulation of the conditions of wages, salaries and work and also in the whole economic development of the productive forces (Article 165 WRV).[8]

The normative scheme of the Weimar Constitution gave rise to scientific reflection on the normative overall order of the economy and the role of the state.[9] The discussion about the basic constitutional orientation of the economic order was conducted primarily on the basis of the fundamental rights of the constitution.[10] They received different interpretations: as a safeguard for the trade unions' conception of economic democracy (Franz Leopold Neumann)[11], as a socially modified liberal basis of the economic order (Albert Hensel)[12], as state-bound institutions (Ernst Rudolf Huber)[13] and as a blanket for the legislature (Franz Böhm).[14] Before this discussion could unfold, the Weimar Constitution eroded with the National Socialists' rise to power

7 K. W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, *op. cit.*, p. 167; M. Schmoeckel and M. Maetschke, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, 2nd ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 500 ff.

8 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. I, *op. cit.*, pp. 181 ff.

9 See *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar : Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

10 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. I, *op. cit.*, p. 173.

11 F. L. Neumann, « Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung », *Die Arbeit: Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde*, 1930, vol. 7, pp 569–582.

12 A. Hensel, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1931.

13 E. R. Huber, *Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1931.

14 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftkichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1933, p. 337; K. W. Nörr, *Die Leiden des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, pp. 101 ff., pp. 146 ff.; K. W. Nörr, « On the concept of the

in 1933.[15] In relation to "economic life" it was replaced by state induced or imposed cartelization with increasing state influence[16] and resulted in new forms of sectoral industrial organizations (*Reichsvereinigungen*) as instruments of public steering.[17] Eventually the "ordering of economic life" turned into a war economy with the prioritization of military supplies.[18]

2 Early Scholarly Debates on the 'Economic Constitution' of the Basic Law

With the new beginning of the state and the legal order after the fall of the National Socialist dictatorship and the end of the Second World War, a new perspective was also opened for the idea and practice of the legal "ordering of economic life". In midst of the seething time[19] of the different approaches of decartellization,[20] the allied antitrust laws,[21] the rise of the ordoliberal doctrine (Walter Eucken,[22] Franz Böhm)[23] and the concept of a social market economy (Alfred Müller-Armack,[24] Ludwig

"economic constitution" and the importance of Franz Böhm from the viewpoint of legal history », *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, n°4 , 1996, pp. 345–356.

15 See the legislative acts in H. Hildebrandt (ed.), *Die deutschen Verfassungen des 19. und 20. Jahrhunderts*, Paderborn-Zurich, Schöningh, 1975, pp. 111 ff.

16 M. Schmoeckel and M. Maetschke, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft, op. cit.*, p. 503; L. A. Holm, *Kartelltheorie und internationale Beziehungen. Theoriegeschichtliche Studien*, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 2013, pp. 210 ff.

17 *Ibid.*, p. 223.

18 R. Wagenführ, *Die deutsche Industrie im Kriege 1939–1945*, Berlin, Duncker & Humblot, 1954.

19 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. I, *op. cit.*, pp. 19 ff., pp. 36 ff., pp. 58 ff.

20 Protocol of the Proceedings of the Berlin (Potsdam) Conference, July 17 – August 2, 1945, Conclusions, in: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade17.asp (last consulted on 12 February 2022).

21 W. C. Wells, *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, New York, Columbia University Press, 2001.

22 W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Jena, Gustav Fischer, 1939; W. Eucken, « Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1949, vol. 2, n° 1, pp. 1–99; K. W. Nörr, *Die Leiden des Privatrechts*, *op. cit.*, pp. 140 ff.

23 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf, op. cit.*; K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. I, *op. cit.*, pp. 81 ff.; K. W. Nörr, *Die Leiden des Privatrechts*, *op. cit.*, pp. 146 ff.; K. W. Nörr, *An der Wiege deutscher Identität nach 1945: Franz Böhm zwischen Ordo und Liberalismus*, Berlin/Boston, De Gruyter, 1993; K. W. Nörr, « On the concept of the "economic constitution" and the importance of Franz Böhm from the viewpoint of legal history », *op. cit.*

24 A. Müller-Armack, « Soziale Marktwirtschaft », in *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik: Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen*

Erhard)[25] in the western zones of occupation and the nationalization and establishment of a socialist planned economy in the Soviet zone of occupation,[26] the Federal Republic of Germany emerged with its Basic Law (*Grundgesetz*) of 23 May 1949. Similarities and differences of the Basic Law in comparison with the Weimar Constitution are a long-standing subject of research and debate.[27] In view of the constitutional "ordering of economic life" the difference is striking. Different from the Weimar Constitution no specific part of the text of the Basic Law is devoted to "economic life". This lack – seen against the contemporary background of the political and ideological struggles for the right order of the economy and of the different political tracks pursued in the West and in the East – triggered a voluminous debate on the "economic constitution of the Basic Law" (*Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes*) immediately after the Basic Law's entry into force. In particular three lines of thought determined the discussion.[28]

2.1 *The Thesis of "Economic Theoretical Neutrality" of the Basic Law*

The first line of thought promoted in particular by Herbert Krüger was linked to the evident lack of a separate section on economic life in the Basic Law. It deduced from this absence the thesis that economic policy and legislation were constitutionally bound to be guided by "economically value-neutral points of view" (*wirtschaftstheoretisch wertneutrale Gesichtspunkte*)[29]. During the time of fierce ideological-political controversies over Germany's economic restructuring, Krüger argued that the constitution prevents every victorious majority from filling the constitutional blanket solely in accordance with its ideas. He concluded that any economic theoretical monism or purism of

---

Integration, Freiburg, Rombach, 1966, pp. 243–250; F. Quaas, *Soziale Marktwirtschaft. Wirklichkeit und Verfremdung eines Konzepts*, Bern, Paul Haupt Verlag, 2000, p. 44; K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. I, *op. cit.*, pp. 57 ff.; K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. II: *Von der sozial-liberalen Koalition bis zur Wiedervereinigung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 3 ff.

25 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. I, *op. cit.*, pp. 40 ff.

26 M. Schmoeckel and M. Maetschke, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft, op. cit.*, pp. 504 ff.; Stiftung Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland (ed.), *Markt oder Plan – Wirtschaftsordnungen in Deutschland 1945–1961*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, 1997.

27 See, e.g., H. Dreier, « Die Weimarer Reichsverfassung. Vorbild oder Gegenbild des Grundgesetzes », *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2019, vol. 69, n°16–17, pp. 19–26.

28 P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1984, pp. 250 ff.

29 H. Krüger, « Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1951, vol. 66, pp. 361–368, esp. p. 363.

public economy policy would be unconstitutional.[30] This statement echoes the contemporary topicality of navigating in fierce political controversies over the organization of the national economy. Krüger's reasoning met broad rejection.[31] Indeed, a constitutional requirement that economic policy should forego the chance of rationality embodied in economic theory would be peculiar. It cannot be deduced from the Basic Law nor from the previous constitutional deliberations.[32]

2.2 *The Thesis of the Constitutional Guarantee of the 'Social Market Economy'*

The most profiled positive thesis in early scholarly discussions on the content of Basic Law in relation to "economic life" held that the Basic Law guaranteed the social market economy. It was developed by Hans Carl Nipperdey.[33] Although no explicit wording in the Basic Law supported his view, Nipperdey argued that this concept was inherent in the constitution and recognizable if looked at its composition of provisions from a viewpoint of economic models. For this conclusion he relied on a distinction of four models: first the liberalist market economy in the sense of the idea of "*laissez faire, laissez aller*" (*liberalistische Marktwirtschaft*), second the central administration economy (*Zentralverwaltungswirtschaft*), third the "order neutrality"

30 *Ibid.*; H. Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1950, p. 11.

31 E.g. K. J. Partsch, « Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1954, vol. 6, pp. 19–38, esp. p. 22; E. R. Huber, « Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht », *Die Öffentliche Verwaltung*, 1956, pp. 97–102, spec. p. 98 ff.; H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung : Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1961, pp. 43 ff.; E.-J. Mestmäcker, « Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung », in H. Sauermann and E.-J. Mestmäcker (eds.), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1975, pp. 383–419, esp. pp. 394 ff.; R. Zuck, *Wirtschaftsverfassung und Stabilitätsgesetz*, Munich, Goldmann, 1975, pp. 31 ff.; H. H. Hollmann, *Rechtsstaatliche Kontrolle der Globalsteuerung: Möglichkeiten und Grenzen einer normativen Kontrolle globalsteuernder Wirtschaftspolitik am Beispiel des Stabilitätsgesetzes,* Baden-Baden, Nomos, 1980, pp. 82 ff.; P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, op. cit.*, pp. 252 ff.

32 P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, op. cit.*, p. 253.

33 H. C. Nipperdey, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1954; H. C. Nipperdey, *Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymanns Verlag, 1960, pp. 10 ff.; H. C. Nipperdey, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 2nd ed., Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymanns Verlag, 1961, pp. 44 ff.

(*wirtschaftsrechtliche Neutralität*) and fourth the "social market economy" (*soziale Marktwirtschaft*). His comparison of the respective functional conditions of these models with the complex constitutional statements on the freedom principle and the social principle and their impact on the scope of action of the ordinary legislator led Nipperdey to deduce and recognize the "social market economy" as the economic order inherent in the Basic Law. In this sense his thesis would not have been more than a (plausible) descriptive summarizing statement of the fitting relation between the concept of the social market economy[34] and the content of the entirety of the constitutional provisions.

However, Nipperdey's thesis went further. It was not limited to the model-like summation of the results of the (potential) application of the various constitutional provisions, but essentially asserted a model guarantee as an independent constitutional principle. In addition to the entirety of the explicit constitutional norms, the "social market economy" emerges as an own constitutional standard for the interpretation of individual provisions (such as the notion of the "constitutional order" as a limit of the individual right of every person to free development of his personality in Article 2 Basic Law or as a standard for determining the relationship between different freedoms) as well as a constitutional standard for assessing the legitimacy of economic law legislation (such as trade law or competition law) and of economic policy (in particular of state intervention in competition). In Nipperdey's writings concrete consequences of this approach can be found such as the assessment of the prohibition of cartel agreements as a concretization of the constitution[35] and, by that, the precedence of the freedom of competition over the freedom of contract (in the sense of concluding a cartel agreement); or a constitutional conformity requirement for state intervention, in particular by means of state aids, with a market economy.[36] In the logic of this understanding of the Basic Law, the constitutional admissibility of public interventions was restricted to those aimed at safeguarding the functioning of the market economy or, as an exception, to those that were not in conformity with the market economy (*marktinkonforme Interventionen*), but could be legitimized on the basis of overriding requirements of the constitutional order, in particular the constitutional social policy principle.[37]

---

34 *Supra*, footnote 24.

35 H. C. Nipperdey, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, op. cit.*, p. 20.

36 *Ibid.*, p. 21.

37 *Ibid.*, p. 21.

This understanding of the Basic Law did not prevail. Apart from doubts about the possibility to derive precise criteria from the theory of the social market economy[38] for the judicial decision of a specific issue and apart from the assumption that the Parlamentary Council which adopted the Basic Law wanted to leave leeway for the realization of divergent programs,[39] there is a weighty categorical objection, namely the autonomy of the positivized constitution. The opening up of the constitution to a model draft conceived outside the constitution called "social market economy" in order to provide binding standards for the constitutional assessment of economic legislation and economic policy measures would make it possible to manipulate constitutional statements from an extra-constitutional program.[40] Nevertheless it seems to me that this thesis has raised the awareness in the scholarly constitutional and legal discussion for normative thinking in economic models and their internal rationality and, by that, the perception of economic models as a possible source of legal arguments with persuasive authority.[41]

2.3 *The Thesis of the Basic Law's Institutional Guarantee of a Mixed Economic Constitution*

The third line of thinking, elaborated by Ernst Rudolf Huber, centered in the thesis of an institutional guarantee of a mixed economic constitution in the Basic Law.[42] It is based on the premise that the Basic Law, despite the lack of a separate section on economic life, has a certain system of the basic economic order in mind.[43] Ultimately, however, this thesis is limited to the statement that constitutional guarantees of economic freedom are "balanced" with constitutional social bonds by the Basic Law[44] and constitute in this sense a mixed

38 *Supra*, footnote 24.

39 H. C. F. Liesegang, *Die verfassungsrechtliche Ordnung der Wirtschaft. Zentralfragen und Strukturprinzipien unter besonderer Berücksichtigung grundrechtstheoretischer Überlegungen*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag Heitmann, 1977, pp. 26 ff.; N. Reich, *Markt und Recht : Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, Darmstadt, Luchterhand, 1977, p. 80.

40 P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, op. cit.*, pp. 255 ff.

41 On the general benefit of reflecting on market rationality in legal issues W. Möschel, *Rechtsordnung zwischen Plan und Markt: am Beispiel von Preiskontrollen nach § 22 GWB*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1975, pp. 29 ff.

42 E. R. Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, *op. cit.*, p. 101; E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht,* vol. I, 2nd ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1953, pp. 18 ff., pp. 30 ff. ; similar R. Schmidt, *Wirtschaftspolitik und Verfassung*, Baden-Baden, Nomos, 1971, p. 135; critical e.g. H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, pp. 26 ff.

43 E. R. Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, *op. cit.*, p. 98.

44 *Ibid.*

economy. The result of this approach is a summary of the general applicability of the constitutional provisions on economic policy and legislation and the description of their tension to be resolved for economic issues, but not the establishment of an own comprehensive constitutional criterion. It also seems to imply a kind of resignation to the intrinsic scientific task of searching and identifying the inner substantive system of principles that connects the individual provisions and that can unfold the persuasive authority of considering systemic rationality for consistent interpretation of existing provisions and for legal policy.

3 The View of the Federal Constitutional Court

The debate on the economic constitution of the Basic Law reached the Federal Constitutional Court (FCC) as early as in 1952, 1953 and 1954.[45] 78 companies had lodged constitutional complaints (Article 93, par. 1 no 4 lit. a Basic Law) against the statutory obligation to pay a one-off amount in the course of the reconstruction of the German economy to cover the urgent investment needs of coal mining, the iron-making industry and the energy sector (*Investment Aid Act* or *Investitionshilfegesetz*). In addition to their assertion of a violation of their fundamental rights (among them the freedom of action and in particular the right of free entrepreneurship and the guarantee of property), they had asserted a violation of the "unwritten" constitutional principle of economic policy neutrality as well as a violation of the existing economic and social order and of the requirement to use means in conformity with a market economy.

The FCC rejected the existence of such unwritten constitutional principles by saying that the Basic Law neither guaranteed the "economic political neutrality" (*wirtschaftspolitische Neutralität*) of government and legislative powers nor a "social market economy" that could only be managed with market-compliant means (*martktkonforme Mittel*).[46] It added that the "economic political neutrality" of the Basic Law only consists in the fact that the constitution has not "expressly" taken a decision for a particular economic system (*Wirtschaftssystem*). The FCC concluded that this constitutional situation enables the legislature to pursue the appropriate economic policy, "provided it observes the Basic Law". However, this restriction ("provided") is significant in view of the fundamental rights of the Basic Law, which may only be restricted

45 BverfG, Judgement of 20 July 1954, *Investitionshilfegesetz*, BverfGE 4,7.
46 *Ibid.*, D 5.

under certain conditions (Article 19, par. 1 and 2 Basic Law), and in view of the inherent possibility of judicial review of public measures (Art. 19 par. 4 Basic Law). In this respect it can be said that the Basic Law's fundamental rights unfold micro- and macroeconomic functions.[47]

The FCC, in consequence of its reasoning, found that the economic and social order of the time was an order possible under the Basic Law, but not the only possible order. Hence the court stated the constitutional irrelevance of whether the *Investment Aid Act* was in line with the previous economic and social order and whether the means used to steer the economy were in conformity with the market (*marktkonform*). However, in a remarkable twist, the FCC, when examining the compatibility of the *Investment Aid Act* with the principle of equality (Article 3 Basic Law) also addressed the argument of the complainants that the *Investment Aid Act* caused a shift in the "competitive position" (*Wettbewerbslage*) at the disadvantage of the obliged entities.[48] The court recognized that any economic intervention (*Wirtschaftslenkungsmaßnahme*), by intervening in the process of social life, more or less corrects the free play of forces (*das freie Spiel der Kräfte*) and the competitive situation.[49] Although the FCC found that such measures would not already be inadmissible by the sheer fact that they change the competitive situation, it nevertheless held that their inadmissibility could result from special circumstances (*besondere Umstände*) that would justify the conclusion that the legislature would act arbitrarily.[50] Concerning the *Investment Aid Act* the court found that the limits of the discretion granted to the legislature had not been exceeded.[51] But the FCC generally emphasized that such laws must be required by the public interest and must not arbitrarily neglect the interests of others that are worthy of protection.

This basic view has been confirmed by several subsequent judgments of the FCC,[52] in particular in the judgment on the 'co-determination' in enterprises

47 R. Scholz, *Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz : verfassungsrechtliche Fragen zur gesetzlichen Einführung der paritätischen Unternehmensmitbestimmung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, pp. 38 ff.; R. Scholz, « Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung », in D.Duwendag (ed.), *Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, pp. 113 ff., esp. pp. 124 ff.; R. Scholz, *Entflechtung und Verfassung*, Baden-Baden, Nomos, 1981, pp. 87 ff.

48 BverfG, Judgement of 20 July 1954, *Investitionshilfegesetz*, *loc. cit.*, E 1 lit. f.

49 *Ibid.*, D 5 and E 1 lit. f.

50 *Ibid.*, E 1 lit.f.

51 *Ibid.*, D 5 and E 1 lit. f.

52 See, in particular, BverfG, Judgement of 11 June 1958, *Pharmacies*, BverfGE 7, 377; BverfG, Judgment of 18 December 1968, *Mills*, BverfGE 25, 1; BverfG, Judgment of 16 March 1971, *Petroleum Storage*, BverfGE 30, 292.

(*Mitbestimmungsurteil*).[53] 9 companies and 29 employers' associations had filed constitutional complaints against the statutory establishment of the participation of employees' representatives in the board of certain types of companies with at least more than 2000 employees (*Mitbestimmungsgesetz*). The court recalled its understanding, that the Basic Law does not contain any "direct determination and guarantee of a specific economic order", but leaves the order of the economic life to the legislature, which can decide freely "within the limits drawn by the Basic Law".[54] It further stated that this legislative task, as well as the guarantee of fundamental rights, is one of the constituent elements of the democratic constitution and hence cannot be restricted further by way of an interpretation of fundamental rights than the individual fundamental rights require. In this respect the judgment clarifies that the question of the constitutionality of laws for ordering the economy is primarily one of safeguarding the constitutional freedom of the individual citizen, which the legislature must also take into account when regulating the economy.[55] Knut Wolfgang Nörr criticized the reasoning of this judgment under the aspect that the court had blocked the possibility of a sovereign overview and evaluation of the connection of different individual laws for the totality of the economic order and gave politicians *carte blanche* for regulatory carelessness.[56]

Nevertheless, due to the FCC's emphasis on the individual freedoms in economic matters, one cannot seriously dispute that, regardless of the FCC's conceptional and terminological hesitation, the consequence of the constitutional freedoms is the basic guarantee of a market economy which is defined by free coordination of free preferences of offer and demand as well as the freedom of production and distribution and the guarantee of private property. This does not preclude the admissibility of state interventions in the economy but requires their justification, if they restrict fundamental freedoms as, e.g., concretized and differentiated in the judgment on Vattenfall's complaint against the nuclear phase-out.[57] Independent from this fundamental rights-based approach, the additional question might be raised as to whether the most relevant answer to the question of the constitutionally binding economic system in Germany has not shifted from the Basic Law to the law of the European Union (see IV.).

53 BverfG, Judgement of 1 March 1979, *Mitbestimmungsgesetz*, BverfGE 50, 290, recital 123 ff.

54 *Ibid.*, recital 123: "*keine unmittelbare Festlegung und Gewährleistung einer bestimmten Wirtschaftsordnung*".

55 *Ibid.*

56 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. II, *op. cit.*, p. 12.

57 BverfG, Judgement of 6 December 2016, *Atomausstieg*, BverfGE 143, 246, recital 214 ff.

4 The European Overshadowing and Connection in the Question of the Economic Constitution

4.1 *The Content of the EEC-Treaty and the Union Treaty*

When in 1957 the Federal Republic together with five other European States concluded the Treaty establishing the European Economic Community (EEC), the implications of its content for the significance of the Basic Law for answering the question of the relevant economic order in Germany went, it seems, unnoticed in the mentioned constitutional debate. However, in the separate scholarly discipline of European Community law the European economic order was quickly thematized by German authors (*Europäische Wirtschaftsverfassung*).[58] It could not be overlooked that the decision for a common market, based on

58 In particular C. F. Ophüls, « Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung », *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1962, vol. 124, pp. 136–181 ; E-J. Mestmäcker, « Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », in H. Coing, H. Kronstein and E.-J. Mestmäcker (eds.), *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1965, pp. 345–391; W. von Simson, « Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den Europäischen Gemeinschaften », in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Br. (ed.), *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1967, pp. 55–68; J. Scherer, *Die Wirtschaftsverfassung der EWG*, Baden-Baden, Nomos, 1970; U. Everling, « Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der Europäischen Gemeinschaft », in F. Baur, J. Esser, F. Kübler and E. Steindorff (eds.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen, Mohr, 1974, pp. 379–401; M. Zuleeg, « Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften », in Arbeitskreis Europäische Integration (ed.), *Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der EG*, Baden-Baden, Nomos, 1978, pp. 73–100; P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, op. cit.*, pp. 280 ff.; T. Oppermann, « Europäische Wirtschaftsverfassung nach der Einheitlichen Europäischen Akte », in P.-C. Müller-Graff and M. Zuleeg (eds.), *Staat und Wirtschaft in der EG. Kolloquium für Bodo Börner*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 53–71; C. Joerges, « Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die Renaissance der regulativen Politik », *Working Paper EUI LAW*, n° 1991/15; J. Basedow, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1992; A. Hatje, « Wirtschaftsverfassung », in A. von Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Heidelberg, Springer, 2003, pp. 683–745; P.-C. Müller-Graff, « Die Europäische Wirtschaftsverfassung in der Herausforderung grenzüberschreitender Unternehmensübernahmen », in E.-J. Mestmäcker, W. Möschel and M. Nettesheim (eds.), *Verfassung und Politik im Prozess der europäischen Integration*, Baden-Baden, Nomos 2008, pp. 195–222; P.-C. Müller-Graff, « Das verschleierte Antlitz der Lissabonner Wirtschaftsverfassung », *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2009, vol. 173, pp. 443–453; C. Joerges, « Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise », *Der Staat*, 2012, vol. 51, n°3, pp. 357–385; P.-C. Müller-Graff, « Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht », in P.-C. Müller-Graff (ed.), *Europäisches Binnenmarkt- und*

the normative concept of the free movement of goods, persons, services and capital[59] with the intended enabling of transnational competition[60] would have normative consequences on the economic systems of the member states – despite the Treaty's statement that it "shall in no way prejudice the rules in the Member States governing the system of property ownership",[61] which was understood as the Treaty's neutrality towards the alternative of privatization or socialization;[62] and also despite different national approaches to the issue of the economic order;[63] and also despite early efforts of the European Commission and France to establish a kind of 'planification' on Community level,[64] which were, however, doomed to fail against the forces of private initiatives[65] and competition unleashed by the transnational market access freedoms of the common market. This perspective was, in particular, underlined by the prohibitions of (non justifiable) restrictions of the free movement of products and productive factors (today: Art. 26 et seq. TFEU) as well as by the chapter of rules on competition addressing both anti-competitive conduct of undertakings (today: Art.101 et seq. TFEU) and competition distorting aids granted by states (Art.107 et seq. TFEU). These provisions mapped out the trail to restricting regulatory state measures in order to guarantee the functioning

---

Wirtschaftsordnungsrecht, Enzyklopädie Europarecht, vol. 4, 2nd ed., Baden-Baden, Nomos, 2021, § 1 (pp. 61 ff.).

59 Today Article 26, par. 2 TFEU.

60 *Supra* footnote 58. Ed.: regarding the effects in terms of 'competition between jurisdiction', see also *infra* in this volume, the contributions in Section 6 on *Global Governance and New* (*Economic*) *Constitutionalism*, esp. M.M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux », and T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

61 Today Article 345 TFEU.

62 U. Everling, « Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der Europäischen Gemeinschaft », *op. cit.*, pp. 379 ff.; G. Burghardt, *Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag. Zur Auslegung des Art. 222 EWG-Vertrag*, Hamburg, Appel, 1969.

63 D. W. Rahmsdorf, *Ordnungspolitischer Dissens und europäische Integration*, Kehl, Verlag Engel, 1982; P.-C. Müller-Graff, « Ordnungspolitische Divergenzen und wettbewerbliche Lauterkeit in der Verfassung des Gemeinsamen Marktes », in H. Jahrrreiß, B. Börner and K. Stern (eds.), *Einigkeit und Recht und Freiheit. Festschrift für Karl Carstens*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymanns Verlag, 1985, pp. 209–230; P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, op. cit.*, p. 65.

64 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft,* Vol. II, *op. cit.*, pp. 32 ff. and pp. 36 ff.

65 P.-C. Müller-Graff, « Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht », in P.-C. Müller-Graff and M. Zuleeg (eds.), *Staat und Wirtschaft in der EG. Kolloquium für Bodo Börne*, *op. cit.,* pp. 17–52, esp. pp. 27 ff.; P.-C. Müller-Graff, « Extending Private Party Autonomy Across Borders », in S. Grundmann, W. Kerber and S. Weatherill (eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market,* Berlin/New York, De Gruyter, 2001, pp. 133–150.

of the common market and hence of a normative system based on the concept of a market economy with competition.[66] While they were not explicitly linked to an extra-legal specific order model in economic theory, it seems that a certain influence of the ordoliberal concept on their creation cannot be denied.[67]

Hence it didn't come as a surprise that in 1992/1993 the Maastricht Treaty on European Union included a clear normative statement on the economic order in the European Community which today reads as a (programmatic) obligation of the Member States and the Union to adopt "an economic policy which is based on the close coordination of Member States' economic policies, on the internal market and on the definition of common objectives, and conducted in accordance with the principle of an open market economy with free competition" (today Article 119, par. 1 TFEU). Hence a principle of the intended normative order for the economy is enshrined in primary law. While in view of the ECJ this provision "do(es) not impose on the Member States clear and unconditional obligations which may be relied on by individuals before the national courts", but contains "a general principle whose application calls for complex economic assessments which are a matter for the legislature or the national administration",[68] concrete obligations in conceptual line with this obligation are included in the treaties such as the mentioned prohibitions of restrictions of the free movement or the mentioned rules on competition, in particular the requirement of compatibility of state aids with the internal market.

Eventually in 2009 the Treaty of Lisbon broadened the normative qualification of the intended economic order of "an open market economy with free

66 E.-J. Mestmäcker, « Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », *op. cit.*, pp. 354 ff.; P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, op. cit.*, pp. 280 ff.; P.-C. Müller-Graff, *Binnenmarktziel und Rechtsordnung – Binnenmarktrecht*, Bergisch Gladbach/Cologne, Eul/O. Schmidt, 1989, pp. 30 ff.; P.-C. Müller-Graff, « Die wettbewerbverfasste Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip? », *Zeitschrift Europarecht*, 1997, pp. 433–457.

67 E.-J. Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, 2nd ed., Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 288 and pp. 290 ff.; S. Okruch, « Die Europäische Wirtschaftsverfassung zwischen Input- und Output-Legitimation. Ein verfassungsökonomisches Impromptu » in C. Stumpf F. Kainer and C. Baldus (eds.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 1000–1005. Ed. : see also *supra* in this volume, F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? », and C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

68 ECJ, Judgment of 3 October 2000, *Échirolles*, Case C-9/99, ECLI:EU:C:2000:532, recital 25.

competition" in the Union with the additional characteristics of "a highly competitive social market economy"[69] (Article 3, par. 3 TFEU) and also explicitly included in the concept of the internal market "a system ensuring that competition is not distorted" (Protocol No 27). Although this general labelling of the normatively intended economic constitution has not the quality of a directly applicable provision, it nevertheless constitutes the primary law point of orientation for the "economic life".

4.2 *The Constitutional Connection between European Union Law and the Basic Law*

It is obvious that these statements of European Union law are not without relevance for answering the question of the legally binding economic system in Germany. I submit that they are even constitutionally binding. This is the result of the constitutional consequences of the opening clause of the Federal Republic's statehood by the former general Article 24 Basic Law[70] and today's specific Article 23 Basic Law for the European Union.[71] According to both provisions "the Federation may transfer sovereign powers", "by a law", to an external authority: in Article 24 Basic Law "to international organizations", in Article 23 Basic Law to "the European Union that is committed to democratic, social and federal principles, to the rule of law and to the principle of subsidiarity and that guarantees a level of protection of basic rights essentially comparable to that afforded by this Basic Law". Such a law which concretely opens the Federal Republic's statehood for accepting the rules of a common economic order had been adopted already in form of the *Consent Act to the Treaty establishing the European Economic Community* and, later on (in form of the respective *Consent Acts*), to all the subsequent amendments until today's Treaty of Lisbon. Hence the question of the economic constitution in the Federal Republic cannot be reasonably answered without taking into account the effects of European Union law anymore. In this respect one can argue that the Basic Law as well

69 E.g. P.-C. Müller-Graff, « Soziale Marktwirtschaft als neuer Primärrechtsbegriff der Europäischen Union », in P.-C. Müller-Graff, S. Schmahl and V. Skouris (eds.), *Europäisches Recht zwischen Bewhärung und Wandel. Festschrift für Dieter H. Scheuing*, Baden-Baden, Nomos, 2011, S. 600–623; C. Stumpf, « Das Recht der sozialen Marktwirtschaft im Binnenmarkt », in P.-C. Müller-Graff (ed.), *Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, op. cit.*, p.1471 ff.

70 P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, op. cit.*, pp. 320 ff.

71 R. Streinz, « Art.23 GG par. 54 et seqq. », in M. Sachs (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 6th éd., Munich, C.H. Beck, 2012, pp. 939.

as the constitutions of the other member states have been transformed into European national constitutions.[72]

5 The Permanent Intrinsic Task of Scholarly Legal Doctrine

The current situation of Germany's 'economic constitution' (in the sense of constitutionally rooted provisions for the economic life) leaves scholarly legal doctrine with the permanent intrinsic task of clarifying the substantive coherence of the normative system of the (moving) applicable legal provisions with a view to their consistent interpretation and to counseling legislation and policy. It comprises in particular four aspects.

5.1 *Upholding the Autonomy of the Complex Legal Order*

First of all legal doctrine in search of a coherent normative system for the applicable legal economic order has to methodically uphold the autonomy of the complex legal system in relation to models of economic theory.[73] However, this caveat is without prejudice to take account of its insights in causal economic relationships[74] (systemic rationality).

5.2 *Identifying and Collecting Relevant Principles*

The second aspect concerns the identification and collection of the principles in the legal economic order such as, in particular, the principle of an open market economy with free competition (Article 119, par. 1 and 2 TFEU), the freedom to conduct a business (Article 16 Charter of Fundamental Rights [CFR]; Article 2 and 12 Basic Law), the right to property (Article 17 CFR; Article 14 Basic Law), the freedom of contract (Article 6 CFR; Article 2 Basic Law), the equality principle (Article 20 CFR; Article 3 Basic Law); the freedom of association (Article 12 CFR; Article 9 Basic Law); the transnational market access freedoms of the internal market (Article 26 et seq. TFEU) with a system of ensuring that competition is not distorted in it (Protocol No 27); the principles of stable prices, sound public finances and monetary conditions and a sustainable balance of payments (Article 119, par. 3 TFEU); the normative objective of a highly competitive and social market economy (Article 3, par. 3 TFEU); the functioning of

72 For France, see H. Gaudin (ed.), *La constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, 2017.

73 W. Möschel, « Der Einfluß der europäischen auf die deutsche Rechtsordnung », in M. Lieb, U. Noack and H. P. Westermann (eds.), *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1999, pp. 395–410.

74 W. Möschel, *Rechtsordnung zwischen Plan und Markt*, *op. cit.*, pp. 29 ff.

services of general economic interest (Article 14 TFEU); the principle of economic, social and territorial cohesion (Article 174 et seq. TFEU); the principles of sustainable development and social progress (Article 3, par. 3 TEU).

5.3 *Classifying and Evaluating Legal Norms in Relation to the Basic Principle of the Legal Economic Order*

A third aspect of the task of scholarly legal doctrine is the classification and evaluation of legal norms in relation to the basic principle of the legal economic order. Since Article 3 TEU as well as Article 119 TFEU center in the principle of a market economy, a possible structural understanding of the variety of norms with relevance for the economy can be found in their classification according to their objectives in relation to this principle. To these ends I propose to distinguish six groups of provisions according to their objective:[75] provisions of guaranteeing economic freedoms for acting on the market;[76] provisions for protecting the functioning of this system of freedom and competition against internally caused perversions by the conduct of its actors (in particular cartel agreements,[77] abuses of dominant positions in a market[78], concentration which would significantly impede effective competition)[79] as well as against externally caused distortions of competition by public interventions (in particular state aids,[80] preferential treatments in public procurement,[81] preferential treatments of public undertakings)[82]; provisions for protecting specific common goods (*Schutzgüter*)[83] or serving mandatory requirements[84] in a competitive market economy (such as, e.g., health, the

75 See P.-C. Müller-Graff, « Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht », *op. cit.*, pp. 68 ff.

76 E.g., Articles 6, 16, 20 CFR; Articles 2, 12, 14 Basic Law.

77 Article 101 TFEU; § 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (18 January 2021; BGBl. I S. 2).

78 Article 102 TFEU; § 19 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (18 January 2021; BGBl. I S. 2).

79 Article 2, par. 3 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ 2004 L 24/1; § 36 par. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (18 January 2021; BGBl. I S. 2).

80 Article 107 TFEU.

81 E.g. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, OJ 2014 L 94/65; § 97 et seqq. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (18 January 2021, BGBl. I S.2).

82 Article 106, par. 1 TFEU.

83 E.g., Article 36 and 114, par. 3 TFEU.

84 Leading decision: ECJ, Judgment of 20 February 1979, *Cassis de Dijon*, Case 128/78, ECLI:EU:C:1979:42.

self-determination of the consumer, labour conditions, social standards, environmental and climate protection standards); provisions for reaching certain sectoral economic results (such as, e.g., the supply of agricultural products[85] or energy at reasonable prices,[86] the standard of living for the agricultural community,[87] the functioning of interstate transport services);[88] provisions for reaching macroeconomic goals (such as price stability, full employment, balanced economic growth:[89] sustainable balance of payments)[90]; and provisions for the political distribution of economic gains in a polity (in particular tax law and social security law).

5.4 *Interpreting Individual Provisions and Defining Constitutional Conditions for Their Compatibility and Admissibility*

A fourth aspect of the task of scholarly legal doctrine can be seen in interpreting individual provisions in relation to the basic principle of the legally intended economic order and in defining the constitutional conditions (national and/or European) for the compatibility of an individual legal provision or other policy measures in economically relevant matters. If the basic principle of an economic order is defined as a market economy, it seems adequate to take the economic freedoms as the starting point for fulfilling the basic objective of justice to decide structurally equal conflicts in an equal way and structurally different conflicts in an adequately different way.

As a consequence for the interpretation of a provision (given that it is interpretable), the less restrictive version for the economic freedom should prevail.[91] As far as economic and legal policy is concerned legal scholarship is called to identify the general normative criteria for the justifying conditions for restrictions of economic freedoms including the freedom of competition as well as for distortions of competition and, by that, to identify the limits of

85 Article 39, par. 1 lit. d TFEU.

86 Article 194, par. 1 TFEU; § 1 par 1 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) (7 July 2005; BGBl. I S. 1970, 3621).

87 Article 39, par. 1 lit. b TFEU.

88 Article 91 TFEU.

89 Article 3, par. 3 subsection 1 s. 1 TEU; § 1 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (8 June 1967; BGBl. I S. 582).

90 Article 119, par. 3 TFEU; § 1 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (8 June 1967; BGBl. I S. 582).

91 Like for example in ECJ, Judgment of 20 February 1979 (Cassis de Dijon), *loc. cit.*, in the interpretation of the necessity for accepting obstacles (caused by a specific national rule on consumer protection in marketing fruit liquors) to the free movement of goods (today's Article 34 TFEU) and, by that, to border-crossing competition in the common market.

permissible restrictions. Such criteria can be seen, in particular, in the requirements of a constitutionally legitimate public objective, of the aptitude of the concrete provision or measure to achieve this public interest, of its necessity, of its adequacy and of its periodic or constant review.[92]

In particular in the legal issues of aptitude, necessity and adequacy, the consideration of insights of economic theory into the causal relationships of the market and competition and into market rationality[93] can foster a convincing national or European constitutional assessment of existing or envisaged provisions: e.g. of the aptitude, necessity and adequacy of market bans of a certain product (such as the fixing of a minimum alcohol content for the marketing of fruit liquors);[94] or of establishing specific antitrust devices for taming the conduct of IT-undertakings of a dominant position in the market;[95] or of European block exemptions from the general prohibition of cartel agreements between undertakings[96] or from the general incompatibility of state aids with the internal market which threaten to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods.[97]

In this way, legal doctrine can develop persuasive authority in national or European constitutional law for the interpretation of existing provisions as well as for legal policy with relevance for the economic order.

---

92 P.-C. Müller-Graff, *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, op. cit.*, pp. 341 ff.; P.-C. Müller-Graff, « Die wettbewerbverfasste Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip? », *op. cit*., pp. 443 ff.

93 W. Möschel, *Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, op. cit.*, pp. 29 ff.

94 ECJ, Judgment of 20 February 1979, Cassis de Dijon, *loc. cit*. Choice of alternative options for the consumer on the market; Personal responsibility of the consumer based on precise labeling. On this legal principle of personal responsibility in the market see P.-C. Müller-Graff, « Das der Selbstverantwortung im heutigen Privatrecht – Europarechtliche Grundlagen », in K. Riesenhuber (ed.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 139–158, esp. pp. 150 ff.

95 Such as, e.g., recently § 19a Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (18 January 2021; BGBl. I S. 2).

96 Such as the Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ 2010 L 102/1. The analogous application of such block exemption regulations of the EU within the scope of German antitrust law is ordered by § 2 par. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (18 January 2021; BGBl. I S. 2).

97 Such as the Commission Regulation (EU) N° 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, OJ 2014 L 187/1.

Conclusion

The legal idea of an 'economic constitution' (*Wirtschaftsverfassung*) in German law and legal scholarship has seen a changeable development. Once triggered by the chapter on "the economic life" in the Weimar Constitution the idea inspired a fierce debate about the existence and content of the concept of *Wirtschaftsverfassung* in the Basic Law among scholars until the Federal Constitutional Court rejected its recognition as a constitutional principle. But it persists in the idea of macroeconomic market functions of the constitutional guarantees of fundamental rights. Independent from this orientation the actual relevance of German law in this conceptual line has been overtaken by the emergence of the common (today: internal) market law of the European Communities (today: the European Union) and its implications for the legal order of the economy (*Wirtschaftsordnungsrecht*) as well as by today's explicit Union law provisions on the principles of this order as "an open market economy with free competition" (Article 119, par. 1 TFEU) and as "a highly competitive and social market economy" (Article 3, par. 3 TEU). The intrinsic task of scholarly legal doctrine in this context continues: upholding the autonomy of the complex legal order in relation to models of economic theory without neglecting systemic rationality, identifying and collecting relevant principles, classifying and evaluating legal norms in relation to the basic principle of the legal economic order, interpreting individual legal provisions in this systematic context and defining the constitutional conditions (national and/or European) for the compatibility and admissibility of an individual legal provision or other policy measures in economically relevant matters.

Select Bibliography

Böhm, F., *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, Carl Heymanns, 1933.

Ehmke, H., *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1961.

Huber, E. R., « Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht », *Die Öffentliche Verwaltung*, 1956, pp. 97–102.

Krüger, H., « Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung », *Deutsches Verwaltungsblatt,* 1951, vol. 66, pp. 361–368.

Liesegang, H. C. F., *Die verfassungsrechtliche Ordnung der Wirtschaft. Zentralfragen und Strukturprinzipien unter besonderer Berücksichtigung grundrechtstheoretischer Überlegungen,* Hamburg, Hansischer Gildeverlag Heitmann, 1977.

Mestmäcker, E.-J., « Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung », in H. Sauermann and E.-J. Mestmäcker, (eds.), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1975, pp. 383–419.

Möschel, W., *Rechtsordnung zwischen Plan und Markt: am Beispiel von Preiskontrollen nach § 22 GWB,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1975.

Müller-Graff, P.-C., *Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1984.

Müller-Graff, P.-C., « Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht », in P.-C. Müller-Graff, (ed.), *Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht*, Enzyklopädie Europarecht, vol. 4, 2nd ed., Baden-Baden, Nomos 2021, pp. 61 ff.

Nipperdey, H. C., *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1954.

Nörr, K. W., *An der Wiege deutscher Identität nach 1945. Franz Böhm zwischen Ordo und Liberalismus,* Berlin/Boston, De Gruyter, 1993.

Nörr, K. W., *Die Republik der Wirtschaft,* Vol I: *Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition;* Vol. II: *Von der sozial-liberalen Koalition bis zur Wiedervereinigung,* Tübingen, Mohr Siebeck, 1999 and 2007.

Ophüls, C. F., « Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung », *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1962, vol. 124, pp. 136–181.

Schmidt, R., *Wirtschaftspolitik und Verfassung,* Baden-Baden, Nomos, 1971.

Scholz, R., *Entflechtung und Verfassung*, Baden-Baden, Nomos, 1981.

Von Simson, W., « Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den Europäischen Gemeinschaften », in Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs Universität Freiburg/Br. (ed.), *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften,* Karlsruhe, C. F. Müller, 1967, pp. 55–68.

The United Kingdom's Economic Constitution

Tony Prosser

Introduction

The key to understanding the distinctiveness of the UK's constitution is to appreciate that our political revolutions occurred much earlier than in other European countries. They took the form of the English Civil War of 1642–1651 as the result of the constitutional conflict between Parliament and the Crown, and the 'Glorious Revolution' of 1688 resulting in the Bill of Rights of 1689 as part of the broader post-revolutionary political settlement. Both centrally involved matters of the economic constitution; in particular, could the Crown tax and spend without Parliament's consent? As a result of this history, our underlying constitutional principles give a central role to Parliament rather than to the courts; "[on] the one hand, the judiciary has a fierce independence; on the other, law is not regarded as the great interpreter of politics".[1]

The central principle of the English constitution has been seen, at least since Dicey's restatement of the constitution in 1885, as Parliamentary sovereignty.[2] Strictly interpreted, this is a statement of the relationship between Parliament and other institutions; it requires there to be no restrictions on the subject-matter on which Parliament can legislate, and that no other institution, including the courts, can hold a provision in an Act of Parliament to be legally invalid. However, it has also had a further, less clearly defined, effect; to privilege, in constitutional terms, the role of Parliament over that of other actors, including the courts. Over the last half-century, there has been some questioning of the continuing validity of Parliamentary sovereignty, but it has recently been re-affirmed by the Supreme Court as a fundamental constitutional principle and has played a major part in the rhetoric (though less in the reality) of the Brexit process.[3]

Allied to this principle is the fact that, although we have had a Supreme Court since 2009, its role has been very different from that of constitutional courts in Continental Europe. It cannot invalidate a provision in an Act of

1 K. Dyson, *The State Tradition in Western Europe*, Oxford, Martin Robertson, 1980, p. 41.

2 A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, 1st ed, London, Macmillan 1885, Part I.

3 *R* (*on the application of Miller*) *v Secretary of State for Exiting the European Community* [2017] UKSC 5 (*Miller 1*), at e.g. para. 43.

© TONY PROSSER, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_022
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

Parliament, nor is it able to use a codified constitution as the basis for developing a constitutional jurisprudence. This is not to say that it has been unable to make constitutionally far-reaching decisions, as we shall see below, and indeed there has been considerable controversy about the way in which it has acted to hold government to legal account, especially in the Brexit process.[4] The enactment of the *Human Rights Act* in 1998, which makes the European Convention on Human Rights enforceable in domestic law, has also given important new impetus to the UK courts in reviewing governmental action, though it has had relatively little impact in the economic field. What is not present in the UK, however, is a body of judicially enforceable constitutional norms providing the basis for a constitutional jurisprudence, especially in an economic context. Nor is there any clear set of philosophical or economic principles of substance underlying economic management; for example, we have no equivalent to the ordoliberalism of Germany[5] and, arguably, of some parts of the European Union's economic constitution.[6]

Finally, the UK has never been a federal state, and for most of its history it has been highly centralized, especially in the economic field, where the UK Treasury and the Bank of England have been the central economic actors (especially the former). Both institutions have had only very limited relations with authorities outside London. In 1998, however, a process of devolution was commenced, in which three of the UK's constituent nations, Scotland, Wales and Northern Ireland, were given their own parliaments and executives, and a substantial number of policy areas were devolved to them. These include areas of major economic significance, such as much of regulation, and in the case of Scotland there has also been devolution of some fiscal powers. However, this is far from a federal system.[7] Devolution is not legally entrenched, though it can be seen as politically protected through prior approval by referendums in each of the devolved nations. More recently, the devolved system has come

4 See *Miller I* above and *R* (*on the application of Miller*) *v the Prime Minister* [2019] UKSC 41 (*Miller II/Cherry*).

5 Ed.: see *infra* in this volume, P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law ». More generally, regarding the ordo- and neoliberal understanding of 'economic constitution', see *supra* in this volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

6 Ed.: regarding the 'EU economic constitution' and its alleged ordoliberal underpinnings, see *supra* in this volume the various contributions in Part 2 – *The European Economic Constitution. From Micro to Macro*.

7 Ed.: in contrast, for example, to the (economic) federalism of Belgium: see *infra* in this volume, D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

under major strain as a result of the Brexit referendum. Scotland and Northern Ireland voted decisively to remain in the European Union, and serious disputes have arisen, as we shall see, about the allocation of powers returned from Brussels between London and the devolved nations. Scotland now has a popular Scottish National Party government committed to Scottish independence. As a result of these strains, there is a clear possibility that the UK will break up in the foreseeable future.

These characteristics make the UK very different from other European nations. It is true that there has been a degree of convergence with them since the major constitutional reforms under Labour Governments from 1997–2010, particularly through the creation of the Supreme Court, the incorporation of the European Convention on Human Rights, and devolution. However, these have not fundamentally re-written the nature of the UK's constitution. Nor has there been any sort of historical rupture during the 18th–20th centuries which has resulted in the need to draft new constitutional models as in many other European states. As a result, analysis of our economic constitution must be carried out differently from that of our European neighbours. It cannot be based on codified constitutional norms or an established constitutional jurisprudence.[8] Instead it has to be an institutional account of the arrangements for the making and implementation of economic policies, and for holding governments, and indeed markets, to account. In fact, an adequate analysis must be as much sociological as strictly legal.[9] Clearly, the role of Parliament, and of its committees, will form a major part of this but, as we shall see there are many other institutions responsible for economic management and its scrutiny which are not directly parliamentary. Before examining them, however, it will be helpful to say a little more about the limited role of the courts in relation to economic management.

8 Ed.: in contrast to the three studies above on Belgium, France and Germany: see *supra* in this volume, P. Nihoul, « Constitution et économie en Belgique »; F. Colly, « La Constitution économique de la France et la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel »; P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law ».

9 For an attempt at such an account, see T. Prosser, *The Economic Constitution*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2014. Ed.: this method, combining sociological (and historical) perspectives with the study of the positive law, echoes the contextual approach of economic law proposed by the editors of this volume, see *supra*, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

1 Our Constitutional History and the Role of the Courts

As I mentioned above, the experience of the 17th century and the violent conflict between Parliament and the Crown was essential to shaping our constitutional development. The courts played a major role in the early part of these conflicts, but they were at best ambiguous in their support for the principles which were to emerge in the course of the century.[10] In cases concerning taxation and spending the courts sided with the Crown. For example, in *Bate's Case* in 1606, the Court of Exchequer held that a levy imposed by the Crown on imported currants was justified by the Crown's extraordinary prerogative to regulate foreign affairs, and there were broad *dicta* to the effect that the Crown's prerogative was not reviewable.[11] In the celebrated, and politically explosive, *Case of Ship Money* in 1637, the defendant refused to contribute to a levy to fund the navy, claiming that the financial resources necessary for defence had to be raised through Parliament.[12] The majority of the court held that the King had sole responsibility for the defence of the realm and that this included the raising of taxation in this field which could not be restricted by Parliament. Parliament responded vigorously; in 1641 it passed a statute pronouncing the decision void, declared the writs for the collection of ship-money unlawful, and impeached two of the judges.

The courts were more active in restricting the powers of the Crown to regulate without reference to Parliament; notably, in the *Case of Proclamations* in 1616 where it was held that the King could not by proclamation change the common law, statute or custom, nor create a new offence by way of proclamation; the King "hath no prerogative, but that which the law of the land allows him".[13] This case is still of major importance today and formed a central basis for the two successful challenges to the Government's conduct of the Brexit process discussed below. Similarly, the famous *Case of Monopolies* in 1602 concerned the Crown's sale of the exclusive right to make, import and sell playing cards.[14] The court held that monopolies were in most circumstances contrary to common law and to the liberty of the subject. The monarch continued

10 For a sustained critique of the role of the courts in this period, characterized as 'the failure of the common law constitution' see A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005, ch. 3, pp 67–114.

11 (1606) St Tr 371.

12 *R v Hampden* (1637) 3 St. Tr. 825.

13 (1616) 12 Co. Rep. 74.

14 *Darcy v Allein* (1602) 74 ER 1131.

nevertheless to sell monopolies, which were an important means of raising funds, and they were finally prohibited (with exceptions) by statute in 1624.

Rather than the courts developing the fundamental constitutional principles relevant to the economy, this fell to Parliament, most importantly after the 'Glorious Revolution' of 1688 in which the Roman Catholic King James II was deposed and replaced by the Protestant William and Mary. A central part of the resulting settlement was the Bill of Rights of 1689 which placed Parliament, not the courts, at the centre of the constitution. Article 4 provides that "levying of money for or to the use of the Crown, by pretence of prerogative, without grant of Parliament for longer time, or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal". Although the Bill does not explicitly deal with spending powers of the Crown, there was recognition of a similar principle based on the redress of grievances before supply. As the Judicial Committee of the Privy Council put it in 1924 "it has been a principle of the British Constitution now for more than two centuries [...] that no money can be taken out of the consolidated Fund into which the revenues of the State have been paid, excepting under a distinct authorization from Parliament itself".[15] Moreover, the Bill of Rights firmly established the principle of Parliamentary privilege under which Parliament is self-regulating; Article 9 provides that freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament. The result has been that Parliament, not the courts, has been the dominant institution in our economic constitution.

Of course, this does not mean that the courts have played no role in supervision of governmental measures relating to economic management through the application of conventional legal principles. This was demonstrated most vividly in the two *Miller* cases referred to above.[16] In *Miller 1* a majority of the Supreme Court held that the Government was acting unlawfully in triggering Article 50 of the Treaty on European Union, and so irrevocably commencing the Brexit process, by an exercise of the Royal Prerogative rather than using legislation passed by Parliament. The main reason for the decision was that the prerogative could not be used to render ineffective the *European Communities Act* 1972, the legal basis for EU membership, and so to change domestic law. In *Miller 2/Cherry*, the Supreme Court held unanimously that the Royal Prerogative could not be used to prorogue (suspend) Parliament to avoid Parliamentary scrutiny of the Government's Brexit plans. Although these

15 *Auckland Harbour Board v R* [1924] AC 318, 326–7.

16 See *Miller I* above and *R* (*on the application of Miller*) *v the Prime Minister* [2019] UKSC 41 (*Miller II/Cherry*).

decisions resulted in fierce political controversy, and much academic ink has been spilled in discussing them, in my view they are seen simply as the application of clear principles established in earlier cases, including the *Case of Proclamations* discussed above.

Similarly, the basic principle of *ultra vires* used as a basis for much judicial review may play an important role in areas of economic management. This has been particularly marked in relation to taxation. Although tax law is a hugely important area of law in practice, it is treated, and taught, as a matter of private commercial law rather than as public constitutional law. Nevertheless, the courts have been prepared to apply public law concepts as the imposition of taxation is seen as potentially infringing private property rights and so appropriately subject to judicial scrutiny.[17] On public expenditure, the courts have taken a restrained approach to review of central government on the basis that "the levels of public expenditure and the incidence and distribution of taxation are matters for Parliament".[18] By contrast, the courts were excessively keen to restrict the spending powers of local authorities, developing the concept of a fiduciary duty owed by such authorities to their taxpayers and interpreting the concept of *ultra vires* strictly.[19]

Even for central government, however, the courts will of course apply conventional review in challenges to government schemes which entail spending allocation so long as the judiciary does not have to make difficult judgments about balancing spending between projects. For example, a decision by the incoming Coalition Government to cancel a major school building programme was held to be unlawful by the High Court on the basis that there had been a failure to consider the merits of individual cases in exercising a statutory discretion, failure to consult resulting to unfairness and failure to consider statutory equality duties.[20] In one case in 1995 it did appear that the courts would go further and consider the value for money of public expenditure.[21] Here the Government was providing funds for the building of a dam in Malaysia

17 See e.g. *Bowles v Bank of England* [1913] 1 Ch 57; *AG v Wilts United Dairies Ltd.* (1921) 37 TLR 884; *Congreve v Home Office* [1976] QB 629. For an excellent recent account of the public law dimensions of taxation see D. de Cogan, *Tax Law, State Building and the Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2020.

18 *Nottinghamshire County Council v Secretary of State for the Environment* [1986] AC 240 at 250 per Lord Scarman.

19 Notably in *Bromley London Borough Council v Greater London Council* [1983] AC 768.

20 *R* (*Luton Borough Council and Nottingham Borough Council*) *v Secretary of State for the Education* [2011] EWHC 217.

21 *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte the World Development Movement Ltd.* [1995] 1 All ER 611.

from funds for overseas development. The High Court interpreted the statutory power under which the funding was provided as restricted to support for *sound* development projects, whilst this project was so economically unsound that there was no economic argument in its favour. The immediate outcome was that the Government provided temporary funding for the project from the Contingencies Fund, normally used for unforeseen emergencies such as Covid-19 support. Permanent funding was secured through a fresh Act of Parliament and a supplementary estimate. The extreme nature of the facts in this case is the explanation for the fact that such an approach has not been applied to other examples of public expenditure, and the case does not seem to have established any more far-reaching ground for judicial review of spending.

Finally, although review under the *Human Rights Act* has transformed many other areas of law, in relation to economic management its effects have been quite limited. It has resulted in a much greater consciousness of the importance of designing regulatory institutions so that they comply with the procedural requirements of Article 6 of the European Convention on Human Rights, notably in the area of financial services. Substantive provisions of the Convention have also been applied in the tax field, notably holding unlawful a discriminatory tax reduction available only to widows and not to widowers.[22] In a decision finding that an error of law by a regulatory body had deprived a company of a financial benefit to which it was entitled, the Court of Appeal was prepared to award damages based on an infringement of Article 1 of the First Protocol of the Convention.[23] However, these cases are far from establishing a general human rights-inspired jurisprudence in the area of economic management, and the courts have been eager to underline the limitations of their role here. For example, the Court of Appeal emphasized that decisions in the area of macroeconomic policy would be relatively remote from judicial control, even where infringement of a Convention right is alleged, as they are more within the competence of government than of the courts.[24]

Although the UK courts have used existing principles of administrative law as the basis for review of economic decision-making, including the expenditure of public funds, there is no developed body of case law constituting a specifically economic constitutional jurisprudence. For our economic constitution, it is necessary to look to other institutions, commencing of course with

22 *R* (*Wilkinson*) *v Inland Revenue Commissioners* [2005] UKHL 30.

23 *Gas and Electricity Markets Authority v Infinis plc* [2013] EWCA Civ 780.

24 *International Transport Roth GmbH v Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 158, para. 87.

Parliament, though it will become apparent that there are also important limits to its capacities.

2 The Centrality of Parliament and Its Weakness

At this point an important distinction must be highlighted, that between a substantive and a 'communicative' or 'contestatory' economic constitution.[25] A substantive economic constitution sets out principles which are to be applied to the substance of economic management. In socialist or social-democratic constitutions, this may reserve certain areas of the economy to public ownership; in market-oriented economies, it may implement a philosophy such as ordoliberalism and protect property rights. The UK has never had an economic constitution of this kind, with the possible exception of the influence of European Union law, to be discussed below. A 'communicative' or 'contestatory' economic constitution does not establish such principles of substance but instead establishes the institutional structures for economic management, and, crucially, the means by which they can be scrutinized.[26] Such a constitution may establish arrangements for deliberative accountability of the way the economy is run.

The UK's economic constitution falls firmly into the second category. The result of the 17th century revolutions was that, whilst the conduct of economic management was for the Crown, now better envisaged as the executive, scrutiny was for Parliament. Indeed, this was a general characteristic of the UK constitution, which has led it to be characterized as a 'political' rather than a 'legal' constitution.[27] This distinction is problematic in many ways, particularly where it suggests a clear-cut distinction between the two and that they are somehow in competition with each other. For example, the two *Millar* cases, though based on conventional legal reasoning, can be interpreted functionally as the legal constitution acting to reinforce the political constitution by ensuring that the royal prerogative could not be used to avoid scrutiny by Parliament

25 For a fuller account see T. Prosser, « The Rule of Law, Economic Constitutions and Institutional Balance », *Legal Issues of Economic Regulation*, 2019, vol. 46, pp. 301–316.

26 Ed.: this distinction echoes the one proposed by F. Colly between the 'normative' and 'material' definition of the economic constitution in France, see *supra* in this volume, F. Colly, « La Constitution économique de la France et la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel ».

27 See e.g. A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, *op. cit.*; G. Gee and G. Webber, « What is a Political Constitution? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2010, vol. 30, pp. 273–299.

of the Brexit process, thereby reinforcing the institutional balance of the political constitution. However, to refer to our political constitution does make the important point that the 20th century settlement made Parliament the central institution for scrutiny of the executive.

This can be seen in the role of the House of Commons in the scrutiny of public expenditure, for example. We have no equivalent to the French *Cour des Comptes* or the Italian *Corte dei Conti*. Instead, this scrutiny is carried out by the powerful Committee of Public Accounts of the House of Commons on the basis of intensive work carried out by the National Audit Office, headed by the Comptroller and Auditor-General, an officer of the House of Commons. Examination is far-reaching, including in-depth inquiry not just into the legality of spending but of whether it represents value for money.[28] This makes an important point about the role of Parliament, which, in the context of economic management, is essentially one of *ex post facto* scrutiny rather than of policy making or implementation. That is for the executive. For example, the advance allocation of public expenditure is carried out through a spending review process in which Parliament has only a minimal role.[29] The authorization of expenditure by Parliament through the supply process is very much a formality with very limited debate indeed of issues relating to the allocation of expenditure. In the words of an inquiry into the process, "[t]he majority of people who gave evidence to this inquiry were of the view that the supply process as it currently operates, while being very complex, is little more than a 'rubber stamp' ".[30] No estimate (the document setting out each department's annual spending for approval) has been rejected since 1919 (referring to the provision of a second bathroom in the Parliament building for the Lord Chancellor).[31] It is important, therefore, to emphasize that the role of Parliament is not one of control but of scrutiny.[32]

Even this role has however become an increasingly difficult one to undertake, and our economic constitution has grown in a way very different from

28 National Audit Act 1983, s. 6.

29 T. Prosser, « "An Opportunity to Take a More Fundamental Look at the Role of Government in Society": The Spending Review as Regulation », *Public Law*, 2011 pp. 596–616; T. Daintith and A. Page, *The Executive in the Constitution: Structure, Autonomy and Internal Control*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1999.

30 A. Brazier and V. Ram, *The Fiscal Maze: Parliament, Government and Public Money*, London, Hansard Society, 2006 para. 4.7 pp. 26–27.

31 Liaison Committee, *Parliament and Government Finance: Recreating Financial Scrutiny* (HC 2007–08, 426) para.19; HC Deb 24 June 1919, vol 117, cols 113–16.

32 W. Bateman, *Parliamentary Control of Public Money*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2020.

that envisaged by the 17th century settlement. This is partly due to changes in Parliament itself. The UK has a fused executive and legislature with the executive drawn from Parliament, mainly from the House of Commons. At the time of the Bill of Rights and for many years later, political parties were relatively weak. However, the later growth of political parties has meant that the governing party is able to exercise strong party discipline over its members in the House of Commons. This is one reason for the very weak advance scrutiny of spending plans by the legislature. Moreover, government is, of course, now hugely more complex than anything envisaged by the 17th century settlement. The result has been that the scrutiny function of Parliament has shifted to its specialist committees which normally work on a non-partisan basis, and which are also able to amass a degree of specialist expertise. Apart from the Committee of Public Accounts referred to earlier, each department is subject to scrutiny by a specialist select committee examining the 'expenditure, administration and policy' of the department and of public bodies associated with it. In particular, the Treasury Committee played a major role in examining issues such as the spending review process, the response of government to the 2008 banking crisis, and reform of financial services regulation. The select committees may also examine draft legislation and will hold hearings examining key public appointments, for example of members of the Monetary Policy Committee of the Bank of England. In almost all such cases these do not, however, include a right of veto of the appointment.

Even more importantly, there has been a high degree of pluralization of the executive and of the arrangements for its scrutiny. The traditional doctrine of ministerial responsibility was based on a highly monolithic view of the state; the minister was responsible to Parliament for all the activities of his or her department and it was assumed that this was in itself sufficient to secure effective scrutiny. For reasons set out above, this was a wildly unrealistic expectation. In fact, there had long been important institutions which did not take the form of departments headed by ministers and so were not directly accountable to Parliament.[33] An important example is that of the Bank of England, which was established as a private bank to lend to government in 1694 and nationalized by the *Bank of England Act* 1946. In the central task of determining monetary policy, it was given substantially greater legal and *de facto* independence by the *Bank of England Act* 1998.[34] This creates a clearer set of relations with government through which the Chancellor of the Exchequer (our minister

33 A brief account is given in T. Prosser, *The Economic Constitution*, *op. cit.*, pp. 29–47.

34 For a detailed account see D. Kynaston, *Till Time's Last Sand: A History of the Bank of England, 1694–2013*, London, Bloomsbury, 2017.

of finance) sets a remit for monetary policy and the independent Monetary Policy Committee determines interest rates and issues an open letter if the remit is not met. The Committee publishes the minutes of its meetings the day after the meeting to which they relate.[35] When the UK had a substantial number of nationalized industries, they were also set up as public corporations at 'arm's length' from ministerial departments and were subject only to limited Parliamentary scrutiny.

This process has accelerated with the setting up of independent regulatory agencies, particularly as part of the process of privatization of public enterprises from the 1980s onwards. In this the UK was ahead of other European nations (though not of the United States), in part because the flexibility of our constitutional arrangements permitted conferral of wide discretion, including rule-making powers, on independent agencies. There were strong political reasons for the use of such agencies rather than government departments, notably to assure investors that there would be only limited political intervention in enterprises after privatization.[36] Although there was some initial political controversy about their lack of direct accountability to Parliament, they quickly became the standard model for regulation, and indeed were highly influential in the creation of agencies elsewhere in Europe. Lack of direct ministerial responsibility was compensated for by other means of accountability; for example, the agencies are subject to scrutiny by the National Audit Office and the Committee of Public Accounts as their boards are appointed by ministers. They have also adopted open and participatory procedures for rule making and other decisions. The Constitution Committee of the House of Lords published a detailed examination of the 'regulatory state' in 2004 and emphasized the '360 degree' accountability of regulatory bodies with multiple accountabilities to Parliament, the courts, interest groups, regulated companies, customers and consumers and their representative bodies, citizens and ministers. This could be more effective than direct upwards accountability of a minister to Parliament.[37]

---

35 For a summary of the arrangements see T. Prosser, *The Economic Constitution*, *op. cit*., ch. 6, pp. 144–155.

36 Ed.: concerning this shift in governance, see also *infra* in this volume, the contributions in Section 6 on *Global Governance and New* (*Economic*) *Constitutionalism*, esp. M.M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux », and T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

37 House of Lord, Select Committee on the Constitution, « The Regulatory State: Ensuring its Accountability », HL Paper 68–I, 2003–4, esp. ch. 3, pp. 19–26.

This increasing pluralization of the executive was mirrored in a wider range of institutions for scrutinizing it and for opening up its workings, as the report of the House of Lords Committee suggested. One striking example is that of the Office for Budgetary Responsibility, established after the 2010 election and given a statutory basis by the *Budget Responsibility and National Audit Act* 2011. It is responsible for publishing independent assessments of the public finances, which amongst other things form the basis for the government's spending review. It is also responsible for assessing whether the Government is on course to meet its financial targets, reporting on the financial implications of tax and spending measures, the health of the public sector balance sheet and the long-term sustainability of public finances. The existence of the Office has done much to open up the public expenditure process through creating an independent body which engages in what is almost a form of public dialogue with government. In relation to monetary policy, a similar form of openness can be seen in the processes of the Bank of England Monetary Policy Committee discussed above. Moreover, the institutions of the European Union have also provided a further means of outside scrutiny of government; I shall say more on this below as Brexit poses major problems of how their role will be fulfilled in future.

The model of a unitary executive undertaking management of the economy, including managing public expenditure and regulation, and accountable through a minister to Parliament, is now profoundly misleading. Instead we have a plurality of different institutions accountable in different ways. This has strengths in terms of learning from a variety of experience and in creating flexibility; it also has weaknesses where problems of communication exist between different institutions. The problem was illustrated vividly when serious difficulties arose in responding to the 2008 economic crisis due to problems of communication between the Treasury, the Bank of England and the financial services regulator.[38] This is of course now complicated further by the complexity of relations with the devolved nations and the uncertainty of the future of the Union. The most serious problem now, though, is the lack of clarity as to how the economic constitution will develop after Brexit, and this requires some consideration of the role of EU economic law during the UK's membership.

38 See T. Prosser, *The Economic Constitution*, *op. cit*., pp. 34–36 and pp. 245–248.

3 The European Union and a Post-Brexit Economic Constitution

The UK joined the European Union much later than other major European industrial powers and so was unable to influence the design of the European economic constitution in its early, defining moments, in marked contrast, for example, to the UK's central role in the drafting of the European Convention on Human Rights. Moreover, UK membership was qualified in important ways. The UK remained outside the Eurozone and the full system of European Monetary Union. Very importantly, it was also not party to the Fiscal Compact and the Treaty on Stability, Coordination and Governance with its demanding requirements for the quasi-constitutional restriction of deficits and debts.[39] Nevertheless, membership of the European Union had far-reaching consequences for the UK's economic constitution. Of course, specific rules and principles, such as the four freedoms, changed the management of our economy in fundamental ways, and also had major social consequences. Indeed, the substantive commitments of the EU treaties, for example, the commitment to "a highly competitive market economy, aiming at full employment and social progress" now contained in the Treaty on European Union, were the closest thing to a constitutional commitment to economic values that the UK ever acknowledged.

Moreover, membership of the European Union also transformed our economic constitution in more subtle ways. For example, though the UK was not a member of full monetary union, it was party to the Stability and Growth Pact adopted in 1997 and to the excessive deficit procedure, though no sanctions could be issued against it. It was committed to "endeavour to avoid an excessive government deficit" and was subject to scrutiny by the Commission, notably through the European Semester process; in 2008 the excessive deficit procedure was initiated for the UK.[40] This can be seen as filling an accountability gap in the UK domestic arrangements; as noted above, though Parliamentary committees have been effective in scrutinizing the *ex post facto* use of

39 Ed.: see *supra* in this volume, the contributions of Section 4 on *The Macroeconomic Constitution of the European Union. The Advent of Economic and Monetary Union* : F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire »; H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? »; S. Cafaro, « The Evolving Economic Constitution of the European Union: Eulogy to Stability? »; P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

40 See Protocol (No 15) of the Treaty on the Functioning of the European Union on certain provisions relating to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, arts 4–5.

public money, Parliament is weak at examining overall public expenditure and borrowing.

The most striking example of Europeanization of the working of our economic constitution was that of competition law.[41] Before EU membership, this was entrusted to a highly complex mix of different institutions under the *Monopolies and Restrictive Practices* (*Inquiry and Control*) *Act* 1948 and the *Restrictive Trade Practices Act* 1956. The former established a Monopolies and Restrictive Practices Commission to investigate oligopolies and cartels (with mergers added later), reporting to the relevant government department which would then decide what action to take. The latter legislation established the Restrictive Practices Court, a specialist adjudicator on cartel policy required to apply broad public interest tests in deciding whether cartels were to be prohibited. Otherwise, the role of the minister remained central, for example in determining whether to refer a merger to the Monopolies Commission and whether or not to follow its rulings. According to the historian of the Monopolies Commission, "[t]he Secretary of State for Trade and Industry [was] the sun around which British competition policy orbits".[42] The approach was discretionary, political as well as economic, and certainly not underpinned by a theoretical approach based on ordoliberalism nor by any form of economic theory.

The institutional arrangements and methodology of competition law were to change dramatically from the late 1990s, in part reflecting the move to the use of independent agencies described above. Much more significant, however, was the influence of EU law and institutions. In brief, from the passing of the *Competition Act* 1998 onwards the vast majority of ministerial discretion was removed and instead independent authorities were employed to take decisions on the basis of economic tests rather than exercising a broad public interest discretion. The process was taken further as a result of the decentralization of EU competition law to national competition authorities operating through a European Competition Network by Regulation 1/2003.[43] As Wilks has argued, this represented an 'extraordinary coup' on the part of the European Commission, delegating tasks to national authorities which reflected

41 Ed.: see *supra* in this volume F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? ».

42 S. Wilks, « The Prolonged Reform of United Kingdom Competition Law », in G. B. Doern and S. Wilks (eds.), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1996, pp. 139–184, esp p. 150.

43 Council Regulation Implementing Articles 81 and 82, OJ L1/1.

the Commission's own economics-based approach to competition policy.[44] The relevant UK authority is now the Competition and Markets Authority, a non-ministerial government department established under the *Enterprise and Regulatory Reform Act* 2013.

This transformation of major aspects of the UK economic constitution as a result of EU membership raises major questions relating to the effect of Brexit. It can safely be said that little thought had been given to post-Brexit economic management before the 2016 referendum, not least because no one expected its result to be in favour of leaving the EU, even (or especially) those most strongly campaigning for a leave vote. The fraught process of negotiation since has also limited the attention paid to what the future arrangements will actually be; a trade deal was eventually reached between the UK Government and the EU but major continuing uncertainties remain, particularly relating to the status of Northern Ireland.[45] The early stages of life after Brexit will be made easier by the fact that the major domestic legislation involved, the *European Union* (*Withdrawal*) *Act* 2018, whilst repealing the *European Communities Act* 1972 which provided the gateway by which EU law entered UK domestic law, retains in force what is referred to as 'retained EU law'.[46] This is most directly effective EU law in force in the UK at the time of exit, and it remains valid, subject to very extensive ministerial powers to repeal provisions through the use of order-making powers.

However, in the longer term, important questions remain to be asked about how the gaps left by withdrawal from the European Union will be filled, and in particular the extent to which divergence will be possible in practice from the European Union model. The position on competition law is that it is covered only briefly in the *Trade and Cooperation Agreement*, and in the short term the Competition and Markets Authority will have to apply the current statutory provisions, themselves largely based on European Union law. However, there was considerable controversy on the future treatment of state aid, or 'subsidy control' as it has been re-christened by the UK Government. On this subject, the Government stated that it will proceed "by clearly moving away from the EU's State Aid rules to create our own, sovereign subsidy control regime. This

44 S. Wilks, « Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy? » *Governance*, 2005, vol. 18, pp. 431–452.

45 *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Economic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part*, [2021] L149/10.

46 Ss 1–7.

will build on our obligations under the WTO and other trade agreements".[47] Along with fisheries policy, this was one of the major blockages to the negotiation of a new trade deal, despite the fact that in the past the UK has granted far less state aid than other European nations. Even more controversially, the new regime will apply to the whole of the UK so will be a responsibility of the UK Government with no role for the devolved governments of the constituent nations.[48] This has caused major tensions with those devolved governments, which wish to remain closely aligned with the European Union rules. A Bill to provide a legislative basis for the new system was introduced to Parliament in June 2021, and envisages arrangements very different from those of the EU, with self-assessment of compliance by public bodies and an advisory role for a new Subsidy Advice Unit within the Competition and Markets Authority; enforcement will be for the Competition Appeal Tribunal.[49] State aid will be one of many matters on which we can expect to see major complexities in rebuilding aspects of our economic constitution previously shaped by membership of the European Union.

Conclusion

It is clear from the analysis above that not only does the UK have a radically different set of constitutional arrangements from those of other European nations, but that this divergence is especially strong in the case of our economic constitution. Rather than an economic constitution setting substantive limits to economic management, we have one which is concerned with institutional scrutiny and deliberation, traditionally through Parliament but now through a more plural system of different institutions.

The UK model has had one great strength; it allows politics to be politics and does not impose artificial, and potentially partisan, constraints on the substance of economic policy. We have no constitutional balanced budget rule, for example, and a decision such as that of the German Federal Constitutional Court in relation to the European Central Bank's Public Sector Purchase Programme would be unthinkable in the UK.[50] This openness of our economic constitution has had the benefit of flexibility, most evident recently in

47 Department for Business, Energy and Industrial Strategy, *UK Internal Market* CP 278, 2020, para 171.

48 United Kingdom Internal Market Act 2020, s. 52.

49 Subsidy Control Bill, Bill 135, 2021–2.

50 BVerfG, Judgment of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15.

permitting a response to the Covid-19 crisis untrammelled by constitutional restrictions on funding. It has also permitted us to develop a pragmatic and experimentalist approach to institutional design of regulation and to develop institutions other than Parliament or the courts to scrutinize government.

Our economic constitution also has some major disadvantages. The chief of these is a lack of coordination between different institutions, a major difficulty in the response to the 2008 financial crisis. The post-Brexit agenda has also permitted the marginalization of the devolved nations of the UK with no effective constitutional protection for their role in decision-making. In particular, the arrangements for a UK internal market created outrage in the devolved nations through centralizing a wide range of powers formerly exercised by the EU to the UK rather than to the devolved level, without proper consultation with the devolved institutions, and potentially threatening high regulatory standards supported by those authorities.[51] As a result, there is now a real chance that the UK will cease to exist in its current form should there be a successful vote for independence in Scotland, possibly followed by similar moves in the other devolved nations.

There is also a lack of clear critical constitutional principle in this crucial area. The degree of political flexibility and reliance on political scrutiny of government through Parliament has meant that it has been impossible to differentiate constitutional values from politics. To some extent the gap has been filled in the past by the creation of other forms of scrutiny of government, including those emanating from the European Union, but Brexit creates major problems of how the resulting constitutional and institutional vacuum will be filled. At the moment the alternative vision held within the current Government seems to be one of what Max Weber termed 'plebiscitary democracy' with a strong executive claiming its legitimacy not from a set of constitutional arrangements which includes checks and balances, but from an assumed unitary 'will of the people' expressed through a referendum or general election.[52] This is not, of course, a development confined to the UK, but the radical break of Brexit, and the fact that lack of preparation meant that Brexit arrangements have had to

51 See Scottish Government, *After Brexit: The UK Internal Market Act and Devolution* (2021) available at: https://www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/strategy-plan/2021/03/brexit-uk-internal-market-bill-scotlands-future/documents/brexit-uk-internal-market-act-devolution/brexit-uk-internal-market-act-devolution/govscot%3Adocument/brexit-uk-internal-market-act-devolution.pdf (last consulted on 12 February 2022).

52 See M. Weber, *Economy and Society* (1922) (translated and edited by G. Roth and C. Wittich), Berkeley, University of California Press, 1968, pp. 266–71 and pp. 1451–1459.

be improvised in a rush, has meant that this constitutional vision is particularly problematic.

Select Bibliography

Bateman, W., *Parliamentary Control of Public Money*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2020.

Bradley, A., Ewing, K., and Knight, C., *Constitutional and Administrative Law*, 18th ed., Harlow, Pearson, 2022.

Daintith, T., and Page, A., *The Executive in the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

De Cogan, D., *Tax Law, State Building and the Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2020.

Dicey, A. V., *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, 1st ed, London, Macmillan, 1885.

Doern, G. B., and Wilks, S., (eds.), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1996.

Kynaston, D., *Till Time's Last Sand: A History of the Bank of England, 1694–2013*, London, Bloomsbury, 2017.

Maitland, F. W., *The Constitutional History of England* (1908), Cambridge, Cambridge University Press, 1961.

Oliver, D., Prosser, T., and Rawlings, R., (eds.), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Prosser, T., *The Economic Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Prosser, T., *The Regulatory Enterprise*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Tomkins, A., *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

SECTION 6

Global Governance and New (Economic) Constitutionalism

Federalism and Competition between Jurisdictions

∴

The Special Financing Law: Tax Competition and Fiscal Consolidation at the Heart of Belgium's Material Economic Constitution

Damien Piron

Introduction

The six constitutional reforms adopted between 1970 and 2011 transformed Belgium from a unitary state into a fully-fledged federal state. This complex federation shows many peculiarities. One of them is the coexistence of two types of federated entities covering distinct, yet partially overlapping, territories: the Communities and the Regions. The Belgian Federation is also structured around two main poles as a result of the linguistic divide between Dutch- and French-speakers. It is centrifugal as well, as an ever-growing body of competences is being devolved from the central – or, as we know it today, the "federal" – level to the federated entities.[1] Through these successive waves of State reforms, the Belgian Communities and Regions have acquired significant political, legal, and financial authority: according to Eurostat's most recent data, federated states (institutional sector S1312) managed 19.3% of the country's gross domestic product (GDP) in 2019. This represented almost 40% of the total resources collected by Belgian public authorities.[2] According to these sources, the federated entities' level of revenue is the highest of the whole continent, placing Belgium ahead of Spain (14.9% of GDP) and Germany (13.9% of GDP), well above the average for the European Union (EU 27: 5.7% of GDP) and the euro area (6.7% of GDP).

The financial framework for Belgium's federated entities is enshrined in the Special Law of 16 January 1989 on the financing of the Communities and the Regions (hereafter referred to as "the Special Financing Law" – SFL),[3] whose foundations are laid down in Articles 175 to 178 of the Belgian Constitution.

1 K. Deschouwer, *The Politics of Belgium: Governing a Divided Society*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.

2 The European System of National and Regional Accounts (ESA) divides the general government sector (S13) into four distinct subsectors: central government (S1311), state government (S1312), local government (S1313), and social security funds (S1314).

3 Special Law of 16 January 1989 on the Financing of the Communities and Regions (*Official Gazette* – hereafter referred to as "O.G" – 17 January 1989).

© DAMIEN PIRON, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_023
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

The SFL effectively sets the degree of financial and tax autonomy enjoyed by the component units of the Belgian Federation, as it defines how financial resources are allocated, both *vertically* (i.e. between the federal government and the federated entities) and *horizontally* (i.e. among the federated entities). It therefore represents the cornerstone of Belgium's fiscal federalism and, by extension, is an essential feature of the material economic Constitution in such a highly federalized country. This also explains the relevance of its study in the context of this book.[4]

This contribution goes beyond a purely technical explanation of what is often depicted as "an immensely complicated system".[5] It more generally aims to highlight the normative underpinnings of this intricate legislation, as well as their connection with some general public policy trends witnessed in recent decades. To do so, the SFL is examined through an innovative theoretical framework: the sociology of neoliberalism. This approach shows that the inherent complexity of this piece of legislation encompasses several features of widespread social transformation, such as the reinvention of (Belgian) public authorities in line with the so-called "imperatives" of responsibility, competition, and fiscal consolidation.[6]

The examination of Belgium's neoliberal reshaping through the lens of public finance will be conducted in three steps. First, I will briefly outline the sociological approach to neoliberalism that I will subsequently use to shed new light on economic reforms implemented in Belgium from the 1980s (1.). Second, as a case study, I will turn to a crucial part of Belgium's material economic Constitution, namely the Special Financing Law. A stylized historical overview of the federated entities' financial system will retrace the development of their main sources of income through time – including the increase of regional tax autonomy (2.). Third, I will stress three complementary neoliberal

4 This focus on the SFL as the internal economic constitution of the Belgian Federation provides essential, yet only partial, insight into the reshaping of Belgian public finance management mechanisms in the neoliberal era. A systematic analysis of this phenomenon implies a consideration of the cross effects of Belgium's fiscal federalism framework and European fiscal governance. For more details, see D. Piron, *Gouverner les régions par les finances publiques—Européanisation, fédéralisation et néolibéralisme en Belgique*, Brussels, Larcier, 2019.

5 A. Alen (ed.), *Treatise on Belgian Constitutional Law*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 297.

6 For an application of this analytical lens to federal public accounting reforms in Belgium, see D. Piron and F. Legrand, « Néolibéralisme, New public management et comptabilité(s) : Trois décennies de réformes comptables en Belgique », in B. Bayenet, M. Bourgeois and P. Rion (eds.), *Comptabilité publique : État des lieux et mise en œuvre dans les différentes entités belges*, Brussels, Larcier, 2019, pp. 65–108.

features of the SFL to highlight the economic rationalization lying at the heart of Belgium's material economic Constitution. These three features are: the deployment of regional taxing powers to foster economic competitiveness and inter-regional competition; the emphasis put on fiscal consolidation; and the pivotal role assigned to two non-majoritarian institutions – the Public Sector Borrowing Requirements Section of the High Council of Finance and the Constitutional Court – as 'guardians' of this system's precarious balance (3.). Finally, the conclusion emphasizes the main findings.

1 The Emergence and Diffusion of Neoliberalism in Belgium

1.1 *Conceptualizing Neoliberalism: A Sociological Definition*

French philosopher Pierre Dardot and sociologist Christian Laval define neoliberalism as the "new way of the world",[7] whose fundamental strategic objective lies in expanding the realm of competition to all spheres of human existence.[8] The two main theoretical sources of inspiration for contemporary neoliberalism, German ordoliberalism and Austro-American neoliberalism, share different views when it comes to the limits of competition in the social sphere. While ordoliberals adopt an ambiguous position on this issue, American neoliberals tend to defend a more radical stance, which is that of "the unlimited generalisation of the form of the market"[9] within society. Public authorities are not spared from this "attempt to decipher traditionally non-economic social behaviour in economic terms".[10] Instead, expressing sharp criticism against governmental policy from the perspective of economic rationalism is used as a method to "reengineer the state from within".[11]

7 P. Dardot and C. Laval, *The New Way of the World: On Neoliberal Society*, London/New York, Verso, 2013.

8 Hayek conceives competition as a "spontaneous" selection process of "general and abstract rules of behaviour" and the market as a network of all available and existing knowledge (*catallaxis*). See F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty — A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy* (1982), London, Routledge, 2013.

9 M. Foucault, *The Birth of Biopolitics — Lectures at the Collège de France (1978–1979)*, New York, Palgrave, 2008, p. 243.

10 *Ibid*., p. 246.

11 R., Van Horn and P. Mirowski, « The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism », in P. Mirowski and D. Plehwe (eds.), *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (Ma.), Harvard University Press, 2009, pp. 139–178, esp. p. 163.

Reinventing the functioning of the state is a central feature of neoliberalism[12]. In practice, the state is not only neoliberals' main target of criticism, but also stands out as a central means to carry out the reforms they promote. In other words, it is both an agent and a subject of economic rationalization. The ambition of (American) neoliberals is therefore not so much a complete withdrawal of the state, but a radical reconfiguration of its purposes and modes of action. Neoliberals seek to boost public authorities' effectiveness (i.e., the ability to reach their strategic goals) and efficiency (i.e. the quest to optimize the use of their resources). According to them, submitting public bodies to the logic of competition that is applicable to private companies is the best way to do so, as it is supposed to work as a "lever of accountability".[13]

William Davies further specifies how public action is being reshaped in the neoliberal era. According to him, neoliberalism rests above all upon "the economic rationalization of politics and the state".[14] This perspective means that the state is expected to optimize the use of its resources, i.e. to set out the most efficient, competitive, or welfare-maximizing policies while at the same time keeping its costs under control. In areas where market principles cannot be applied directly, governments generally resort to economic evaluation to make public bodies act "as if" they were subject to market constraints.[15]

---

12 Ed.: see also *supra* in this volume the contributions in Section 2 – *The* (*Neo*)*liberal Recapture of the Concept*.

13 See the work of the "Virginia School" on Public Choice (J. Buchanan and G. Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962 ; G. Brennan and J. Buchanan, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 ; G. Brennan and J. Buchanan, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy,* Cambridge, Cambridge University Press, 1985), as well as that of the "Chicago School" on the new classical macroeconomics (F. E. Kydland and E. C. Prescott, « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, 1977, vol. 85, n°3, pp. 473–491; K. Rogoff, « The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target », *Quarterly Journal of Economics*, 1985, vol. 100, pp. 1169-1189).

14 W. Davies, *The Limits of Neoliberalism: Authority, Sovereignty and the Logic of Competition*, Los Angeles, Sage, 2017, p. 27.

15 Ordoliberal Leonhard Miksch theorized this "*Als-Ob Politik*" by applying competition law to monopolies (L. Miksch, « Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob », *Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft*, 1949, vol. 105, pp. 310–338). Ed.: see also *supra* in this volume F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? », and C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

To sum up, it can be argued that in practice the central consequence of neoliberalism on public authorities does not lie so much in the outright extension of the market through waves of liberalization and privatization, as in their growing submission into a logic of economic calculation. One of the most striking features of neoliberalism is to seek "the pursuit of the disenchantment of politics by economics"[16], i.e. the widest possible eradication of normative judgments (which are nevertheless inherent to public life) and their replacement by allegedly "objective" principles of economic reasoning built by academic, economic, political, and administrative elites. In this perspective, the legitimacy of the state would hence stem from its ability to pursue "efficient" public policies in the eyes of expert economists. Such an "economization" of politics is, however, far from being natural: it requires the widespread development of performance assessment tools (such as accounting and econometrics), along with the anchoring of an economic "style of thinking"[17] within a set of binding legal or even constitutional norms – such as the SFL.

1.2 *Belgium's Neoliberal Turn: A Bird's-Eye View*

As in many other Western states, numerous public policies have undergone radical changes over the last four decades in Belgium. Since the early 1980s, countless reforms have been carried out to extend the scope of market competition to hitherto 'protected' sectors, consolidate public finance, develop the public debt market, or else preserve the so-called competitiveness of the national economy through wage moderation and corporate tax reforms.

The starting point of the Belgian 'neoliberal turn' can be traced back to the period 1982–1987.[18] Several austerity measures were enacted to supplement the substantial devaluation (8.5%) of the Belgian franc that occurred in February 1982. The government decided to freeze salaries, enacted three index jumps between 1984 and 1987, eased up conditions to withdraw private capital from struggling industries, and endorsed several measures aiming to restore a "favourable atmosphere for companies" (such as the first laws on competitiveness, lower corporate taxation, the creation of coordination centres, *etc.*). This period also witnessed the extensive use of a controversial legal technique, the "royal decrees of special powers". Through this, the Parliament grants the government a particularly broad authorization to regulate precisely-assigned

16 W. Davies, *The Limits of Neoliberalism, op. cit.*, p. 6.

17 I. Hacking, « 'Style' for Historians and Philosophers », *Studies in History and Philosophy of Science*, 1992, vol. 23, n°1, pp. 1–20.

18 G. Maissin, « La Belgique sur la voie du néo-libéralisme : Profil d'une politique économique », *Cahiers Marxistes*, 1997, vol. 205, pp. 11–33.

matters, for a fixed period of time, and due to exceptional circumstances.[19] Even if the legislative branch of government has to confirm the legal measures afterwards, this technique nevertheless remains outside the reach of the classical law-making process.

This neoliberal shift accelerated sharply between 1988 and 1992. These years paved the way for a macroeconomic revolution, taking the form of a new alliance between monetary policy, fiscal policy, and financial markets.[20] In June 1990, the central government decided to peg the Belgian franc to the German mark – which at the time served as the reference currency in the European Monetary System. As a consequence of this 'strong franc' policy, policy-makers were no longer allowed to resort to monetary policy to achieve their economic objectives. Their attention therefore shifted to other policy tools, especially fiscal consolidation and wage moderation policies – which had already been implemented in the previous decade. Fiscal policy was intended to be restrictive, as evidenced by the 'double standard' introduced to curb the increase of primary expenditure (i.e. excluding interest charges) to inflation and prohibit any increase of the public deficit (in real terms). The 1989 SFL, for its part, ensured that the federated entities took part in the strategy of public finance 'consolidation'[21].

In this period, public debt management was also 'modernized' to be rendered more 'dynamic'. Between 1989 and 1991, "the operating conditions of the monetary and financial apparatus [were] fundamentally modified" to transform the Belgian Treasury into "an *actor just like any other* on the financial and monetary markets".[22] The issuing of the first linear bonds in May 1989 proved to be a significant milestone in this respect. According to the then Minister of Finance, Social-Christian Philippe Maystadt, this new tool for funding debt on financial markets strove "to align Belgium's Treasury bonds with those of neighbouring countries, and also strengthen competition on the public bonds market and, let us hope, compress the cost of public debt financing".[23]

The 1990s were marked by enduring fiscal consolidation, stemming from the determination of Belgian authorities to qualify for the Eurozone. The

19 M. Leroy, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *Administration Publique – Trimestriel*, 2014, n°4, pp. 483–504.

20 For a general analysis of this new alliance, see F. Lordon, *Les quadratures de la politique économique — Les infortunes de la vertu*, Paris, Albin Michel, 1997.

21 See *infra*, Subchapter 3.2.

22 Y. Delvaux, « La dette publique. Évolution depuis 1989 », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 1994, vol. 1429, pp. 1–44, esp. pp. 27–28 (emphasis added).

23 Belgian Ministry of Finance, Public Debt — Annual Report, 1990, p. 63.

"Global Plan for Employment, Competitiveness and Social Security" laid down in 1993 is emblematic of the direction (once again) taken to achieve this objective: freezing real wages; reforming the calculation of the consumer price index; reducing social security expenses; 'flexibilising' the labour market, *etc.* Excise duties and the value-added tax (VAT) were also increased to compensate for reducing employers' contributions.[24] This decade also witnessed a set of public enterprises active in the banking, postal, telecommunications, and aviation sectors being (partially or fully) privatized.[25] These reforms – euphemistically coined 'strategic consolidations' – were "an active element in the reshaping of the economy in the interest of private groups", as they ultimately extended the market logic to fields hitherto immune from it.[26]

Finally, although the first decade of the 21st century is characterized by fiscal policy easing and "the return of the deficit",[27] it is also primarily a period when Belgian authorities sought to increase the country's tax attractiveness. One of the most controversial reforms in this respect is the so-called "notional interest system", adopted in January 2006. This tax relief for risk capital, which sought to reduce alleged tax discrimination between investments financed either with equity or debt, in practice perpetuated the advantageous tax regime previously granted to the "coordination centres". The latter had been established in the early 1980s to attract multinational companies' headquarters, but had in the meantime been condemned by the European Commission in the context of state aid control.[28] Like all the above-mentioned examples, this case illustrates the profound transformation of macroeconomic policy-making in Belgium under the neoliberal era, as well as the "logic of competition" underlying it.

The remainder of this contribution investigates the characteristics of Belgium's neoliberal turn in the field of public finance. This issue is addressed by studying the cornerstone of Belgian fiscal federalism, namely the SFL. This piece of legislation has become increasingly significant over time, due to the ever-increasing amount of financial resources devolved to the federated

24 D. Piron, « Le cadre institutionnel de l'assainissement des finances publiques en Belgique », *Bulletin de Documentation*, 2013, vol. 73, n°3, pp. 139–180.

25 N. Thirion, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : Aspects juridiques,* Brussels, Bruylant, 2002.

26 G. Maissin, « La Belgique sur la voie du néo-libéralisme : Profil d'une politique économique », *op. cit.*

27 É. de Callataÿ and F. Thys-Clément (eds.), *The Return of the Deficit: Public Finance in Belgium over 2000–2010*, Leuven, Leuven University Press, 2012.

28 C. Valenduc, « Les intérêts notionnels : Une réforme fondamentale et controversée », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2009, vol. 2018, pp. 5–52.

entities. Consequently, the following subchapter provides a stylized genealogical analysis of the financing mechanisms of the Communities and the Regions.

2 Case Study: The Financing System of Belgium's Federated Entities

In terms of public finance, most state reforms were intended to meet pressing demands for greater financial autonomy, which particularly emerged from Flanders. This almost uninterrupted devolution of competences and financial resources to the federated entities was, among other reasons, politically justified by a desire to improve the management of public funds so as to increase the legitimacy of the institutional framework in the eyes of citizens. Three layers of financial legitimation have cumulatively been put forward in the history of Belgium's fiscal federalism:[29] vertical financial autonomy (since 1970), horizontal fiscal responsibility (since 1989), and, finally, tax autonomy (especially since 2001).

Initially, corresponding to the 1970–1988 period, the devolution of competences and financial means was intended to respond to divergent cultural, linguistic, and economic preferences and priorities throughout the country. As for this transition phase towards a genuine fiscal federalism framework, the newly created federated entities gradually received broad (vertical) financial autonomy – i.e. the power to define their own expenditure autonomously. The Communities and the Regions were granted the authority to vote on their budget annually, as well as full autonomy in the allocation of their resources (Arts. 175(2), 176(2), and 177(2) Const.). The latter nevertheless heavily depended on central grants:[30] The law of 9 August 1980, passed by ordinary majority, allocated five sources of funding to the Communities and the Regions, namely: grants from the national budget (1), transfers of the proceeds of centrally-collected taxes (2), non-tax revenues related to their competences (3), loans (4), and a general taxing power, stemming from Article 170(2) of the Constitution (5).[31]

29 D. Piron, B. Bayenet and M. Bourgeois, « Le fédéralisme financier, vecteur de renforcement de la légitimité de la gestion des finances publiques en Belgique ? » in C. Husson-Rochcongar (ed.), *La légitimité en finances publiques*, Paris, Mare & Martin, 2022.

30 G. Stienlet, « De institutionele hervormingen en de financiering van gemeenschappen en gewesten (1980–1990) » in Institut belge des finances publiques (ed.), *Histoire des finances publiques en Belgique : la période 1980–1990*, Gand, Academia Press, 1993, pp. 27–68.

31 Art. 1 Special Law of 8 August 1980 on institutional reforms (O.G. 15 August 1980).

However, the scope of the Communities' and Regions' autonomous taxing power has been strongly restricted in practice. Article 170(2), second subparagraph of the Belgian Constitution establishes the primacy of federal tax law over regional and community tax decrees.[32] On this basis, the *ordinary* law of 23 January 1989[33] set up a *non bis in idem* principle in the field of taxation, according to which the federated entities are not allowed to levy taxes in matters already taxed by the federal level of government. Throughout the 1980s, various Flemish politicians and academics more generally were willing to denounce the limited extent of the federated entities' taxing powers. According to some calculations, the latter amounted to only 3% of total regional revenues, a situation which illustrated their "almost total dependence"[34] on the central government in this respect.

A second period started in 1989. Since then, debates regarding the financial organization of the federal system have markedly extended to the horizontal allocation of resources, i.e. the criteria according to which the resources allocated by the federal government are shared among the federated entities. This issue has led to a trade-off between financial 'responsibility' and solidarity. The concept of financial responsibility refers to the idea that an entity should 'reap the fruits' (*de vruchten plukken*) of its economic dynamism. It is portrayed as a 'fair return' principle,[35] i.e. the reward for supposedly audacious economic and tax policies. Such discourse strongly resonates with the Flemish side as it gives a clear advantage to the northern part of the country. This distribution method certainly favours entities whose residents are better-off and hence contribute more to public revenue. French-speaking politicians, who represent less prosperous territories and citizens, insist for their part upon the need for adequate financial solidarity among all the component units of the Belgian Federation.

The SFL, as adopted in January 1989, paved the way to a genuine model of fiscal federalism in Belgium. The fact that intergovernmental financial relations are organized through a special majority law is politically significant as this legal instrument was originally designed as a minority protection mechanism in the field of institutional matters. It conveys a 'locking in' (*grendel*) logic,

32 This provision states that "the law determines, with respect to the taxes referred to in the first subparagraph, the exceptions that are proved to be necessary".

33 Art. 1 Law of 23 January 1989 relating to the tax competence referred to in Article 110(1–2) of the Constitution (O.G. 24 January 1989).

34 V. Van Rompuy and E. Heylen, *Openbare financiën in de deelgebieden van federale landen,* Leuven, Acco, 1986, p. 225.

35 This expression elicits Margaret Thatcher's famous quote: "I want my money back". It means it is considered 'fair' for an individual, region, or country to receive an amount of expenditure equivalent to the payments it makes.

which the SFL extended to fiscal arrangements. In practice, any amendment to the federated entities' financing system requires the support of a two-thirds majority in each House (the House of Representatives and the Senate), but also of a majority in the two (French and Dutch) linguistic groups that compose them.[36] From a formal legal perspective, this special majority requirement represents the main reason to define the SFL as a crucial component of Belgium's material economic Constitution.

The SFL introduced two new major financing mechanisms for the federated entities: federal grants from national tax incomes, and the devolution of additional taxing power to the Regions.[37] Firstly, most competences transferred to the federated entities in the 1988–1989 State Reform were funded by annual grants paid out from the two main taxes collected by federal administrations: the personal income tax (PIT) and the value-added tax (VAT). These grants, whose 'basic amount' was pegged to the price index, were distributed according to two distinct rationales. On one hand, the competences devolved to the three Regions (the Walloon Region, the Flemish Region, and the Brussels-Capital Region) were funded by PIT grants, allocated on the basis of their relative share in PIT revenue. The adverse consequences of this so-called 'fair return' criterion were nevertheless partly compensated by an explicit equalization scheme introduced at the behest of the Francophones. This mechanism, known as the 'national solidarity contribution', aimed to increase the resources of Regions where the PIT revenue per capita was lower than the national average (Art. 48 SFL).

On the other hand, the financing of the two largest Communities (the French and Flemish Communities) almost exclusively rested upon federal VAT and PIT grants.[38] The distribution of both grants was based on distinct methods of calculation. A 'VAT grant' was designed to finance education policy,

36 The special-majority law is defined as follows in Art. 4(3) Const.: "a law passed by a majority of the votes cast in each linguistic group in each House, on condition that a majority of the members of each group is present and provided that the total number of votes in favour that are cast in the two linguistic groups is equal to at least two thirds of the votes cast".

37 M. Installé and M. Peffer, « Le financement des communautés et des régions dans l'accord gouvernemental de mai 1988 », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 1988, vol. 1209–1210, pp. 3–70; W. Moesen, D. Heremans, P. Van Rompuy and M. Eyskens, « Bedenkingen bij de nieuwe financieringsvoorstellen voor gewesten en gemeenschappen », *Leuvense Economische Standpunten*, 1988, vol. 47, pp. 1–50.

38 The financing of the smaller German-speaking Community is governed by the (ordinary) law of 31 December 1983 on institutional reforms for the German-speaking Community (O.G. 18 January 1984), regularly amended in order to be (broadly) aligned with the financing mechanisms of the other two Communities.

which absorbed approximately 80% of Community expenditure at the time. It was allocated according to the financial 'needs' of both Communities, estimated on the basis of their schools' pupil ratios (Art. 39(2) SFL). This noticeable derogation from the 'fair return' principle has generally been depicted as an *implicit* solidarity mechanism between the Communities, justified by the argument that "a (Francophone) child is worth just as much as a (Flemish) child". By contrast, the Communities do not benefit from any explicit solidarity mechanism, as the latter has solely been provided for the Regions – even though a share of Community competences has also been funded by PIT grants allocated according to the 'fair return' criterion.

Secondly, the SFL devolved additional taxing power to the Regions – but not to the Communities. It partially transferred revenue-raising powers for seven taxes to the regional authorities, the proceeds of which were previously transferred by the federal authority. These are: the tax on gambling and betting, the tax on automatic amusement devices, the tax on the opening of drinking establishments, inheritance duties, the real estate tax, registration fees on real estate transfers, and the road fund tax on automobiles. The Regions were – to some extent – allowed to modify the basis, the tax rate, and the exemptions from these 'regional taxes'; they were also empowered to take over their collection. Given the lack of a territorial basis on the bilingual territory of the Brussels-Capital Region, there the two main Communities are *de facto* devoid of such taxing autonomy. The respective share of PIT revenues and school pupils in that Region is therefore calculated by an established 80/20 distribution key (Arts. 38(4) and 44(2) SFL).

The entry into force of the SFL subjected the French Community to foreseeable financial distress. However, its Flemish counterpart did not experience the same situation; since the merging of Flemish regional and community institutions, their financial resources have also been pooled (Art. 1(3) SFL). At the request of French-speaking political parties, the so-called 'Saint-Michel agreements' (1992) provided for a refinancing of federated entities – in exchange for the devolution of new competences, as requested by Flanders by means of *quid pro quo*.[39] As this refinancing proved scarce, a new round of institutional bargaining began at the turn of the century. It was concluded by the Lambermont agreements (2001), which marked the transition to a third stage in the history of Belgian fiscal federalism. Since the early 2000s, endeavours to improve public finance management have resulted in the transfer of increasing tax powers to the Regions. These new revenue-raising powers are

39 Special Law of 16 July 1993 completing the federal structure of the State (O.G. 20 July 1993).

supposed to enable them to more effectively tie their resources to their policies – even though this situation also increases the likelihood of inter-regional tax competition[40].

In financial terms, the fifth State reform of 2001 was based on two elements. The first was a new refunding of the Communities in order to resolve the underfinancing of the French Community. In addition, regional tax autonomy was increased at two levels. On one hand, the Regions received new tax instruments: radio and television licence fees, vehicle registration fees, and the Eurovignette (which was replaced by a so-called 'kilometre charge' on large goods vehicles in 2016). On the other hand, their prerogatives on regional taxes were also harmonized. As a result, regional governments now have complete jurisdiction over all regional taxes. Accordingly, they can autonomously set the basis of, the rate of, and the exemptions on these regional taxes; they are also entitled to collect their proceeds in full.[41]

The fifth State reform also extended the Regions' competence in terms of PIT. It enabled them to collect general (proportional) surcharges and allow general (lump sum or proportional) reliefs on the PIT levied on their territory, as well as to implement general tax reliefs and increases in line with their competences. However, this taxing power was strictly circumscribed: the Regions could not reduce the progressiveness of the PIT, nor engage in unfair tax competition[42]. In addition, such surcharges or reliefs could not exceed a margin set to 6.75% of federal PIT revenues raised on their territory.

Despite this reform, the main Flemish political parties further advocated for greater regional tax autonomy throughout the 2000s. They emphasized the need to strengthen the federated entities' 'responsibility' ('*verantwoordelijkheid*' in Dutch, '*responsabilité*' in French) during the community negotiations that took place in 2007–2008 and resumed after the June 2010 elections. This highly polysemic term, which blends tax, political, economic, and fiscal aspects, is crucial in debates over the financing of the Communities and the Regions. In such discourse, increasing the Regions' *tax responsibilities* by granting them direct access to part of the PIT (or even corporate tax) is supposed to increase the *political accountability* of regional representatives *vis-à-vis* citizens. The latter would then be allowed to express their preferences not only on fiscal policy (the allocation of public expenses), but also on tax policy (the collection of revenues). From an *economic* perspective, the concept

40 See *infra*, Subchapter 3.1.

41 Art. 6 Special Law of 13 July 2001 concerning the refinancing of the Communities and extension of the tax powers of the Regions (O.G. 3 August 2001).

42 See *infra*, Subchapter 3.3.

of responsibility refers to curbing (positive and negative) spillovers between political authorities. Expressed in its purest form, it implies that political entities only bear the consequences of their own policies, without carrying the weight of (or benefiting from) decisions adopted by other (levels of) government(s). Finally, when it comes to *fiscal* aspects, the responsibility principle upholds a strictly linear relationship between regional economic performance and regional resources. In particular, it supports amplified recourse to the 'fair return' criterion to distribute financial means among the federated entities.

Drawing on French philosopher Émilie Hache,[43] one could nevertheless rephrase the rhetorical question "who would not want to be responsible?", dear to neoliberals as well as advocates of greater regional taxing powers, and ask instead: "who really has the means to exercise such responsibility?" In this sense, the issue at stake in the long-lasting conflict between the Flemish and the Francophones comes down to tracing the origins of the economic gap between Flanders and Wallonia – with the assessment of Brussels' situation proving even more controversial. Does this situation stem from Francophone leaders' inappropriate choices? Or is this rather the result of economic, social, historical, and demographic trends largely beyond their field of intervention?

After eighteen months of community negotiations, a new institutional agreement was made in October 2011. The sixth State reform considerably altered the relative weight of Belgium's constituent authorities by transferring competences worth more than €20 billion to the Communities and the Regions in areas such as family allowances, health care, the labour market, tax expenditures, *etc.* When it came into force in 2015, the Communities and Regions' resources respectively increased by approximately 50% and 20%. This broad devolution of competences occurred alongside a thorough revision of their financing system. The reform of the SFA not only organized the funding of newly decentralized competences, but also revised the parameters used to fund the federated entities, and amended the equalization scheme to eradicate the 'perverse effects' regularly denounced by (Flemish) economists. In addition, a temporary transition mechanism was established to compensate for the positive or negative consequences of the new funding system (Title V/1 SFL). At the end of the whole bargaining process, a mechanism was eventually designed to involve the Communities and the Regions in public finance consolidation[44].

43 É. Hache, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale? », *Raisons Politiques*, 2007, vol. 28, n°4, pp. 49–65.

44 See *infra*, Subchapter 3.2.

The sixth State reform further decentralized taxing powers and increased regional tax autonomy. Concerning the financing of the Regions, the previous system of PIT grants, optionally complemented by surcharges and reliefs on the PIT, was replaced by a system of regional piggy-back PIT (Title III/1 SFL). In practice, the Regions currently levy 'extended proportional surcharges' ('*opcentiemen*'/ '*centimes additionnels*') of 33.257% on the federal PIT – which was reduced accordingly. In other words, about a quarter of overall PIT revenue was thus transferred to the Regions. Depending on their fiscal margins and tax policy goals, they are now allowed to define the rate of their surcharge autonomously and without any quantitative limit, as well as to implement reliefs on their proportion of the PIT.[45] They can even increase, but also decrease, the progressiveness of the PIT – under given conditions. Additionally, the Regions obtained exclusive taxing powers over a series of tax expenditures related to their competences, including property taxation[46].

Yet, this widening of regional tax autonomy also bears some contradiction, as among other factors it creates interference between federal tax policies and regional resources. The 'reduced federal PIT' is the sole basis for the calculation of regional surcharges. As a consequence, federal PIT reforms directly affect the PIT surcharges actually collected by the Regions – which is one of their main revenue items.[47] Through this channel, *federal* decisions thus directly impact (i.e. increase or decrease) *regional* financial resources, a position unseen since the creation of the SFL in 1989. The Regions that are willing to compensate for adverse fiscal consequences of federal tax policy are entitled to increase their surcharges. Yet, this does not alter the actual primacy of the federal government in the field of direct taxation. Other features of this new 'inter-federal' PIT management framework support this assertion. An example thereof is that the collection of the PIT – including regional surcharges – is kept at the federal level, as a competence of the Federal Public Service Finance.

45 K. Algoed and F. Denil, « Fiscal Federalism: The Transition to a New Model of Fiscal Relations », in É. de Callataÿ and F. Thys-Clément (eds.), *The Return of the Deficit: Public Finance in Belgium over 2000–2010*, Leuven, Leuven University Press, 2012, pp. 241–289, esp. pp. 249–255.

46 See *infra*, Subchapter 3.1.

47 Such regional spillovers of federal tax policy are far from purely theoretical, as illustrated by the "tax shift" reform implemented by the federal government led by Charles Michel (2014–2018). This policy reduced social security contributions and the PIT by about €3.45 billion by 2020 to support employment (L. Simar, « Le "tax shift" ou glissement fiscal », *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, 2016, vol. 2319–2320, pp. 5–62). In practice, the federal government unilaterally transferred about a quarter of this bill to the Regions, corresponding to the share of this tax that they have received since the sixth State reform.

Moreover, the latter is also entrusted with estimating down-payments to be made to the Regions and calculating budgetary settlements between the federal and regional governments (Art. 54/1 SFL).

In spite of these limits, the growing regionalization of the PIT nevertheless represents a noticeable step towards greater regional tax autonomy, on top of the wide range of regional taxes. As a consequence, regional authorities are nowadays endowed with significant tools to consolidate their own tax system, as well as their administrative capacity in this field.

3 Three Neoliberal Features of Belgium's Material Economic Constitution

After having outlined a theoretical definition of neoliberalism and traced the history of the SFL, the third part of this contribution argues that the financing system of Belgian federated entities can be seen as yet another example of economization of the state, which typically characterizes neoliberalism. Such economic rationalization of (regional) public policies takes different, yet complementary forms in the context of Belgium's fiscal federalism. On one hand, the Regions put growing emphasis on *economic competitiveness and tax competition* when it comes to implementing their tax competences (3.1.). On the other hand, the federated entities are also expected to ensure *strict fiscal consolidation* (3.2.). The control of this prescriptive legal framework has been delegated to two non-majoritarian institutions, which emerged as a result of the state's federalization, namely the Public Sector Borrowing Requirements Section of the High Council of Finance and the Constitutional Court (3.3.).

3.1 *Regional Tax Policies between Economic Competitiveness and Inter-Regional Competition*

In a global economy, public authorities struggle to increase their economic competitiveness.[48] In this context, the SFL contributes to the propagation of a competitive spirit in the conduct of tax policy. From a Flemish perspective, regionalizing (a growing part of) the PIT can first be viewed as a 'defence mechanism' aiming to safeguard the competitiveness of their regional economy. It was deemed necessary in case the Federal Council of Ministers, which

48 W. Davies, *The Limits of Neoliberalism, op. cit.,* chapter 4, pp. 108–147. Ed.: see also *infra* in this volume, M.M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux », and T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

"is composed of an equal number of Dutch-speaking members and French-speaking members" (Art. 99 Const.), would be tempted to address its budgetary challenges by increasing taxes. In this context, further decentralizing of regional taxing powers can be seen as a way to partly protect Flemish companies and citizens from such increases.

Moreover, the Regions can also use their regional taxes and PIT tools to boost their employment rate and economic growth. For instance, Flanders allowed a flat-rate relief on the PIT of €125–200 per year to all workers living on its territory between 2007 and 2010 (the so-called '*jobkorting*'). In accordance with the prescriptions of supply-side economics, this measure – though since repealed for budgetary and (in)efficiency reasons, as well as failure to comply with European law – was intended to financially reward low-income workers and to get the unemployed back to work.[49]

However, the competitive logic embedded in the SFL is even more obvious at the inter-regional level. Between 1989 and 2014, PIT grants, which used to be the Regions' main financial resource, were distributed according to the yield of this tax on each regional territory. Although tempered by notable exceptions (such as the explicit equalization scheme and the 'needs-based' approach followed to fund the Communities' education expenses), this 'fair return' principle undoubtedly put the three Regions in competition with each other when it came to sharing their largest funding envelope.

Inter-regional tax competition was reinforced by the ever-growing regionalizing of the PIT in the wake of the fifth and sixth State reforms. Today, the Regions can autonomously decide to adjust the rate of their large PIT surcharges to attract wealthier taxpayers, and hence increase their tax revenue. While the SFL lays out some safeguards in this regard[50], regionalizing the PIT – like many other tax levies – is likely to further constraint regional tax policies, given how straightforwardly the three regional regimes can be compared. In this sense, it is symptomatic of the system that auditing and consultancy firms regularly assess each Region's attractiveness for taxpayers, for instance by comparing how similar households would be taxed should they live in close municipalities located in different Regions – e.g. in and around Brussels.[51]

---

49 A. Decoster and P. Vanleenhove, « In-work Tax Credits in Belgium: An Analysis of the Jobkorting Using a Discrete Labour Supply Model », *Brussels Economic Review*, 2012, vol. 55, n°2, pp. 121–150.

50 See *infra*, Subchapter 3.3.

51 The press regularly relays these analyses. For example, it stressed that Flanders was " 'the place to be' for households" (I. Dykmans, « La Flandre est actuellement 'the place to be' pour les ménages », *L'Écho*, 2014, November 16, p. 4) or that Brussels' inhabitants were the "biggest losers in the tax race" (J.-Y. Klein, « Les Bruxellois, grands perdants de la course

This inter-regional tax competition hypothesis is quite effective when it comes to the taxation of individuals. The sixth State reform provided the Regions with numerous tax and non-tax tools in the area of real estate. From a tax point of view, their ability to levy extended surcharges on the PIT went along with new competences to implement tax reliefs and tax credits on tax expenditures related to their material competences. In particular, this list includes expenditure incurred for the acquisition or renovation of one's own home, which previously benefitted from various tax reliefs – commonly known as the 'housing bonus' ('*woonbonus*'/'*bonus logement*').

The 2014–2019 parliamentary term marked the entry into force of the sixth State reform. During this period, the three regional entities took advantage of their broad real estate tax prerogatives to redesign home ownership support policies. For instance, the Brussels-Capital Region reformed property taxation within the framework of a more comprehensive tax reform, which explicitly aimed to attract higher-income residents in order to increase its PIT surcharges.

As soon as it was in place in 2014, the Brussels government publicly announced its intention to implement "a shift from labour taxation to property taxation" so as to "encourage new tax-paying residents to settle in the Brussels Region".[52] This reform, among others, abolished the 1% agglomeration tax on the PIT and the flat-rate regional tax (amounting to €89 per year and per household), and reduced the PIT surcharges collected by the Region by 0.5%. These new tax reliefs are financed by a series of measures, including an increase of the estate tax – itself offset by a bonus for owner-occupiers. The Brussels regional authorities also decided to compensate the abolition of the 'housing bonus' and regional tax relief for long-term saving as of January 2017 by significantly increasing tax reliefs on registration fees to be paid when acquiring one's own residence (from €60,000 to €175,000).

Noteworthy conclusions can be drawn from this first meaningful reform of regional PIT surcharges. Even though its scope remains limited and many non-tax parameters come into play when choosing to settle in one of the country's three Regions, its rationale is nevertheless symptomatic of the inter-regional tax competition resulting from the successive revisions of the Regions' financing system. This could also explain why all Regions abstained from compensating the loss of revenue caused by the reduction of the federal PIT implemented by the right-wing government headed by liberal Prime Minister, Charles Michel.

---

fiscale des Régions », *L'Écho*, 2015, November 2, p. 23) that was started by the Regions after the sixth State reform.

52 Government of the Brussels-Capital Region, « Government Agreement (2014–2019) », 2014, p. 95.

However, a number of factors aim to reduce the scope of inter-regional tax competition. For instance, the federal government has exclusive jurisdiction over the PIT tax base. It is also responsible for the most mobile tax bases: movable income (dividends, interest, fees, *etc.*) (Art. 5/1(3) SFL). Moreover, the progressiveness of the PIT cannot be reduced as a rule – although it allows for exceptions (Art. 5/6 SFL). Finally, various mechanisms seek to prevent harmful tax competition between the Regions. For example, Articles 1*bis* and 1*ter* SFL foresee information exchange on the way that Regions exercise their taxing powers, as well as annual consultation on tax policy between the Federal government and the Regions. In addition, the Constitutional Court must ensure compliance with the 'federal loyalty' principle and guarantee the absence of 'unfair' tax competition between the Regions.[53]

3.2 *The Substantive Constitutionalization of Orthodox Budgetary Policy*

Whereas states abundantly rely on financial markets to finance themselves, they also enact many rules related to public finance management. Such measures aim to build and strengthen 'consolidation states',[54] committed to fiscal discipline with a view to improving their borrowing conditions on the market. Public authorities (including regional governments) therefore voluntarily submit themselves to a 'debt order',[55] which is primarily intended to convince public debt holders that their return-on-investment expectations will be met – over the demands of citizens if needed. This 'logic of discipline' finds a striking illustration in various provisions of both primary and secondary European laws overseeing national public finance.[56] In order to protect creditors against the inherent uncertainties of democratic processes, the set of rules known as 'European fiscal governance', for instance, seek to transform fiscal policy into a "forbidden territory" for the exercise of political sovereignty, i.e. an area "above popular influence".[57]

---

53 See *infra*., Subchapter 3.3.

54 W. Streeck, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. London/New York, Verso, 2014.

55 B. Lemoine, *L'ordre de la dette : Enquête sur les infortunes de l'État et la prospérité du marché*, Paris, La Découverte, 2016.

56 G. Grégoire, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire : Des théories économiques aux cadres juridiques », *Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, 2019, vol. 35, pp. 53–119; A. Roberts, *The Logic of Discipline: Global Capitalism and the Architecture of Government*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

57 *Ibid*., p. 12.

A similar – albeit less systematic – approach also runs through Belgium's fiscal federalism. By the late 1980s, the federal government sought to fund a growing share of the (large) Belgian public debt under favourable conditions. As a consequence, it carried out a number of initiatives to increase its creditworthiness on international capital markets. The repeated implementation of so-called 'fiscal consolidation plans' over the last decades perfectly demonstrates how Belgian authorities came to champion the cause of fiscal orthodoxy. For example, the 1988–1989 State reform was being negotiated in this context of public finance consolidation, and the federal government firmly intended to carry on with its restrictive budgetary policy.

Moreover, the SFL extended this commitment to fiscal orthodoxy at regional and community levels through several mechanisms designed to ensure that federated entities would also be compelled to participate in public finance consolidation. More precisely, the financial means vertically allocated to the federated entities were reduced in three distinct ways in order to save money.[58] A first, one-off sum was withheld from the 'basic amounts' transferred to them during fiscal year 1989: the VAT grant allocated to the Communities underwent an "exceptional and non-recurring" reduction of about 3.6% (Art. 38(2) SFL), while some basic amounts of the PIT grant allocated to the Regions were reduced by about 2% (Arts. 13(3) and 22(2) SFL). A second, recurring sum was also deduced from the new competences transferred to the Regions: through a complex system of partial reimbursements, the federal government managed to structurally save around 2% of current expenses it had transferred (Arts. 16(3) and 23(2) SFL). In the case of capital expenditure, this amount rose up to 14.3% – i.e. the share of current expenditure then financed through borrowing. Finally, the annual adaptation of the basic amounts allocated to the federated entities was only tied to the consumer prices index during a transition decade. In other words, the PIT grants allocated to the Communities and the Regions were frozen in real terms between 1989 and 1998.

In 1993 and 1999–2001, amendments were introduced to ease the budgetary constraints on the federated entities. Yet, the sixth State reform introduced new recurring revenue withholding measures to involve the Communities and the Regions in fiscal consolidation. As was the case two decades before, the sixth State reform was being negotiated in challenging fiscal conditions: in the aftermath of the financial crisis, Belgium's public deficit rose to over 5% of GDP in 2009. In January 2010, the Council of Ministers of the European Union

58 M. Daerden and W. Dumazy, *Les finances publiques de la nouvelle Belgique fédérale*, Brussels, Labor, 1992, pp. 346–347 and 366–369.

launched an excessive deficit procedure (EDP) against Belgium.[59] In this context, some political parties were eager to adjust the recently adopted SFL to conform to "the debate on public finance consolidation that should bring Belgium back to a balanced budget".[60]

After having reached an initial agreement on the distribution of fiscal targets for 2013, the presidents of all political parties associated with the institutional reform agreed upon the inter-federal distribution of the mid-term budgetary framework in July 2013. This compromise required an additional €250 million effort to be made by the federated entities in 2014 (Art. 81*quinquies* SFL). It also established a recurring withholding on the resources to be devolved in the wake of the sixth State reform. The majority of this amount, totalling €2.5 billion, was borne by the Regions (70%), and the rest (30%) by the Communities. The institutional agreement also involved the federated entities in fiscal consolidation in a second way, by requiring them to fund a growing share of their civil servants' pensions.

The content of this agreement was directly anchored in the SFL, as the basic amounts and adaptation parameters set to calculate the grants to be transferred to the federated entities were structurally reduced. This technique met the demands of some negotiators, who wanted to reassure both the financial markets and European authorities that all component units of the Belgian Federation were genuinely committed to orthodox fiscal policy – even though they were led by different political majorities.[61]

3.3 *The High Council of Finance and the Constitutional Court as Guardians of Belgian Fiscal Federalism*

It is one thing to create a legal framework that encourages economic competitiveness, inter-regional tax competition, and public finance consolidation – it is quite another to ensure compliance with it. Public authorities often rely on regulatory bodies to guarantee the rigorous application of the rules they commit themselves to follow. A common technique to this end is to transfer the management of entire public policy sectors from democratically-elected governments to independent technocratic bodies. This concern about reducing the room for exercising popular sovereignty is being strongly echoed at the

59 Council Decision of 19 January 2010 on the existence of an excessive deficit in Belgium, Official Journal of the European Union, 21 May 2010, L 125/34.

60 Belgian Federal Government, Institutional Agreement on the Sixth State Reform — "A More Efficient Federal State and More Autonomous Entities", 2011, p. 69.

61 D. Piron, *Gouverner les régions par les finances publiques, op. cit.*, pp. 219–222.

European level,[62] where a wide range of non-majoritarian institutions (NMIS) coexist. This concept refers to "governmental entities that (a) possess and exercise some grant of specialized public authority [...] but (b) are neither directly elected by the people, nor directly managed by elected officials".[63] Such technocratic institutions, endowed with wide discretionary powers, come in various forms: regulatory agencies, specialized authorities, standardization offices, *etc.*

This strategy that aims to delegate large powers to technocratic bodies in economic, fiscal, and tax areas is often portrayed as a way of guaranteeing the prudent management of public affairs. It is being extended to the national level, where such institutions are created, either autonomously or at the behest of European institutions. Two non-majoritarian institutions born out the federalization of the country play a central role in Belgium's fiscal federalism: the Public Sector Borrowing Requirements Section of the High Council of Finance (hereafter referred to as "the Section") and the Constitutional Court.

The Section was created in 1989. The third State reform, which had just quadrupled the federated entities' financial resources, deeply altered the balance of fiscal power. The federal government – heavily dependent as it was on financial markets – feared trouble in 'consolidating' Belgium's public finance due to a potential shortage of budgetary coordination. It therefore created the Section to ensure intergovernmental fiscal coordination and protect fiscal orthodoxy. This advisory body is made up of twelve members, appointed by virtue of "their special competence and experience in the financial and economic field" (Art. 49(6) SFL) and distributed according to linguistic and institutional parity. The Section is thus composed of an equal number of Dutch-speaking and French-speaking members. In addition, six of them represent Entity I (made up of the Federal Authority and the Social Security), while six others sit on behalf of Entity II (made up of the Communities, the Regions, and Local Authorities).[64]

The Section is responsible for issuing an annual opinion on the distribution of fiscal targets among governments. It proposes a budgetary trajectory, which serves as a starting point for negotiations between representatives of

62 At the European level, the three most powerful non-majoritarian institutions are probably the European Central Bank (ECB), the Directorate-General for Competition, and the Court of Justice of the EU. All three epitomise a form of "governance by experts and elites" that is preferred by neoliberals (D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 75).

63 M. Thatcher and A. Stone Sweet, « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *West European Politics*, 2002, vol. 25, n°1, pp. 1–22, esp. p. 2.

64 OECD, « Belgium », *OECD Journal on Budgeting*, 2015, n°2, pp. 65–76.

each component unit of the Belgian Federation. This takes place within the Inter-Ministerial Conference on Finance and Budget, an informal coordination forum bringing together federal, regional, and community Ministers of Finance and Budget. The agreements reached in this forum are subsequently ratified by the Consultative Committee.[65] On its own initiative or upon request from the federal Minister of Finance or Budget, the Section can also issue an opinion on the advisability of restricting the borrowing capacity of one or more public authorities to "preserve the economic union and monetary union" and avoid "a structural deterioration of the borrowing requirements" (Art. 49(6) SFL). However, it does not seem to have implemented this competence so far, probably because of the "massive political turmoil"[66] this would undoubtedly create.

The Section has played a fundamental role in fiscal coordination within the Belgian Federation. In the 1990s, it strongly supported the orthodox budgetary strategy which enabled Belgium to meet the 'convergence criteria' set out in the Maastricht Treaty, hence to join the Eurozone.[67] Even though its influence waned during the first decade of the 21st century, it currently assumes the role of translating European budgetary requirements within an ever more federalized Belgium. This is partly due to the closer monitoring of both national and regional fiscal policies carried by European institutions in response to the European public debt crisis.[68]

The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (also known as the 'Fiscal Compact'), which was transposed into Belgian law by a cooperation agreement of December 2013,[69] transformed the Section into an independent fiscal council. In addition to its tasks related to fiscal coordination, the Section is now also in charge of overseeing compliance by the federal and the federated entities with the fiscal path they

65 D. Piron, « Rôle et influence de la section 'Besoins de financement des pouvoirs publics' du Conseil supérieur des Finances », *Pyramides*, 2013, vol. 25, n°1, pp. 123–153.

66 L. Coene and G. Langenus, « Belgium: Promoting Fiscal Discipline in a Federal Country » in G. Kopits (ed.), *Restoring Public Debt Sustainability: The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 142–165.

67 Ed.: see *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

68 D. Piron, « Rôle et influence de la section 'Besoins de financement des pouvoirs publics' du Conseil supérieur des Finances », *op. cit*.

69 Art 4(1) Cooperation Agreement of 13 December 2013 between the federal government, the Communities, the Regions, and the Community Commissions concerning the execution of Article 3(1) of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (O.G. 18 December 2013). See also the Royal Decree of 23 May 2018 on the High Council of Finance (O.G. 31 May 2018).

agreed upon and transmitted to European institutions. In the event of "significant observed deviations" from either the medium-term objective or the adjustment path towards it, a correction mechanism is automatically triggered to eradicate the deviation within eighteen months. In such cases, the Section assesses whether this gap stems from exceptional circumstances, determines the extent of the corrective action to be undertaken, and overlooks its effective implementation.[70]

With respect to the revenue side of the budget, Article 1*ter*(1) SFL currently imposes five restrictions upon regional tax autonomy: (1) compliance with the general framework of the economic and monetary union; (2) the principle of federal loyalty; (3) the prohibition of unfair tax competition; (4) the free movement of persons, goods, services, and capital; and (5) the prohibition of double taxation.[71] The Constitutional Court enforces respect for these principles. The latter is another non-majoritarian institution closely linked to Belgium's transformation into a federal state: it was created in the wake of the second State reform to resolve potential disputes between the federal, regional, and community legislatures on the allocation of powers. This 'arbitrator' role is explicitly displayed in its initial name, the "Court of Arbitration". It was only afterwards that its jurisdiction extended to the protection of individual rights and freedoms (set out in Part II of the Belgian Constitution).

Peeters and Mosselmans stressed the crucial role played by the Constitutional Court in enforcing the principles governing the relationships between the federal government, the Communities, and the Regions.[72] According to them, the Court "supports a broad interpretation of the community and regional powers", as it has tended to take the autonomy of the federated entities "as its starting point". Yet this general approach has not prevented it from imposing a major limitation on the constitutional power of the Regions to impose tax, namely the economic and monetary union. The requirement to respect this general framework emerged as early as 1986 in the case law of the Belgian Court of Arbitration,[73] before being formalized in a landmark decision two

70 High Council of Finance, « Trajectoire budgétaire en préparation du programme de stabilité 2014–2017 », 2014, pp. 21–25.

71 The last principle, which is directly aimed at protecting taxpayers, differs from the first four principles, which regulate relations between the various component units of the Belgian Federation.

72 P. Peeters and J. Mosselmans, « The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions », in N. Aroney and J. Kincaid (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, pp. 69–102, esp. p. 91.

73 Court of Arbitration, No. 11, 25 February 1986.

years later. Reviewing a case related to a Walloon tax levied on water export to the other two Regions, the Court ruled that ensuing from the 1970 and 1980 State reforms, "the new structure of the Belgian state is vested in an economic and monetary union, by which it is meant that the institutional framework of an economy is built on constituent units and is characterized by an integrated market (the so-called economic union) and a single currency (the so-called monetary union)".[74] Concerning economic matters, Belgium's constituent units are required to guarantee the free movement of goods and factors of production between them. Any rule likely to hinder this freedom of movement (such as internal customs duty) is therefore deemed incompatible with the economic union and, consequently, contrary to Belgium's federal structure.[75]

This seminal decision provides a typical example of the "Europe-friendly stance" displayed by the Belgian Constitutional Court.[76] Directly inspired by the Court of Justice of the European Union case law, it transposed the requirements applying to *inter*state relations within the European Union to *intra*state relations within the Belgian Federation.[77] The audacity of this – now broadly accepted – position should be appreciated: at the time, institutional legislation did not contain such a principle, which nevertheless drastically limited the federated entities exercise of their economic and tax competences.[78] During the 1988–1989 constitutional reform, the principle of economic and monetary union was officially enacted in Article 6(1) of the Special Law of 8 August 1980 on institutional reforms and in the SFL. Since the sixth State reform, this principle explicitly applies to all regional tax powers.

Legal scholarship regularly likens the general framework of the (internal) economic and monetary union to a specific application, in economic and tax areas, of another guiding principle of Belgian (fiscal) federalism: the principle of federal loyalty. The Constitutional Court has regularly claimed jurisdiction over this principle – enshrined since 1993 in Article 143(1) of the Constitution. It does so in conjunction with the principles of reasonableness

74 Court of Arbitration, No. 47, 25 February 1988.

75 X. Delgrange (ed.), *L'union économique et l'unité monétaire en Belgique*, Bruges, Die Keure – La Charte, 1993.

76 P. Popelier and K. Lemmens, *The Constitution of Belgium – A Contextual Analysis*, London, Hart Publishing, 2015, p. 213.

77 Ed.: regarding the logic of interstate federalism, see *supra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? ».

78 M. Bourgeois, « La régionalisation partielle de l'impôt des personnes physiques après la sixième réforme de l'État : Analyse juridique », *Revue de Fiscalité Régionale et Locale*, 2014, vol. 4, pp. 247–296.

and proportionality.[79] According to the Court, federal loyalty implies "the obligation not to alter the balance of the whole federal construction when exercising one's own competences"[80]. The Court's judicial overview of this polysemic term is not limited to the "sole exercise of competences", but extends to the "spirit" in which the latter ought to be implemented:[81] when exercising its exclusive competences, each legislature should avoid rendering "the exercise of their competences by other legislatures impossible or extremely difficult".[82] This case law was confirmed on the occasion of the sixth State reform, which expressly extended the jurisdiction of the Constitutional Court to the federal loyalty principle.[83] Moreover, this principle was also inserted into Article 1*ter* SFL, which circumscribes regional tax autonomy. Just like the federal government, the Regions are thus required to comply with this principle when exercising their powers. However, the concrete impact of this legal requirement has so far remained unpredictable.

When it comes to taxing powers, compliance with the principle of federal loyalty seems redundant with regard to another restriction on regional tax autonomy, namely the prohibition of unfair tax competition. This provision was inserted into the SFL during the fifth State reform (2001) in order to restrict the use of regional surcharges and reliefs on the PIT. On the occasion of the sixth State reform, it was even extended to all regional tax prerogatives. However, the concept of 'unfair tax competition' is neither defined in the SFL nor in preparatory works. The legislator therefore implicitly delegated this task to the Constitutional Court.

To summarise, the Constitutional Court presently has ample room for manoeuvre to interpret the legal safeguards of Belgian fiscal federalism. This is partly due to its judicial activism, as it creatively interpreted some of the main principles circumscribing regional tax autonomy. For instance, the principles of (internal) economic and monetary union and federal loyalty were first laid down in the Court's case law, before being enacted in the SFL. When not acting on its own initiative, the Constitutional Court might also be called upon to fill the vacuums in (special) legislation, as illustrated by the example of unfair tax competition. The Court's power of interpretation is further bolstered by the

79 P. Peeters and J. Mosselmans, « The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions », *op. cit.*, p. 99.

80 Court Const., 28 October 2010, No. 124/2010, B.39.1.

81 *Ibid.*

82 Court Const., 13 June 2013, No. 83/2013, B.3.3.

83 Arts. 1(3) and 26(1) of the Special Law of 6 January 1989 on the Constitutional Court (O.G. 7 January 1989).

vagueness of many key concepts – which are sometimes not even mentioned in the Constitution nor in special laws. Through its case law, the Constitutional Court has therefore put itself in a position to define the extent to which the Regions can effectively engage in tax competition. However, no firm conclusion can yet be drawn regarding its stance on competition. Nevertheless, the stakes are far from being low as its case law could starkly impact how federal and regional governments exercise their taxing powers.

Conclusion

In a similar way to its institutional structure, Belgium's fiscal federalism framework is constantly evolving. Since 1989, its functioning has been enshrined in the SFL. The SFL is an essential component of Belgium's material economic Constitution, due to the ever-increasing political, legal, and financial authority acquired by the federated entities. This piece of legislation strikes a (painstaking and temporary) balance between two opposing trends regarding Belgium's institutional structure: while Flemish political parties petition for further regional fiscal responsibility and tax autonomy (which is favourable to Flanders), French-speaking officials fiercely stand against any reform that is likely to impoverish the other component units of the country.

As State reforms have passed, Belgium's federated entities have acquired substantial budgetary resources (proportionally the highest in Europe). Meanwhile, the Regions were also granted pronounced tax autonomy, following a given pattern: taxes formerly collected by the central government before being redistributed to the Regions were gradually transformed into regional taxes, over which the Regions now have full jurisdiction. Since 2001, regional authorities' taxing powers have also included surcharges and reliefs on the PIT. The sixth State reform greatly increased their capacity in this respect. Institutional reforms therefore appear to be key moments in redefining Belgium's material economic constitution, by delineating not only possible, but also legitimate fiscal and tax policies.

As a result of these successive reforms, the Belgian fiscal federalism framework is characterized by two distinct, yet complementary neoliberal features: economic competitiveness and inter-regional tax competition on the revenue side, and fiscal consolidation on the expenditure side. Both purposes have notable exceptions, and are also limited by various safeguards. Yet they undoubtedly reflect the neoliberal stance underlying the two main reforms of the federated entities' financing mechanisms adopted so far: the 1988–1989 and 2010–2011 State reforms, both durably anchored in an orthodox economic

stance in the tax and fiscal arrangements of the SFL. Moreover, two non-majoritarian institutions born out of the gradual federalization of Belgium, the Public Sector Borrowing Requirements Section of the High Council of Finance and the Constitutional Court, are responsible for ensuring the proper application of these principles. The recent evolution of the Section also provides a telling example of the increasing role delegated to technocratic institutions in public finance management. The Constitutional Court's case law, for its part, is likely to decisively impact the degree of (un)fair tax competition that the Regions might carry out in the future.

From a theoretical perspective, this article has sought to empirically demonstrate the added value of the sociology of neoliberalism to shed new light on a fundamental fragment of Belgium's material economic constitution. This approach shows that, beyond its seemingly scattered and technical nature, the SFL manifestly aims to convert Belgian federated entities into core neoliberal features: economic competitiveness, tax competition, and public finance consolidation. Further research is now needed to accurately describe, compare, and contrast the effects of this "new way of the world" on public finance management, as well as other public policy fields within the various component units of the Belgian Federation.

Acknowledgments

The author thanks Guillaume Grégoire and Norman Vander Putten for their suggestions on earlier versions of this contribution.

Select Bibliography

Alen, A., (ed.), *Treatise on Belgian Constitutional Law*, Deventer, Kluwer, 1992.

Dardot P., and Laval, C., *The New Way of the World: On Neoliberal Society*, London/New York, Verso, 2013.

Deschouwer, K., *The Politics of Belgium: Governing a Divided Society*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.

Davies, W., *The Limits of Neoliberalism: Authority, Sovereignty and the Logic of Competition*, Los Angeles, Sage, 2017.

Foucault, M., *The Birth of Biopolitics — Lectures at the Collège de France (1978–1979)*, New York, Palgrave, 2008.

Hache, É, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons Politiques*, 2007, vol. 28, n°4, pp. 49–65.

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

Maissin, G., « La Belgique sur la voie du néo-libéralisme : Profil d'une politique économique », *Cahiers Marxistes*, 1997, vol. 205, pp. 11–33.

Peeters, P., and Mosselmans, J., « The Constitutional Court of Belgium: Safeguard of the Autonomy of the Communities and Regions », in N. Aroney and J. Kincaid (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, pp. 69–102.

Piron, D., « Rôle et influence de la section 'Besoins de financement des pouvoirs publics' du Conseil supérieur des Finances », *Pyramides*, 2013, vol. 25, n°1, pp. 123–153.

Piron, D., *Gouverner les régions par les finances publiques—Européanisation, fédéralisation et néolibéralisme en Belgique*, Brussels, Larcier, 2019.

Piron, D., and Legrand, F., « Néolibéralisme, New public management et comptabilité(s) : Trois décennies de réformes comptables en Belgique », in B. Bayenet, M. Bourgeois and P. Rion (eds.), *Comptabilité publique : État des lieux et mise en œuvre dans les différentes entités belges*, Brussels, Larcier, 2019, pp. 65–108.

Piron, D., Bayenet, B., and Bourgeois, M., « Le fédéralisme financier, vecteur de renforcement de la légitimité de la gestion des finances publiques en Belgique ? », in C. Husson-Rochcongar (ed.), *La légitimité en finances publiques*, Paris, Mare & Martin, 2022. pp. 521–542

Popelier, P., and Lemmens, K., *The Constitution of Belgium – A Contextual Analysis*, London, Hart Publishing, 2015.

Roberts, A., *The Logic of Discipline: Global Capitalism and the Architecture of Government*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Streeck, W., *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. London/New York, Verso, 2014.

Thatcher, M., and Stone Sweet, A., « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *West European Politics*, 2002, vol. 25, n°1, pp. 1–22.

La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique

M. Mahmoud Mohamed Salah

Introduction

De quelque manière qu'on la définisse, l'idée de Constitution implique la référence à des principes supérieurs parce que fondamentaux, principes qui établissent « les bases sociales et philosophiques » d'une communauté donnée[1], traduisent un consensus qui a vocation à dépasser les clivages politiques, bref fixent les grandes lignes du Pacte social. Appliquée à l'économie, la notion de Constitution figure les principes fondamentaux autour desquels s'articule la rationalité de l'ordre économique[2]. Dans la mesure où il n'y a pas d'économie en soi mais seulement des systèmes économiques situés, on ne peut parler de constitution économique que par référence à un ordre économique donné. En l'espèce, il s'agit de l'ordre économique néolibéral qui a triomphé avec l'avènement et les progrès de la mondialisation, en particulier depuis le milieu des années 1980.

La Constitution qui régit cet ordre érige « la souveraineté du consommateur et la concurrence libre et non faussée » en principes supérieurs, fondateurs des échanges économiques[3]. Pour exister et prétendre à l'efficacité, cette Constitution a cependant besoin du droit et, d'abord, des droits fondamentaux, c'est-à-dire, de ces droits et libertés placés au sommet de la hiérarchie des normes, ce qui a pour conséquence de les soustraire à toute contestation politique et d'en faire « la finalité de toute organisation sociale ». Et au premier rang de ces droits, il y a le droit de propriété[4] et le droit à la liberté, dont le Conseil Constitutionnel français déduit, par exemple, la liberté d'entreprendre[5] et

1 D. Rousseau, « Une résurrection, la notion de Constitution », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1990, n°1, p. 5–22.

2 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

3 P. Dardot et C. Laval, *La nouvelle raison du monde – Essai sur la société néo-libérale*, Paris, La Découverte, 2010, p. 197.

4 Dont l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en fait « un droit inviolable et sacré ».

5 Cons. Const., 16 janvier 1982, *Nationalisations*, n°81–132 DC ; voy. P. Gaïa *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel* (Ouvrage créé par L. Favoreu et L. Philip), 19e éd.,

© M. MAHMOUD MOHAMED SALAH, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_024
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

la liberté contractuelle[6], principes essentiels de toute « Constitution économique ».

Mais les droits fondamentaux et la jurisprudence qui en a assuré la promotion, un peu partout en Europe[7], ne sont pas les seuls éléments du cadre juridique qui sert de support à la Constitution économique. Celle-ci a également besoin de lois. Et plus ces lois sont libérales, plus elle peut étendre son emprise non seulement sur l'ensemble des rapports économiques *stricto sensu* mais également sur de pans de plus en plus étendus des rapports sociaux, en général. Or, cette extension de l'influence de la Constitution économique a été considérablement facilitée par la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux qui a accompagné l'accélération du processus d'internationalisation des économies[8]. Il s'agit d'une conséquence de la compétition généralisée entre États, où chacun tente d'attirer le maximum d'investisseurs sur son territoire, le droit et ses règles étant désormais appréhendés comme des outils concurrentiels[9].

En effet, tout se passe comme si l'intégration d'un État à l'économie mondialisée s'accompagnait de la nécessité d'adapter en permanence son droit aux desiderata des opérateurs économiques, en l'engageant sur la voie d'une libéralisation continue. Dans ce contexte, le principe de territorialité change de fonction. Il n'est plus principalement utilisé pour affirmer la prééminence de l'autorité souveraine de l'État, mais pour atténuer, voire supprimer, les obstacles à la libre circulation des biens, des services et des capitaux et, attirer et séduire le maximum d'opérateurs économiques. La conséquence de ce phénomène sur l'idée de Constitution économique en est incontestablement une consolidation de celle-ci (1.). Toutefois, les contradictions du processus de mondialisation qui a nourri ce phénomène marquent en même temps les limites de cette évolution (2.).

Dalloz, 2018, n°32. N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, F. Colly, « La Constitution économique de la France et la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel ».

6 Consacrée par la Décision du 19 décembre 2000, n°2000–437 DC ; voy. F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement une liberté constitutionnelle ? », *Revue française de droit administratif*, 2006, vol. 22, p.2.

7 Et qui s'est traduite par une constitutionnalisation des différentes branches du droit, voy. par exemple, L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, Droit de la Constitution et Constitution du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n°1, pp. 71–89.

8 Y. Dezalay, « Des justices du marché au marché international de la Justice », *Justices*, 1995, n°1, pp. 121–134. N.d.E. : voy. aussi *infra* dans ce volume, T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

9 M. M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux – Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2001, vol. XV, n°3, pp. 251–302.

1 La consolidation de l'idée de Constitution économique

La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux consolide l'idée de Constitution économique de deux manières. Tout d'abord, en faisant des opérateurs économiques les arbitres ultimes de la compétition entre États, elle conduit à limiter voire éliminer les réglementations interventionnistes. Pour être compétitive, une législation nationale doit offrir les avantages recherchés par ces opérateurs, au premier rang desquels se situent la liberté qu'elle leur laisse et, de façon générale, la souplesse qu'elle leur offre. Il en résulte la mise en place d'un cadre juridique qui promeut et réalise les principes de la « Constitution économique », laquelle voit ainsi son épaisseur normative renforcée (1.1.). Mais l'évolution ne s'arrête pas aux seuls pays de l'Union européenne, ni même aux seuls États du Nord. Elle s'étend quasiment à l'ensemble de la planète, donnant à l'idée de Constitution économique l'onction universelle qui lui a manqué jusqu'à la fin du XX^e siècle (1.2.).

1.1 *Une épaisseur normative renforcée*

Pour comprendre comment la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux contribue à renforcer l'épaisseur normative de la Constitution économique, il faut prendre en compte à la fois les effets de la constitutionnalisation des principes libéraux et ceux de la course effrénée vers la déréglementation et la dérégulation qui en résulte. Sur le premier point, l'importance prise, depuis les années 1980, par la jurisprudence des droits fondamentaux – dans la quasi-totalité des pays européens, y compris dans les pays de tradition légaliste comme la France où la suprématie de la loi, expression de la volonté générale, était un dogme – a eu pour conséquence de sceller l'intégration des droits et libertés nécessaires au fonctionnement et à la pérennité de l'économie de marché dans la définition du Pacte social, d'une part, et d'éviter, grâce à une hiérarchisation implicite mais réelle des valeurs, que la prolifération des droits qui résulte de la dynamique de l'évolution démocratique ne tourne à l'anarchie, d'autre part.

On comprend dès lors que si, dans un pays comme la France, on avait coutume de dire que « la Constitution, norme suprême, ne concernait pas l'économie et qu'il n'y avait pas de droit constitutionnel économique »[10], l'évolution

10 G. Farjat, *Droit économique*, 2e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1982, pp. 36–37, qui conteste le bien-fondé de cette assertion ; sur l'ensemble de la question, voy. M. M. Mohamed Salah, « Constitution et droit économique », in *Constitution et droit interne*, Tunis, Académie internationale de droit constitutionnel, Recueil des cours, vol. 9, 2001, pp. 131–205.

nouvelle amène à reconsidérer cette thèse : « base du système juridique »[11], la Constitution devient également la base du système économique[12].

La Constitution française du 4 octobre 1958 renvoie, dans son préambule, à une série de normes qui intéressent le droit économique[13]. Au premier rang de ces normes, figure la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. D'inspiration individualiste, cette Déclaration affirme des principes généraux et abstraits qui, sans avoir un objet ou une finalité ouvertement économiques, présupposent cependant l'adhésion à une économie de type libéral. Il reste que de tels principes sont par eux-mêmes insuffisants pour fonder un droit économique constitutionnel. À côté de cette déclaration, le préambule de la Constitution de 1958 vise celui de la Constitution de 1946, lequel est riche en normes à objet ou finalité économique. Tout d'abord, mais ce n'est pas plus significatif, le préambule de 1946 réaffirme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Si aucun des principes jusqu'ici rangés dans cette catégorie ne concerne directement l'exercice des activités économiques, ils ont comme soubassement commun une conception républicaine du droit économique[14], qui accorde une place importante à l'intervention de l'État en matière économique.

Mais, plus fondamentalement, le préambule se réfère aux « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » dont il dresse un catalogue précis. Au-delà de l'énumération des droits économiques et sociaux, solennellement consacrés, la référence à cette catégorie de principes traduit une constitutionnalisation des fondements d'une organisation volontariste de l'économie. En effet, le préambule fait mention de la planification, de la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs délégués et, enfin, du principe des nationalisations.

11 G. Vedel et P. Delvolvé, « La Constitution, base du système juridique », *Revue internationale de droit comparé*, n° spécial (Journées de la société de législation comparée 1979), 1979, pp. 111–134.

12 P. Devolvé, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, spéc. n°51 ; L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981–1982 », *Revue de droit public*, 1983, pp. 333–400, spéc p. 367 : « On ne peut étudier le droit économique sans traiter de sa dimension constitutionnelle ».

13 Sur la valeur juridique du préambule, voy. Cons. Const., 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n°71–44 DC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°19 ; *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1971, p. 537, note Rivero.

14 H. Charles, « Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ? », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges G. Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, pp. 111–120.

Le contenu des normes énumérées est cependant imprécis, et leur articulation avec celles énoncées par la Déclaration de 1789 fort problématique[15].

Il est clair que cette référence à des principes d'inspiration opposée est porteuse d'antinomies. Le problème du conflit des normes qu'elle renferme pourrait être facilement résolu, si l'on acceptait de reconnaître l'existence d'une supra-constitutionnalité qui inclurait l'une des deux catégories de droits fondamentaux visées. Cette position, qui reviendrait à adopter une conception jusnaturaliste du droit, porteuse d'incertitude, est toutefois écartée par la doctrine et par le Conseil constitutionnel. Plus qu'à une éviction d'une catégorie de normes au profit de l'autre, c'est à leur conciliation que la haute juridiction procède en utilisant des techniques désormais rodées[16]. Il n'en demeure pas moins vrai que, s'il n'y a pas de hiérarchie juridique entre les principes simultanément consacrés par la Constitution, la structure particulière des droits économiques et sociaux[17] et, de façon générale, l'imprécision d'une partie des principes fondant l'interventionnisme de l'État, jointe à l'influence des valeurs métajuridiques qui privilégient la propriété et l'initiative privée, ont joué en faveur d'une prédominance au niveau constitutionnel du « modèle du droit économique libéral », vecteur de la mondialisation économique.

De leur côté, l'influence du droit européen fondé sur une « Constitution économique libérale »[18] et la naissance d'un droit multilatéral des échanges adossé à des accords qui ont pu être qualifiés de « Constitution économique mondiale »[19] constituent un double facteur de prévalence des principes constitutionnels libéraux sur les principes dirigistes. De ce point de vue, la constitutionnalisation des droits fondamentaux remplit une double fonction,

15 Voy. S. Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », *Revue du Droit Public*, 1984, pp. 573–606, spéc. p. 600.

16 D. Turpin, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985, n°2, p. 85–97. N.d .E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, F. Colly, « La Constitution économique de la France et la jurisprudence économique du Conseil constitutionnel ».

17 Voy. F. Rigaux, « Les droits économiques et sociaux », in G. Farjat et B. Remiche (dir.), *Liberté et droit économique*, Bruxelles, De Boeck, 1992, pp. 151–162.

18 Voy. par ex. l'article 102 A du Traité de Rome : « Les Etats membres agissent dans le cadre d'une économie de marché ouverte et où la concurrence est libre ». N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume les diverses contributions de la Part II - *The European Economic Constitution. From Micro to Macro*.

19 E.U. Petersmann, « Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets », *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2003, vol. 37, pp. 407–459. Cette Constitution mondiale serait fondée sur des droits économiques, au premier rang desquels se situe « le droit d'importer et d'exporter ».

idéologique et pratique : elle permet de rétablir la hiérarchie des valeurs sociales, que l'accumulation des droits d'inspiration diverse rendait illisible. Il s'agit d'une hiérarchie en dernier ressort politique, car elle découle d'une interprétation qui n'est pas la seule possible[20]. Il est, à cet égard, significatif qu'en France la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre ait été affirmée par le Conseil constitutionnel, en 1982, à l'occasion de l'examen de la loi sur les nationalisations[21].

S'agissant du second point, la conséquence directe de la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux pour attirer les investisseurs a été l'effacement des réglementations interventionnistes au profit des normes libérales qui prolongent et concrétisent l'effet de la Constitution économique. Le phénomène qui a commencé avec le droit financier[22] n'a épargné aucune discipline juridique. Du droit des sociétés au droit du travail, aucune branche du droit n'a été épargnée par l'offensive de la flexibilité et son corollaire, le renouveau du principe de liberté[23]. Même le droit des personnes, dominé par le principe de l'indisponibilité du corps humain, a été affecté par le mouvement général de contractualisation des rapports juridiques dont l'effet est d'étendre sans cesse les frontières du Marché.

On comprend dans ce contexte, la fulgurante ascension du noyau central du droit du marché qu'est le droit de la concurrence qui, en même temps qu'il traduit l'extension sans limites des rapports marchands, incarne la barrière à

---

20 Pour J. P. Chazal, il s'agirait même d'une interprétation « imposée par le Conseil Constitutionnel au législateur et donc à la Nation » (voy. J. P. Chazal, « Propriété et entreprise : Le Conseil Constitutionnel, le droit et la démocratie », *Recueil Dalloz*, 2014, n°19, pp. 1101–1606).

21 R. Savy, « La constitution des juges », *Recueil Dalloz*, 1983, n°17, pp. 105–110 ; J-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *op. cit*.

22 La globalisation s'affirme dans ce domaine à travers l'interdépendance entre les marchés financiers nationaux qui fait que « tout écart de réglementation entre deux places internationales engendre immédiatement des mouvements de capitaux à la recherche de la meilleure rémunération combinée au risque minimum. Un État qui arrêterait isolément des règles contraignantes se trouverait rapidement privé du flux nourricier » (F. Rachline, « La France et le Marché », *Le Monde*, 11 septembre 1997). Il en résulte un alignement des normes nationales sur les normes d'origine anglo-saxonne considérées comme des valeurs internationales (A. Couret, « La dimension internationale de la production du droit », in G. J. Martin et J. Clam (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 197 ; A. Vandenbulke, « La Legal Origins Theory : droit, économie, idéologie », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2017, vol. XXXI, n°1, pp. 79-130).

23 Pour une illustration de l'ampleur de ce phénomène, voy. notre étude précitée : M. M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux – Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *op. cit*.

ne pas franchir, celle qui protège la logique globale du système concurrentiel. L'expansionnisme de cette nouvelle discipline, qualifiée par certains auteurs d'« ordre juridique concurrentiel » pour souligner l'impossibilité de lui assigner des frontières précises[24], apparaît d'abord sur le terrain des « sujets » auxquels elle a vocation à s'appliquer. Parce qu'il a pour objet de réguler le fonctionnement du marché, le droit de la concurrence était appelé à s'adapter à l'expansionnisme démesuré de celui-ci en utilisant des notions qui expriment sa vocation quasi universelle[25]. Le recours au concept polymorphe d'« entreprise » s'inscrit dans cette perspective[26]. L'utilisation de cette notion permet, en effet, au droit de la concurrence d'englober toute entité susceptible d'opérer sur un marché sans être entravé pour les qualifications liées au choix de la forme juridique adoptée par celle-ci (association, société, Groupement d'Intérêt Économique ou simple personne physique).

Cette approche, qui est également celle du droit européen[27], supprime tout obstacle à l'expansion de cette branche du droit lié au statut juridique des entités économiques, en déplaçant le problème de la délimitation exacte des sujets potentiels de ce droit vers celui de la qualification de l'activité exercée.

---

24 A. Pirovano, « Justice étatique support de l'activité économique, Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Justices*, 1995, n°1, pp. 15–33.

25 Voy. par exemple l'article 53 de l'ordonnance française du 1er décembre 1986 (désormais intégrée au Code de commerce) assez représentative des réglementations en vigueur dans la plupart des États développés, qui dispose : « La présente ordonnance s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ».

26 Voy. par exemple, S. Garroy, « Évolution des rapports entre association sans but lucratif et marché en droit belge : chemin de la liberté ou marche funèbre ? », *Journal des Tribunaux*, 2021, pp. 466–471.

27 Le Traité CEE (aujourd'hui intégré dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE) et le droit dérivé ont fait de l'entreprise la seule destinataire des règles relatives à la libre circulation des personnes et à l'exercice des recours judiciaires. Selon la Commission des Communautés européennes (voy. par ex. décis. Com. CIE, n°94/601, 13 juillet 1994, Carton : J, n° L 243, 19 septembre 1994, p. 1), « l'objet des règles de concurrence communautaire est l' "entreprise", notion qui n'équivaut pas à celle de société dotée d'une personnalité juridique distincte. Le terme entreprise n'est pas défini dans le Traité. Il peut toutefois désigner toute entité exerçant une activité commerciale. Dans le cadre des grands groupes de sociétés, chacune des entités suivantes peut, selon le cas, être considérée comme une entreprise : la société mère ou holding du groupe, le groupe entier, c'est-à-dire la société mère et ses filiales indirectes, les holdings intermédiaires. Les sous-groupes ou divisions considérées individuellement ». N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? », et C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

L'application des règles concurrentielles dépend, en effet, du fait de savoir que toute activité qui touche à la production, à la distribution et aux services peut être caractérisée comme une activité intéressant la concurrence. À la fois reflet et vecteur de l'« économisation » de la quasi-totalité des activités sociales, le droit de la concurrence professe, sur ce point, une conception extensive de l'économique avec toutefois quelques rares îlots de résistance, dans les pays de forte tradition dirigiste. Pour prendre la mesure de l'attraction que la logique concurrentielle, portée par le processus de la mondialisation, exerce désormais sur tous les secteurs de l'activité sociale, il suffit d'évoquer l'évolution des principaux domaines qui semblaient – en raison de leur nature ou de leurs caractéristiques – devoir échapper à l'emprise de la rationalité marchande. Le moins significatif est peut-être le secteur libéral, puisque la commercialisation des professions libérales est la conséquence d'une évolution amorcée depuis la seconde moitié du XX^e siècle[28]. L'accélération du processus de mondialisation a facilité l'officialisation du phénomène[29]. Le dogme du caractère purement civil des professions libérales est aujourd'hui sérieusement ébranlé par leur intégration à l'ordre concurrentiel[30].

L'application du droit de la concurrence aux activités artistiques et intellectuelles constitue une illustration plus sérieuse de l'extension de la logique du marché. Contrairement à l'idée quelquefois avancée par la doctrine civiliste selon laquelle l'activité de l'artiste consisterait dans une prestation personnelle, extrapatrimoniale par nature, le droit de la concurrence oppose le constat de l'exploitation économique de cette activité qui la fait basculer dans

28 Voy. O. Azziman, *La commercialisation des professions libérales au Maroc*, thèse pour le doctorat d'État, Nice, 1983 ; R. Le Moal, *Contribution à l'étude d'un droit de concurrence*, Paris, Economica, 1979, p. 267.

29 La pénétration de la logique du marché au sein des professions libérales ne se fait pas toujours sans résistance. Ainsi, à propos de la profession d'avocats, on a souligné que si la tendance est à la constitution d'« unités assez grosses pour soutenir la concurrence des firmes anglo-saxonnes installées jusqu'à Paris », il subsiste encore des facteurs de résistance à la généralisation de la logique concurrentielle – qui ne s'explique pas seulement par les survivances du passé. Voy. R. Martin, « Un exemple de résistance au marché : les avocats en France », *Revue Internationale de Droit Économique*, 1998, vol. XII, n°1, pp. 91–98.

30 Voy. par exemple, pour une application du droit des ententes au problème de la fixation des honoraires des médecins, Paris, 15 avril 1992, D, 1993, Som. Observation Penneau et pour une appréciation du comportement de l'établissement de cure thermale dans ses rapports avec ses malades et notamment les conditions qu'il leur oppose. Voy. Cass. Com., 14 mai 1990 ; *Gaz. Pal.*, 15 septembre 1990, note Doucet ou, pour la soumission des pharmaciens au droit de la concurrence, Paris, 20 septembre 1990, BOCC, 26 septembre 1990.

le giron du marché[31]. Le rejet du critère « naturaliste » au profit de celui de l'exploitation économique fait sauter toute cloison entre les activités à but lucratif et les activités *a priori* désintéressées. Le mouvement affecte même les biens culturels, dont on s'accordait à reconnaître qu'ils doivent bénéficier d'une sorte d'« exception » à la soumission aux lois de la concurrence.

L'effacement des frontières entre l'économique et le non-économique, conséquence de la répudiation du « caractère naturaliste », se traduit par une pénétration de la logique concurrentielle au sein de ce qu'il est convenu d'appeler l'économie sociale[32]. L'indifférence de la forme juridique adoptée permet d'attirer le secteur associatif et le secteur coopératif dans le champ du droit de la concurrence, dès lors que les activités exercées font l'objet d'une exploitation économique. La soumission des syndicats de salariés[33] aux exigences du droit de la concurrence avait d'ailleurs fait craindre une absorption du social par l'économique[34]. Pour l'heure, la seule limite posée concerne les organismes de sécurité sociale que les « objectifs de solidarité nationale » conduisent, sous certaines réserves[35], à exclure du champ de l'ordre concurrentiel[36].

La référence à la spécificité des objectifs poursuivis n'a cependant pas été d'un grand secours, s'agissant cette fois de la question de l'applicabilité du droit de la concurrence au secteur public. Il faut dire que, dans tous les pays de l'Union européenne, le rôle du droit européen, droit économique par nature fondé sur le marché, a ici été décisif. On sait, en effet, que si le Traité de Rome a, d'emblée, affirmé sa neutralité (notamment dans son article 222) à l'égard des régimes de propriété adoptés dans les différents États membres[37],

---

31 Voy. déjà : J. Azema, *Droit de la concurrence*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.

32 M. Jeantin, « L'entreprise non capitaliste en économie de marché », *Revue Procès*, 1981, n°7, p.30.

33 C. Concurr., Décis., 20 juillet 1990, n°90, D 21, BOCGRF ; Paris, 6 mars 1991, *Gaz. Pal.*, 1991, 2, p. 402.

34 B. Edelman, « A bas le droit du travail, vive la concurrence ! (à propos de l'arrêt de la Cour de Paris du 6 mars 1991) », *Recueil Dalloz*, 1992, n° 1, pp. 1–9.

35 D'une part, la mise à l'écart du droit de la concurrence ne joue pas au profit des organismes (sociétés mutuelles ou sociétés d'assurances) assurant les dépenses de santé non couvertes par l'assurance maladie (voy. par ex. Cass. Com., 12 décembre 1990, *Gaz. Pal.*, 1990, 2, p. 400). D'autre part, l'application du droit de la concurrence peut toucher de façon résiduelle les organismes de sécurité sociale (voy., pour l'application des règles de la concurrence déloyale, Cass. Soc., 13 janvier 1994, p. 298, note Kessous).

36 Cass. Com., 12 juillet 1993, *Pelec/Organic* n°1341, D ; CJCE, 17 février 1993, Affaires jointes C-159/91 et C-160/91 (ECLI:EU:C:1993:63), Rec., 1, p. 637.

37 Voy. A. Winckler, « Public et privé : l'absence de préjugés », *Archives de Philosophie du Droit*, 1997, vol. 41, pp. 301–316, pour qui cette position reflète le refus des rédacteurs du Traité de Rome de prendre parti « dans le débat opposant à la fin des années 1950

il a également posé le principe de l'égale soumission des entreprises publiques à toutes les règles qu'il énonce, en particulier celles concernant la concurrence et les aides de l'État[38]. Or, ce principe s'est révélé lourd de conséquences. En obligeant les entreprises publiques à se soumettre aux règles conçues pour régir la compétition entre entreprises privées, le Traité de Rome jetait, en réalité, les bases d'une dislocation des régimes de propriété publique dans les États membres[39]. Nourri par les vagues de dérégulations venues des États-Unis et avivé par une mondialisation qui ne laisse pas d'alternative au modèle du marché[40], le conflit entre les principes qui fondent la « constitution économique » de l'Europe et les exigences du service public, notamment à la française, se résout naturellement au détriment de ces derniers[41]. L'application du droit européen de la concurrence s'est déjà traduite par la fin du cumul des activités économiques et des fonctions de régulation, la nécessaire distinction (dans les entreprises de réseau) entre les activités de gestionnaire d'une infrastructure publique et de fournisseur de services d'intérêt économique général[42].

Si le droit européen justifie des entorses au libre jeu de la concurrence, au profit d'entreprises ayant une mission économique d'intérêt général, notamment en tolérant une compensation entre les activités rentables et les activités

---

les disciples de l'économie de marché à ceux de l'économie planifiée, laissant à chaque État la liberté d'étoffer s'il le désire son secteur public, en instituant des entreprises publiques et en nationalisant les entreprises privées ». N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

38 L'article 5 du Traité prescrit aux États de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du Traité, parmi lesquels la réalisation d'un régime de libre concurrence visée aux articles 85, 86 et 90, aujourd'hui, respectivement, articles 101, 102 et 106 du TFUE. Les dérogations prévues par l'article 90 (article 106 du TFUE) au profit des entreprises publiques sont limitées à ce qu'exigent les nécessités du service public.

39 Puisqu'il refusait l'existence d'une rationalité économique construite à partir d'une logique publique : voy. M. M. Mohamed Salah, *Rationalité juridique et rationalité économique dans le droit de la concurrence*, thèse, Nice, 1985, pp. 450 et s.

40 J. Chapez, Y. Laide et G. Simon, « Mondialisation et services publics », in E. Loquinet C. Kessedjian (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, LITEC, 2000, pp. 503–549.

41 L'influence du droit européen se traduit d'abord par le cantonnement des monopoles publics « aux seules missions d'intérêt général et l'exclusion des activités économiques non nécessaires à leur équilibre financier et par la prohibition des monopoles inefficaces » (voy. A. Winckler, « Public et privé : l'absence de préjugés », *op. cit.*).

42 R. Kovar, « Droit communautaire et Service public : Esprits d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, vol. 32, nos 2–3, pp. 215–242 (première partie) et pp. 493–533 (seconde partie).

non rentables[43], il considère que la concurrence demeure la règle et que son exclusion[44] est l'exception[45].

1.2 *Une universalité consacrée*

L'universalisation de la Constitution économique a été facilitée, en premier lieu par l'expansion du modèle de l'État de droit, d'abord à l'intérieur de l'Europe puis à l'extérieur de celle-ci. Les textes internationaux de l'après-guerre (la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les deux Pactes de l'ONU de 1966) puis les divers textes régionaux ont constitué un facteur favorable à l'extension planétaire des principes fondateurs de la Constitution économique, extension que l'effondrement du Mur de Berlin et le triomphe du libéralisme ont accélérée et renforcée. Mais c'est surtout par le biais de la mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux que l'idée de Constitution économique va s'universaliser.

Il faut dire que le phénomène a été facilité par l'échec des expériences dirigistes et socialistes au Sud comme à l'Est et l'explosion du problème de la dette qui n'ont laissé d'autre alternative que l'intégration à la mondialisation économique, laquelle passe par la mise en place d'un droit toujours plus attractif. On doit à cet égard souligner le rôle décisif joué par la Banque mondiale et le Fonds monétaire internationale (FMI). La montée de ces organismes correspond à l'affirmation du « règne des créanciers, qui ont commencé à la faveur de la déréglementation à faire la loi » ; ce qui explique la « priorité donnée un peu partout aux politiques anti-inflationnistes » et l'éclipse des « grandes politiques de relance par les salaires, l'investissement ou le déficit des budgets publics »[46]. Il y a eu, en effet, dans les années 1980 et 1990, une remarquable convergence entre les critères mis en œuvre par la Banque mondiale et le FMI, d'une part, et ceux adoptés par l'Organisation de coopération et de

43 J. Chapez, Y. Laide et G. Simon, « Mondialisation et services publics », *op. cit*.

44 Voy.par exemple les arrêts *Paul Corbeau* (CJCE, 19 mai 1993, C-320/91 (ECLI:EU:C:1993:198) ; *Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1993, p. 865, note F. Hamon) et *Commune d'Almelo* (CJCE, 27 avril 1994, C-393/92 (ECLI:EU:C:1994:171) *Rec*., p. 1, 1477).

45 Exception qui doit être économiquement justifiée, voy. R. Kovar, « Droit Communautaire et Service public : Esprits d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *op. cit*., qui souligne que dans le droit communautaire le marché est la référence essentielle. Ce qui conduit à une application stricte de l'article 90, §2, du Traité de Rome relatif aux entreprises d'intérêt général économique et qu'en définitive, chaque fois qu'il apparaît que le marché est apte à réaliser le service public ou le service universel, la nécessité d'un régime dérogatoire disparaît.

46 R. Passet, *L'illusion néo-libérale*, Paris, Fayard, 2000, pp. 144 et s., qui observe en effet que « le capital ne redoute rien tant que l'inflation qui érode les taux d'intérêt réel obtenus après que l'on a déduit la hausse des prix des taux d'intérêt nominaux du marché ».

développement économiques (OCDE) ou les traités de Maastricht et d'Amsterdam, d'autre part, qui érigent en dogme, « indépendamment de toute conjoncture et abstraction faite des besoins réels de chaque pays, la priorité à la rigueur, aux équilibres et à la stabilité »[47].

Dans les pays du Sud, la Banque mondiale et le FMI on initié à travers le principe de conditionnalité[48], qui régit leurs aides aux États dont l'économie est déséquilibrée, des politiques dites d'« ajustement structurel » dont l'effet principal est de raccorder l'économie nationale à l'économie internationale en la soumettant aux contraintes et à la logique du marché mondial. Ces politiques d'ajustement structurel comportent toujours un volet « libéralisation du commerce » qui comprend invariablement deux aspects. Le premier est relatif à l'allègement, voire la suppression, des contraintes qui enserrent l'activité entrepreneuriale. Sont d'abord visés les dispositifs administratifs relatifs au commerce extérieur, notamment les autorisations préalables, les systèmes de licence, les contingentements, les rationnements, les nombreux visas administratifs, *etc.* En second lieu, sont souvent visés les dispositifs relatifs au commerce intérieur, en particulier la réglementation des prix, car elle constitue le cheval de bataille des opérateurs économiques privés[49]. Le deuxième aspect de la libéralisation du secteur commercial concerne le désengagement de l'État de la sphère des activités marchandes. Les politiques menées sous l'égide de la Banque mondiale ont partout débouché sur le transfert au secteur privé des entreprises non rentables et non stratégiques, d'une part, et sur la suppression des monopoles et subventions, d'autre part. L'ensemble est généralement couronné par une réglementation moderne de la concurrence[50].

Si le régime économique de la plupart des pays du Sud s'est sensiblement rapproché, sous l'impulsion de la Banque mondiale et du FMI, de celui des pays du Nord, le régime économique des ex-États de l'Est a connu dans la même période une évolution identique renforcée par l'action de l'Union européenne. Celle-ci soumet, en effet, les pays qui entendent y adhérer ou s'y associer à l'exigence de l'adoption d'une réglementation de la concurrence sinon

47 *Ibid*.

48 Voy. par ex. J.-M. Sorel, « Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du FMI et leur conséquence », *European Journal of International Law*, 1996, vol. 7, n°1, pp. 42–66.

49 Voy. J. Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1987, vol. 103, n°2, pp. 281–319.

50 Voy. les exemples cités, in M. M. Mohamed Salah, « La problématique du droit économique dans les pays du Sud » (première partie), *Revue Internationale de Droit Économique*, 1998, vol. 12, n°1, pp. 19–34.

d'« une politique de concurrence ». Cette « conditionnalité » mise en œuvre à propos de l'élargissement de l'espace économique européen à l'Autriche, la Finlande et la Suède a été étendue aux six pays d'Europe centrale et orientale (Républiques tchèque et slovaque, Pologne, Hongrie, Roumanie, Bulgarie) avec lesquels les instances communautaires ont d'abord passé des accords d'association incluant un dispositif complet relatif une réglementation de la concurrence[51].

Mais les exigences de ces organismes, en particulier des institutions financières, ne s'arrêtent généralement pas à l'adoption d'un régime économique dominé par la liberté du commerce. Elles impliquent au bout une réforme de l'ensemble du système juridique. Aucun secteur du droit – ni la procédure, ni le droit foncier, ni le droit de la fonction publique, ni *a fortiori* la réglementation des investissements[52] – n'a échappé à la boulimie réformiste des institutions financières[53]. On n'a pu relever ainsi que les codes des investissements se sont faits de plus en plus racoleurs. Les « lois nationales prennent, depuis 1990, une texture qui ne ressemble en rien aux lois de la première génération.

---

51 L. Idot, « La concurrence, condition d'adhésion à l'Union européenne : l'exemple des pays d'Europe centrale et orientale », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle : mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz,1998, pp. 361–381.

52 On a par exemple observé en matière de contrats de transfert de technologie que, « si de la fin des années 1960 au milieu des années 1980 les pouvoirs publics sont intervenus dans la plupart des pays en développement pour contrôler les contrats de transfert de technologie », on assiste depuis une dizaine d'années à un retour à la liberté des conventions (voy. B. Remiche, « Le rôle régulateur des contrats internationaux du transfert de technologie : du contrat contrôle au contrat libéré », in G. J. Martin et J. Clam (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit*., pp. 313–320, spéc. p. 314).

53 Les pays sous ajustement structurel s'engagent dans des projets de réforme juridique et judiciaire qui affectent autant le droit substantiel que le droit processuel. Voy. par exemple pour le cas de la Mauritanie, la réforme amorcée sous l'égide de la Banque mondiale qui s'est traduite par une réforme en profondeur du Code de commerce (loi n°05-2000 du 30 janvier 2000, publiée au *Journal officiel* du 15 mars 2000), l'introduction de l'arbitrage (loi n°99-039 du 24 juillet 1999, publiée au *Journal officiel* du 30 septembre 1999), une réforme de la procédure (loi n°99-035 du 24 juillet 1999, publiée au *Journal officiel* du 30 septembre 1999), une réforme du statut des auxiliaires de justice, *etc*. L'exemple est d'autant plus intéressant que le pays s'est engagé au début des années 1980 dans une série de réformes placées sous la bannière du renouement avec la Charia islamique. Voy. M. M. Mohamed Salah, « Quelques aspects de la réception du droit français en Mauritanie », *Revue mauritanienne de droit et d'économie*, 1989, n°1, p. 4.

Les États les affichent comme des instruments promotionnels d'une politique d'ouverture à l'investissement »[54].

L'action des principales institutions financières est quelquefois relayée par les efforts accélérés d'uniformisation à l'échelle régionale ou sous-régionale. C'est ainsi que quatorze pays africains ont franchi un pas décisif en se liant, en 1993, par un Traité instituant une Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)[55], qui s'est matérialisé depuis le 1er janvier 1998 par l'adoption d'actes uniformes[56] du droit commercial, du droit des sociétés et du droit de l'arbitrage. Ce processus, dont les acteurs escomptent « une plus grande attractivité » pour les investisseurs, s'est traduit par une libéralisation, une contractualisation et une uniformisation des législations internes des pays membres dans la plupart des secteurs du droit qui intéressent le monde des affaires[57].

La conséquence générale du phénomène résultant de cette course à l'attractivité juridique a été une sorte de dévalorisation de l'exercice par l'État de ses pouvoirs normatifs de contrôle et de régulation au profit des principes fondateurs de la Constitution économique néolibérale. Mais ce mouvement semble trouver ses limites dans les contradictions du processus de mondialisation.

2 Les limites de la constitutionnalisation économique néolibérale

Si l'on pouvait penser dans les années 1990 et même jusqu'au début des années 2000 que la mondialisation entraînait de manière irréversible « l'affaiblissement des principes de la souveraineté et de territorialité des États et le dépassement de systèmes de droits nationaux »[58], de nombreuses évolutions en cours conduisent, aujourd'hui, à nuancer ce jugement. Ces évolutions, de

54 A. Bencheneb, « Sur l'évolution de la notion d'investissement », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LITEC, 2000, pp. 177–203, spéc. p. 187.

55 Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis. Voy. le numéro spécial « OHADA » de *Penant*, Revue trimestrielle de droit africain, mai-août 1998.

56 Conformément à l'article 5 du Traité de l'OHADA.

57 G. K. Douajni, « Les conditions de la création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au développement », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, vol 52, n°1, 1998, pp. 39-47.

58 M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif de l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 39.

nature diverse, se traduisent toutes par une résurgence des souverainetés étatiques.

La première se rapporte à la prise de conscience généralisée des excès du « tout libéral ». Il faut dire qu'entre-temps les attentats du 11 septembre 2001, la crise des *subprimes*, le jeu des délocalisations, les stratégies d'optimisation fiscale des firmes, la multiplication des catastrophes écologiques, les mouvements désordonnés et surmédiatisés du flux migratoire en provenance du Sud ont tous joué pour renforcer la demande sociale et politique en faveur du retour des États, comme instances politiques appelées à assurer la fonction de régulation que le marché et la société civile ne pouvaient manifestement pas remplir. C'est la pérennité de la structure classique de l'ordre international, toujours composée d'États souverains, qui veut qu'en l'absence de véritables instances supranationales, on en revienne toujours à la souveraineté, c'est-à-dire à la liberté de chaque État de réglementer comme il l'entend les relations économiques et sociales, ayant un lien avec son territoire, sous les seules réserves des limitations découlant du droit international[59]. Plus la pression en faveur de la régulation se renforce et plus l'État est amené à utiliser cette liberté tout en composant avec les contraintes du Marché. La crise sanitaire sans précédent qui frappe le monde depuis le début de l'année 2020 et ses retombées économiques renforce cette tendance qui favorise le regain de l'unilatéralisme (2.1.).

Le ralliement au consensus de Washington avait poussé les États, en particulier, depuis le milieu des années 1980 à

> promouvoir un droit économique néolibéral fondé sur les orientations de droit public de l'OMC et de plans de la Banque Mondiale et du FMI, fondé sur les orientations jurisprudentielles des arbitrages économiques privés [...] mais aussi sur la diffusion à la planète de tout un ensemble de droits privés (et non publics) incluant en particulier le droit de propriété, le droit de contracter ou encore la liberté d'entreprendre.[60]

---

59 Comme l'observe J.P. Cot : « Le système juridique international repose toujours sur le triangle intangible composé de l'État, de la souveraineté et du droit international. On l'a souligné, il y a oscillation sans doute, mais à la manière d'un gyroscope : on en revient nécessairement à l'équilibre » (J.P. Cot, « Préface », in Société Française pour le Droit International (dir.), *L'Etat dans la mondialisation : Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013 pp. 5–9, spéc. p. 9).

60 E. Tourme Jouannet, « Droit du développement et droit de reconnaissance, les piliers juridiques d'une société mondiale plus juste ? » in Société Française pour le Droit International (dir.), *Droit international et développement : Colloque de Lyon*, Paris, Pedone, 2015, pp. 30–63, spéc. pp. 36–37.

La redécouverte de la fonction régulatrice de la souveraineté va consister pour les États, non à remettre en cause les principes libéraux qui se sont propagés, à la faveur de cette évolution (notamment le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou de contracter), mais à amener le droit économique à s'ouvrir aux valeurs et aux intérêts publics qu'ils ont aussi pour mission de promouvoir et de protéger. Et cela va conduire à atténuer la force des principes qui forment la substance de la Constitution économique (2.2.).

2.1 *Le regain de l'unilatéralisme*

Ce regain a deux sources principales. La première réside dans la crise du multilatéralisme dans lequel certains États, en particulier les États puissants, ne semblent plus trouver leur compte. La seconde source est plus directement liée aux nouvelles responsabilités qui pèsent sur les États dans des domaines divers, comme la lutte contre la corruption ou le blanchiment de l'argent sale, la protection de l'environnement et des droits fondamentaux ou encore la lutte contre le terrorisme. En l'absence d'un droit mondial applicable dans ces domaines, chaque État tente d'une manière plus ou moins douce d'imposer le sien.

S'agissant du premier point, l'expérience de ces cinq dernières années a montré, en particulier dans le domaine du commerce international, que chaque fois que les États puissants considèrent que les contraintes qui découlent des règles multilatérales deviennent trop lourdes par rapport aux avantages qu'elles procurent ou lorsqu'ils pensent que leurs concurrents ne respectent pas suffisamment les règles instituées, ils ont tendance à revenir à l'unilatéralisme. Ces deux arguments ont notamment été invoqués par le Président des États-Unis Donald Trump, en 2018, lequel affirmait dans l'un de ses célèbres tweets que « les guerres commerciales sont bonnes et faciles à gagner », allant ainsi ouvertement à l'encontre de l'un des objectifs essentiels du système commercial multilatéral, à savoir la prévention des guerres commerciales[61].

Moins de deux ans après son accession à la présidence, les États-Unis ont commencé à user de sanctions unilatérales contre leurs principaux partenaires, la Chine en tête; mais aussi les alliés canadien et européens. Les taxes annoncées frappant certains produits chinois, notamment les machines à laver et les panneaux solaires, devaient être environ de 60 milliards de

61 N.d.E. : on pourrait ainsi considérer qu'il renoue, de la sorte, avec une approche plus mercantiliste du commerce international, contre laquelle s'était élevée la physiocratie au XVIII^e siècle (bientôt suivie par l'économie politique classique) ; voy. *supra* dans ce volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique, l'Europe ».

dollars, le déficit de la balance commerciale se creusant aux environs de 375 milliards pour l'année 2017. Quant aux produits européens ciblés, il s'agit pour l'essentiel de l'acier, l'aluminium et l'automobile qui se sont vus imposer de nouveaux tarifs.

Mais plus que l'imposition par la voie unilatérale de nouveaux tarifs douaniers, ce qui retient le plus l'attention, c'est le fondement juridique invoqué à l'appui de ces mesures. Bien que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) comporte, comme son prédécesseur, le GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), « tout un arsenal de défense forgé dans le respect du principe de proportionnalité qui permet (à un Membre) de faire face à des pratiques commerciales jugées déloyales »[62], les États-Unis se sont appuyés sur leur législation nationale « pré-OMC », notamment l'article 301 du *Trade Act* de 1974, utilisé en « janvier 2018, pour la première fois depuis 16 ans pour imposer les tarifs sur les machines à laver et les panneaux solaires » et « l'article 232 du *Trade Expansion Act* de 1962, tiré pour l'occasion de son quasi-oubli »[63] pour justifier les nouveaux tarifs sur l'acier, l'aluminium ou l'automobile.

Cette dernière disposition qui vise les « importations d'articles qui menaceraient la sécurité des États-Unis » permet à l'administration américaine de rejeter tout recours au Mécanisme de règlement des différends prévu par le droit de l'OMC, au motif que « les questions de sécurité nationale sont des questions politiques qui ne sont pas susceptibles d'être examinées ni ne peuvent être réglées dans le cadre du règlement des différends à l'OMC »[64]. Parallèlement, les États-Unis se sont employés à bloquer la nomination de nouveaux juges à l'Organe d'Appel du règlement des différends[65].

62 B. Okiemy, *L'OMC, une ingénierie juridique et commerciale à reconfigurer,* Paris, L'Harmattan, 2019, spéc. p. 119, qui cite en illustration de cet arsenal de défense à la disposition des États membres, les dispositions de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT 1994 (Réglementation *antidumping*) l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, l'Accord sur les sauvegardes, le Mémorandum d'accord relatif à la balance des paiements et le Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXVIII du GATT 1994 permettant aux membres de l'OMC de prendre les mesures de défense contre les atteintes aux règles du commerce international.

63 J-M. Siroën, « Les guerres commerciales de Trump : haro sur le multilatéralisme », *Politique étrangère*, 2018, n°4, pp. 87–101, spéc. pp. 98–99.

64 Communication américaine à l'OMC, 6 Juillet 2018, WT/DS548/13, citée par J.-M. Siroën, « Les guerres commerciales de Trump : haro sur le multilatéralisme », *op. cit.*, p. 99, note 14.

65 Cet organe est normalement composé de sept juges. Ils ne sont plus que trois depuis septembre 2018, nombre minimal pour chaque délibération. Néanmoins, le blocage de tout renouvellement continue, il ne restera qu'un seul juge en décembre 2019.

Ce serait cependant une erreur que de vouloir expliquer l'ensemble des problèmes actuels du système commercial multilatéral par la seule politique commerciale de l'administration Trump. Les « tensions observées vont au-delà des lubies d'un Président imprévisible »[66]. D'une part, les textes sur lesquels celui-ci s'appuie font partie d'un arsenal particulièrement étoffé de règles qui remontent à plusieurs décennies[67] et dont plusieurs enquêtes ont montré qu'ils constituent une pièce maîtresse de « la stratégie géoéconomique des États-Unis, pensée comme une autre façon de faire la guerre et de défendre leur leadership mondial »[68]. Ces textes, de portée extraterritoriale, ne visent pas seulement à sanctionner certains États spécialement ciblés, comme Cuba, l'Iran ou le Liban[69] ; ils permettent également de mettre au pas les entreprises étrangères qui n'ont qu'un lien ténu avec les États-Unis[70]. Ces entreprises peuvent également être sanctionnées sur la base du *Foreign Corrupt Practies Act* de 1977, pour corruption (celle-ci étant définie de manière large) d'agents publics à l'étranger ou relever d'autres textes de portée extraterritoriale, prévoyant des sanctions très lourdes. Ainsi, de nombreuses entreprises européennes, dont BNP, Alstom et la Société Générale, ont déjà fait l'objet de sanctions financières très lourdes de la part des Autorités américaines dans le cadre de transactions où les entreprises, pour éviter un procès nuisible à leur image de marque et incertain pour elles, préfèrent accepter le deal proposé. On a pu parler à cet égard d'un véritable marché de « l'obéissance mondialisée »[71] par lequel les États-Unis étendent l'empire de leur législation au point

66 S. Jean, « Désaccords commerciaux internationaux : au-delà de Trump », *Politique étrangère*, 2019, n°1, pp. 57–69, spéc. p. 58.

67 Comme le rappelle Jean-Marc Siroën, déjà en 1987 le Président Reagan avait imposé « un droit de douane de 100% sur les importations japonaises de certains produits électroniques. L'article 301 est encore renforcé par la loi de 1988. Celle-ci introduit un Super 301 qui, sans épargner les Européens, cible principalement le Japon. Les raisons alors évoquées sont aujourd'hui reprises à l'encontre de la Chine : déloyauté, pillage des technologies, déficit excessif avec les États-Unis » (par J.-M. Siroën, « Les guerres commerciales de Trump : haro sur le multilatéralisme », *op. cit.*, p. 93).

68 A. Laïdi, *Le Droit, nouvelle arme de guerre économique. Comment les Etats-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Arles, Actes du Sud, 2019, pp. 22–23, qui renvoient à R. D. Blackwill et J. M. Harris, pour qui la géo-économie est définie comme « l'utilisation des instruments économiques pour promouvoir et défendre les intérêts nationaux et produire un résultat géopolitique bénéfique ».

69 Respectivement par les lois Hels-Burton et d'Amato-Kennedy, voy. M. Cosnard, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commerce avec et d'investir dans certains pays », *Annuaire Français de Droit International*, 1996, vol. 42, pp. 33–61.

70 Notamment *via* la conclusion de transactions avec un de ces pays libellées en dollars.

71 Voy. A. Garapon et P. Servan-Schreiber, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

d'en faire une législation mondiale, parvenant « même à faire assumer par d'autres les dysfonctionnements du système économique américain »[72]. De ce point de vue, l'administration Trump serait dans la continuité même si la méthode qu'elle utilise peut paraître plus brutale. S'agissant plus particulièrement de la remise en cause directe ou indirecte de l'OMC, la bonne compréhension de la position américaine ainsi que celle des autres acteurs passe par un rappel du contexte de la création de cette institution et des limites qui en obèrent la dynamique de fonctionnement.

Mais l'unilatéralisme a aussi d'autres ressorts. Ainsi, en matière de défense de l'environnement ou des atteintes aux droits fondamentaux, ou de lutte contre la corruption, toutes les législations nationales sont confrontées aux mêmes problèmes juridiques, lorsqu'il s'agit en particulier de contraindre les groupes transnationaux au respect des règles qu'elles édictent. Il s'agit chaque fois de dépasser les obstacles classiques que constituent, d'une part, la multiplicité des personnes morales, agrégats juridiques disparates de l'entité que représente la firme globale, et, d'autre part, le cloisonnement des ordres juridiques nationaux qui conduit à envisager chaque agrégat comme « partiellement soumis à une loi différente en fonction de ses propres rattachements »[73].

Les réponses conçues pour dépasser ces obstacles illustrent, toutes, quoique selon des degrés divers, le regain de la méthode unilatéraliste. En droit français, on citera, d'abord, la loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance qui impose aux sociétés mères et donneuses d'ordre l'adoption d'un Pan qui « comporte des mesures de vigilance propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits de l'homme et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement résultant des activités de la société et de celles qu'elle contrôle »[74]. Cette loi prend en compte « l'Entreprise avec l'ensemble de sa chaine de valeur », puisque l'obligation prévue inclut les activités des filiales que la société contrôle directement ou indirectement, ainsi que celle des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces

72 A. Laïdi, *Le Droit, nouvelle arme de guerre économique*, *op. cit.*, spéc. p. 23 qui écrit : « Les banques étrangères se sont acquittées d'une partie de l'ardoise de la plus grande crise financière de l'histoire après celle de 1929, la crise des subprimes de 2007 ».

73 E. Pataut, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », in Société Française pour le Droit International (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international : Colloque Paris 8 Vincennes-Saint-Denis*, Paris, Pedone, 2017, pp. 73–97, spéc. pp. 73–74.

74 Voy. l'art. L. 225-102-4 du Code de commerce.

activités sont rattachées à cette relation[75]. On peut toutefois regretter que la loi ait défini son champ d'application par référence au critère du siège social et non à celui du lieu d'exercice de l'activité économique[76]. Quoi qu'il en soit, ce texte s'inscrit dans la tendance récente à saisir l'entité groupe par le biais de la société-mère qui se voit ainsi chargée, à travers des obligations précises de comportement, d'organiser, d'imposer et de contrôler « le respect des normes (de compliance) qui doivent prévaloir de manière globale »[77].

Cette responsabilité pesant sur le centre de décision, à savoir la société-mère, inaugurée avec l'extension de l'obligation de *reporting* environnemental[78] aux filiales et aux sociétés contrôlées, poursuivie avec l'instauration par la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national de l'environnement (dite « Grenelle II ») d'une responsabilité des sociétés-mères (ou même de « la grand-mère et l'arrière-grand-mère ») ou contrôlaires du fait de leurs filiales ou sous-filiales[79], a connu une nouvelle étape avec la loi du 19 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin II ». Il s'agit, là aussi, d'une loi de régulation à vocation extra-territoriale mais de nature pénale, qui prescrit des mesures de *compliance* pour lutter en interne contre la corruption, non seulement pour la société-mère ayant son siège social en France, mais aussi pour ses filiales qui peuvent être situées à l'étranger[80].

---

75 S. Schiller, « Synthèse introductive », in S. Schiller (dir.), *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, pp. 1–10.

76 Ce qui a pour conséquence de laisser hors de son champ les entreprises étrangères exerçant des activités en France mais ayant leur siège social à l'étranger et de pénaliser ainsi les entreprises françaises.

77 X. Boucobza et Y-M. Sirinet, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux », *Journal du Droit International*, 2019, n°1, pp. 3–25, spéc. n°2.

78 Il s'agit de l'obligation légale pour les organes d'administration d'intégrer à leur rapport annuel « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activités », introduite en France, en 2001, par la loi relative aux Nouvelles Régulations Économiques (NRE) et étendue par la loi « Grenelle II ». Cette obligation existait dans plusieurs pays européens. Elle n'est toutefois généralement assortie que de « sanctions douces ».

79 Même si les conditions de la mise en œuvre de cette responsabilité limitent singulièrement la portée de la réforme. Voy. G-J. Martin, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n°201–788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite Grenelle II) », *Revue des Sociétés*, 2011, vol. 129, n°2, pp. 75–86, spéc. p. 84.

80 De même, les dispositions de la loi concernant la lutte contre l'évasion fiscale s'appliquent à toutes les sociétés et groupements ayant leur siège social en France et aux sociétés étrangères dont l'une au moins de leurs établissements est situé en France. Voy. A. Lecourt, « La loi n°2016–1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi "Sapin II" »,

D'autres pays prévoient des rattachements plus larges qui traduisent tous un recul de la méthode savignienne au profit du procédé des lois de police. Les États-Unis définissent ainsi le champ d'application de segments importants de leur législation économique par référence à l'utilisation du dollar, quel que soit le lieu de localisation de la transaction ou la nationalité des parties, ou par référence à la cotation sur un marché boursier américain[81].L'extraterritorialité et l'implication des entreprises dans le processus de mise en œuvre des normes de *compliance* sont les procédés conçus par les autorités américaines pour faire face à la dissymétrie entre le caractère intégré du marché global et la territorialité du pouvoir régulateur de l'État, inhérente à la mondialisation. Comme tous les grands États redécouvrent l'unilatéralisme, les groupes transnationaux sont « de plus en plus exposés à la démultiplication des poursuites nées de l'application concurrente des législations nationales »[82], avec une prime pour la législation de l'État le plus puissant, c'est-à-dire, celui qui, de par sa place dans le jeu de la mondialisation et par la force de ses organes régulateurs, a les moyens d'imposer l'effectivité de ses normes et de déstabiliser ses concurrents[83].

Cette évolution est renforcée par la judiciarisation croissante des mises en cause des activités et des comportements des entreprises transnationales et les décisions juridictionnelles, de plus en plus nombreuses, qui appréhendent le groupe comme une entité économique unique[84]. Elle nous semble appelée à s'affermir encore davantage, pour au moins deux raisons. La première est que la multiplication dans les législations nationales et régionales de règles imposant aux entreprises de « concourir à des buts d'intérêt général » ou plus précisément des « buts d'intérêts mondiaux, la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent, le trafic de drogues et d'êtres humains, le changement climatique[85], l'inégalité entre les êtres

---

Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de droit économique, 2017, pp. 101–120, spéc. pp. 108–111.

81 A. Garapon et P. Servan-Schreiber, *Deals de justice*, *op. cit.*, pp. 13 et s.

82 X. Boucobza et Y-M. Serinet, « La régulation des groupes internationaux de sociétés » *op. cit.*, p.22.

83 A. Laïdi, *Le Droit, nouvelle arme de guerre économique*, *op. cit.*, pp. 22 et s.

84 Voy. M. M. Mohamed Salah, « Le droit à l'épreuve des nouvelles régulations de l'économie globale », *Journal de droit international*, 2019, n°4, pp. 1058–1131, spéc. pp. 1102–1110.

85 Voy. C. Cournil et L. Varison, (dir.), *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, Paris, Pedone, 2018, préface M. Delmas-Marty ; Voy. également la décision rendue le 26 mai 2021 par la justice néerlandaise (le juge de première instance du Tribunal néerlandais de La Haye) qui condamne la société Royal Dutch Shell à réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) de 45% d'ici 2030 (Rechtbank Den Haag, 26 mai 2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379 (ECLI:NL:RBDHA:2021:5339)). La décision fondée

humains »[86] va de pair avec une inévitable processualisation des obligations instituées à la charge des entreprises. La seconde est que le besoin de transparence qui accompagne l'émergence d'un droit de la *compliance*, lequel passe par un renforcement de l'information sur les actes de toutes les personnes impliquées, conduit à une percée du voile de la personnalité morale[87] qui ne peut que favoriser la mise en jeu de la responsabilité des entreprises transnationales.

La conséquence de toutes ces évolutions en est que la course vers la libéralisation et l'assouplissement sans fin des règles juridiques est désormais contrebalancée par la prise en compte de la nécessité de mieux réguler l'activité des opérateurs économiques, en particulier les plus puissants.

2.2 *La substance de la Constitution économique relativisée*

La montée en force des valeurs sociales (environnement, santé, éducation, culture) que la seule référence au jeu du marché conduisait à sacrifier se traduit par une limitation de la portée juridique des principes qui sont au cœur de l'idée de Constitution économique[88]. En effet, après une période de suprématie incontestée favorisée par la course au tout libéral, ces principes doivent désormais composer avec des normes qui leur imposent des limitations diverses au nom d'intérêts collectifs tout aussi importants.

L'évolution est amorcée dans l'ensemble des disciplines juridiques qui sont allées le plus loin dans la voie de la libéralisation. Le droit des investissements en fournit une parfaite illustration. Après avoir affirmé, à partir du début des années 1990, sur la base d'Accords d'investissements dissymétriques[89], la

---

sur l'atteinte aux droits humains qu'implique les émissions de gaz à effet de serre est révolutionnaire en ce qu'elle rend l'entreprise transnationale responsable en matière d'obligations climatiques au même titre que les États.

86 M.-A. Frison-Roche, « Compliance et personnalité », *Recueil Dalloz*, 2019, n°11, pp. 604–606.

87 *Ibid*.: « L'abstraction inhérente à personnalité morale doit reculer pour que le droit de la compliance existe. La compliance exige des entreprises non seulement qu'elles connaissent les véritables clients mais qu'elles les connaissent bien ».

88 N.d.E. : voy. *infra* dans ce volume, S. Adalid, « De la constitution économique à la constitution écologique : l'avènement de la méta-politique ».

89 Aussi bien au plan procédural (puisque l'investisseur peut, sur la base d'un accord d'investissement conclu entre son État d'origine et l'État d'accueil d'investissement, attraire ce dernier devant un tribunal arbitral, et ce même de tout contrat entre lui et l'État défendeur, alors que l'inverse n'est pas possible : un État ne peut pas attraire l'investisseur devant un tribunal arbitral) que sur le plan du fond (érection des standards de protection consacrés par les modèles de traités Bilatéraux d'Investissement des grands États en règles mondialisées protectrices des investisseurs). Voy. M. M.Mohamed Salah,« Les paradoxes de l'internationalisation de la relation investisseur-États

prééminence des intérêts économiques, notamment ceux des investisseurs au détriment des intérêts collectifs protégés par les États, ce droit s'emploie désormais à concilier les deux catégories d'intérêts. À l'origine de ce tournant, il y a la prise de conscience par les États des risques de dépossession de leurs prérogatives consécutives à la trop grande liberté laissée aux arbitres qui tranchent les litiges d'investissement.

La contestation de l'arbitrage d'investissement nourrie par la médiatisation de certaines affaires où était en jeu l'exercice par l'État de son pouvoir normatif pour protéger la santé de ses citoyens (comme dans les affaires initiées par Philippe Moris contre certains pays ayant pris une législation antitabac) ou le choix souverain de sortir de la filière nucléaire (mise en cause de la politique allemande) s'est par la suite étendue dans certains pays aux traités bilatéraux d'investissement[90]. C'est ainsi que la dénonciation par la Bolivie en 2007[91], par l'Équateur en 2010[92] par le Venezuela en 2012 de la Convention CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) s'est fort logiquement accompagnée de celle des traités de protection de l'investissement « de façon à s'affranchir des obligations de fond et de recours à l'arbitrage qu'ils contiennent »[93].

Mais la « défiance » à l'égard de l'arbitrage d'investissement va au-delà de la vague de dénonciation des traités de protection de l'investissement que l'on a pu relever ces dernières années,[94] car elle traduit et cristallise les contestations d'origine diverse qui ciblent le procédé qui consiste à confier le règlement

---

d'accueil », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 579.

90 Voy. J. Cazala, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du Droit international,* 2017, n°1, pp. 81–97, spéc. p. 82–83.

91 L'interdiction de recourir à l'arbitrage a même été constitutionnalisée dans ce pays au moins pour le règlement des litiges d'investissement dans le domaine des hydrocarbures (article 366 de la Constitution bolivienne du 25 janvier 2009).

92 La Constitution (article 422 de la Constitution du 26 septembre 2008) faisait déjà défense à l'État de conclure des traités incluant des clauses de recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant l'État à des personnes privées étrangères.

93 E. Gaillard, « L'avenir des traités de protection des investissements », in C. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 1027–1047, spéc. p. 1028.

94 Laquelle s'étend au-delà des pays d'Amérique latine précités puisqu'elle touche l'Afrique du Sud, mais aussi certains pays d'Asie, et non des moindres, comme l'Indonésie et l'Inde et même certains pays européens comme la Norvège et la République tchèque. Quoique le phénomène reste marginal, eu égard au nombre de traités bilatéraux de protection de l'investissement dans le monde, il n'en traduit pas moins le malaise suscité par les critiques grandissantes à l'égard de l'arbitrage d'investissement.

de litiges mettant en jeu des politiques publiques à des arbitres privés[95]. L'originalité de cette défiance tient peut-être à ce qu'elle réunit pêle-mêle les altermondialistes, certaines organisations internationales et certains États du Sud mais aussi du Nord[96]. S'agissant de ces derniers, l'explication tient en partie à ce que les pays du Nord ne sont plus les seuls pourvoyeurs de capitaux. Les flux d'investissement se diversifient. Certains pays en transition investissent à travers leurs fonds souverains[97] dans les pays du Nord. Devenus à leur tour des États d'accueil de l'investissement étranger, ces derniers sont désormais plus sensibles à la question de la protection du pouvoir normatif de l'État à côté de celle des droits des investisseurs[98].

De plus, il existe dans ces pays des segments de l'opinion publique aisément mobilisables pour la protection de certaines valeurs : l'environnement, la santé, l'éducation, la culture, que le seul jeu du marché aboutit à sacrifier. Aussi, la nécessité de corriger la trajectoire d'un droit des investissements, devenu un droit autosuffisant, composé de normes autonomes et poursuivant une finalité exclusivement économique, échappant à l'emprise des États, est-elle aujourd'hui largement partagée.

C'est dans ce cadre que s'inscrit le mouvement de remise en cause de l'arbitrage d'investissement, perceptible dans la pratique de certains États du Nord, comme l'Australie[99] ou de certains pays en transition comme le

95 J. Gazala, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.*, pp. 82–83. Voy. également, pour un résumé des griefs généralement formulés à l'encontre de l'arbitrage d'investissement, A. De Nanteuil, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *Journal du Droit international*, 2017 vol. 55, pp. 55–80.

96 *Ibid.*

97 J. M. Thouvenin, « Les fonds souverains et le (mal)développement », in Société Française pour le Droit International (dir.), *Droit international et développement : colloque de Lyon*, *op. cit.*, pp. 99–109, spéc. p. 107 : « Le profit reste le moteur de l'action des fonds souverains ».

98 S. Cuendet, « Accords d'investissement et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *La Note de ConventionS*, n°14/2014, disponible à l'adresse : https://convention-s.fr/notes/accords-dinvestissement-et-developpement-durable-comment-concilier-la-protection-des-investissements-etrangers-avec-la-promotion-du-developpement-durable/ (dernière consultation le 12 février 2022).

99 Voy. J. Gazala, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.*, p. 84 qui souligne que l'Accord de libre-échange conclu entre ce pays et les États-Unis en 2004 ou le protocole d'investissement 2011 conclu avec la Nouvelle-Zélande « ne contiennent pas une clause de règlement des différends investisseur-État ». Il faut également relever que le nouvel Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) [N.d.E. : l'accord Canada–États-Unis–Mexique] limite les motifs de recours à l'arbitrage, pour les investisseurs des États-Unis et du Mexique, « aux atteintes au traitement national ou à la clause de la

Brésil[100] ou la volonté exprimée par certains États d'exercer un contrôle sur la portée du consentement donné à l'arbitrage d'investissement en limitant ainsi les dérives de la jurisprudence *AAPL c. Sri Lanka*[101].

Au-delà, on note une évolution plus générale vers une réaffirmation du rôle de l'État à travers la conclusion de nouveaux accords relatifs à l'investissement ou l'adoption de nouveaux instruments dans lesquels les États réaffirment leurs pouvoirs tant à l'égard des investisseurs que des juridictions arbitrales[102]. Dans certains instruments, la réaffirmation de l'État se manifeste à travers l'intégration dans la définition de l'investissement protégé de « la contribution au développement de l'État d'accueil » ou de l'exclusion de l'investissement de portefeuille[103], ce qui est une manière de rappeler la finalité poursuivie par l'État à travers la protection de l'investissement. Beaucoup de traités comportent également un rappel sous des formulations différentes de la règle quelquefois négligée selon laquelle la protection conférée par le droit international des investissements ne profite qu'à l'investissement réalisé en conformité avec le droit local. Il est vrai que ce rappel peut paraître quelque peu redondant dans la mesure où comme l'indiquent plusieurs sentences arbitrales, cette règle s'applique même si elle ne figure pas dans le texte de la Convention qui lie l'État d'accueil[104].

---

nation la plus favorisée et à l'expropriation directe » alors que le texte de 1994 admettait les atteintes à tous les droits garantis aux investisseurs sans exception » (G. Bastid-Burdeau, « L'arbitrage d'investissement au hasard des accords de libre-échange ? », in *Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, *op. cit.*, p. 48).

100 Quoique ce pays était déjà connu pour « son peu d'enthousiasme » pour les traités Bilatéraux d'Investissement. En 2015, il a cependant conclu des « accords bilatéraux relatifs à l'investissement respectivement avec le Mozambique, l'Angola, le Mexique, le Chili ou la Malaisie et la Colombie », dont aucun n'inclut une clause de règlement arbitral des différends relatifs à l'investissement… Voy. J. Gazala, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.*, p. 85.

101 *Ibid.*, pp. 92–93 : il s'agit en somme de ne plus formuler d'offre générale d'arbitrage, « laissant ainsi à l'État la possibilité de consentir au cas par cas à l'arbitrage ».

102 Voy., pour une vue synthétique de cette tendance, T. El Ghabdan, C-M. Mazuy et A. Senegacnik (dir.), *La protection des investissements étrangers : Vers une réaffirmation de l'Etat ? Actes du Colloque du 2 Juin 2017*, Paris, éd. A. Pedone, 2018.

103 J. Cazala, « La réaffirmation de l'État en matière de définition des investissements et investisseurs protégés », in T. El Ghabdan, C-M. Mazuy et A. Senegacnik (dir.), *La protection des investissements étrangers : Vers une réaffirmation de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 37–55, spéc. Pp. 46–49. Par ailleurs, l'auteur souligne que l'on « voit se développer dans la pratique conventionnelle de certains États l'exigence d'activité économique réelle dans l'État d'incorporation ou du siège qui permet de faire échec au recours à des sociétés étrangères écran ou aux enregistrements fictifs ».

104 Voy. G. Cahin, « Droit International coutumier et Traités d'investissement. Aspects méthodologiques », in *Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pedone, 2015, pp. 17–44. La question essentielle concerne la portée

Plus fondamentalement, la réaffirmation du rôle de l'État se manifeste à la fois à travers l'introduction dans les traités des références aux valeurs extra-économiques qui justifient une intervention protectrice de l'État et dans la réinterprétation des standards de protection afin d'en limiter la portée. Dans plusieurs accords dits de « Nouvelle génération », une place est désormais faite au développement durable et à la protection de l'environnement, de la santé, de la sécurité, quelquefois aux droits des travailleurs et, de façon générale, à la préservation du pouvoir normatif de l'État. Certains de ces traités interdisent expressément « l'assouplissement des normes de santé, de sécurité et/ou d'environnement afin d'attirer les investisseurs », tantôt dans le préambule, tantôt dans le corps du traité[105].

Le mouvement semble avoir été lancé par les États-Unis et le Canada, avec l'adoption par chacun de ces deux pays, en 2004, d'un nouveau modèle de traité bilatéral sur l'investissement[106], ouvert aux considérations extra-économiques[107]. La Norvège leur a emboîté le pas, en 2007[108]. Plusieurs autres pays, y compris du Sud, ont rejoint le mouvement[109].

---

d'une telle règle : s'agit-il du seul respect de la législation relative aux investisseurs ou de l'ensemble de la législation de l'État d'accueil ? Il semble que la tendance des arbitres soit à la limitation du champ de la règle au seul droit local relatif aux investisseurs. Cela n'implique pas cependant que l'investisseur soit soustrait à l'application de toute autre règle interne. Comme le souligne Arnaud De Nanteuil, l'implication sur le territoire de l'État d'accueil suppose toujours l'obtention « d'une autorisation ou d'une licence mais peut impliquer aussi toute sorte de demandes inscrites purement et simplement dans le droit interne » (A. De Nanteuil, « Réflexions sur les droits de l'Etat d'accueil dans le droit international des investissements », in *Droit international et culture juridique*, *op. cit.*, pp. 321–343, spéc. p. 333).

105 A.G. De Borja Mercereau, « Prise en compte des droits de l'homme dans les traités bilatéraux d'investissement », in T. El Ghabdan, C-M. Mazuy et A. Senegacnik (dir.), *La protection des investissements étrangers : Vers une réaffirmation de l'État ?*, *op. cit.*, pp. 69–81, spéc. p. 77–80.

106 Le modèle américain révisé, en 2012, va encore plus loin dans cette ouverture puisqu'il inclut des dispositions (voy. article 13 § 2) très précises sur les droits de travailleurs.

107 Voy. P. Julliard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *Annuaire Français de Droit International*, 2004, n°5, pp. 669–682.

108 W. Ben Hamida, F. Horchani et E. Cabrol, « Droit et pratique des investissements internationaux : Chronique de la période du 1er septembre 2007 au 30 mai 2008 (première partie) », *Revue de droit des affaires internationales*, 2008, n°5, pp. 696–717, spéc. p. 698.

109 Voy. les exemples rapportés par W. Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *Journal du droit international*, 2008, vol. 135, n°4, pp. 999–1033, spéc. pp. 1011–1013.

Parallèlement à ce mouvement, on assiste depuis plusieurs années à un infléchissement de la jurisprudence arbitrale dans un sens favorable à la prise en compte des intérêts dont l'État a la charge. Plusieurs sentences arbitrales – qui ont d'ailleurs des précédents, la jurisprudence n'ayant jamais été homogène – traduisent incontestablement un tel infléchissement même si chaque espèce étant dépendante du contenu du traité et de façon générale du droit applicable, il est difficile de parler d'un changement net de la trajectoire de la jurisprudence arbitrale en la matière. On relèvera, d'abord, que certaines sentences considèrent que le standard du traitement juste et équitable ne comporte pas de valeur ajoutée par rapport au standard minimum du droit international coutumier[110]. Ensuite, en matière d'expropriation indirecte, plusieurs sentences arbitrales se sont démarquées de la doctrine du « seul effet » pour faire place au but légitime de la mesure étatique en cause. Ainsi, dans la sentence partielle rendue, le 17 mars 2006, dans l'affaire *Saluka Investments BV c. République tchèque*, le Tribunal arbitral a énoncé qu'un État qui, dans l'exercice normal de son pouvoir légitime, adopte d'une manière non discriminatoire une réglementation légitime, n'est pas tenu, en droit international, d'indemniser l'investisseur[111]. Enfin, il faut souligner que certaines sentences arbitrales font écho à l'idée d'un ordre public transnational, réceptacle de principes supérieurs qui s'imposent à tous et notamment aux investisseurs[112].

La conjonction de l'ensemble de ces éléments amène à considérer que le nécessaire rééquilibrage entre le souci de protection des investisseurs qui a conduit à l'internationalisation poussée de la relation État-investisseur et la nécessité de préserver le droit des États d'utiliser les pouvoirs de réglementation pour réaliser les politiques publiques qu'ils jugent légitimes est bien

110 Voy. les exemples relevés dans : *ibid*., pp. 1020–1022.

111 Arbitrage CUNDCI, Sentence partielle du 17 mars 2006, *Saluka Investments BV* (*The Netherlands*) *c. The Czech Republic*, §255. Voy. S. Robert-Cuendet, « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? », *Revue Général de Droit International Public*, 2016, vol. 120, n°3, pp. 545–578, spéc. pp. 562–572, qui cite la jurisprudence arbitrale qui s'appuie sur le concept des « police powers » pour décider que « les mesures législatives ou réglementaires et les décisions adoptées dans le cadre des police powers ne peuvent donner lieu à compensation ni engager la responsabilité internationale de l'État ».

112 Voy. S. Manciaux, « L'ordre public international et l'arbitrage d'investissement », in E. Loquin et S. Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 37–55, spéc.pp. 54–55, conclut que « l'une des clés de la problématique (de l'ordre public international) semble alors résider dans la forte convergence relevée entre l'ordre public international et la protection des droits fondamentaux, celle-ci étant souvent citée comme une composante importante de celui-là ».

amorcé et cela implique que les principes qui sont au cœur de la Constitution économique deviennent de plus en plus relatifs.

D'autres facteurs juridiques et politiques jouent également en faveur d'une reprise en main du processus de mondialisation par les États dans le sens de son humanisation. En premier lieu, il faut rappeler la diffusion, depuis le Sommet de la Terre de Rio en 1992, tant dans le droit international conventionnel[113] que dans les droits internes du concept de développement durable. Souvent défini, depuis le rapport Brundtland, comme « le développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »[114], on considère qu'il correspond à un nouveau paradigme qui entend concilier développement économique, protection des ressources environnementales et satisfaction des besoins sociaux fondamentaux[115].

S'il est incontestable que ce concept de par sa nature de norme à « texture ouverte » peut, dans les mains du juge, servir de fondement « à une interprétation évolutive des traités, résoudre un conflit de normes ou d'intérêts, ou encore aller jusqu'à réviser certaines dispositions conventionnelles »[116], sa portée juridique va bien au-delà de son « incidence herméneutique ». Le développement durable est aussi conçu en droit comme un « objectif à atteindre » qui implique à la charge des États des obligations en vue de sa réalisation. Sans doute, ne s'agit-il et ne peut-il s'agir que d'obligations de moyens et non de résultats[117]. Mais elles n'en constituent pas moins des obligations fermes, « obligation de poursuivre le développement durable, obligation de s'efforcer d'y parvenir »[118] en mettant en œuvre les principes qui le sous-tendent et en

113 On a relevé que ce concept est aujourd'hui dans plus de trois cents traités internationaux dont certains débordent largement les questions environnementales. V. Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil herméneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », in Société Française pour le Droit International (dir.), *Droit international et développement : colloque de Lyon*, *op. cit.*, pp. 411–426, s. p. 415.

114 Voy. K. Bartenstein, « Les origines du concept du développement durable », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2005, n°3, pp. 289–297.

115 Les trois composantes (économique, environnementale et sociale) sont présentées comme des « éléments interdépendants et qui se renforcent mutuellement dans le processus du développement durable » (Déclaration du Sommet mondial pour le développement social. Copenhague, 6–12 mars 1995, doc. A/CONF. 166/9 du 19 octobre 1995 § 6).

116 V. Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil herméneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », *op.cit.*, p. 425.

117 *Ibid*.

118 *Ibid*.

permettent la réalisation, notamment le principe d'intégration qui permet d'articuler développement économique, développement social et protection de l'environnement. Lorsque le concept est constitutionnalisé dans un État où le contrôle de constitutionnalité fonctionne de manière effective, il n'est pas exclu qu'à un certain stade de maturation, il commence à prendre des effets contraignants pour les gouvernants en matière de politique économique[119].

En second lieu, il faut mentionner l'importance croissante des droits de l'Homme dans la jurisprudence des cours constitutionnelles de plusieurs pays, lesquelles n'hésitent pas à censurer au nom du respect des droits économiques et sociaux les politiques d'austérité de leurs gouvernements[120], contraignant ces derniers à intégrer ces droits dans les politiques publiques qu'ils conduisent et ce d'autant plus que les pressions en ce sens viennent de nombreuses directions et notamment des comités onusiens des droits de l'Homme. C'est ainsi que le Comité pour les droits économiques et sociaux a mis en garde contre les risques de réduction de « la capacité de l'État de protéger et de réaliser certains droits consacrés par le Pacte (pour les droits économiques et sociaux) »[121] du fait du recours à l'arbitrage d'investissement prévu dans les Traités Bilatéraux d'Investissement et qu'il a souvent exhorté les États à veiller à ce que les accords commerciaux ou d'investissement qu'ils concluent soient compatibles avec leur obligation de réaliser les droits économiques et sociaux, notamment le droit à l'eau ou le droit à la sécurité sociale et qu'ils prennent en considération les droits de recours des travailleurs. Au total, à côté des pressions, sans doute plus fortes venant des organisations économiques généralement acquises au libéralisme, il y a celles venant d'autres institutions et d'autres groupements, et quelquefois des citoyens eux-mêmes qui poussent les États à reprendre la main, en essayant de soumettre le droit économique mondialisé au respect des intérêts collectifs dont ils sont en charge. Ce second mouvement qui semble devoir être durable se traduit déjà par un frein à la course vers le « tout libéral » qui a accompagné la mise en concurrence des droits nationaux et par une limitation de la majesté des principes fondateurs de la Constitution économique.

119 N.d.E. : voy. *infra* dans ce volume, S. Adalid, « De la constitution économique à la constitution écologique : l'avènement de la méta-politique ».

120 D. Roman, « La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2014, vol. 45, n°4, pp. 63–75.

121 Voy., par exemple, les Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la France, adoptées en Juin 2016, E/C.12/FRA/CO/4, point 9.

Conclusion

L'intensification de la concurrence entre les droits nationaux a conduit à une autonomie plus affirmée de l'idée de constitution économique. Toutefois, l'évolution en cours remet en cause la vision d'une constitution économique sous-tendue par des règles auto-suffisantes.

Des facteurs multiples poussent à raccorder l'économie et son droit à des intérêts collectifs dont le seul jeu du marché ne permettait pas la prise en compte. Désormais rattrapée par la constitution sociale, la constitution économique va devoir s'adapter au défi des questions transversales.

Bibliographie sélective

Azema, J., *Droit de la concurrence*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.

Cazala, J., « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du Droit international,* 2017, n°1, pp. 81–97.

Chapez, J., Laide, Y., et Simon, G., « Mondialisation et services publics », in E. Loquinet et C. Kessedjian (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, LITEC, 2000, pp. 503–549.

Chevallier, J., « Les enjeux de la déréglementation », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1987, vol. 103, n°2, pp. 281–319.

Idot, L., « La concurrence, condition d'adhésion à l'Union européenne : l'exemple des pays d'Europe centrale et orientale », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX e siècle : mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 361–381.

Kovar, R., « Droit Communautaire et Service public : Esprits d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, vol. 32, n^{os}2–3, pp. 215–242 et pp. 493–533.

Martin, R., « Un exemple de résistance au marché : les avocats en France », *Revue Internationale de Droit Économique*, 1998, vol. 12, n°1, pp. 91–98.

Mohamed Salah, M. M., *Rationalité juridique et rationalité économique dans le droit de la concurrence*, thèse, Nice, 1985.

Mohamed Salah, M. M., « La problématique du droit économique dans les pays du Sud » (première partie), *Revue Internationale de Droit Économique*, 1998, vol. 12, n°1, pp. 19–34.

Mohamed Salah, M. M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux – Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2001, vol. XV, n°3, pp. 251–302.

Mohamed Salah, M. M., « Constitution et droit économique », in *Constitution et droit interne*, Tunis, Académie internationale de droit constitutionnel, Recueil des cours, vol. 9, 2001, pp. 131–205.

Mohamed Salah, M. M., « Le droit à l'épreuve des nouvelles régulations de l'économie globale », *Journal de droit international*, 2019, n°4, pp. 1058–1131.

Pataut, E., « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international privé », in Société Française pour le Droit International (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international : Colloque Paris 8 Vincennes-Saint-Denis*, Pedone, 2017, pp. 73–97.

Rials, S., « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », *Revue du Droit Public*, 1984, pp. 573–606.

Rousseau, D., « Une résurrection, la notion de Constitution », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1990, n°1, pp. 5–22.

Turpin, D., « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985, n°2, pp. 85–97.

Vandenbulke, A., « La Legal Origins Theory : droit, économie, idéologie », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2017, vol. XXXI, n°1, pp. 79–130.

Winckler, A., « Public et privé : l'absence de préjugés », *Archives de Philosophie du Droit*, 1997, vol. 41, pp. 301–316.

Discussion
Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism

Thibault Biscahie and Stephen Gill

Introduction

In an era of globalized capitalism, any domestic capitalist constitutional arrangement has to be connected to regional and global elements and the dominant economic forces that operate both within and across jurisdictional boundaries. Following the collapse of the former Soviet bloc and other geopolitical transformations throughout the globe, previous decades have borne witness to a significant amplification of the power of capital on a world scale, with even China drawn increasingly into its ambit as a major capitalist player on the world stage, albeit under a self-described communist government. Accordingly, any understanding of domestic laws and changes to constitutional structures is likely to involve consideration of the actual and quasi-constitutional effects of regional and international agreements and other mechanisms of neoliberal capitalist globalization.[1]

Both Damien Piron and M. Mahmoud Mohamed Salah's[2] excellent contributions focus on the national and subnational aspects of "economic constitutionalism". Damien Piron thus analyzes the neoliberal reconfiguring of the Belgian federation through a detailed examination of the law relative to the financing of communities and regions (SFL), the cornerstone of Belgian financial federalism which has become part and parcel of the Belgian economic constitution. M. Mahmoud Mohamed Salah's paper emphasizes how economic constitutionalism has gained credence because national legal systems have increasingly been placed in competition, as a result of economic internationalization. Each Belgian region and community is thus trying to attract a maximum of investors and capital flows to its territory. In consequence, laws and rules are increasingly apprehended as competition tools to be constantly

1 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *International Studies Review*, 2002, vol. 14, n°2, pp. 47–65, esp. p. 60.

2 See *supra* in this volume, D. Piron, « The Special Financing Law : Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution », and M. M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux ».

© THIBAULT BISCAHIE AND STEPHEN GILL, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_025
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

adapted to help attract mobile investors. Our reading of these contributions suggests that the principle of territoriality is in practice being redefined in this process. Rather than expressing the pre-eminence of the state as a sovereign and autonomous authority – with important exceptions exercised under conditions of economic or health emergency or to ensure security of crucial supplies – under neoliberal governance sovereignty becomes a method to both suppress obstacles to the free circulation of goods, services and capital, and to promote such flows – what we would suggest involves a kind of *commercialization of sovereignty*.

Our contribution builds on these arguments and posits that we are concerned with a phenomenon of *global* economic constitutionalism, understood as a complex web or latticework of local, national, regional and international constitutional arrangements – that is principally associated with dominant economic forces and their political, economic and social perspectives. Global constitutionalism not only comprises retrospective elements (codification of past practices, jurisprudence), it is also concerned with forward-looking elements, with the aim of locking in long-term neoliberal economic constitutionalism and restricting or channeling future frameworks of thought and political action and thus inhibiting alternatives such as socialism or even state capitalism. These arrangements are undoubtedly affected by crisis conditions (e.g. the 2008 financial breakdown, the Covid-19 pandemic/socio-economic crisis), but not necessarily in a progressive manner.[3] Crises can indeed offer not only danger to existing frameworks of rule but also opportunities for consolidating prevailing liberal capitalist political arrangements and frameworks of accumulation, a windfall effect which Jean Monnet clearly paid tribute to in his memoirs: "*L'Europe se fera dans les crises et elle sera la somme des solutions apportées à ces crises*".[4] What is relatively unique in the current situation and historical juncture is that the present moment can be characterized as an 'organic crisis',[5] which we define as a situation of multiple, simultaneous and intersecting structural crises in the global economy, in ethics, in politics, in society, in culture, involving crises of representation and authority, as well as crises and

3 Ed.: see *supra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? ».

4 J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976 ("Europe will be forged in crises, and will be the sum of the solutions adopted for those crises"), as cited in J. Pisani-Ferry, *The Euro Crisis and its Aftermath*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 18.

5 A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks* (Translated and edited by Q. Hoare and G. Nowell Smith), New York, International Publishers, 1971.

emergencies for health, the biosphere and, with that, the (social) reproduction and sustainability of life-forms on the planet.[6]

This crisis-ridden state of affairs is partly a consequence of what we call *new constitutionalism*, or more precisely, *neoliberal new constitutionalism*, a global framework which entails the legal-juridical separation of the economic sphere and the political. It is orchestrated by capitalist states in order to protect private property rights and to provide underlying legal and coercive power to sustain and extend the capitalist market, free enterprise system. The general result is the political insulation of the commanding heights of economic policy from popular influence. New constitutionalism is thus a political project or a prevailing ruling class strategy designed to anchor neoliberal policies into national and international legal frameworks, insulating these policies from normal, day-to-day democratic debates and decision-making in order to transform public policy in the interests of (generally mobile) capital. As such, new constitutionalism is the legal-juridical anchoring of neoliberal globalization.[7] It entails efforts at different scales: national (central bank independence or International Monetary Fund (IMF) sponsored currency boards in the 1990s), regional (the European Union (EU) and the European Central Bank (ECB), the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and its successor) and global (the World Trade Organization (WTO)). Indeed, the latter is a classic case of the new constitutionalist framework.[8] Its global reach was extended when the People's Republic of China became a full member on 11 December 2001, a step that required significant changes to the Chinese economy.

New constitutionalism is thus the political-juridical counterpart to what we call disciplinary neoliberalism, a discourse of political economy that promotes the power of capital through extension and deepening of market values and disciplines in social life, under a regime of free enterprise.[9] Moreover, following the World Bank's distinction between 'horizontal' and 'vertical' aspects within the constitutional separation of powers, Adam Harmes contends that the concept of new constitutionalism could be divided into two distinct but overlapping tendencies:[10] (1) *horizontal* new constitutionalism (measures

6 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *Global Governance*, 2019, vol. 25, pp. 371–392.

7 S. Gill, « New constitutionalism, democratisation and global political economy », *Pacifica Review: Peace, Security & Global Change*, 1998, vol. 10, n° 1, pp. 23–38.

8 S. Dierckx, « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *Globalizations*, 2013, vol. 10, n°6, pp. 803–818.

9 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 47.

10 A. Harmes, « Neoliberalism and Multilevel Governance », *Review of International Political Economy*, 2006, vol. 13, n°5, pp. 725–749.

such as balanced budget amendments, independent central banks and private (intellectual) property rights provisions that do not directly rely on the disciplinary effects of capital mobility and the exit option) and (2) *vertical* new constitutionalism (measures such as lock-in mechanisms that are connected to what Harmes calls 'market-preserving federalism', which rely on capital mobility and the exit option). The latter measures can be viewed as working to separate the economic and the political in a vertical and self-enforcing fashion.

Thus we argue that what James Buchanan called 'ordinary politics'[11] is limited by not only national, but also global constraints in the form of regimes and practices of so-called 'good governance'. Public and private actors have worked to insulate democratic politics from the governance of the global political economy through the implementation of new constitutionalist frameworks, which allow for a significant amplification of the power of capital on a world scale and rely on various mechanisms such as policy and fiscal competition under the form of 'market-preserving federalism'. It is our contention that the development of a global new constitutionalist framework is thus manifested in the discursive and material articulation of three specific but coherent and self-reinforcing dialectics:

(1) A *dialectic of centralization/decentralization*: Disciplinary neoliberalism allows for a decentralization of power through the protection of private property rights under the constitution and enforcement of federalism. This decentralization of power gives corporations and capital owners the constitutional right to make their own quasi-legal arrangements (for example to enforce workplace rules and disciplines in exercising their authority as a right that stems from their labour contracts with workers). The contradiction at the heart of market-preserving federalism is that this *de facto* decentralization is achieved by centralizing policy capabilities related to the protection of private property rights, the strict enforcement of contracts and the creation of market mechanisms – while generally decentralizing those policies that relate to wealth and income redistribution and the correction of sundry market failures.[12]

(2) A *dialectic of socialization/desocialization*: A particular emphasis is put on the power of the state to protect capital from expropriation and seizure (what is called 'takings' in American jurisprudence) through

11 J. M. Buchanan. *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1991.

12 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism: Neoliberalism versus Social Democracy in Multilevel Governance*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2019, p. 109.

nationalization or socialization of the means of production. Much of the public regulation of trade and investment in NAFTA and the United States serves these purposes.[13] This fundamental contradiction is extremely manifest in periods of economic emergencies and major crises: billions from governments serve to socialize corporations' losses (banks, airlines, car manufacturers), whereas constitutional arrangements prohibit the socialization of capital through nationalization in order to protect the principle of 'free and fair competition' (Art. 107 of the Rome Treaty). Furthermore, one could add that IMF and World Bank loans in the Global South and their conditionalities, as well as public bail outs of large private firms are rarely if ever associated with environmental or labour improvements.

(3) A *dialectic of inclusion/exclusion*. The constitution of any known political order or framework of governance, whether local, regional, or global, has always contained principles of inclusion and exclusion in ways that are interrelated dialectically.[14] Despite changes over time, global economic governance has been principally defined by notions of inclusion/exclusion that have tended to reflect the prevailing hegemony of the ruling classes of the most powerful capitalist states. Thus, the virtual exclusion of workers, organized labour and critical perspectives from global governance is dialectically counterbalanced by the incorporation of a number of subordinated or subaltern elements in the social structures of allied states to widen the historical blocs of rule (a process of ideological and political co-optation which Antonio Gramsci termed *trasformismo*).

Against this background, our arguments are structured as follows. The first subchapter of the contribution defines global governance as a conjunction of public and private actors whose contours, ideas and principal arguments are delineated and defined by prominent global 'organic intellectuals'. The second subchapter describes the mechanisms of so-called 'good governance' developed following the restructuring of the post-war Bretton Woods system that promote international capital mobility, competitive federalism and depoliticization of economic affairs. The third subchapter defines new constitutionalism and market-preserving federalism and contends that these frameworks aim to restrict what Fernand Braudel called the 'limits of the possible'[15] politically and

13 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 56.

14 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *op. cit.*, p. 376.

15 F. Braudel, *The Structures of Everyday Life: The Limits of the Possible.* Volume 1: *Civilization and Capitalism 15th-18th century* (1981), New York, Harper & Row, 1992.

ideologically. A particular stress is put on both the structural, relational and the capillary aspect of these arrangements through an examination of what we call disciplinary neoliberalism, a regime of global governance from above that permeates everyday economic life but is nevertheless increasingly contested from below. Finally, the last subchapter focuses on the future of new constitutionalism in the European Union in the context of the Covid-19 crisis.

Despite a temporary restructuring due to the health and socio-economic emergency, the foundations of new constitutionalism remain intact, and it also seems likely that this new crisis will – *à la* Jean Monnet – provide a further opportunity for accelerating the European unification project once more. In that sense, at least for those seeking to deepen integration along neoliberal lines, as Prince Giuseppe di Lampedusa adroitly put it in his posthumous work *The Leopard* (1958): "everything must change so that everything can stay the same". Whether everything can remain the same in and beyond the organic crisis remains to be seen.

1 Global Governance and World Order

1.1 *A World Order Analytical Framework*

According to Adam Harmes, much of the political science literature on federal, regional and global governance has been compartmentalized by level and dominated by theoretical approaches emphasizing the competition between governments or between territorially based groups, or the role played by unique national institutions.[16] We think that to avoid the pitfalls of methodological nationalism on questions related to economic constitutionalism, we need to embed our approach in a world order analytical framework in order to accurately reflect a complex interplay between ideas, institutions and material potentials across borders.

Our use of the term 'world order' is not meant to be a normative reflection of an order that is seen to be desirable or ethically and morally justified – our use is historical, that is, it is intended to reflect the actual, really existing structures and practices of rule and how they are related to the hierarchical constitution of power within a particular global economic system. That system today is dominated by a relatively small number of powerful capitalist states such as the USA and increasingly China, and by regional associations such as the European Union. Indeed, as the constitution of power operates in

16 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, p. 5.

an integrated international capitalist system, national or domestic economic constitutions ought to be also understood within the framework of multilateral organizations and treaties which are intertwined with and modified by the visible and invisible operations of corporations and other business entities – in the *longue durée* of modern capitalism and its associated political and class formations.

As such, 'new' constitutionalism harks back to forms of representation associated with the pre-democratic age dominated by oligarchic property and dynastic power, that is, to before and following the three great bourgeois revolutions – the so-called Glorious Revolution in England of 1688–1689, and the French and American Revolutions at the end of the 18th century. However, the world we live in is not the same as that of the 18th century: its political economy is dominated by concentrations of capital in the form of giant monopolistic or oligopolistic corporations, trusts and institutional investors involved in 24/7 transactions.[17] Indeed, we will argue that new constitutionalism allows for a significant amplification of the power of capital on a world scale. This is why we need to look not only at domestic laws and changes to constitutional structures, but also to the quasi-constitutional effects of international agreements and other mechanisms of neoliberal globalization.[18] The underlying assumption of a domestic economic constitution is that the country functions in an autarkic manner, reflecting a form of methodological nationalism, but this is hardly ever the case. For instance, emblematic endeavours of economic constitutionalism designed by prominent ordoliberal intellectuals (Alfred Müller-Armack and Jacques Rueff) on both sides of the Rhine – the 'Act Against Restraints of Competition' (1957) and the Plan Pinay-Rueff (1958) which prioritized a balanced budget, monetary stability and the opening-up of trade – should be understood against the background of meeting the European Economic Community (EEC) targets and objectives a few months after the signature of the Rome Treaty.[19] As Damien Piron reminds us, European laws that regulate national public finances are the most manifest illustration of this disciplinary logic, as the norms regulating European budgetary governance seek to reassure the investor against the whims of democracy. Budgetary politics are thus conceptualized and constructed as a 'forbidden territory', a realm 'above popular pressures'. It is therefore no coincidence that the sixth state reform

17 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 58.

18 *Ibid.*, p. 60.

19 T. Biscahie « The Ordoliberal Roots of French Postwar Capitalism (1938–1974) », Working Paper presented at the 2021 Winter Institute for the History of Economic Thought, Arizona State University, January 22, 2021.

(transfer of more than 20 billion euros to the Belgian regions and communities in 2010) was adopted while the European Council of Ministers had decided to start an Excessive Deficit Procedure (EDP) against Belgium. In France, it was no coincidence that, despite François Hollande's parliamentary majority's resistance, Emmanuel Macron's labour law was forced through the National Assembly without a vote (49.3 procedure) in order to demonstrate the willingness of the French government to undertake neoliberal reforms, a few days before the European Commission decided what to do about France's failure to meet its Excessive Deficit Procedure targets in 2015.[20]

Besides, decisions taken in the realm of economic constitutionalism (for instance, the free movement of capital) are inherently relational. Thus, when countries engage into free trade and investment agreements with the United States, this association automatically limits their rights to use capital controls.[21] Domestic, regional and international elements of economic constitutionalism should therefore be conceptualized in a global perspective so as to unveil the ways in which they may synergize into coherent principles of action on a world scale.

1.2 *The Role of Organic Intellectuals*

The role of 'organic intellectuals' has been absolutely crucial in operating this process. In his prison writings, Antonio Gramsci urged that we should distinguish between 'traditional' intellectuals (who inscribe themselves in an historical continuity uninterrupted by the most complicated and radical sociopolitical changes) and 'organic' intellectuals (who belong to a specific social group and reflect the interests and views of that group, such intellectuals include bankers, lawyers and politicians, as well as other class-conscious theoreticians).[22] The role of organic intellectuals in articulating the ideas giving birth to and developing global constitutionalist arrangements (and their links to large capital) cannot be overstated.

As far back as the 17th century, Hugo Grotius thus provided ideological and discursive justifications for Dutch supremacy with his concepts of international law and freedom of the seas, which clearly served to facilitate and justify the expansion of Dutch naval power and the activities of Dutch trading

20 A. Glencross, « Post-democracy and Institutionalised Austerity in France : Budgetary Politics during François Hollande's Presidency », *French Politics*, 2018, vol. 16, pp. 119–134, esp. p. 130.

21 S. Dierckx, « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *op. cit*.

22 A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks, op. cit.*, pp. 5–23, Q12§1–3.

companies and business monopolies. In the 20th century, neoliberal organic intellectuals such as James M. Buchanan and Friedrich A. von Hayek have focused mainly on national constitutional orders but have extended this to discuss the constitution of the EU[23] and world order.[24] They wished to remove fundamental constitutional and governance questions from political contestation in order to insulate the rights of property and capital from the purview and constraints of democracy and broader political participation, thus separating and insulating 'constitutional politics' from 'ordinary politics'. This separation was intended to discursively include certain kinds of considerations while excluding others that might point towards different forms of regulation or entirely different forms of society.[25] The contribution of organic intellectuals is sometimes crucial in changing the 'spirit of the time'.

Thus, the neoliberal Milton Friedman had predicted the rise of inflation in the 1970s. Indeed, 'stagflation' – which the Keynesians believed to be impossible – created an intellectual crisis for the adherents and advocates of the postwar welfare state and the Keynesian economics on which it was based, opening the way for attacks on its credibility and legitimacy as the prevailing form of political economy macroeconomic management.[26]

However, it would be restrictive to assume that most of this work of critique of the prevailing orthodoxy was carried out simply by American scholars. As Rawi Abdelal made clear, the role of French organic intellectuals has also been absolutely pivotal. Indeed, while the Europeans – and particularly the British, Germans and Dutch – supported liberal rules for capital movements, three French policy-makers/intellectuals in the EU, Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), and IMF all played central roles in actually crafting the informal and formal rules of those organizations. Jacques Delors of the European Commission, Henri Chavranski of the OECD, and Michel Camdessus of the IMF each took part in proposing new liberalizing rules for the members of their organizations.[27] This cohort from the Mitterrand era did

23 J. M. Buchanan. *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1991.

24 F. A. Hayek, « The Principles of a Liberal Social Order », in C. Nishiyama and K. R. Leube (eds.), *The Essence of Hayek*, Stanford, Hoover Institution Press, 1984, pp. 363–381.

25 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *op. cit.*, p. 377.

26 See also A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, p. 92. Ed.: concerning Buchanan, Hayek and Friedman's theses on economic constitutionalism, see *supra* in this volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

27 R. Abdelal, « Writing the Rules of Global Finance: France, Europe, and Capital Liberalization », *Review of International Political Economy*, 2006, vol. 13, n°1, pp. 1–27, esp. p. 6.

much more than acquiesce in a new world of increasingly mobile capital. The French government and these French policy-makers attempted to manage it by simultaneously writing the rules of the international financial architecture and in building the authority of the organizations (EU, OECD, IMF) that helped to govern the system.[28]

To be clear, the phenomenon of transnationalization of capital through the implementation of accommodating constitutional and global governance frameworks is nothing new, but its contemporary scale is massive. Indeed, the transnationalization of capital has to be inscribed in the *longue durée* of capitalist development and can be traced back to the Italian city-states and Europe of the 12th century. Fernand Braudel documented the transnational power of merchant capitalism and its extension through trading and financial links across Europe and throughout the world, partly supported in this endeavor by some of the normative and governing frameworks of the Holy Roman Empire.[29]

As Braudel noted, capitalism is a hierarchical, monopolistic and frequently predatory force that seeks to extract surplus across social formations and political jurisdictions. Capitalist forces operate across space and time and employ their chief privilege, the 'ability to choose' (between jurisdictions and activities). The great predators of the world today (e.g. Amazon, Google, Facebook, Nestle, Monsanto) are thus able to take advantage of "national" structures of production and social reproduction in an era in which many states' social welfare, health and educational provisions have been reduced or privatized, generating a depletion of human security and social provisions, as well as new forms of generalized health and social risks.

1.3 *Global Governance as a Hybrid of Public and Private Actors*

Although often state-led, the governance of the political economy is influenced by a myriad of private actors. In the 19th century, the role of *haute finance* was crucial to the establishment and maintenance of the Concert of Nations system, dominated by Britain, which was the link between the political and economic organization of the world: "independent of single governments, even of the most powerful, it was in touch with all, independent of central banks, even the Bank of England, it was closely connected with them…".[30] Indeed, 19th

28 *Ibid*., p. 20.

29 F. Braudel, *The Structures of Everyday Life: The Limits of the Possible*. Volume 1: *Civilization and Capitalism 15th-18th century*, *op. cit*.

30 K. Polanyi, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Times*, Boston, Beacon Press, 1944, p. 10.

century imperialism and new forms of accumulation produced much of the foundation for global governance as we would understand it today, particularly its technical managerial aspects with a mediating role devoted to the nascent international organizations.[31]

The post-war capitalist world was, however, characterized by efforts to institutionalize new and somewhat more inclusive frameworks of governance. After 1945, the historic compromise that had to be made for capitalism to survive entailed the inclusion of some representation of organized labour. Yet, the deep capitalist economic crises of the 1970s weakened the Left and renewed the influence of conservative and liberal political forces. With capital mobility increasing and the dollar-gold system of fixed exchange rates abandoned, the post-war Bretton Woods international monetary order was transformed. Throughout the 1970s and 1980s, the growing influence of neoliberal precepts and policies and their promotion by the business community gradually sanctified capital mobility as one of the defining features of financial globalization and economic orthodoxy. Indeed, business circles mobilized politically through the creation and expansion of a large number of lobby groups and think tanks, which began to influence governments, donate to more free-enterprise oriented political parties, and promote a free-market outlook among the public more generally, including an emphasis on the need to rein in inflation.[32] Examples of such organizations include the American Enterprise Institute, the libertarian Cato Institute, the Heritage Foundation and several US-based Political Action Committees (PACs), as well as the transnationally-oriented Mont-Pelerin Society.[33] Together, these organizations and their organic intellectuals waged what Antonio Gramsci called a 'war of position' to advance the strategy and influence of the class forces they represented. Although these intellectuals adopted different approaches, they were in effect a transnational neoliberal political party in all but name.

The aim of a 'war of position', as opposed to a war of movement, is to slowly build up the strength of the social foundations of a new state, the underlying logic being that change within civil society needs to precede and promote change in political society in order to create the new desired form of state. For Gramsci, only a war of position is likely, in the long run, to bring about such structural changes. This involves building up the socio-political base and

31 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *op. cit.*, p. 384.

32 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, pp. 91–93.

33 P. Mirowski and D. Plehwe, *The Road from Mont-Pèlerin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, 2009.

organizations (e.g. political parties) for change.[34] Together, these lobby groups and think tanks sought to promote a more neoliberal approach among politicians and the public.[35] This entailed the repudiation of the historical compromise of post-war reconstruction (i.e. solidaristic and relatively planned Keynesian political economy) and the promotion and emergence of a neoliberal political perspective which excluded organized labour from its governing practices, coupled with constantly renewed efforts to intensify the commodification of land, labour and capital. Essential to these stabilizing attempts has been the promotion of an ideological and political framework of 'good governance', whose foundations are examined in the next subchapter.

Nonetheless, global governance *as it really is*, with its intensifying class, race, caste and gendered inequalities, has neither stabilized nor legitimated the actually existing world order.[36]

2 'Good Governance', or the 'Best' (Depoliticizing) Rules for Capital

Since 1945, the world witnessed a proliferation in the number of processes of multilateralism and global governance, associated since the 1990s with an 'end of history' narrative and the consolidation of neoliberalism.[37] New rules have come to be enacted into renewed multilateral frameworks which have become associated with what the World Bank and the International Monetary Fund refer to in more normative terms as 'good governance' and the entrenching of global 'best practices'. But if so, what are considered to be 'the best rules' or 'the best practices'? And by whom? Who has designed them? According to which doctrine? For whom?

Indeed, these new institutional arrangements were being devised in ways similar to the European architecture of economic governance[38] in order to separate politics from economics. Worldwide, from the 1980s onwards, new constitutions were being enacted and old constitutions were being amended, under the guidance of the IMF, the World Bank and other agencies of capitalist

34 A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks, op. cit.*, pp. 229–239, Q13§24, Q7§16, Q6§138.

35 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, p. 93.

36 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *op. cit.*, p. 374.

37 *Ibid.*

38 Ed.: see *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

world economy. What was being constructed nationally, regionally and internationally was a *de facto* constitution for global capitalism, a global latticework presented to the world as 'good governance'.

Nonetheless, despite the fact that after the collapse of the Soviet Union the world entered into a new phase of more globalized neoliberal capitalist governance, its prevailing 'good governance' practices were punctuated by deepening and frequent economic, ecological and social crises – crises that tended to hit the poorest the hardest. So it raises the questions: governance for whom and for what, indeed, what does 'good governance' actually mean in practice?

2.1 *'Good Governance': For Whom and for What?*

So to address the concept of 'good governance' particularly in political economy, however, one should first of all perhaps establish a distinction between the 'liberal' and the 'neoliberal' conception of free trade. Indeed, while classical liberals tended to support free trade and international capital mobility for reasons of mutual gains and international peace, neoliberalism supports them primarily for creating the inter-jurisdictional policy competition that its advocates believe will lock in free market – or free enterprise – policies domestically. Neoliberalism is thus much more opposed to forms of international cooperation (such as the harmonization of tax and regulatory policies related to wealth redistribution and the correction of market failures) which might undermine this policy competition among governments.[39]

As M. Mahmoud Mohamed Salah aptly put it, the principle of economic constitution was gradually universalized in three phases: (1) nationally through the extension of the 'rule according to higher law' logic; (2) regionally through European integration; (3) globally in the framework of multilateral organizations. Following the alleged failure of *dirigiste* and socialist experiments and dramatic increases in public debt, the principle of interjurisdictional competition was a key to the universalization of economic constitutionalism. Ever more attractive laws for investors and the decisive action of the IMF and World Bank in prioritizing anti-inflationist policies efficiently eclipsed the prospect of recovery plans based on better wages and labour conditions, public investment or public budgeting to fund improved public services. Thus, the 1980s and 1990s bore witness to a remarkable convergence between the criteria and norms enforced by the World Bank, the IMF, the OECD and the rules set

39 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, pp. 21 and 87. Ed.: Vincent Valentin (*supra* in this volume, « L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire ») questions and criticizes the thesis of a break between liberalism and neoliberalism.

out in the Treaties of Maastricht (1992) and Amsterdam (1997). Whatever the context, priority was given to austerity, balanced budgets and monetary stability or so-called 'sound policies'. 'Good governance' therefore refers to this approach aimed at entrenching global 'best practices' via concepts of limited welfare and public services provision, minimal or self-regulation of business and finance, and pro-market reforms, partly locked in by the juridical, legal and regulatory frameworks of what we call the new constitutionalism of disciplinary neoliberalism.[40]

Neoliberal strategy seems to take inspiration from the theoretical framework that American economist James Buchanan advocated, premised on a clear distinction between what he termed 'constitutional politics' (the overarching frameworks of 'quasi-permanent rules') and 'ordinary politics' (struggles and debates *within* constitutional rules that define the political limits of the possible). Buchanan thus stated that "explicit constitutional limits on the intrusion of politics into the market have the further advantage of providing stability of expectations for persons and groups, internal and external, who might make long-term investments".[41] Thus, 'normal politics' is strictly a politics within rules, and for Buchanan constitutions should be considered quasi-permanent in order to become elements of 'genuine political capital'.[42] At stake in this separation is the protection of capitalist private property, including through macroeconomic policies that will contain inflation – hence the argument made by neoliberals on the need for 'fiscal and monetary constitutions'. By fiscal constitution, Buchanan means specific measures to prevent deficit financing by governments, such as balanced budget amendments or precise stipulations as to the size of budget deficits, as with the Maastricht Treaty and its caps on public debt (60% of GDP) and budget deficits (3% of GDP) for all member countries, since such deficits may be linked to inflation and erode the value of capital and assets of creditors. With regard to money and inflation, Buchanan argues that individuals can be made more secure and independent with a regime that "embodies predictability in the money-goods exchange regime".[43] The long-term objective is to limit democratic control over economic policymaking in an effort to benefit transnationally-oriented

40 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *op. cit.*, p. 374.

41 J. M. Buchanan, *Politicized Economies in Limbo: America, Europe and the World, Nobel prize winner James M. Buchanan in Jena, Munich and Bayreuth, 7–15 June 1994*, Munich, Herbert Quandt Stiftung, 1994, pp. 184–186.

42 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 57.

43 *Ibid.*, p. 56.

capital.[44] Mechanisms of 'good governance' thus entail the separation of economics from politics on a global scale.

Interestingly, neoliberals tend to employ the same concepts of market efficiency and internationalist discourse used by classical liberals to promote capital mobility and free trade – coupled with the ideological contention that free trade and international capital mobility have the ability to promote both democratization and interdependence – rather than to defend the benefits of the creation of an exit option and policy competition at the international level.[45] Although ubiquitous, their notion of 'efficiency' is seldom properly defined. It derives from the neoclassical assumption that competitive markets are inherently efficient, a claim that can be associated with the types of assumptions which make up what Gramsci called 'common sense'. This refers to how sometimes folkloric or scientifically unfounded assumptions about society, politics and the economy become uncritically accepted.[46] The neoclassical view relies on three main conceptual tenets and assumptions concerning the efficiency of economic systems and processes – all of which are questionable in an era of concentrated economic power in the form of monopolies, oligopolies and the capture of political systems by big capital: The principal tenet is reflected in: (1) the concept of *market efficiency* (understood as meaning all relevant information is present in the market and is subsequently reflected in the price system); (2) that neoliberalism fosters *economic efficiency* (all factors of production are used in the most rational way); (3) and finally this results in *social efficiency*. Social efficiency is conventionally related to the Pareto efficiency criterion. This postulates a (hypothetical) situation where no individual or preference criterion can be made better off without making at least one individual or preference criterion worse off (thereby tending ideologically to uphold the existing distribution of activities and rewards). Neoliberal efficiency arguments tend to operate according to neoclassical economic theory which suggests an optimum market structure of 'perfect competition' between a myriad of small producers who are price takers as opposed to price makers. However, 'perfect competition' is a utopian mirage in a world of oligopolistic or monopolistic competition. In capitalism today oligopolies and monopolies control and dominate markets and systems of distribution – whether that market is physical or virtual (e.g. Apple, Google, Amazon, *etc.*). Of course neoliberals could argue that productive efficiency might be achieved

44 S. Dierckx, « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *op. cit.*

45 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, pp. 95–98.

46 A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks, op. cit.,* p. 199, Q3§48.

through economies of scale – which most of the large monopolies and oligopolies would probably argue justifies their dominant market positions.[47] However this latter view is contested by anti-trust and competition measures taken by different jurisdictions to attempt to counter the dominance of gigantic corporations.

Nevertheless, the neoliberal common sense notions of efficiency are generally propagated in political and media discourse and they help justify the push for binding free-trade and investment agreements (e.g. NAFTA, the Single European Act) and all are strongly supported by dominant elements in the business community. Globally, the efforts to promote free trade have manifested themselves most prominently in the business community's strong support for the conclusion of the Uruguay Round of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) negotiations and the creation of the World Trade Organization (WTO). In this way, the promotion of capital mobility and free trade was unequivocally endorsed by dominant business and conservative media, as well as by liberal outlets such as the *New York Times* or the *Washington Post.*[48] With this in mind, our next subchapter examines some of the consequences of freeing capital movements.

2.2 *International Capital Mobility and Policy Competition*

Capital controls were a fundamental element in the original Bretton Woods system. Indeed, both John Maynard Keynes and Harry Dexter White were in favor of protecting the nascent welfare states from the potential destabilization that could stem from capital flight. Accordingly, capital mobility was antithetical to the spirit of the Bretton Woods Agreement. Indeed, its architects envisaged an international framework that substantially limited policy and fiscal competition in order to allow post-war Keynesian policies to succeed. The return to international capital mobility under a regime of liberalized financial markets and free trade in recent decades has changed this state of affairs. With the internationalization of finance, capital controls, once part of the Bretton Woods orthodoxy, have become heretical again,[49] at least in the discourse of

47 Ed.: see also *supra* in this volume F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? ».

48 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, p. 94.

49 R. Abdelal, « Writing the Rules of Global Finance: France, Europe, and Capital Liberalization », *op. cit.*, p. 3. See also: R. Boyer, « Orthodoxie, hétérodoxies et capitalismes contemporains », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, 2017, n° 22, pp. 1–33.

'good governance'. Liberalizing the movement of capital, one of the main pillars of neoliberalism, has had a decisive disciplinary effect on states and has severely and durably restricted their policy autonomy.

In their rhetoric, Friedrich von Hayek and Milton Friedman singled out exchange controls as particularly oppressive for individual freedom. Exchange controls limit the 'exit option' of capital holders, that is, the right to exit or enter a specific political jurisdiction with their capital intact. The exit option of course includes the right to move capital to the so-called offshore world. Capital controls, by contrast tend to limit how capital mobility (and capital flight) can exercise a disciplinary effect on governments. For Hayek, state control on foreign exchange (capital controls) constituted a decisive advance on the path to totalitarianism and equated to the suppression of individual liberty.[50] For Friedman, capital controls were the "most effective way to convert a market economy into an authoritarian economic society".[51] In the name of freedom, neoliberal thinkers have therefore promoted the cross-border mobility of capital and encouraged the preservation of the associated 'exit option' in order to discipline governments, parliaments and national trade unions to introduce and accept neoliberal economic policies as both efficient and justifiable.[52]

Acknowledging the aim to secure the protection of private property rights and to transform public policy in accordance with the interests of internationally mobile capital, the International Monetary Fund made capital market liberalization a condition for membership and access to its loans, thus indirectly limiting democratic control over domestic economic policymaking. The new norm of free movement of capital has also been legally locked in via a patchwork of bilateral, regional and global legal and institutional mechanisms. At the bilateral level, many countries have concluded investment and free trade agreements with the US, which strongly limited the rights of these countries to use capital controls. Regionally, the EU, NAFTA and the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) institutionalized the free movement of capital to various extents. Globally, the WTO constitutionalized the freedom of capital movements in the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the Trade Related Intellectual Property Rights (TRIPS) frameworks. But it is perhaps at the International Monetary Fund that important attempts to

50 F. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1965, p. 92.

51 M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 57 as cited by A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, p. 99.

52 D. Lesage, M. Vermeiren and S. Dierckx, « New Constitutionalism, International Taxation and Crisis », in S. Gill and A. C. Cutler (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 197–210, esp. 197.

globally constitutionalize the free movement of capital have been undertaken with incomparable zeal.[53] By 2005, the combined liberal rules of the EU and other OECD member states governed some 70 to 80% of the world's capital flows.[54]

As a result, many nations and jurisdictions (including offshore centres, some of which are sovereign principalities) increasingly engage in a 'commercialization of sovereignty' in order to compete to attract internationally mobile capital. This policy competition has constraining effects on social and labour rights, promoting a race to the bottom on such rights, which in turn further increases the power of capital relative to labour.

2.3 *Competitive Federalism and Tax Policy*

In his article, Damien Piron contends that Belgian fiscal federalism is characterized by the willingness to introduce competitiveness into the realm of economic and fiscal affairs as well as consolidation in the budgetary realm.[55] Thus, the gradual strengthening of the mechanisms of inter-regional fiscal competition had a disciplinary effect on regional fiscal policies. Thus, numerous consulting firms are now advising affluent households and companies with regards to the community or region they should domicile in for tax purposes. In parallel, budgetary discipline is now orchestrated by the state in order to reassure investors and public debt holders. After these multiple reforms, the Belgian federated entities have acquired large budgetary resources (proportionally the highest in Europe) and regions have obtained large fiscal autonomy. This is because the taxes that were previously collected by the central government before being 'rebated' to federal entities progressively became 'regional taxes' whose control by federal entities is progressively more severed. Therefore, the content of the Special Law relating to the financing of the Communities and the Regions (SFL) – the cornerstone of the Belgian economic constitution – was a vector of conversion for federal entities to the neoliberal imperatives of economic and fiscal competitiveness and 'cleansing' of public finances. A similar logic as that depicted by Piron is at play at the regional and global level.

Indeed, for James Buchanan, federalism is essential to organize competition and is indissoluble from the constitutional provisions he is calling for,

53 S. Dierckx, « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *op. cit.*

54 R. Abdelal, « Writing the Rules of Global Finance: France, Europe, and Capital Liberalization », *op. cit.*, p. 4.

55 See *supra* in this volume, D. Piron, « The Special Financing Law : Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

as the principle of federalism emerges directly from the market analogy.[56] Competitive federalism is therefore a key component of constitutional economics. The creation of a Common Market (EU) prevented governments from using their regulatory authority to erect trade barriers against goods and services emerging from other political units.[57] This automatically entailed the institutionalization of an 'exit option' on the continent, and indeed the *centralization* of control over those policy capabilities related to free trade, capital mobility and private property rights. In parallel, this reasoning implied the *decentralization* of those policy capabilities that related to wealth redistribution and the correction of market failure,[58] illustrating the contradictions and consequences of the centralization/decentralization dialectic at the heart of the practices of 'good governance'.

These juridical frameworks, associated with immense technological advances such as computerized transactions, have allowed many firms and affluent households to move their money abroad in order to evade taxation or international sanctions, as the series of offshore leaks shedding light on these practices (Luxembourg Leaks, Swiss Leaks, Panama Papers, Paradise Papers) has revealed. Tax evasion is also institutionally locked in by the principle of unanimity in EU decision-making, which is a primary instrument to perpetuate the frameworks of market-preserving federalism.

Change is also blocked politically within the EU institutions, as some Member States are themselves offshore centres (Luxembourg, the Netherlands, Ireland, Channel Islands, City of London, *etc.*) and can use their veto power to oppose more ambitious policies aimed at combating money laundering and tax evasion. In sum, it is possible to note the stability of the new constitutionalism in the realm of international tax policy. The structural power of capital remains intact thanks to: (1) legal and institutional constraints (banking secrecy, international free trade agreements and treaties) which create a framework prohibiting the taxation of certain transactions and (2) geopolitical dimensions (internationally mobile capital is capable of playing off one political jurisdiction against another) that tend to discipline governments, parliaments and trade unions.[59] In similar fashion to the 'world capitalist' enterprises (banks

56 J. M. Buchanan, « Federalism as an Ideal Political Order and an Object for Constitutional Reform », *Publius: The Journal of Federalism*, 1995, vol. 25, n°2, pp. 19–28.

57 Ed.: see *supra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation ? ».

58 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism, op. cit.*, p. 109.

59 D. Lesage, M. Vermeiren and S. Dierckx, « New Constitutionalism, International Taxation and Crisis », *op. cit*.

and trading companies) depicted by Fernand Braudel in the era of merchant capital, financial and other corporate capital can now operate across time and space and oppose many obstacles that may exist or may be created to inhibit their profit making, e.g. more ambitious and progressive taxation schemes. In this way, the principle of unanimity in EU decision-making, the difficulties in creating a political consensus over banking secrecy, and the ideological support for an exit option justified by the 'competitiveness' discourse all inflect the prevailing political discourse and capacities for regulation and taxation.

In short, ideological, legal and institutional mechanisms all currently serve to lock in the rights of mobile capital and the regressive tax regime which is favourable to their accumulation strategies.

Multilateral taxation initiatives, e.g. on bank secrecy and the role of the offshore world do exist with the most recent attempt to harmonize up corporation tax initiated by the new Biden Administration in 2021 at the Group of 20 (G20) and in the OECD. Much remains to be seen as to whether the new initiatives will succeed but they have seldom been met with real as opposed to rhetorical success. For example, in 2009, G20 countries urged tax havens to sign more than a dozen information exchange treaties under the threat of economic sanctions. Because of this major coordinated initiative against tax evasion at the global level (associated with the regionally-oriented European Union Savings Directive), the world's tax havens signed more than 300 treaties, which led policy-makers to affirm that "the era of bank secrecy was over".[60] Alas, the data collected by Gabriel Zucman and Niels Johannesen suggests that these treaties have had quite a modest impact on bank deposits in tax havens, and that they did not trigger significant repatriation of funds, provoking instead a relocation of deposits between tax havens. Indeed, the least compliant havens have attracted new clients, while the most compliant ones have lost some, leaving roughly unchanged the total amount of wealth managed offshore. This finding challenges the rhetorical claims among policy-makers that the G20 tax haven crackdown was a success, thus proving the limits of a sequential approach (as opposed to a 'big-bang approach') in fighting tax evasion.[61]

60 N. Johannesen and G. Zucman, « The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown », *American Economic Journal: Economic Policy*, 2014, vol. 6, n° 1, pp. 65–91.

61 *Ibid.*, p. 67.

2.4 *A Strategy of Depoliticization*

One of the central goals of economic constitutionalism is to 'depoliticize' the question of money. This, it was argued, was the neoliberal best means to provide the 'public goods' of 'sound money' and macroeconomic stability.[62] This strategy is perhaps best exemplified by the technocratic governance of the Eurozone[63] and by how the IMF treats capital controls as a technical matter and not as a political issue. In this way, economic policy is depoliticized, so that it can apparently be put in the hands of technocrats and removed from democratic decisions.[64] Capital controls are thus disparaged as inconsistent with good governance while in reality their abandonment is part of a ruling class-based project supported by Western governments that favours internationally mobile capital and associated large asset holders. Consequently, the IMF institutional view not only leaves the structural power of transnational capital intact,[65] it also serves to increase it and to embed it institutionally in the governing structures of world capitalism.

In the Global South, as M. Mahmoud Mohamed Salah rightfully underlines, market liberalization was presented as a 'modernization' tool and instituted as conditional for IMF loans and programmes.[66] The main aim of these structural adjustment policies was to 'include national economies into the global economy' through trade liberalization measures which entailed the relaxation of barriers to entrepreneurial activities (licensing, rationing, price regulations) and the retrenchment of the state in market activities (suppression of subsidies, dismantling of public monopolies and their privatization). The principle of conditionality was also enforced in the post-Soviet world, where all new entrants into the European Union were required to adopt strict competition laws and other neoliberal reform measures, all in the name of abstract and contestable concepts of economic 'efficiency' and 'competitiveness'.

As may have been clear from our earlier points, such 'efficiency' never seems to incorporate 'social' or 'human' dimensions or indeed ever to be conceptualized outside of prevailing liberal economic discourses. The notions of socially and ecologically sustainable growth, redistribution of income under conditions

62 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 49.

63 Ed.: see *supra* in this volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

64 Ed.: see *infra* in this volume, C. Joerges, « Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic" ».

65 S. Dierckx, « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *op. cit.*

66 See *supra* in this volume, M. M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux ».

of increasing inequality, the adequate funding of efficient and affordable public services including for health and well-being, investment in research and renewable energies are markedly absent from the policies predicated by 'good governance' in the Western world as for the Global South. This reflects a historic convergence of the reform of colonial and postcolonial societies under neoliberal governance and discourse. Indeed, it might seem obvious to say that these frameworks are not consistent with the material and human interests, or indeed the very survival of humankind and the integrity of the planet, its biosphere and its life-forms. It remains to be seen whether this might change – for example in the now massively indebted Member States of the European Union and in the post-Trump United States – in an era of intensified climate change, economic and social crises and health and other emergencies.[67]

3 Making Alternative Futures Illegal: New Constitutionalism and Market-Preserving Federalism

3.1 *New Constitutionalism and Democracy*

As previously suggested, new constitutionalism involves political and legal reforms to redefine the nature and scope of the political in capitalist societies via a series of pre-commitment mechanisms. These include constitutions, laws, property rights and various institutional arrangements, designed to have quasi-permanent status. Law is central to the constitution of the power of capital, the nature of the state and its formal and legal separation from civil society.[68] Around the globe, constitutional reforms have transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to not only the executive branch but also to judiciaries, operating the astonishingly rapid transition to what may be called a global 'juristocracy'[69] or what Friedrich von Hayek termed, following Michael Oakeshott, a 'nomocratic' (law-governed) society.[70] In this way, the *raison d'être* of new constitutionalism – and its associated market-preserving federalism – is to make alternative futures – for example socialist alternatives – illegal, to prevent future governments from undoing commitments to a disciplinary neoliberal pattern of accumulation.

67 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *op. cit.*

68 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 59.

69 R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, 2004.

70 F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty,* Volume 1: *Rules and Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.

It thus operates across time and space and, in so doing, entails efforts to politically contain challenges to the disciplinary neoliberalism project through cooptation, domestication, neutralization and depoliticization of opposition.[71]

This state of affairs is utterly problematic from a democratic standpoint. Indeed, neoliberals argue for the redefinition of the political in order to construct a 'protected domain' that secures individual freedoms against encroachments of the power of the state and pressures of the 'tyranny of the majority' in democratic systems. In the liberal lexicon, democracy is therefore not a primary political concept, as the dominant political subject (or the effective sovereign) of the new constitutionalism is the investor, or the holder of large private property rights.[72] Friedrich von Hayek argued that democracy is only acceptable insofar as it is coupled with strictly limited government: the powers of any temporary majority must be limited by long-term principles, constrained by a constitution that limits the powers of government.[73]

Neoliberals thus oppose notions of 'social justice' in the sense of positive commitments to social redistribution to compensate for the inherent tendency towards wealth concentration and inequalities of condition under market-based disciplines: for Hayek justice is secured on an equal basis through an effective Rule of Law. This forms the basis of what Hayek called catallaxy[74] (the facilitation of spontaneous exchange processes and the associated mutual adjustment of individual economies in a market system), governed by a state that exists only to enforce property rights through constitutional constraints and binding rules and regulations on democratic life, which is the economic component of a nomocracy. For Buchanan, this is key to the creation of an 'efficient social order' that is premised on individual choice. In this way, neoliberal approaches – based on Constitutional Political Economy and Public Choice – advocate a form of structuralism founded upon methodological individualism as the basis for this so-called 'efficient social order'.[75]

This reasoning also strongly echoes the precepts of ordoliberal organic intellectuals such as Walter Eucken and Franz Böhm.[76] In their framework, the

71 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 48.

72 *Ibid.*, p. 60.

73 F. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960.

74 F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty,* Volume 2: *The Mirage of Social Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 1977.

75 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, pp. 52–55.

76 Ed.: for an analysis and comparison of the different neoliberal positions vis-à-vis the concept of 'economic constitution', see *supra* in this volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

state needs to be strong enough to provide an 'order' (*Ordo*) so as to develop the normative and political concept of 'order-based policies' (*Ordnungspolitik*), that is, a framework justifying and governing the actions of both the state and firms under competitive capitalism. For jurist Franz Böhm, the economic constitution is the "comprehensive decision (*Gesamtentscheidung*) of a society concerning the nature and form of the process of socio-economic cooperation".[77] For Walter Eucken, economic constitution (the rules of the game) is a political matter,[78] and its institutional core should comprise strict competition policy and tight monetary policy, the latter being orchestrated in Germany by the *German Act Against Restraints of Competition* and the creation of the 'independent' *Bundesbank* in 1957, although independent central banking was technically not prescribed by proponents of the Freiburg School of ordoliberalism.

With an economic constitution, these elements become part of a distinct realm. Their logics and procedures are insulated from democratic interference: they do not directly answer to the parliamentary state, even less so to the pressures of the street. A quintessential contemporary example at the regional level is therefore the European Central Bank, one of the many 'independent' central banks that have proliferated since the early 1980s – and one of the most independent and powerful. This independence gave central banks substantial latitude to act as a lender of last resort and thus to massively bail out banking and corporate interests following the crash of 2008, a discretionary move which increased both the concentration of assets as well as of firms and went against the ordoliberal orthodoxy of strict competition.[79] While central banks are independent of governments, their boards of governors are largely drawn from the ranks of private financial interests, not from trade unions or from the ranks of heterodox political economists.[80] This echoes the dialectic of socialization/desocialization inherent to new constitutionalism which we underlined in the introduction: *socialization* of financial and corporate losses goes hand in hand with the protection of capital from expropriation and seizure,

77 M. Blyth, *Austerity: The History of a Dangerous Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Ed.: see *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

78 W. Eucken, *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Berlin/New York, Springer, 1992. Ed.: see also *supra* in this volume, H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique: émergence et fonctions »; P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

79 Ed.: see *supra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? ».

80 S. Gill, « Transnational Class Formations, European Crisis and the Silent Revolution », *Critical Sociology*, 2017, vol. 43, n^{os} 4–5, pp. 635–651, esp. p. 642.

while the socialization of capital through nationalizations or redistribution is firmly prohibited by treaties (*desocialization*).

Independent central banking belongs – alongside balanced budget amendments and intellectual property rights provisions in trade agreements – to what Adam Harmes terms *horizontal new constitutionalism*,[81] i.e. those measures that do not directly rely on the disciplinary effects of capital mobility and the exit option. The next subchapter explores what Harmes calls *vertical new constitutionalism*, that is, the lock-in mechanisms that rely on capital mobility and the exit option and are thus directly connected to market-preserving federalism.

3.2 *Market-Preserving Federalism and the Capillary Power of Disciplinary Neoliberalism*

The aim of market-preserving federalism (including not only within national jurisdictions but also along regional or global lines) is to impose constraints on socialist or even social-democratic forms of government intervention by locking in inter-jurisdictional competition. Two broad principles apply for the design of market-preserving federal systems: (1) subnational governments should not have the ability to limit the right to exit (or enter) their jurisdictions in order to ensure a national economy characterized by the free movement of individuals, firms and goods; (2) neoliberals generally advocate decentralization of labour and environmental regulation and certain forms of tax collection and social spending. Whereas classical fiscal federalism seeks policy efficiency by having the supply of public policies match the demand for them, market-preserving federalism emphasizes the 'locking-in' of free-market policies through the creation of an exit option and policy competition.[82] The structural power of capital is thus affirmed and institutionalized through the predominance of international finance and transnational corporations in the global political economy.[83] Furthermore, legal and institutional constraints contained in the treaties do more than just fulfilling the ordoliberal dream of organizing competition: they prohibit the nationalization or socialization of capital while capital losses are constantly socialized in times of crisis to ensure the survival of the capitalist system. In other words, new constitutionalism binds future governments and makes it even harder to transcend the neoliberal regime of governance in the coming decades.

81 A. Harmes, « Neoliberalism and Multilevel Governance », *op. cit*.

82 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism*, *op. cit*., p. 98.

83 D. Lesage, M. Vermeiren and S. Dierckx, « New Constitutionalism, International Taxation and Crisis », *op. cit*.

This ability to freeze policy tools and thereby influence ideological orientations on the long run is part of the capillary power of disciplinary neoliberalism, i.e. powers that reach into the very crevices of everyday activity and politics as a result of budgetary and fiscal discipline. Indeed, the disciplinary dimension is central to the prioritization of capitalist enterprise, which is considered the primary, vital, life-giving force in a regime of 'competitiveness'. As a political project, disciplinary neoliberalism seeks to ensure that large capital generally becomes the sole and uncontested arbiter of public policy and development. Damien Piron shows the progressive capillary aspect of these structures in Belgium with the three phases of Belgian financial federalism delineated in his paper: 'vertical budgetary legitimacy' (1970–1988), 'horizontal budgetary legitimacy' (1989–2000) and 'fiscal legitimacy' (since 2001). Moreover, this tendency is related to the innovation and intensified application of practices of surveillance in the political economy, or 'panopticism'. These include new levels of technological sophistication applied instrumentally, for purposes of social control and avoidance of losses that reduce the individual (or the state, for that matter) to a manipulable and relatively inert commodity by corporations and powerful market participants.[84] The ultimate goal is to instantiate and institutionalize the ideological claim that 'there is no alternative' to neoliberal governance.[85]

3.3 *Globalization from Above Is Contested from Below*

Despite its powerful fortifications and institutional support, new constitutionalism remains a strategic political *project*, rather than a completed historical process. As such, it has a contingent and contested character.[86] Contestation is growing in the context of the recent organic crisis of capitalist societies – that is, crises of a deep structural and fundamental nature resulting in an impasse concerning the future that does not avail itself to traditional exit strategies or concepts of political and social renewal. The current economic, social, health and environmental stalemate also leads, as is clear to see, to the development of both degenerative/reactionary as well as progressive solutions/responses, with each beginning to gain traction politically. Centrist cross-class parties associated with prevailing patterns of global governance and corporate solutions have been losing secular appeal over the last 30 years, particularly in the

84 S. Gill, « The Global Panopticon? The Neoliberal State, Economic Life, and Democratic Surveillance » *Alternatives: Global, Local, Political*, 1995, vol. 20, n° 1, pp. 1–49.

85 S. Gill, « Transnational Class Formation, European Crisis and the Silent Revolution », *op. cit.*, p. 639.

86 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 61.

OECD nations, a process that appears to have accelerated since the 2007–2008 global financial meltdown originating, once again as in the 1930s, on Wall Street.[87] By obliterating former social and economic protections and enhancing economic vulnerability, neoliberal capitalism seems to have sparked, once more, a 'double movement' of nationalist and populist backlash and it may well be that the current pandemic/economic and social crisis will intensify these developments.[88]

The severe social dislocations occasioned by the policies deriving from new constitutionalism and disciplinary neoliberalism have therefore triggered new forms of contestation and resistance from those social groups that Gramsci called the 'subaltern'. In his Notebook 25, Gramsci conceived subalternity in terms of class, race, culture, and religion – among other factors. For Marcus Green, this concept within the general trajectory of Gramsci's thought, particularly with respect to subaltern political activity and the function of intellectuals, reveals the interconnection between the degeneration of political power, a crisis of representation, and social and political marginalization.[89] The 2018–2019 Yellow Vests (*Gilets Jaunes*) insurrection in France, with its blockade of roundabouts and its incursions in Paris' *beaux quartiers*, is emblematic of some of the new types of spontaneous resistance movements that the European organic crisis has come to engender and reflect. Far from restricting their grievances to the gas tax increase and other threats to their systems of livelihood, the Vests gradually articulated an ambitious agenda for wealth redistribution, democratic reforms, social and environmental justice and the end of state repression.[90] Rather than succumbing to the elitist *Zeitgeist* that tends to amalgamate every political movement that does not conform to the status quo as forms of destabilizing 'populism', Harmes suggests that we should also conceptualize these movements as 'anti-policy competition' rather than 'anti-globalization' *per se*.[91] We might add that they are not simply a revolt against elite technocracy but are often actively seeking to develop more inclusive forms of democratic participation and forms of accountability that depart from traditional representative democracy.

87 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *op. cit.*, p. 389.

88 K. Polanyi, *The Great Transformation*, *op. cit*.

89 M. E. Green, « Rethinking the Subaltern and the Question of Censorship in Gramsci's Prison Notebooks », *Postcolonial Studies*, 2011, vol. 14, n°4, pp. 387–404, esp. p. 393.

90 S. Kipfer, « What colour is your vest ? Reflections on the yellow vest movement in France », *Studies in Political Economy*, 2019, vol. 100, n°3, pp. 209–231, esp. pp. 214–215.

91 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism*, *op. cit*., pp. 87–88.

It would however be a huge mistake to underestimate the (uneven) institutionalization and political resilience of neoliberal power blocs, and their capacities to cope with, co-opt, or marginalize and crush resistance – particularly since, in many respects, neoliberalism represents a strategy of governing through crisis and, as Monnet pointed out in the context of European integration, developing its political projects of integration through responses to crisis.[92] The ferocious repression of the Yellow Vests movement, or for that matter of every type of contestation in contemporary France, is a reminder of the overt brutality disciplinary neoliberalism is capable of engendering in a situation of dominance rather than hegemony that lies at the heart of the current ruling class project of European integration. However, our last subchapter will demonstrate that subtler methods exist to counter the blows of resistance in the EU and other institutions of global governance.

4 COVID-19 and the Future of New Constitutionalism in the European Union

Since the 2008 global financial crash and its repercussions throughout the world, the European integration project has undergone transformations, following political decisions to prioritize corporate and banking bailouts and other monetary measures to ensure liquidity in the financial markets and prevent a collapse of capitalism in Europe. Prevailing policies have proven to be politically controversial and linked to a rise of populism across Europe, particularly on the right, given that they have also entailed substantial and growing constraints on the sovereignty of national parliaments and national fiscal strategies. The policies have been linked to a long period of austerity and a situation of very high unemployment – particularly for younger workers – across a Europe beset by economic stagnation. The problems in maintaining the integrity of the Union, reflected for example in Brexit, as well as many of the human tragedies associated with the refugee/asylum questions and the human costs of inequality more generally are 'morbid symptoms'[93] of the ongoing European organic crisis. With the advent of the Covid-19 pandemic, Europe seems to be facing a crossroads once more, with risks of further disintegration of the European and Monetary Union involving a reluctant Germany

92 S. Gill, « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *op. cit.*, p. 389.

93 A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks, op.cit,* p. 276, Q3§34.

forced into the path of debt mutualization. Will Covid-19 be the occasion to break the new constitutionalist chains around the future?

4.1 *COVID-19 and European Political Economy*

From the very beginning, the European integration project was constructed on principles of economic constitutionalism, principles that were intended to be mechanisms to extend the internal market whilst at the same time introducing measures of widening scope that would incrementally limit the discretionary power of parliaments in economic policy-making at the European level, in effect keeping many democratic forces out of the governance of key elements of economic policy. How an economic constitution emerged in the more recent European context is reflected in the Maastricht Treaty of 1992, which paved the way for the introduction of the Euro as a means to consolidate the EU and laid out the general legal and political framework for the Economic and Monetary Union (EMU).[94] Monetary policy is concentrated in the hands of the European institutions, whereas budgetary discipline and some coordination of economic policies remain mainly decentralized to Member States. Eurozone countries were restricted to budgetary deficits of no more than 3%, and their debt to GDP levels restricted to a maximum of 60%, so their debts to creditors were seen to be sustainable.

It was however without any apparent theoretical or economic grounding that a European consensus centred on the arbitrary 3% deficit rule emerged in 1981, when France's deficit amounted to 100 billion Francs (which then represented 2% of its GDP). Influential French economist Guy Abeille thus deemed the 3% threshold an attainable goal.

Entrenched in the 1992 Maastricht Treaty, this 3% regulation was reinforced in the Treaty of Amsterdam in 1999, and consistently hardened ever since, notably with the 2013 Treaty on Stability, Co-ordination and Governance (TSCG), whose Article 3.1b lowered the threshold of authorized budgetary deficit to 0.5%, in effect mandating a virtually balanced budget. Under TSCG, surveillance has furthermore reached new heights: Excessive Deficit Procedure is automatically activated whenever a Member State transgresses the 3% limit. Indeed, the rules of separation of monetary and fiscal policy had not been relaxed since the 2008 banking crisis, which was reframed in dominant discourses as a 'public debt' crisis. Quite the opposite, the EU policy package had become more rigid and doctrinaire, such that with this crisis the new

94 Ed.: see *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire ».

'economic governance' constitution was being extended,[95] while simultaneously its neoliberal/ordoliberal discursive framing limited what was deemed politically possible on ideological grounds. At the apex of those financial and monitoring structures stands the European Central Bank (ECB), an institution heavily influenced by the private financial sector; ECB independence insulates it from democratic forces that might wish to constrain its policies.

Orthodox economists praise these innovations as maximizing competitiveness and 'economic efficiency' across the Eurozone[96] although that claim is yet to be reflected in living standards, political stability and a significant lowering of unemployment. By contrast, a Critical Political Economy (CPE) perspective analyzes not only economic effects but also how discourses emerge and which role they play in political struggles,[97] e.g. how these measures may reflect a shift to a more pervasively 'authoritarian neoliberalism'[98] or indeed an 'authoritarian constitutionalism'.[99] Some thinkers have equated the new architecture to a form of 'transnational authoritarian statism'[100] and how crisis management can be understood as a means of restructuring power relations under new constitutional conditions of the European Union.[101]

---

95 J. M. Ryner, « Europe's Ordoliberal Iron Cage: Critical Political Economy, the Euro Area Crisis and its Management », *Journal of European Public Policy*, 2015, vol. 22, n °2, pp. 275–294, esp. p. 283.

96 J. Pisani-Ferry and A. S Posen, « The Euro at Ten: The Next Global Currency? » *Review of International Organizations*, 2009, vol. 5, n°1, pp. 101–105.

97 J. Jäger and E. Springler (ed.), *Asymmetric Crises in Europe and Possible Futures. Critical Political Economy and post-Keynesian Perspectives*, London, Routledge, 2015, pp. 3–7. Ed.: see also *supra* in this volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

98 I. Bruff, « The Rise of Authoritarian Neoliberalism », *Rethinking Marxism. A Journal of Economics, Culture & Society*, 2014, vol. 26, n°1, pp. 113–129. Ed.: on the concept of "authoritarian neoliberalism", see also *supra* in this volume, W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" » and the discussions and criticisms by S. Audier (« Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ») and V. Valentin (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »).

99 L. Oberndorfer, « From new constitutionalism to authoritarian constitutionalism: New Economic Governance and the state of European democracy », in J. Jäger and E. Springler. (eds.), *Asymmetric Crises in Europe and Possible Futures. Critical Political Economy and post-Keynesian Perspectives*, *op. cit.*, pp. 186–207.

100 E. Schneider and S. Sandbeck, « Monetary Integration in the Eurozone and the Rise of Transnational Authoritarian Statism », *Competition & Change*, 2019, vol. 23, n°2, pp. 138–164.

101 H.J. Bieling, « Uneven development and 'European crisis constitutionalism', or the reasons for and conditions of a 'passive revolution in trouble' » in J. Jäger and E. Springler

4.2 *The July 2020 European Rescue Plan and the response to the COVID-19 Shock*

At first sight, the Covid-19 shock in the Spring of 2020 turned all this architecture of austerity upside-down. The 'symmetric' coronavirus shock hit countries that were in highly asymmetric economic conditions. The more developed core (centred on Germany) had increased its productive and technological capacity while the Southern Periphery, caught between product competition with the EU and cost competition from emerging economies, had seen a decline in its manufacturing capacities.[102] However, the core itself is dependent for its growth on the pattern of specialization within the EU, especially in a context of trade disputes with the United States. Indeed, the Southern Periphery is providing an outlet for increasing surplus of manufactures, while the Eastern Periphery is supplying cheap input for its industries.[103]

The pandemic abruptly hit Italy in March 2020, before spreading all over the continent. Its dramatic effects exposed the fragility of peripheral states and shed light on the consequences of years of austerity in the EU: uneven material capacities, international dependence on manufactured goods and denuded public health systems and as a result scarce medical facilities to respond to the pandemic. Although the hastily declared lockdowns affected each European nation and region differently, the overall picture is one of a tremendous plunge in production and incomes and enormous pressure on public goods, public finances and, with that, on the project of European integration. For a few weeks, the press gauged the balance of forces in the 'clash of neoliberalisms' which saw Germany, France and the Southern Periphery – that were favorable to agreeing on an ambitious rescue plan – at crossed swords with the so-called 'Frugal Four' (Netherlands, Austria, Denmark, Sweden), a confrontation which, however, ultimately gave birth to the Covid-19 recovery plan in July 2020.

To a certain extent, the July European Recovery Plan of 750 Billion euros (390 billion in the form of loans and 360 billion in grants, in 2018 prices) can be seen, in the same fashion as the 2012 IMF institutional view,[104] as a 'departure from neoliberalism', and therefore, admittedly, can be interpreted as a possible

(ed.). *Asymmetric Crises in Europe and Possible Futures. Critical Political Economy and post-Keynesian Perspectives*, *op. cit.*, pp. 98–113.

102 G. Celi, D. Guarassio and A. Simonazzi, « A Fragile and Divided European Union Meets Covid19: Further Disintegration or 'Hamiltonian Moment' », *Journal of Industrial and Business Economics*, 2020, vol. 47, pp. 411–424, esp. pp. 411–412.

103 *Ibid.*, p. 413.

104 S. Dierckx, « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *op. cit.*

loosening of the new constitutionalist framework.[105] Yet, even though the Plan seemed to discursively drift away from new constitutionalism, it also signaled the return to more 'ad-hoc' measures in the form of conditionalities. There is no clear departure from austerity, as budgetary and financial conditionality seem to still be on the agenda for debtor countries. According to the EC's 'Proposal for a Regulation' (Art. 17.4.a) the financial regulation will be "paid in installments once the Member State has satisfactorily implemented the relevant milestones and targets identified in relation to the implementation of the recovery and resilience plan".[106] Thus, the symbolic (and probably temporary) suspension of the Stability and Growth Pact, with its purported willingness to 'mutualize' debts in the Eurozone and its discursive Keynesian elements may therefore serve to co-opt resistance and opposition movements in a context of growing inequalities and rampant Euroscepticism.

As a matter of fact, the European Rescue Plan seems weak and lacks ambition, especially considering the impact of the pandemic in the Southern periphery (e.g. in Spain and Italy) and there have been significant delays in disbursing the funds. Nonetheless, very little has been budgeted against poverty and to fight inequalities. Indeed, the Plan is not oriented towards redistribution at all, nor towards tax harmonization or for improved labour and environmental regulations, as progress in those areas would threaten the benefits of policy competition and will thus always meet strong resistance from neoliberal forces. To sum up, the EU witnessed a temporary suspension of disciplinary neoliberalism in order to meet the emergency. Member States acted in an extra-economic constitutional manner so as to absorb some of the blow of the pandemic and thereby signaled the continued relevance of some of their sovereign power. This begs the questions: What is the prevailing bloc of political and social forces at the heart of the EU that has the power to suspend these rules? Who holds sovereign power in the Eurozone?

4.3 *The Restructuring of New Constitutionalism and* Trasformismo

The EU is extending its easing of the state aid rule into 2021 (to cater for the continued needs of businesses) and some horizontal new constitutional measures seem to be contested even in the Netherlands,[107] quite incongruously

105 See : https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en (last consulted on 12 February 2022).

106 Cited by G. Celi, D. Guarassio and A. Simonazzi, « A Fragile and Divided European Union Meets Covid19: Further Disintegration or 'Hamiltonian Moment' », *op. cit.*, p. 420.

107 On September 1st 2020, the head of the Dutch Central Bank Klass Knot took a stand against Dutch Prime Minister Mark Rutte's inflexibility by suggesting that the COVID-19 debt should be 'restructured' or even 'cancelled' for the most indebted Member States

given that the prosperity of the Dutch kingdom was partially built on its tax haven activities (and also ideologically that it developed its own tradition of public choice theory which dates back to the 1950s).[108] At the global level, the IMF estimates that countries have increased spending or cut taxes by 11.7 trillion (12% of global gross domestic product) in 2020, and is encouraging states to consolidate their fiscal activism, which led even the *Financial Times* to bombastically claim that we are witnessing the 'funeral of austerity'.[109] All these elements may suggest that disciplinary neoliberalism has been left in the lurch. Yet, it is our contention that, although new constitutionalism is being temporarily restructured, its foundations remain intact[110] – or at least will likely remain so until a new wave of austerity and regressive taxation is imposed to finance the unprecedented levels of public debt within the EU.

Indeed, the words of President of the *Bundesbank* Jens Weidmann on September 2, 2020 should suffice to damper the eagerness of those who dream of burying austerity:

> In all this, it is important to remember that all the measures – including the additional ones – *are unmistakably temporary in nature*. Then, as in the aftermath of the financial crisis, the burdens on public finances will recede. Fiscal policy should not get used to a lax stance, nor should it rely on interest rates remaining as low as they are today in the long run. That's *why it will be essential to scale back the increased debt ratio again once the crisis has subsided*. You see, the pandemic is a clear reminder of the *importance of sound public finances*. They make the state capable of acting and strong.[111]

---

such as Greece and Italy. Knot also advocated for harmonizing corporate taxes at the European level, while the Netherlands repeatedly attempted to attract multinational corporations with its accommodating taxation scheme (J.-P. Stroobants, « Aux Pays-Bas, le président de la banque centrale livre un plaidoyer pro-européen inattendu » *Le Monde*, September 3, 2020, available at : https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/09/03/aux-pays-bas-le-president-de-la-banque- (last consulted on 12 February 2022)).

108 M. Oudenampsen and B. Mellink, « The Roots of Dutch Frugality : the Role of Public Choice Theory in Dutch Budgetary Policy », *Journal of European Public Policy*, 2021, published online June 28, available at : https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2021.1936130 (last consulted on 12 February 2022).

109 C. Giles, « Global Economy : The Week that Austerity was Officially Buried », *The Financial Times*, October 16, 2020, available at : https://www.ft.com/content/0940e381-647a-4531-8787-e8c7dafbd885 (last consulted on 12 February 2022).

110 Ed.: see also *supra* in this volume, H. Lokdam & M. A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? ».

111 J. Weidmann, « Calling on the government », speech delivered at the Übersee-Club Hamburg on 2 September 2020 (emphases added), available at : https://www.bis.org/review/r200904a.htm (last consulted on 12 February 2022).

In his study of the IMF 'institutional' view on capital flows, Sacha Dierckx concluded that despite rhetorical changes and opposition from emerging markets, the framework leaves the structural power of transnationally oriented capital intact.[112] While the approach certainly implies a more flexible standpoint on capital controls, it remains within neoliberal limits. The IMF 'institutional view' is one of 'pragmatic neoliberalism':[113] it contains elements that appear as a departure from neoliberalism in an effort to incorporate and co-opt resistance.

In the tumultuous political context that followed the *Risorgimento*, Antonio Gramsci referred to this process of co-optation as *trasformismo* (transformism). In the Italian context, *trasformismo* manifested in the process whereby the so-called 'historic' Left and Right parties which emerged from the *Risorgimento* tended to converge in terms of program during the years which followed, until there ceased to be any substantive difference between them. This gradual but continuous absorption of the Party of Action by the Moderate Party reflected the fact that the Risorgimento was 'a revolution without a revolution', a 'revolution-restoration', or in Gramsci's famous coinage, a 'passive revolution'.[114]

The lack of legitimacy associated with neoliberal globalization explains why the global struggle is now increasingly mediated by *trasformismo* – attempts by ruling classes and *élites* to co-opt and incorporate opposed political forces and their intellectual leaders in order to make their power more legitimate and in so doing, help sustain the prestige of their regimes.[115] The use of this tactic has been commonplace at the WTO level, where transnational forces of radical change – especially the Alter Globalization Movement (AGM) – are often co-opted, tempered and rendered relatively ineffective by powerful neoliberal interests,[116] as well as in the EU. Thus, the British Trade Union Congress (TUC) and the UK Labour Party abandoned their longstanding opposition to the European Community and its subsequent extension through the Single European Act (SEA). They did so in response to Jacques Delors's announcement

112 S. Dierckx, « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *op. cit.*

113 R. Sandbrook, « Globalization and the Limits of Neoliberal Development Doctrine », *Third World Quarterly*, 2000, vol. 21, n°6, pp. 1071–1080 (as cited by S. Dierckx, « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *op. cit.*, p. 806).

114 A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks, op. cit.*, p. 59, Q19§24.

115 S. Gill, « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *op. cit.*, p. 65.

116 B. Paterson, « Trasformismo at the World Trade Organization », in M. McNally and J. Schwarzmantel (eds.), *Gramsci and Global Politics. Hegemony and Resistance*, London, Routledge, 2009, pp. 42–57.

that the Single European Act would have a social dimension in the form of the Social Charter,[117] while the SEA was the first attempt – although not the decisive one – to redefine the internal market in such a way as to put freedom of capital on the same footing as the other three freedoms.[118]

Robert W. Cox has depicted these tendencies that relate to the aforementioned dialectic of inclusion/exclusion thanks to his long experience as Research Director at the International Labour Organization (ILO) in Geneva. International institutions and rules are generally initiated by the state which establishes its hegemony: they perform an ideological role in defining policy guidelines for states and to legitimate certain institutions and practices at the national level. In other words, these institutions reflect orientations favourable to the dominant social and economic forces. To counter the blows of resistance, elite talent from peripheral countries is co-opted into international institutions in the manner of *trasformismo*.[119]

Despite the extraordinary nature of the current events, crises remain moments of opportunity. Indeed, in spite of Mario Draghi's dramatic commitment to do 'whatever it takes' (which Emmanuel Macron loudly echoed with his spring 2020 mantra '*quoi qu'il en coûte*') to sustain economic growth and favour rising wages, the 'Euro crisis' (2011) became a pretext for the European Commission and the Council to put forward proposals to give the EU new powers to deal with core welfare issues and 'economic unbalances' under a new technocratic procedure without democratic debate: José Manuel Barroso's 'silent revolution' to create an 'economic government' imposed from above.[120] Thus, the momentary display of fiscal activism and the temporary loosening of new constitutionalist rules could be analyzed as related to a strategy of containing or limiting popular pressure and democratic striving in a time of profound uncertainty and rapidly deteriorating standards of living for a majority of the European citizenry. In this instance, 'passive revolution' becomes a defence mechanism that seeks to avert a complete revolution: it can be analyzed as an effort to promote an unethical project of modernity that ultimately seeks to preserve the features of an exploitative, unequal and class-divided society.

117 A. Harmes, *The Politics of Fiscal Federalism*, *op. cit*., p. 104.

118 R. Abdelal, « Writing the Rules of Global Finance: France, Europe, and Capital Liberalization », *op. cit*., p. 10.

119 R. W. Cox, « Gramsci, Hegemony and International Relations: An Essay in Method » in S. Gill (ed.) *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 49–66, esp. pp. 62–63.

120 S. Gill, « Transnational Class Formation, European Crisis and the Silent Revolution », *op. cit*.

Conclusion

As the European Union was assailed by another coronavirus wave in January 2021, tension mounted among the ruling classes as well. While President of the *Bundestag* Wolfgang Schäuble remains a proponent of the strict monitoring of the EU-financed recovery and reform plans and contends that the EU has spent too much time arguing about the fund's size and not enough thinking about its use, French Minister of the Economy Bruno Le Maire called on the EU to overcome 'blockages' in order to ensure faster disbursement of its 750 billion euros recovery fund to Member States, blaming technocratic delays and cumbersome European Commission conditionality procedures.[121] Furthermore, the renegotiation of the temporarily suspended Stability and Growth Pact (SGP) will likely become a contentious issue as well. Le Maire argues that the pact should be "re-evaluated to take into account reality [...]: the highest debt levels in our history, the lowest interest rates in our history, and the largest investment needs in our history", (e.g. French debt to GDP is now 120%).

However, under new constitutionalism, modifying public debt and deficit norms would entail renegotiating and rewriting the treaties, which is a major political task. Indeed, given the huge increase in sovereign indebtedness and future costs of financing, and if the EU ruling classes and governments press for abiding again by the SGP criteria, it would only be possible to meet those criteria if there were significant tax increases and likely conditions of long-lasting and massive austerity. That, in return, might ignite political explosions, exacerbating not only the crisis of representation but also societal tensions, large scale impoverishment and inequality and probably emergency restrictions of human rights, political freedoms and other coercive measures to maintain and securitize the existing order.

In this context, a strategy of co-optation is unlikely to work. Nonetheless, although there seems to be much to be pessimistic about, some recent developments may give some grounds for cautious optimism beyond the search for vaccines and a renewal of economic growth. Recent economic and existential shocks have revealed the political fragility of the new constitutionalist architecture, even though its legal foundations have remained (so far) apparently relatively resilient and intact.[122] Yet, with the pauperization of large parts of the population, alongside the rise in reactionary forces, there are also growing

121 « EU Recovery Fund 'Too Slow and Complicated', Says French Minister », *The Financial Times*, January 27, 2021, available at : https://www.ft.com/content/07ee0a9e-4db2-4ca0-8b05-521ab2e11898 (last consulted on 12 February 2022).

122 Ed.: see e.g. *supra* in this volume, S. Cafaro, « The Evolving Economic Constitution of the European Union: Eulogy to Stability? ».

constituencies for progressive change. The latter raise universal questions of global governance, including reducing inequality, addressing climate change and promoting the right to inclusive and universal healthcare in a fair and equitable society.

Select Bibliography

Abdelal, R., « Writing the Rules of Global Finance: France, Europe, and Capital Liberalization », *Review of International Political Economy*, 2006, vol. 13, n°1, pp. 1–27.

Braudel, F., *The Structures of Everyday Life: The Limits of the Possible.* Volume 1: *Civilization and Capitalism 15th-18th century* (1981), New York, Harper & Row, 1992.

Buchanan., J. M., *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1991.

Dierckx, S., « After the Crisis and Beyond the New Constitutionalism? The Case of Free Movement of Capital », *Globalizations*, 2013, vol. 10, n°6, pp. 803–818.

Gill, S., « New constitutionalism, democratisation and global political economy », *Pacifica Review: Peace, Security & Global Change*, 1998, vol. 10, n° 1, pp. 23–38.

Gill, S., « Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations », *International Studies Review*, 2002, vol. 14, n°2, pp. 47–65.

Gill, S., « Transnational Class Formations, European Crisis and the Silent Revolution », *Critical Sociology*, 2017, vol. 43, n^{os} 4–5, pp. 635–651.

Gill, S., « Global Governance "As It Was, Is and Ought to Be". A Critical Reflection », *Global Governance*, 2019, vol. 25, pp. 371–392.

Gramsci, A., *Selections from the Prison Notebooks* (Translated and edited by Q. Hoare and G. Nowell Smith), New York, International Publishers, 1971.

Harmes, A., « Neoliberalism and Multilevel Governance », *Review of International Political Economy*, 2006, vol. 13, n°5, pp. 725–749.

Harmes, A., *The Politics of Fiscal Federalism: Neoliberalism versus Social Democracy in Multilevel Governance*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2019.

Hayek, F. A., « The Principles of a Liberal Social Order », in C. Nishiyama, K. R. Leube (eds.). *The Essence of Hayek*, Stanford, Hoover Institution Press, 1984, pp. 363–381.

Lesage, D., Vermeiren, M., and Dierckx, S., « New Constitutionalism, International Taxation and Crisis », in S. Gill and A. C. Cutler (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 197–210.

Polanyi, K., *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Times*, Boston, Beacon Press, 1944.

Ryner, J. M., « Europe's Ordoliberal Iron Cage: Critical Political Economy, the Euro Area Crisis and its Management », *Journal of European Public Policy*, 2015, vol. 22, n °2, pp. 275–294.

Discussion
De la constitution économique à la constitution écologique : l'avènement de la 'méta-politique'

Sébastien Adalid

Introduction

La 'constitution économique' est devenue une réalité juridique. L'outil théorique originellement ordolibéral s'est transformé en une technique juridique d'encadrement du pouvoir politique, dans le domaine économique. L'idée de 'constitution économique' a été prise (trop) au sérieux. L'une des fonctions d'une 'Constitution' est d'instituer et d'encadrer l'exercice du pouvoir politique et d'en limiter, par les droits fondamentaux, les choix.

Aujourd'hui, la 'constitution économique' s'est vu assigner la même fonction. Mais, là où les 'Constitutions' instituent le pouvoir politique, la 'Constitution économique' le détruit ; car il ne saurait y avoir de pouvoir véritablement politique s'il se voit amputé de sa liberté de choix économiques. Les 'Constitutions' encadrent formellement le pouvoir politique, les 'Constitutions économiques' forment un cadre substantiel, elles préemptent les décisions politiques, elles dictent alors une 'méta-politique'[1].

L'échec ordolibéral initial d'une 'constitution économique' n'a pas empêché l'avènement d'une 'Constitution économique néolibérale'[2] (1.). Le contenu de cette dernière est principalement constitutionnel : transformer l'État pour le soumettre au marché et ainsi permettre l'avènement d'une 'méta-politique', d'une idéologie dominante imposée juridiquement par le droit (2.).

Pour désacraliser cette 'Constitution économique', il convient de rappeler son rejet initial par la doctrine juridique, lors du colloque de Liège (3.). La nature politique de la 'constitution économique européenne' a toujours

1 Nous avons déjà abordé cette notion dans deux contributions, voy. S. Adalid, « L'Union économique et monétaire : une méta-politique », *Revue de l'Euro*, 2017, vol. 51, disponible à l'adresse : https://resume.uni.lu/story/lunion-economique-et-monetaire-une-meta-politique (dernière consultation le 12 février 2022) ; « T-Dem Versus Economic Meta-policy: The Means and the Ends », *European Papers*, 2018, vol. 3, n°1, pp. 19–31.

2 N.d.E. : pour une analyse et une comparaison des différentes positions ordo- et néolibérales vis-à-vis du concept de « constitution économique », voy. *supra* dans volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

© SÉBASTIEN ADALID, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_026
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

été ouverte. Si la 'Constitution économique néolibérale' s'est imposée, c'est par une mutation des modalités de prise de décision politique. Celle-ci a été contrainte par des sources juridiques supra-législatives, internationales[3] comme nationales[4], qui s'inspirent du dogme néolibéral et/ou reprennent les techniques du marché. Ce dernier devient l'un des gardiens – aux côtés des autorités indépendantes – des règles juridiques, et donc de l'idéologie, néolibérales (4.).

Pour autant, l'idée de supériorité du marché n'a pas résisté aux différentes crises que connaît le néolibéralisme. Elle tend cependant à être remplacée par l'idée de 'Constitution écologique', dont les ressorts autoritaires restent les mêmes que celle de 'Constitution économique'.

1 De la 'constitution économique' ordolibérale à la 'Constitution économique' néolibérale

La tentative ordolibérale a échoué sur l'écueil de vouloir explicitement encadrer le pouvoir politique, et donc démocratique (1.1.). La notion renaîtra, mais de manière beaucoup plus idéologique, au sens d'une 'constitution économique néolibérale'. Sous cet aspect, la 'constitution économique' devient plus institutionnelle que substantielle. Elle est un discours sur l'exercice du pouvoir (1.2.). Ce discours s'intègre alors dans les réflexions contemporaines autour du 'bon gouvernement'[5], conduisant à l'avènement de la 'méta-politique'.

1.1 *L'échec de la 'constitution économique' ordolibérale*

La 'constitution économique' constitue l'un des fragments de l'ordolibéralisme, théorie juridico-économique forgée dans l'Allemagne de l'entre-deux-guerres[6]. L'idée en est simple : faire garantir par l'État les conditions optimales

3 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, M. M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence internationale des ordres juridiques nationaux » et T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

4 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

5 Expression empruntée à Pierre Rosanvallon (*Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015).

6 Sur l'ordolibéralisme comme doctrine économique, voy. S. Audier, *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2012, pp. 401–474 (sur le constitutionnalisme économique, pp. 417–424). Pour une approche globale de l'ordolibéralisme, voy. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard, 2004, notamment les leçons des 7 et 14 février. Pour une approche juridique de l'ordolibéralisme, voy. M-L. Dussart, *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 53–84 ; F. Martucci, « Constitution économique, quelques fragments de doctrine française », in F. Martucci

de fonctionnement du marché, et notamment la libre concurrence. Cependant, pour limiter *ab initio* le pouvoir de l'État en économie, le sens et la portée de ces pouvoirs doivent être énoncés par la norme fondamentale.

En droit positif, l'idée n'a pas pris. Dès 1954, la Cour constitutionnelle allemande l'a « rejetée »[7]. D'après cette dernière :

> La Loi fondamentale ne garantit pas la neutralité des pouvoirs exécutifs et législatifs en matière de politique économique, ni n'oblige qu'une « économie sociale de marché » ne soit mise en œuvre qu'au moyen de seuls dispositifs conformes aux règles du marché. La Loi fondamentale n'est neutre du point de vue de la politique économique que dans la mesure où le constituant ne s'est pas prononcé explicitement en faveur d'un système économique particulier. Cela autorise le législateur à conduire la politique économique qui lui semble opportune, dès lors qu'il respecte la Loi fondamentale.[8]

En consacrant la 'neutralité' économique de la Constitution, la Cour rejette l'idée même de 'constitution économique'. En effet, comme le rappelle Francesco Martucci : « [s]'il existe une constitution économique, cela signifie que le système juridique postule un système économique plutôt qu'un autre, choix qui devrait demeurer de la sphère strictement politique »[9]. Ce rejet laissera l'idée de 'constitution économique', et notamment son exportation, en sommeil. Elle réapparaîtra dans les années soixante-dix dans le contexte de l'intégration européenne[10]. Cependant, il faudra attendre les années

---

et C. Mongouachon (dir.), *La constitution économique* (*En hommage au Professeur Guy Carcassonne*), Paris, La Mémoire du droit, 2015, pp. 27–53. N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume les contributions de la 1ère Section – *The Emergence of the Concept: From the Physiocrats to the Weimar Republic*, et en particulier : G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles »; H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique: émergence et fonctions »; P.C. Caldwell, « The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

7 Ainsi, M.-L. Dussart parle du « rejet d'une 'constitution économique' » (M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.*, p. 135). N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, P.-C. Müller-Graff, « The Idea of an Economic constitution (Wirtschaftsverfassung) in German law ».

8 BverfG, 20 juillet 1964, *Aide à l'investissement*, BVerfGE 4, 7, pp. 17–18 (cité et traduit par Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.*, p. 135).

9 F. Martucci, « Constitution économique, quelques fragments de doctrine française », *op. cit.*, p. 45.

10 Voy. Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne : actes du cinquième colloque sur la fusion des communautés européennes organisé à Liège les 16,17 et 18 décembre 1970*, Liège/La Haye, Martinus Nijhoff, 1971 ; L.-J.

quatre-vingt-dix pour que le « terme » soit « adopté plus largement dans le discours doctrinal »[11]. Or, dans ces années de silence, le terme gagnera une majuscule[12], signe d'un poids normatif nouveau.

1.2 *La renaissance de la 'Constitution économique'*

Si la 'constitution économique' était ordolibérale, la 'Constitution économique' est néolibérale, comme les deux contributions discutées le démontrent[13]. Ce faisant, la 'constitution économique' est devenue prescriptive. En effet, le 'néolibéralisme' n'est pas seulement une idéologie économique, mais aussi une doctrine constitutionnelle[14].

D'un point de vue théorique, le néolibéralisme est pluriel[15]. Mais, par-delà ces différences, une « doctrine néolibérale »[16] s'est diffusée, une sorte de succédané de l'apport théorique, devenu discours dominant et consensuel : la « vulgate néolibérale »[17] ou le « néolibéralisme quotidien »[18]. Comme l'écrit

---

Constantinesco, « La constitution économique de la C.E.E. », *Revue Trimestrielle de Droit européen*, 1977, vol. 13, n°2, pp. 244–281.

11 K. Tuori, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », *Revue Internationale de Droit économique* 2011, vol. XXV, n°4, pp. 559–599, spéc. pp. 572–573.

12 Les écrits des années soixante-dix évoquent la 'constitution économique', ceux des années quatre-vingt-dix et suivantes évoquent la 'Constitution économique'.

13 Pour M. Mahmoud Mohamed Salah, « on ne peut parler de constitution économique que pour un ordre économique donné. En l'espèce, il s'agit de l'ordre économique néolibéral » (*supra* dans ce volume, M. M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique »). Pour Damien Piron, « *the financing system of Belgian federated entities can be seen as yet another example of economisation of the State, which typically characterizes neoliberalism* » (*supra* dans ce volume, D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution »).

14 N.d.E. : voy. *supra* dans volume, T. Biebricher, « An Economic Constitution – Neoliberal Lineages ».

15 Sur cette diversité, voy. S. Audier, *Néo-libéralisme(s)*, *op. cit*. N.d.E. : l'auteur illustre du reste cette différence *supra* dans ce volume, avec l'exemple des divergences entre Wilhelm Röpke, Louis Rougier et Jacques Rueff vis-à-vis du projet de marché commun ; voy. S. Audier « Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ».

16 Ce que Philip Mirowski appelle : « Neoliberal Thought Collective » (voy. P. Mirowski, *Never Let a Serious Crisis Go to Waste. How Neoliberalisme survived the Financial meltdown*, Londres, Verso, 2013, pp. 51–66).

17 Terme emprunté à Serge Audier, pour qui : « [o]n assiste alors à l'avènement d'un modèle impérialiste, aux prétentions scientifiques, d'*homo oeconomicus* qui marquerait le triomphe d'un économicisme et d'une vulgate utilitariste généralisée » (S. Audier, Néo-libéralisme(s), *op. cit*., p. 589).

18 « a kind of "folk" or "everyday" neoliberalism has sunk so deeply into the cultural unconscious » (P. Mirowski, *Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, *op. cit*., p. 87).

M. Mahmoud Mohamed Salah, ses « principes supérieurs, fondateurs économiques des échanges »[19] sont « la souveraineté du consommateur et la concurrence libre et non faussée »[20]. De même, pour Damien Piron, il s'agit de *« expanding the realm of competition to all spheres of human existence* »[21]. La 'vulgate néolibérale' s'incarne dans le 'dogme du marché' : la supériorité de l'ordre créé spontanément par la confrontation des libertés et choix individuels sur le marché, la 'catallaxie'[22], sur toutes les autres techniques de gouvernement. Le marché étant, à la fois, le principal lieu d'expression de la liberté individuelle et de coordination des volontés individuelles, il appartient à l'État de l'instituer et de le sauvegarder.

Mais, en second lieu, le néolibéralisme est surtout une doctrine constitutionnelle, une réinvention des modalités d'exercice du pouvoir. Ordo comme néolibéraux s'accordent sur l'idée que l'État et/ou le droit jouent un rôle central dans l'établissement de l'économie. Pour les néolibéraux, il faut limiter juridiquement l'action des pouvoirs politiques pour garantir le respect du dogme du marché. C'est l'objectif assigné à la 'Constitution économique'[23].

---

19 Voy. *supra* dans ce volume, M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique ».

20 *Idem*, citant : P. Dardot et C. Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La Découverte, 2009, p. 197.

21 Voy. *supra* dans ce volume, D. Piron, « The Special Financing Law : Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ». L'auteur renvoie aussi à l'ouvrage de P. Dardot et C. Laval.

22 Sur la supériorité de l'ordre spontané et la 'catallaxie', voy. respectivement : F. H. Hayek, *Droit législation et liberté 1. Règles et ordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980, pp. 41–64 ; F. H. Hayek, *Droit législation et liberté 2. Le mirage de la justice sociale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982, pp. 129–159.

23 Voy. par exemple l'approche de Théodore Georgopoulos, selon laquelle : « la constitution économique se distingue par sa force normative supérieure. En fait, préciser et ordonner le processus économique sur la base de certains choix généraux suppose une stabilité dans le temps et une rigidité face aux pressions politiques et aux tendances conjoncturelles. À cette fin, il est nécessaire que les normes juridiques y afférentes soient hors de portée face à des revendications partisanes et des tentatives d'entorses de la part des acteurs institutionnels. La primauté normative de la constitution économique munit les traits fondamentaux de celle-ci de l'intangibilité et de la pérennité nécessaires pour la stabilité de la perspective du projet économique européen » (T. Georgopoulos, « Sur le concept de "constitution économique de l'Union européenne" », in O. Debarge, T. Georgopoulos et O. Rabaey (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 3–32, spéc. p. 19).

2 Du 'bon gouvernement' à la 'méta-politique'

Pour comprendre la part constitutionnelle de la vulgate néolibérale, il faut revenir à l'échec du laissez-faire et ses conséquences pratiques et théoriques. En pratique, l'État s'est vu contraint d'intervenir dans l'économie (2.1.), imposant alors de repenser les modalités de son action (2.2.), permettant ensuite une réorganisation des pouvoirs (2.3.).

2.1 *L'extension de la sphère de l'État*

Le début du XX^e^ siècle est un tournant. Les conséquences sociales de la révolution industrielle ont imposé à l'État d'intervenir dans l'économie[24]. La crise de 1929 a confirmé la nécessité de cette intervention. L'État a été contrait de corriger le marché. Le 'laisser-faire' avait donné naissance à l'État minimal. Constitutionnellement, ce dernier était aussi l'État légal, celui du 'règne de la loi' et du Parlement[25]. L'avènement de l'État providence produit un décalage entre l'exercice du pouvoir par l'exécutif (le gouvernement) et le modèle constitutionnel classique 'parlementaire-représentatif'[26]. L'exécutif, et son encadrement, étant largement resté un impensé du droit constitutionnel, c'est en dehors de la science du droit que s'est opéré la recherche du 'bon gouvernement', à savoir de l'encadrement du pouvoir exécutif[27]. Les théoriciens néolibéraux ont largement participé à ce mouvement.

2.2 *L'encadrement néolibéral de l'État*

À la différence des libéraux classiques[28], les néolibéraux – comme les ordolibéraux – reconnaissent le rôle de l'État, et donc du droit, dans l'économie. Il ne s'agit plus de nier son intervention, mais d'en déterminer les modalités. Ils s'emploient alors à reconstruire le pouvoir en l'adaptant au contexte nouveau, né de la révolution industrielle. Une formule, empruntée à Hayek, résume parfaitement l'objectif constitutionnel des néolibéraux : « [l]e bornage efficace du pouvoir politique est le plus important des problèmes de l'ordre social »[29]. Le 'bon gouvernement' est donc un gouvernement borné

24 Voy. M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.*, pp. 253–297.

25 Voy. P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, *op. cit.*, pp. 37–68.

26 L'expression est à empruntée à P. Rosanvallon (*ibid.*, p. 16).

27 L'une des thèses principales de l'ouvrage de P. Rosanvallon (*ibid.*).

28 N.d.E. : quoique cette différence soit relativisée par Vincent Valentin *supra* dans ce volume : V. Valentin, « L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire ».

29 F. H. Hayek, *Droit législation et liberté 3. L'ordre politique d'un peuple libre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 153.

par les libertés individuelles et leur expression collective sur le marché. Ce dernier devient l'objectif et la limite du pouvoir, qui doit alors se dépolitiser.

À en suivre la pensée de Walter Lippmann[30], « père spirituel »[31] du néolibéralisme, la finalité de l'action gouvernementale n'est plus librement choisie mais pré-déterminée théoriquement : l'institution du marché, voire du marché globalisé. Cette finalité devenant objective, elle ne requiert plus la participation des citoyens, mais celle d'experts. Il appartient alors à ce gouvernement de transformer la société, par le droit, pour l'adapter aux exigences du marché. Le 'bon gouvernement' est donc le gouvernement objectif et scientifique, celui qui obéit aux lois de la 'catallaxie'[32].

2.3 *La transformation néolibérale de l'État*

Évidemment, aucun État n'a jamais suivi à la lettre un quelconque plan de réforme néolibéral. D'ailleurs, ledit plan n'existe pas, faute d'une totale cohérence au sein de ce courant. Il n'en reste pas moins que l'esprit du néolibéralisme a contaminé la pensée politique et conduit alors à une véritable redéfinition du rôle de l'État[33]. Dans un curieux mouvement, l'État a abdiqué sa propre spécificité et supériorité, reconnu celle de la 'catallaxie' et accepté alors de se soumettre aux lois de celle-ci. C'est alors que réapparaît la 'constitution économique', au sens matériel et abstrait du terme. Elle désigne simplement la soumission de l'État aux lois du marché et toutes les formes juridiques que celle-ci peut prendre. De prime abord, il n'y aurait aucun rapport entre

30 Sur ce thème, voy. l'analyse de l'œuvre de Lippmann faite par B. Stiegler, *"Il faut s'adapter". Sur un nouvel impératif politique*, Paris, Gallimard, 2019. Cette dernière résume ainsi l'approche de Lippmann : « [...] dans le modèle de Lippmann, comme dans le courant néolibéral qu'il a inspiré, cette réduction et ce réajustement ne font jamais l'objet d'une quelconque discussion démocratique. Décrétées d'en haut, à partir d'une conception transcendante et normative de la destination finale de la vie et des vivants, les modalités concrètes du réajustement doivent être mises en œuvre par une 'autorité publique' qui, après avoir disqualifié l'intelligence collective et après avoir replié celle des individus sur leurs intérêts atomiques et à courte vue, reste seule en place pour avoir une vue suffisamment élargie et pour reconstruire les conditions transcendantales de l'ordre social. C'est le retour annoncé du gouvernement centralisé, avec un leadership désormais accordé aux économistes » (*ibid.*, p. 238).

31 Selon la formule de Serge Audier (*Néo-libéralisme(s)*, *op. cit.,* p. 70).

32 Voy. D. S. Grewal et J. Purdy, « Introduction: Law and Neoliberalism », *Contemporary Problems*, 2014, vol. 77, n°4, pp. 1–23 et C. Blalock, « Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory », *Contemporary Problems*, 2014, vol. 77, n°4, pp. 71–103.

33 Pour un aperçu de cette évolution, voy. L. Rouban, « Les paradoxes de l'État postmoderne », *Cités*, 2004, vol. 18, n°2, pp. 11–22 ; H. Brunkhorst, « A curtain of gloom is descending on the continent: Capitalism, democracy and Europe », *European Law Journal*, 2017, vol. 23, pp. 335–349.

cette 'constitution économique', le néolibéralisme et l'idée d'une 'méta-politique'. En effet, la soumission de la politique à des lois naturelles est dans la logique même du constitutionnalisme[34].

C'est ici que s'opère la mystification néolibérale : faire croire que les lois économiques sont des lois naturelles, qui mériteraient d'être protégées comme telles (y compris par la Constitution). En effet, la sociologie économique, notamment, a démontré que l'économie est un système construit, et que ses lois sont les lois que les hommes ont décidé collectivement de se donner[35]. Si le droit est bien l'outil principal de telles constructions[36], cela ne signifie en rien que de telles lois méritent, formellement ou matériellement, la qualification de 'Constitution'. Parler de 'Constitution économique', dans le sens actuel, est alors un choix politique, celui de soutenir un système où la liberté politique peut être soumise à des normes économiques[37]. Il s'agit, en réalité d'une 'méta-politique', à savoir l'ambition de soumettre les choix politiques à des 'méta-normes' économiques, au contenu déterminé et correspondant à la vulgate néolibérale.

Il ne faut cependant pas écarter le vocabulaire constitutionnel de l'analyse. En effet, la 'méta-politique' est bien le fruit d'une reconstruction néolibérale de l'exercice du pouvoir. Or, les deux contributions discutées[38] soulignent les ressorts juridiques sur lesquels se fonde ce nouveau constitutionnalisme. L'enjeu est alors de systématiser les techniques juridiques, voire constitutionnelles, sur lesquelles se fonde la 'méta-politique'. Parmi ces techniques,

---

34 Voy. M. Barberis, « Idéologies de la Constitution – Histoire du constitutionnalisme », in D. Chagnollaud et M. Tropper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 114–141.

35 Voy. notamment R. Le Velly, *Sociologie du marché*, Paris, La Découverte, 2012 ; P. Bourdieu, *Anthropologie économique : Cours au Collège de France (1992–1993)*, Paris, Le Seuil-Raisons d'agir, 2017 ; M. Callon, *L'emprise des marchés, comprendre leur fonctionnement pour pouvoir les changer*, Paris, La Découverte, 2017.

36 Voy. Sur ce point K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019; A.T.F. Lang, « The Legal Construction of Economic Rationalities ? », *Journal of Law and Society*, 2013, vol. 40, n° 1, pp. 155–171 ; L.B. Edelman, « Rivers of Law and Contested Terrain: A Law and Society Approach to Economic Rationality », *Law and Society Review*, 2004, vol. 38, n°2, pp. 181–197.

37 Sur ce point, voy. la démonstration de M.-L. Dussart (*Constitution et économie*, *op. cit.*, pp. 53–104). N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

38 Voy. *supra* dans ce volume, M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique » et D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

et lesdites contributions le remarquent, l'Union européenne a joué un rôle majeur, qu'il faudra alors mettre en lumière.

Dans cette analyse des ressorts de la 'méta-politique', il convient de disséquer le concept abstrait de 'constitution économique' et de démontrer que derrière toute 'constitution économique' se cache un choix politique, y compris au niveau de l'Union européenne. La 'méta-politique' est simplement le fruit d'arrangements juridiques et institutionnels destinés à assurer la suprématie de la 'catallaxie'. Mais les faits – et notamment les crises – ne cessent de contredire ce présupposé fondateur du néolibéralisme. Le marché n'a pas réussi à s'auto-gouverner, et l'emploi de ses techniques n'a pas rendu le gouvernement 'bon'. Face à ces échecs, la 'méta-politique' s'enrichit d'une nouvelle dimension : l'écologie. La planète remplace le marché comme objectif supérieur du pouvoir.

3 Démythifier la constitution économique : un choix politique

Toute réflexion sur la notion de « constitution économique » bute sur le problème de la définition. Rien de plus normal, pour une notion utilitaire qui s'adapte au gré des époques mais aussi des auteurs. C'est ainsi que la notion a pu, aujourd'hui, être instrumentalisée au profit de l'approche néolibérale.

Comme le souligne Loïc Azoulai, « [p]lutôt qu'à un concept du droit de l'Union, la notion de "Constitution économique européenne" renvoie à un discours sur le droit de l'Union. Discours qui doit sa réussite à la capacité des acteurs de l'intégration à proposer sans cesse de nouveaux objets propres à sublimer, à fusionner les rapports économiques, juridiques et sociaux qui s'établissent à travers l'Europe »[39]. Plus généralement, la 'constitution économique' est un discours sur le droit et son articulation avec les sphères économiques et politiques. Or, pendant longtemps, ce discours a été ouvert. Aucun contenu n'a été assigné à la 'constitution économique', comme le montre parfaitement la relecture des actes du colloque tenu à Liège en 1970 (3.1.). Y compris au sein de l'Union européenne, la 'constitution économique' n'a jamais été purement ordolibérale, ou même néolibérale. Plusieurs modèles possibles cohabitent au sein des traités et, plus généralement, du droit de l'Union (3.2.).

39 L. Azoulai, « Constitution économique et citoyenneté de l'Union européenne », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011, vol. XXV, n°4, pp. 543–557, spéc. p. 544.

3.1 *Retour à Liège*

À l'aune de l'évolution fonctionnelle de la notion de 'constitution économique', la relecture des rapports et discussions permet de revenir à une appréhension minimale de la notion. La conception des rapports entre droit, économie et politique s'avère assez simple, et saine. Le droit n'est que l'outil de mise en œuvre des choix de politique économique (3.1.1.). Beaucoup de participants rejettent alors l'idée d'une 'Constitution économique', qui fixerait dans un document constitutionnel les choix politiques (3.1.2.). En revanche, la menace d'une 'méta-politique' de la C.E.E. plane déjà sur les débats (3.1.3.)

3.1.1 La 'constitution économique' comme choix politique

Il est des évidences, parfois oubliées, qu'il est salutaire de rappeler. Les participants au colloque de Liège ne se posaient pas autant de questions que nos contemporains sur les rapports entre droit, économie et politique. Ils partaient de l'observation de la pluralité des systèmes économiques. Ainsi, le premier rapport, celui de Lucien Morissens, est particulièrement éclairant. Il est consacré aux « Grands systèmes d'organisation économique »[40]. Le titre même souligne la diversité de systèmes possibles. Comme le démontre l'auteur, un système d'organisation économique se construit à partir d''instruments' mis au service d''objectifs'[41]. Ces systèmes « se distinguent par le *degré d'intervention* et par la *localisation des responsabilités* »[42]. Il existe trois grands systèmes : le libéralisme, la planification et le dirigisme, dont il détaille les principales caractéristiques.

L'existence d'une pluralité de système pose une question simple : à qui appartient le choix ? Si les participants ne se prononcent pas clairement au profit du pouvoir politique, ils refusent l'idée d'une 'Constitution économique' qui ferait ce choix, justement au nom de la liberté du pouvoir politique.

3.1.2 Contre la 'Constitution économique'

À quelques exceptions près[43], les participants du colloque de Liège rejettent l'idée d'une 'Constitution économique', à savoir le fait d'inscrire dans la

40 L. Morissens, « Les grands systèmes d'organisation économique et les Traités européens », in Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne*, *op. cit*., pp. 15–78.

41 L'auteur cite, par exemple, comme objectifs : 'la croissance', le 'plein emploi' ou la 'stabilité des prix' (*ibid*., pp. 23–29) et comme instruments : 'les finances publiques', les 'instruments de crédit' ou 'les contrôles directs' (*ibid*., pp. 29–33).

42 *Ibid*., p. 15.

43 Voy. notamment la défense de l'inclusion dans la Constitution de dispositions relatives à l'économie par Charles-André Junod dans sa réplique : « [e]n revanche, je ne parviens

'Constitution' les choix de politique économique. Pierre-Henri Teitgen dit s'en 'méfier'[44]. Pour Maurice Lagrange, « [c]es deux mots accouplés sans aller jusqu'à me choquer, ne me sont guère habituels »[45].

À la lecture des différentes opinions, trois causes à ce rejet peuvent être identifiées. La première est précisée par Maurice Lagrange : l'imprévisibilité de l'économie. Selon lui, « les meilleures prévisions se trouvent souvent complètement démenties par les faits » donc « [q]ui dit politique dit action permanente au jour le jour »[46]. La deuxième cause est soulignée par Jacqueline Poelmans, pour qui il faut ajouter à la variation des circonstances celle des idées et des croyances[47]. La troisième cause est identifiée par Léon Dabin. Selon lui, « il n'est pas seulement question, à mon sens, dans la constitution dite économique, d'un unique problème d'efficacité économique. Il faut aussi tenir compte [...] de valeurs non économiques »[48]. Pour résumer, face au changement des circonstances, des prévisions et théories économiques et de l'impératif de conciliation des valeurs économiques et non-économiques : « il vaut mieux laisser au pouvoir politique la responsabilité des choix politiques »[49]. Maurice Lagrange en déduit qu'il y a là : « un problème véritablement constitutionnel »[50].

Ces débats sont fondamentaux. Ils rappellent que les choix économiques sont des choix politiques et que leur préemption normative pose un problème constitutionnel. Derrière leurs craintes, c'est le refus d'une 'méta-politique'

---

pas à apercevoir comment on peut s'élever contre l'idée qu'il appartient à la constitution de choisir non seulement le régime politique, mais aussi le système économique du pays » (C.-A. Junod, « Réplique », in Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne*, *op. cit.*, pp. 200–202, spéc. p. 201).

44 P.-H. Teitgen, « Discussion », in Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne*, *op. cit.*, pp. 192–194.

45 M. Lagrange, « Discussion » (*ibid.*, p. 195).

46 *Ibid.*

47 Elle insiste en effet sur « la difficulté de préciser dans des textes destinés à rester valables durant de longues périodes, des orientations qui fluctuent non seulement en raison des circonstances extérieures et intérieures mais aussi en raison des idées (ou des croyances) en cours à un moment déterminé » (J. Poelmans, « Élaboration des clauses économiques d'un nouveau traité d'intégration européenne », in Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne*, *op. cit.*, pp. 86–178, p. 164).

48 L. Dabin, « Dicussions », in Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne*, *op. cit.*, pp. 179–182, spéc. p. 180.

49 « plutôt que de demander au juge de les faire à sa place » (P.-H. Teitgen, « Discussion », *op. cit.*, p. 194). Il y voit le risque d'un transfert d'un pouvoir de décision au juge, devenu gardien de la 'Constitution économique' comme il l'est de la Constitution.

50 M. Lagrange, « Discussion », *op. cit.*, p. 195.

qui semble se dessiner. Ils enseignent aussi que si une telle 'méta-politique' doit s'installer ce ne sera pas au moyen de choix substantiels, mais par l'altération de la distribution constitutionnelle des pouvoirs[51]. D'ailleurs, ils exprimaient déjà la crainte que la CEE soit à l'origine d'une telle altération.

3.1.3 Les menaces de la C.E.E.

Plusieurs rapports soulignent les risques que fait peser la C.E.E. sur la liberté des choix des pouvoirs politiques nationaux. Selon Lucien Morissens, « la création de la C.E.E. a affaibli les politiques nationales et les affaiblira encore davantage à l'avenir, en limitant l'usage des instruments et en rendant ces politiques moins efficaces »[52]. En effet, les transferts opérés par le Traité ne concernent que la détermination des 'objectifs' de la politique économique, laissant aux États la responsabilité de leur poursuite au moyen d''instruments'. La Communauté ne dispose pas, elle-même, des instruments pour poursuivre les objectifs assignés par le Traité. Au surplus, ce dernier érode la portée des instruments nationaux[53]. Enfin, les objectifs poursuivis par la C.E.E. peuvent, en eux-mêmes, déstabiliser les politiques nationales : « la libéralisation des échanges a accru les risques de concurrence dommageable entre les politiques nationales tandis que la création de compétences communautaires a ajouté un risque de conflit supplémentaire »[54].

Pour Jacqueline Poelmans, il y a une contradiction entre la nature juridique du Traité, de nature constitutionnelle[55], et leur contenu. Suivant sa mise en garde précitée, elle estime que les Traités ne devraient contenir que des objectifs formulés : « en termes assez vagues »[56]. Ceci éviterait d'imprimer aux Traités une « philosophie déterminée en matière de politique économique » qui « risquerait en effet soit d'être dépassée dans un laps de temps relativement court soit de ne plus correspondre à l'attitude que les Six voudraient adopter

51 Mise en garde qui nous servira dans la suite de nos développements.

52 L. Morissens, « Les grands systèmes d'organisation économique et les Traités européens », *op. cit.*, p. 50.

53 Voy., par exemple, ses développements concernant les contrôles directs ou la politique de crédit (*ibid.*, pp. 35–36).

54 *Ibid.*, p. 50.

55 « A certains égards, un traité d'intégration économique peut être comparé aux Constitutions que se donnent les États » (J. Poelmans, « Élaboration des clauses économiques d'un nouveau traité d'intégration européenne », *op. cit.*, p. 164). N.d.E. : pour une critique de cette rhétorique 'constitutionnelle' en droit de l'UE, voy. *supra* dans ce volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

56 J. Poelmans, « Communication », in Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne*, *op. cit.*, pp. 80–84, spéc. p. 84.

dans l'avenir »[57]. De manière plus précise, Kurt Markert et Léon Dabin soulignent que la concurrence ne doit pas être l'unique objectif des politiques économiques de la Communauté[58].

Il ressort de ce retour à Liège que le concept de « constitution économique » laisse sceptique. Si l'idée peut permettre de décrire le système économique choisi par un État, il ne faut pas aller plus loin, au risque de figer les choix politiques, ce que la Communauté devrait se garder de faire. C'est donc une mise en garde contre l'apparition d'une « méta-politique » et le risque que les Communautés en soit l'incarnation. Or, au sein de l'Union, la nature du système économique est, *a priori*, ouverte.

3.2 *L'indétermination du système économique des Communautés*

L'intégration européenne est souvent désignée comme le vecteur de la diffusion d'une 'constitution économique néolibérale'. Elle l'est devenue, mais elle n'était pas destinée à l'être. Si les traités ont certes été inspirés partiellement par l'ordolibéralisme, c'est surtout leur interprétation, leur mise en œuvre et leur révision qui leur ont donné cette coloration. Les traités s'inspirent de plusieurs modèles économiques (3.2.1.) et leur interprétation a donné lieu à l'émergence de plusieurs modèles de 'constitution économique' (3.2.1.).

3.2.1 Différents modèles économiques

Rédigés à l'époque de la planification et des entreprises publiques, les Traités fondateurs restent ouverts aux différents modèles économiques qui avaient cours à l'époque. Si l'influence ordolibérale se fait sentir sur les dispositions relatives au respect de la concurrence[59], les traités prévoient aussi une forme d'interventionnisme[60].

---

57 *Ibid*., p. 84.

58 K. Markert, « Concurrence et Politique Economique dans la C.E.E. », in Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne*, *op. cit*., pp. 237–261, spéc. p. 238 (« la concurrence ne peut être l'unique élément de la constitution économique du Marché commun ») ; L. Dabin, « Discussions », in Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne*, *op. cit*., pp. 322–331, spéc. p. 324 (« la concurrence n'est pas le centre obligé de toute la politique économique communautaire »).

59 Voy. D. J. Gerber, « Constitutionalizing the Economy: Germand Neo-Liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, n°1, pp. 25–84 ; J. Drexl, « La Constitution économique européenne – l'actualité du modèle ordolibéral », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2011, vol. XXV, n°4, pp. 419–454. N.d.E. : voy. aussi *supra* dans ce volume F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE: de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale? ».

60 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

Il faut évidemment rappeler que, depuis 1957, « [l]es traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres »[61]. Cette clause laissait ouverte la possibilité d'une collectivisation des moyens de production, et préservait la capacité des États d'intervenir directement dans l'économie par le biais d'entreprises publiques. Au-delà de rester indifférents à certaines formes d'interventionnisme, le Traité CEE prévoyait, et le TFUE le prévoit toujours[62], explicitement l'intervention économique de la Communauté, principalement avec la politique agricole commune (PAC)[63]. Telle que le Traité la dessine, la PAC correspond bien au modèle de l'interventionnisme où des objectifs économiques[64] sont assignés à des instruments publics[65]. Or, la Communauté disposait d'instruments très invasifs dans l'économie comme : « la réglementation des prix », « des subventions » ou des « mécanismes communs de stabilisation à l'importation ou à l'exportation »[66].

Sans entrer dans les détails complexes du fonctionnement de la PAC, il convient juste de rappeler son existence pour démontrer que les Traités n'étaient pas purement ordolibéraux et que leur avenir néolibéral n'était pas tout tracé. Ils n'imposaient pas alors un seul modèle de 'constitution économique'.

3.2.2 Différents modèles de 'constitution économique'

Les libertés de circulation sont souvent perçues comme le creuset du tournant néolibéral des politiques économiques nationales[67]. L'objectif de construction du marché commun, allié à l'effet direct du droit de l'Union permettant aux

61 Article 222 du Traité CEE (devenu article 345 du TFUE).

62 Les dispositions relatives aux objectifs et instruments de la P.A.C. n'ont quasiment pas été révisées depuis 1957.

63 Il faut aussi rappeler que le Traité CEE prévoyait aussi la création du Fonds social européen (articles 123 à 128 TCEE).

64 Cinq objectifs sont assignés à la P.A.C. : « accroître la productivité de l'agriculture en développant le progrès technique », « assurer un niveau de vie équitable à la population agricole », « stabiliser les marchés », « garantir la sécurité des approvisionnements » et « assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs » (article 39 Traité CEE, devenu article 39 du TFUE).

65 Sur l'interventionnisme, voy. M.L. Morissens, « Les grands systèmes d'organisation économique et les Traités européens », *op. cit.*, pp. 18–23.

66 Article 40 Traité CEE, devenu article 40 du TFUE.

67 Voy. A. J. Menéndez, « The Existential Crisis of the European Union », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n°5, pp. 453–526, notamment pp. 471–485.

individus de faire valoir leurs libertés de circulation contre l'interventionnisme économique national, aurait été le cheval de Troie de la domination du marché sur l'État[68]. Si l'analyse est en partie pertinente, elle ne saurait expliquer à elle seule le tournant néolibéral.

En effet, comme l'a montré Miguel Poiares Maduro[69], les libertés de circulation[70] sont porteuses de trois modèles différents de 'constitution économique'[71]. Le premier modèle, qualifié de 'centralisé', rend possible « la suprématie de l'intégration politique sur l'intégration économique »[72]. En quelques mots, ce modèle prend acte de la disparition des capacités interventionnistes des États, en raison de la construction du marché intérieur, et propose la construction d'instruments d'intervention au niveau de l'Union. À l'opposé, le modèle compétitif permet : « la suprématie de l'intégration économique sur l'intégration politique »[73]. Il le qualifie alors de « constitution néolibérale »[74]. Dans ce modèle, la libre circulation et la reconnaissance mutuelle mettent en concurrence les droits nationaux et c'est alors au marché que revient *de facto* le pouvoir de choisir les normes qui le régule, dans l'esprit de la 'catallaxie'. Enfin, l'auteur entrevoit un troisième modèle, dit 'décentralisé', à mi-chemin entre les deux autres modèles[75].

Ce bref rappel permet de comprendre que l'Union n'est pas un modèle économique, elle ne fait qu'incarner le choix du modèle économique fait par ses institutions. D'autres choix étaient (sont ?), théoriquement et juridiquement, possibles. D'où vient alors ce sentiment qu'il existe un seul modèle économique, qu'il est inévitable ? Il n'apparaît pas que ce modèle soit dicté par une quelconque 'constitution économique', qui se révèle aussi artificielle que ce modèle. Il s'est imposé par la transformation des États, voire du

68 Voy. notamment E. Christodoulidis, « The European Court of Justice and "Total Market" Thinking », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 10, pp. 2005–2020. N.d.E.: voy. aussi, quoique dans une perspective beaucoup plus nuancée, *supra* dans ce volume, P. Van Cleynenbreugel & X. Miny, « The Fundamental Economic Freedoms: Constitutionalizing the Internal Market ».

69 M. Poiares Maduro, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution* (*A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*), Oxford, Hart Publishing, 1998.

70 En l'espèce, la libre circulation des marchandises.

71 Pour une présentation synthétique de ces trois modèles, voy. K. Tuori, « La Constitution économique parmi les Constitutions européennes », *op. cit.*, pp. 572–573.

72 M. Poiares Maduro, *We the Court*, *op. cit.*, p. 110 (nous traduisons) (sur ce modèle, voy. *ibid.* pp. 110–126).

73 *Ibid.*, p. 126 (nous traduisons) (sur ce modèle, voy. *ibid.*, pp. 126–143).

74 *Ibid.*, p. 126.

75 *Ibid.*, p. 143–149.

'constitutionnalisme', qui ont volontairement intégré le modèle – juridique, politique et institutionnel – leur imposant une 'méta-politique' néolibérale[76].

4 La 'méta-politique' : fruit d'un néo-constitutionnalisme

Comprendre les ressorts constitutionnels de la 'méta-politique' s'avère assez simple. Il faut se rappeler les mots de Léon Dabin selon lesquels : « l'organisation économique n'est rien d'autre qu'un problème de distribution des pouvoirs de décision »[77]. L'instauration d'une 'méta-politique' implique alors de retirer au pouvoir politique son rôle en matière économique. Pour ce faire, la primauté du modèle économique néolibéral a été juridiquement garantie et intégrée au sein de sources du droit (4.1.) et des gardiens ont été institués afin d'en assurer le respect (4.2.). Cependant, et c'est là toute la subtilité, cela s'est souvent fait en dehors des cadres et des institutions constitutionnels classiques.

4.1 *Le renforcement des sources*

Le choix du modèle économique néolibéral est un choix politique. Les pouvoirs politiques ont décidé de se soumettre à des normes intégrant le modèle, se dessaisissant délibérément de leur liberté. Ce choix peut être implicite. Ainsi, comme le rappellent les deux contributions ici discutées[78], la mise en concurrence des droits nationaux impose la conformité des politiques nationales aux attentes du marché et donc la primauté de celui-ci. Mais le choix peut aussi être explicite et se traduire dans des normes que l'État adopte (4.1.1.) ou auxquelles il adhère (4.1.2.). Ainsi, le choix économique est sacralisé dans des normes dont les pouvoirs publics ne peuvent plus se départir.

4.1.1 Le renforcement externe

Ce renforcement est contraint par les normes internationales, où l'agenda néolibéral est particulièrement prégnant en raison, comme le rappelle

76 N.d.E.: voy. *supra* dans ce volume, T. Biscahie & S. Gill, « Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism ».

77 L. Dabin, « Dicussions », *op. cit.*, p. 180.

78 Voy. *supra* dans ce volume, M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique » et D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

M. Mahmoud Mohamed Salah, du « ralliement au consensus de Washington »[79]. Deux configurations sont à distinguer : un renforcement choisi (4.1.1.1.) ou un renforcement induit (4.1.1.2.). Dans le premier cas, l'État fait ouvertement le choix de se soumettre à des normes inspirées du modèle néolibéral. Dans le second cas, l'adoption de l'agenda néolibéral est induite : elle est la conséquence (pas toujours prévisible) d'engagements internationaux préalables.

4.1.1.1 *Le renforcement choisi*

Les exemples sont multiples d'engagements internationaux des États par lesquels ils se soumettent à des normes d'inspiration néolibérales. Comme le rappelle M. Mahmoud Mohamed Salah, certaines institutions internationales ont contribué à diffuser et imposer l'agenda néolibéral, et notamment le FMI et la Banque mondiale au moyen des « politiques dites d'ajustement structurel ». Au sein de l'Union européenne, la signature du Traité sur la coordination, la stabilité et la gouvernance impose aux États l'inscription de la 'règle d'or' dans des règles de valeur constitutionnelles[80].

Dans ces exemples, l'analyse juridique est trompeuse. Supposé souverain, l'État est réputé libre de s'engager. Mais, cette liberté s'opère sous la contrainte économique. L'aide financière fournie par les institutions internationales incite les États à accepter leurs conditions. Les turbulences sur les marchés financiers, lors des négociations du TSCG, ont poussé les États à s'engager vers plus de rigueur budgétaire.

Ici apparaît le renversement, non plus doctrinal mais concret, du rapport entre droit et économie. La suprématie du système économique, et donc du marché et de ses intérêts, se concrétise en une pression économique sur les États, les poussant à agir juridiquement. C'est pour cela qu'il devient crucial d'intégrer à la pensée constitutionnelle le marché et son pouvoir, pour comprendre comment s'impose une 'méta-politique'. Avant cela, il faut continuer à explorer ses sources.

4.1.1.2 *Le renforcement induit*

Les engagements internationaux sont vagues et leurs conséquences sont parfois imprévisibles. Comme le rappelle Damien Piron, « [*t*]*he 1990s were marked by enduring fiscal consolidation, stemming from the determination of Belgian*

79 Voy. *supra* dans ce volume, M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique ».

80 Signé le 2 mars 2012 entre 25 États membres de l'Union européenne, notamment article 3, §2 (ci-apres TSCG).

authorities to qualify for the Eurozone »[81]. Ainsi, l'engagement juridique, inscrit dans le traité de Maastricht, se traduit politiquement par l'avènement d'une contrainte 'méta-politique' : l'assainissement budgétaire. Il y a là un condensé de l'effet de l'Union européenne sur ses États membres. Celle-ci a connu une double mutation, juridique et idéologique, faisant d'elle l'épicentre du tournant néolibéral.

D'un point de vue juridique, la 'constitutionnalisation', juridique des Traités conduit à leur 'sur-constitutionnalisation'[82] matérielle. Les Traités européens, et leurs clauses économiques parfois extrêmement précises, ont acquis un statut constitutionnel dans l'Union, et – au minimum – supra-législatif dans les États. Cette précision trop grande d'un texte d'une valeur juridique trop élevée a alors un effet de 'dé-politisation'[83] ; le pouvoir politique se trouvant limité par les Traités.

D'un point de vue idéologique, l'Union européenne a été particulièrement sensible à l'agenda néolibéral. La Cour de justice a ouvert la brèche, jamais refermée par les États et exploitée par la Commission. En effet, la Cour de justice a vu, dans la promotion du marché commun, un moyen de légitimer son action[84]. Mais surtout, son action destructrice des encadrements juridiques nationaux n'a jamais été compensée par un activisme politique des États ou de la Commission[85]. Les premiers ont agi par défaut. Les divergences de vues entre eux se résolvent, bien souvent, par l'inaction ou une action limitée, favorisant « une intégration apolitique »[86]. Cette absence de choix politique par les États a permis à la Commission de faire, librement et explicitement, celui du marché.

Comme le démontre Miguel Poiares Maduro, pour la Cour de justice, « [l]e problème n'est pas le fardeau imposé aux agents par la réglementation en elle-même, le fardeau provient de l'existence de multiples réglementations »[87]. La Cour n'a alors pas une lecture idéologique mais téléologique. Inversement, pour la Commission, dès 1997 « [l]a surréglementation nuit à

81 Voy. *supra* dans ce volume, D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

82 Voy. D. Grimm, « The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n°4, pp. 460–473, spéc. pp. 469–471.

83 *Ibid.*, pp. 467–469.

84 M. Poiares Maduro, *We the Court*, *op. cit.*, pp. 7–32.

85 Voy. D. Grimm, « L'Europe par le droit : jusqu'où ? Les limites de la dépolitisation », *Le Débat*, 2015, vol. 187, n°5, pp. 99–113.

86 *Ibid.*, p. 104.

87 M. Poiares Maduro, *We the Court*, *op. cit.*, p. 68.

la création d'emploi, priorité absolue de l'Union »[88]. Plus largement, la Commission estime que « [l]es entreprises ont souvent le sentiment de suffoquer sous une réglementation désuète et excessivement pesante, et de ne pas pouvoir trouver les informations dont elles ont besoin »[89]. La Commission européenne fait alors le choix d'intégrer le point de vue néolibéral et de ne lire les politiques publiques qu'à l'aune du marché, de ses acteurs et donc de leur efficacité économique[90].

Ainsi, l'Union a fait sa mue néolibérale plus par lâcheté des États et opportunisme idéologique de la Commission, que par excès de zèle de la Cour de justice. Il n'en reste pas moins qu'à l'issue de ce mouvement, les règles européennes sont devenues une source 'constitutionnelle' de la 'méta-politique', qui se retrouve aussi en droit interne.

4.1.2 Le renforcement interne

Là encore, il convient largement de distinguer renforcement choisi (4.1.2.1.) et renforcement induit (4.1.2.2.).

4.1.2.1 *Le renforcement choisi*

Un domaine illustre parfaitement le renforcement d'une contrainte idéologique néolibérale sur la libre conduite des affaires publiques : les finances et la gestion «publiques »[91]. L'encadrement des recettes de l'État et des modalités de ses dépenses a inévitablement un effet sur le type de politique publique mené. Ce renforcement s'opère de deux manières radicalement différentes : soit par l'adoption de normes contraignantes pour le pouvoir budgétaire, soit par l'influence idéologique. Cependant, l'effet est souvent le même : l'intégration d'une logique de marché au cœur de l'État.

Les États ont librement décidé de limiter leur marge de manœuvre budgétaire aux moyens de normes supra-législatives, dans la logique initiale de

88 Commission européenne, « Projet de Plan d'Action pour le Marché Unique », COM(97)184 final, 6 mai 1997, p. 8.

89 Commission européenne, « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises », COM(2015)550 final, 28 octobre 2015, p. 1.

90 Voy. A. Crespy et P. Ravinet, « Les avatars du néo-libéralisme dans la fabrique des politiques européennes », *Gouvernement et action publique*, 2015, vol. 3, n°2, pp. 9–29.

91 Sur la constitutionnalisation néolibérale en matière budgétaire, voy. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, pp. 238–242. Pour une illustration juridique du mouvement de constitutionnalisation budgétaire, voy. M. Bouvier, « Crise des finances publiques, crise d'un modèle politique et naissance de l'"État intelligent" », *Revue Française de Finances Publiques*, 2009, vol. 108, pp. 69–83.

la 'constitution économique'. La généralisation, sous la pression du droit de l'Union européenne, de la « règle d'or » ou « règle d'équilibre budgétaire » le démontre[92]. De même, Damien Piron souligne parfaitement comment la loi spéciale relative aux finances est instrumentalisée en Belgique pour mettre en concurrence les Régions et ainsi peser – en faveur du marché – sur leurs choix de politique économique. Enfin, en France, l'adoption en 2001 de la « Loi organique relative aux lois de finances » (LOLF)[93] illustre la volonté du Parlement d'encadrer ses futurs choix budgétaires[94]. Or, ces choix sont encadrés par des techniques d'origine privée, faisant pénétrer les outils de la catallaxie au cœur de la politique publique[95].

La LOLF n'est cependant que l'aboutissement d'une conversion idéologique des élites politiques françaises aux dogmes du nouveau management public[96]. Cette conversion s'est opérée par un changement de l'organisation et des pratiques administratives. S'il était à l'origine seulement question de réforme des services publics[97], la démarche s'est rapidement muée en réforme de l'État. Ces réformes[98] ont surtout changé

92 Sur ce thème, voy. M. Adams, F. Fabbrini et P. Larouche (dir.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

93 Loi organique n° 2001–692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances, JORF n°177 du 2 août 2001, texte n°1, ci-après LOLF.

94 D'après l'article 47 alinéa 1 de la Constitution de la République Française du 4 octobre 1958 : « [l]e Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique ».

95 Comme en témoigne l'article 30, alinéa 2 de la LOLF selon lequel : « Les règles applicables à la comptabilité générale de l'État ne se distinguent de celles applicables aux entreprises qu'en raison des spécificités de son action ». Sur l'influence de la LOLF, voy. M. Bouvier, « Mutation des finances publiques et crise du pouvoir politique ? », *Revue Française de Finances Publiques*, 2002, vol. 79, pp. 241–258.

96 Pour une généalogie de cette conversion, voy. P. Bezes, « État, experts et savoirs managériaux. Les producteurs et diffuseurs du New Public Management en France depuis les années 1970 », *Actes de la Recherche en Science Sociale*, 2012, vol. 193, pp. 16–37.

97 Voy. Circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public, *JORF* n°47 du 24 février 1989, pp. 2526–2529 et Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, JORF n°174 du 28 juillet 1995. Sur ces réformes, voy. G. Barouch, « La mise en œuvre de démarches qualité dans les services publics : une difficile transition », *Politiques et management public*, 2010, vol. 27, n°2, disponible à l'adresse : https://journals.openedition.org/pmp/2297 (dernière consultation le 12 février 2022).

98 Chaque majorité a eu sa réforme. La révision générale des politiques publiques de 2007 à 2012 (ci-après RGPP), la modernisation de l'action publique de 2012 à 2017, le programme 'Action publique 2022' de 2017 à 2022.

la manière dont l'État conçoit son action et donc les instruments qu'il emploie[99].

Or, ces réformes apparemment techniques ont un effet paradigmatique[100]. Dans la logique empruntée à Lucien Morissens, les instruments à disposition de l'État visent à remplir des objectifs. Les réformes successives limitent le type d'instrument à disposition de l'État et, en retour, l'empêchent alors de poursuivre certains objectifs. Le choix d'un instrument a alors une portée politique[101]. Ainsi, en intégrant les règles de la comptabilité privée, l'État soumet son action aux règles du marché[102]. Par exemple, ces règles et la représentation chiffrée qu'elles induisent ont imposé l'idée de solidarité intergénérationnelle, aux dépens de la solidarité entre classes[103] – changeant *de facto* la politique de redistribution.

Repenser la redistribution est un choix politique. Or, ce dernier s'est opéré à bas bruit par l'adoption de normes comptables (la LOLF) ou de techniques managériales. Là encore, la transformation de l'État a lieu loin de la Constitution et du constitutionnalisme, démontrant l'impérieuse nécessité de penser au-delà de ces catégories classiques pour comprendre les biais de la 'métapolitique'. Certains estiment cependant que le changement s'est aussi fait au cœur de la Constitution, de manière induite.

---

99 Sur les instruments, voy. P. Lascoumes et P. Le Galès, « L'action publique saisie par ses instruments », in P. Lascoumes et P. Le Galès (dir.) *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Science Po, 2005, pp. 11–44.

100 Voy., pour la RGPP, F. Dreyfus, « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État », *Revue Française d'Administration Publique*, 2010, vol. 136, pp. 857–864.

101 En effet, « chaque instrument d'action publique constitue une forme condensée et finalisée de savoir sur le pouvoir social et les façons de l'exercer » (P. Lascoumes et P. Le Galès, « L'action publique saisie par ses instruments », *op. cit.*, p. 27).

102 Sur ce thème, voy. N. Praquin, S. Lefrancq et I. Chambost, « Quand l'État s'empare de la comptabilité privée. Quels rôles pour les sciences de gestion ? », *Revue Française de Gestion*, 2014, vol. 245, pp. 21–34.

103 Voy. Y. Le Lann et B. Lemoine, « Les comptes des générations. Les valeurs du futur et la transformation de l'État social », *Actes de la Recherche en Science Sociale*, 2012, vol. 194, pp. 62–77. Selon eux : « La comptabilité des dettes transmises entre générations impose le schème libéral, individualiste et patrimonial aux droits sociaux, compris comme autant de futurs droits de tirage des assurés et des contribuables sur l'État. Elle réduit la question de la justice à des modalités de redistribution formulées en termes d'équilibre budgétaire qui visent à ne pas reporter les charges sociales d'une génération à l'autre » (*ibid.*, p. 64).

4.1.2.2 *Le renforcement induit*

Les droits fondamentaux et leur justiciabilité peuvent être perçus comme les vecteurs de l'avènement du paradigme néolibéral dans les ordres juridiques contemporains. C'est le point de vue défendu par M. Mahmoud Mohamed Salah[104]. Il s'ensuit que le juge constitutionnel devient le gardien des droits individuels au fondement de l'ordre économique libéral, devenu néolibéral avec la prégnance de l'impératif de libre concurrence. Cependant, d'autres estiment que, comme la Constitution, les droits fondamentaux sont neutres économiquement. Ainsi, pour Marie-Laure Dussart, les droits fondamentaux « ne constituent pas en eux-mêmes les fondements juridiques du libéralisme économique » et donc, « dans la Constitution, il n'existe pas de droits fondamentaux *économiques* »[105]. En effet, les droits fondamentaux ne permettent que la « reconnaissance d'une liberté personnelle dans l'économie »[106]. Ils ne viennent pas prédéterminer les choix politiques mais ne sont que des « contraintes juridiques aux choix économiques du Parlement »[107]. Il n'y aurait alors aucune source de 'méta-politique' à voir dans les droits fondamentaux.

Ce débat est aussi ancien que les droits de l'homme, accusés de détruire les ordres anciens au profit d'ordres nouveaux[108]. Ce n'est pas dans la substance des droits qu'il faut chercher une influence 'méta-politique', mais dans la procédure. L'avènement du contrôle de constitutionnalité provoque un renversement du rapport de l'individu à l'État – de l'intérêt individuel et de l'intérêt général – en permettant au citoyen ordinaire de contester une décision de la représentation nationale[109]. Cela participe inévitablement de cette désacralisation du rôle de l'État[110], propice à l'installation du paradigme néolibéral, et la revalorisation conséquente des individus et de leurs intérêts personnels.

La procédure joue alors un rôle central dans l'apparition d'une 'méta-politique'. Si de nouvelles sources – internationale et nationale, juridique, idéologique ou instrumentales – apparaissent, elles ne doivent leur densité qu'aux mécanismes capables d'en garantir le respect.

---

104 Voy. *supra* dans ce volume, M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique ».

105 M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, *op. cit.*, p. 189.

106 *Ibid.*, p. 193.

107 *Ibid.*, p. 251.

108 Sur ce thème, Voy. J. Lacroix et J.-Y. Pranchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016.

109 Même si le contrôle de constitutionnalité participe de la démocratie, (voy. M. Barberis, « Idéologie de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », *op.cit.*).

110 Voy. J. Lacroix et J.-Y. Pranchère, *Le procès des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 65–72.

4.2 *Les nouveaux gardiens*

Les sources précitées ont retiré aux pouvoirs politiques leur liberté en matière économique. Le choix est préempté. Mais, cette préemption est, en elle-même, un choix. Ce choix pourrait alors être réversible. Cette illusion juridique du choix, perpétrée par l'idée douteuse de 'souveraineté' doit être combattue. En effet, juridiquement, certains choix ont été retirés aux acteurs politiques au profit d'acteurs non-majoritaires (4.2.2.). Pragmatiquement, face aux choix politiques se dressent des acteurs privés économiques (4.2.1.). Ces acteurs sont alors en position de peser sur les choix politiques, voire de les sanctionner, et ainsi de garantir le respect du dogme néolibéral.

4.2.1 Les agents privés économiques

Le « marché » est devenu, pour l'État, une contrainte. Plus précisément, les États ont choisi d'organiser les marchés comme une contrainte. Une construction institutionnelle spécifique a permis aux 'pouvoirs privés économiques'[111] de s'ingérer dans la décision et la gestion publiques. Cette ingérence est aussi bien individuelle (4.2.1.1.) que collective (4.2.1.2.). L'influence sera dite individuelle lorsqu'elle est imputable à un acteur, ou un groupe d'acteurs. Elle sera dite collective lorsqu'elle est imputée à une entité supposée : « le marché ».

4.2.1.1 *L'ingérence individuelle*

L'ingérence individuelle[112] peut prendre trois formes. La première, et la moins exploitée ici, est celle du lobbying à travers lequel les pouvoirs privés peuvent influencer la prise de décision publique[113]. Le deuxième associe les destinataires de la norme à la prise de décision. Cette technique bien connue de la 'nouvelle gouvernance'[114] ne saurait poser de problème tant que les pouvoirs publics ne s'estiment pas tenus par les opinions exprimées par les destinataires, tant que la consultation ne vient pas délibérément limiter leur marge de manœuvre politique. Or, il est évident que dans le contexte où l'intérêt du

111 Sur ces pouvoirs, voy. G. Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LITEC, 2000, pp. 613–661.

112 Sur l'importance prise, notamment, par les 'grandes entreprises', Voy. C. Crouch, *L'étrange survie du néolibéralisme*, Bienne-Berlin, Diaphanes, 2016.

113 Marie-Anne Cohendet va jusqu'à se poser la question de : « [l]a démission de l'État face aux pouvoirs privés » (M.-A. Cohendet, « Une crise de la représentation politique », *Cités*, 2004, vol. 18, pp. 41–61, spéc. pp. 48–50).

114 Prônée notamment par la Commission européenne, « Gouvernance européenne. Un livre blanc », COM 2001(428)final, 25 juillet 2001.

marché est considéré comme prévalent, les consultations deviennent implicitement contraignantes.

La dernière est, symboliquement, beaucoup plus révélatrice des enjeux au cœur de la transition néolibérale : le choix par les pouvoirs publics de s'en remettre à l'expertise des acteurs privés. L'exemple français de la RGPP souligne comment l'État a confié, en partie, à des cabinets de conseil privés l'évaluation et la réforme de sa gestion des politiques publiques[115]. Ainsi, le dogme de la 'catallaxie' prend forme : l'État choisit de se faire évaluer par des acteurs privés, reconnaissant explicitement leur supériorité sur ses propres techniques.

Intégrés dans l'ensemble des processus de décision, les acteurs privés en sont alors des acteurs à part entière, auxquels une voix prépondérante est accordée, en raison de leur vision jugée supérieure à celle de l'administration[116].

4.2.1.2 *L'ingérence collective*

Le marché est postulé comme une entité abstraite, avec une volonté propre et un pouvoir d'influence. Les marchés financiers sont l'illustration parfaite d'un 'marché' érigé en gardien des engagements juridico-économiques des États. En effet, plus que tout autre marché, ils peuvent être projetés comme disposant d'une volonté propre, à laquelle le droit assigne un rôle de contrôle.

D'un point de vue strictement juridique, il n'existe pas de 'marché'. Il existe des opérateurs et des relations contractuelles entre eux. Il faut appréhender ces relations d'un point de vue 'dynamique'[117]. L'innovation, l'ouverture des frontières, la dérégulation ont permis aux différents marchés nationaux et aux différents segments du marché[118] de se confondre[119], donnant naissance à

115 Sur le rôle des consultants, voy. F. Lafarge, « La révision générales des politiques publiques : objet, méthode et recevabilité » et P. Bezes, « Morphologie de la RGPP : Une mise en perspective historique et comparative », *Revue Française d'Administration Publique*, 2010, vol. 136, resp. pp. 755–774 et pp. 775–802.

116 N.d.E. : Le recours aux entreprises de consultance a donné lieu à de vives controverses en France lors de la campagne électorale de 2022, en particulier à la suite de la parution du rapport d'enquête sénatorial consacré à l'influence des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques (voy. Éliane Assassi, Rapport n° 578 fait au nom de la commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques », Sénat, déposé le 16 mars 2022, disponible à l'adresse : http://www.senat.fr/rap/r21-578-1/r21-578-1.html (dernière consultation le 6 avril 2022).

117 Selon l'expression de J.-M. Sorel, « Les États face aux marchés financiers », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème* siècle, *op. cit.*, pp. 507–543, spéc. p. 509.

118 Monétaire, obligataire, etc.

119 Sur ce phénomène, voy. J.-M. Sorel, « Les États face aux marchés financiers », *op. cit.*, pp. 508–517.

l'entité « marché financier ». Or, cette entité est dotée d'une 'transcendance'[120] voire même d'une volonté. Comme le démontre André Orléan, les marchés financiers fonctionnent selon une logique 'auto-référentielle' de 'polarisation mimétique'[121]. Par le jeu des anticipations, les acteurs du marché en viennent à s'imiter et donc à agir de concert, mais sans aucune concertation.

Or, ce mimétisme des marchés financiers a été exploité juridiquement pour devenir contrainte. Comme l'explique la Cour de justice :

> il ressort des travaux d'élaboration de ce dernier traité que l'article 125 TFUE vise à assurer que les États membres respectent une politique budgétaire saine [...]. En effet, l'interdiction énoncée à l'article 125 TFUE garantit que les États membres restent soumis à la logique du marché lorsqu'ils contractent des dettes, celle-ci devant les inciter à maintenir une discipline budgétaire. Le respect d'une telle discipline contribue à l'échelle de l'Union à la réalisation d'un objectif supérieur, à savoir le maintien de la stabilité financière de l'Union monétaire.[122]

En effet, la clause de *no-bail out* de l'article 125 TFUE, associée à l'interdiction du financement monétaire de l'article 123 et celle de tout traitement privilégié des États sur les marchés financiers, impose aux États de se financer aux mêmes conditions que tout autre émetteur[123]. Ils sont alors soumis à une « discipline par le marché »[124].

En postulant la capacité du marché à les discipliner, les États ont renforcé sa logique mimétique. Ils ont librement décidé de construire les conditions juridiques d'une telle discipline[125]. Mais, les conséquences d'un tel choix ont certainement été sous-évaluées. La primauté donnée aux marchés financiers a, non seulement, donné naissance à un 'individualisme patrimonial' redéfinissant le lien social[126], mais surtout conduit à un « déplacement du pouvoir

120 *Ibid*., p. 517.

121 A. Orléan, *Le pouvoir de la finance*, Paris, Odile Jacob, 1999, notamment pp. 57–122.

122 CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12 (ECLI:EU:C:2012:756) §. 135.

123 Sur la logique de ces articles, voy. F. Martucci, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 710–720.

124 Formule empruntée à F. Martucci (*ibid*., p. 710).

125 Sur le volontarisme des États dans ces transformations, voy. J.-M. Sorel, « Les États face aux marchés financiers », *op. cit*., pp. 517–525.

126 « On assiste en conséquence à un dépérissement des formes traditionnelles de solidarité citoyenne au profit d'une dépendance aux autres, toujours plus abstraire et anonyme, sous l'égide des marchés. L'individu s'y définit comme un propriétaire de droits-titres dont il lui faut défendre la valeur. Pour cette raison, on parlera à son propos d'un 'individualisme patrimonial' » (A. Orléan, *Le pouvoir de la finance*, *op. cit*., p. 244).

vers le marché »[127]. Si bien que l'État endetté s'est transformé en État débiteur, dépendant des marchés financiers, et soumis alors à son pouvoir[128].

Débiteur de marché dont il a construit les instruments d'un pouvoir, l'État s'est alors soumis à sa discipline. Là se trouve le principal ressort contraignant de la 'méta-politique' : la survie financière de l'État se joue dans son respect des attentes du marché, limitant inévitablement sa marge de manœuvre politique. Il devient alors logique qu'il intègre dans la définition même de son action ses acteurs et leurs méthodes. Cette intégration *a priori* garantit la compatibilité *a posteriori* des politiques avec les anticipations des marchés. Surtout que l'État a progressivement soumis son action au contrôle d'acteurs non-majoritaires, fréquemment dépositaires des intérêts supposés du marché.

4.2.2 Les organes non-majoritaires

Dans la construction du 'bon gouvernement', les acteurs non-majoritaires ont joué un rôle central. Afin d'éviter que la croissance du gouvernement ne rende son pouvoir exorbitant, il a été décidé : soit d'en confier une partie à des autorités indépendantes[129], soit de faire contrôler son action par des pouvoirs indépendants (les premiers étant évidemment les Cours constitutionnelles). L'indépendance était justifiée au nom de la neutralité et de l'objectivité, voire la scientificité, de leur rôle[130]. Elles ne remettraient pas en cause le principe démocratique car elles prennent des décisions sur des critères objectifs (le droit, par exemple) suivant des raisonnements scientifiques (le syllogisme juridique, par exemple). Il ne saurait alors être question ici d'une 'méta-politique', ces autorités étant les agents de la volonté démocratique[131].

Elles deviennent le relai de la méta-politique à partir du moment où elles sont dotées d'un rôle économique et que leur indépendance se justifie en

127 *Ibid*., p. 246.

128 Sur cette transformation, voy. W. Streeck, *Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique*, Paris, Gallimard, 2014. L'auteur résume ainsi les effets de cette transformation : « [l]'État débiteur de notre temps peut être présenté comme le destinataire et le mandateur de deux collectifs différemment constitués, système intermédiaire entre deux environnements en situation de conflit car fonctionnant selon des logiques tendanciellement inconciliables : la population, le *peuple national* {*Staatsvolk*} d'un côté, et les 'marchés', les *gens de marché* {*Marktvolk*} de l'autre » (*ibid*., p. 119).

129 Sur l'histoire de ce mouvement, voy. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit*., pp. 121–138.

130 Voy. A. Sajo, « Les autorités indépendantes », in D. Chagnollaud et M. Tropper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 321–365.

131 Soit directement du peuple s'exprimant au travers de la Constitution pour les Cours constitutionnelles ; soit de ses représentants pour les autorités indépendantes.

raison des besoins du marché et de la méfiance vis-à-vis du politique. Au début des années 1980, l'indépendance des banques centrales a précisément été justifiée par l'impérieuse nécessité de retirer aux pouvoirs politiques la maîtrise de la politique monétaire, dans l'intérêt des marchés monétaires, assimilé à l'intérêt général[132]. Or, plus le dogme de la 'catallaxie' s'imposait, plus l'idée d'une régulation indépendante des politiques économiques se diffusait. Comme le souligne Damien Piron, les Cours constitutionnelles sont, à présent, garantes de la discipline budgétaire et de nouvelles autorités indépendantes ont été créées à cet effet[133].

Mais cette tutelle ne s'est réellement matérialisée qu'avec le renforcement des procédures européennes de coordination des politiques économiques[134]. Dans ce cadre, le caractère juridique de l'influence mérite d'être relativisé, le respect par les États de leurs engagements étant limité[135]. C'est surtout une influence idéologique qu'exerce la Commission européenne. Le carcan procédural dans lequel sont enfermées les procédures budgétaires nationales et l'injonction substantielle de 'réformes structurelles', dans le cadre contraint par la discipline de marché, sont l'un des principaux vecteurs de la diffusion d'une 'méta-politique néolibérale'[136]. L'Union apparaît alors comme une 'institution non-majoritaire supranationale'[137]. À défaut de s'être vraiment politisée[138], l'Union a étendu ses méthodes régulatrices[139] au cœur des politiques

132 Sur ce mouvement, voy. nos développements : S. Adalid, *La Banque centrale européenne et l'Eurosystème. Recherches sur le renouvellement d'une méthode d'intégration*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 504–510.

133 Voy. *supra* dans ce volume, D. Piron, « The Special Financing Law: Tax competition and fiscal consolidation at the heart of Belgium's material economic Constitution ».

134 Voy. J.-B. Auby et P. Idoux (dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

135 Voy. Cour des comptes européenne, « Semestre européen : les recommandations par pays abordent des problématiques importantes, mais leur mise en œuvre laisse à désirer », Rapport spécial 16/2020.

136 Voy. nos développements dans S. Adalid, « T-Dem Versus Economic Meta-policy: The Means and the Ends », *op. cit.* De même, pour Jukka Snell, la participation à l'UEM interdit toute '*mass-politics*' (J. Snell, « The Trilemma of European Economic and Monetary Integration, and Its Consequences », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n°2, pp. 157–179).

137 Voy. Y. Mounk, *Le peuple contre la démocratie*, Paris, Éditions de L'Observatoire, 2018 (notamment le deuxième chapitre de la première partie, pp. 79–144).

138 Voy. J.H.H. Weiler, « Europe in crisis – On political 'messianism', 'legitimacy' and the 'rule of law' », *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, n°2, pp. 248–268.

139 Sur ces méthodes, voy. G. Majone, *La Communauté européenne – Un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996.

nationales : les choix économiques[140]. C'est alors un pilotage technocratique des politiques qui apparaît, dans le contexte idéologique d'une préférence marquée pour le marché de la Commission européenne.

Ultime avatar de la transition néolibérale, la coordination des politiques économiques illustre parfaitement les nouvelles formes de pouvoir requises par la 'méta-politique'. Le droit, sous une forme renouvelée de 'constitution économique matérielle', y joue un rôle central, avec des instruments contraignants et des organes de contrôle 'indépendants', jusqu'à ce que les portes-tournantes du pantouflage renforcent la fusion de l'intérêt public et de l'intérêt privé[141]. Mais le pouvoir s'exprime aussi par d'autres acteurs, le marché et certains de ses intervenants, dont les ressorts de l'autorité vont de la contrainte économique matérielle à l'influence idéologique, en passant par la participation directe à la prise de décision. Tout cela impose alors une contrainte, à la teneur partiellement renouvelée, sur les choix de politiques économiques des États et participe, comme l'a montré l'exemple des marchés financiers, à la redéfinition néolibérale du lien social. Car, il ne faut évidemment pas oublier que la transition néolibérale touche la société dans son ensemble, imposant ou suggérant toujours plus des politiques néolibérales, en adéquation avec la nouvelle structure sociale. Cependant, sous l'effet des crises successives, et notamment économiques, l'aura du néolibéralisme – en tant que doctrine économique – décroit, au profit d'un retour de l'interventionnisme. Mais le versant institutionnel et politique du néolibéralisme n'est pas remis en cause. Ainsi, la 'méta-politique néolibérale' tend à être remplacée par une 'méta-politique écologique'.

Conclusion et perspectives – Vers une « constitution écologique » ?

Si le néolibéralisme a, partiellement, échoué dans sa version économique, il reste profondément ancré dans sa version constitutionnelle. Il est porteur d'une forme d'autoritarisme finaliste[142]. Sa « conception transcendante et

140 Voy. P. Leino et T. Saarenheimo, « Sovereignty and Subordination : on the Limits of EU Economic Policy Co-ordination », *European Law Review*, 2017, vol. 42, pp. 166–189. Ils évoquent l'idée d'une '*technocratic delegation*' (p. 176).

141 Sur ce phénomène, voy. P. France et A. Vauchez, S*phère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Science Po, 2017.

142 N.d.E. : voy. *supra* dans ce volume, W. Bonefeld, « Economic Constitution and Authoritarian Liberalism – Carl Schmitt and the idea of a "Sound Economy" », et les discussions par S. Audier (« Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ») et

normative de la destination finale de la vie et des vivants »[143] assignait aux pouvoirs publics l'objectif de réformer la société afin de garantir son adaptation à l'objectif prédéterminé de supériorité du marché. L'action de l'État s'est alors enfermée dans le cadre institutionnel renouvelé de la 'méta-politique'.

Or, les crises ont remis en cause la transcendance du marché et imposé la transcendance écologique. L'autoritarisme change de fins, mais conserve ses techniques. Comme le souligne M. Mahmoud Mohamed Salah, « le développement durable est aussi conçu comme un "objectif à atteindre" qui implique à la charge des États des obligations en vue de sa réalisation »[144]. La question écologique peut alors remplacer la question 'économique' dans la matérialisation des 'Constitutions'. Plus populaire, basé sur des faits scientifiques (et non sur des pseudo-lois économiques), l'enjeu écologique semble parfois en passe de devenir la nouvelle norme de la 'méta-politique'. Or, les dangers d'une telle approche restent les mêmes : la neutralisation du pouvoir politique.

Ainsi, la réorientation par la Commission européenne de son agenda politique au profit de la transition écologique[145] n'a induit aucun changement de méthode. Décrétant en décembre 2019 que «[l]a croissance économique n'est pas une fin en soi », la Commission a alors proposé un nouveau modèle économique pour l'Union : « la durabilité compétitive »[146]. Après avoir intégré les objectifs de développement durable au Semestre européen[147], la Commission a saisi l'occasion de la crise sanitaire pour proposer de faire du plan de relance l'instrument de la transition écologique[148], dont elle sera le pilote[149] et le gardien. En effet, elle approuvera les plans des États, en surveillera la mise en

V. Valentin (« L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire »).

143 B. Stiegler, *"Il faut s'adapter"*, *op. cit.*, p. 238.

144 Voy. *supra* dans ce volume, M. Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux et l'idée de Constitution économique ».

145 Commission européenne, Un pacte vert pour l'Europe, COM(2019)640final, 11 décembre 2019.

146 Commission européenne, Examen annuel de la croissance 2020, COM(2019)650 final, 11 décembre 2019, p. 1 et p. 4.

147 *Idem*.

148 D'après elle, « [l]a réaction économique à la crise du Covid-19 offre une occasion unique d'accélérer le transition écologique » (Commission européenne, Stratégie annuelle 2021 pour une croissance durable, COM(2020)575 final, 17 septembre 2020, p. 3).

149 Voy. notamment les recommandations très précises adressées aux États dans le choix des mesures devant figurer dans leur plan de relance : European Commission, « Guidance du Member States Recovery and Resilience Plans », SWD(2021)12 final, 22 january 2021.

œuvre et pourra suspendre l'aide aux États qui ne respectent pas leurs engagements[150].

Changer l'*ethos* de le 'méta-politique' n'en change pas les effets. Aussi nécessaire que soit la transition écologique, elle ne doit pas amputer la liberté du pouvoir politique, ni être décidée par la Commission européenne. La transition écologique est un enjeu politique, qui doit être traité comme tel. En effet, il ne faut pas sous-estimer la « pluralité idéologique des actions qui se réclament de l'environnement »[151]. Mais surtout, « [a]ccéder à la prospérité sans croissance [...] ne procède pas d'une solution technologique mais d'une mutation politique dont les équivalents historiques sont à rechercher du côté des grandes révolutions techniques qui ont fondé la modernité »[152]. L'ampleur de la tâche à accomplir impose de sortir de la 'méta-politique' et donc refuser tout constitutionnalisme écologique.

Bibliographie sélective

Christodoulidis, E., « The European Court of Justice and "Total Market" Thinking », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 10, pp. 2005–2020.

Crespy, A., et Ravinet, P., « Les avatars du néo-libéralisme dans la fabrique des politiques européennes », *Gouvernement et action publique*, 2015, vol. 3, n°2, pp. 9–29.

Dreyfus, F., « La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État », *Revue Française d'Administration Publique*, 2010, vol. 136, pp. 857–864.

Dussart, M.-L., *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, 2015.

Grewal, D. S., et Purdy, J., « Introduction: Law and Neoliberalism », *Contemporary Problems*, 2014, vol. 77, n°4, pp. 1–23.

Grimm, D., « L'Europe par le droit : jusqu'où ? Les limites de la dépolitisation », *Le Débat*, 2015, vol. 187, n°5, pp. 99–113.

Institut d'Études Juridiques Européennes (dir.), *La constitution économique européenne : actes du cinquième colloque sur la fusion des communautés européennes organisé à Liège les 16,17 et 18 décembre 1970*, Liège/La Haye, Martinus Nijhoff, 1971.

150 Règlement (UE)2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience, *J.O.U.E.* l. 57, 18 février 2021, pp. 17–75 , articles 19, 20 et 24.

151 P. Charbonnier, *Abondance et liberté – Une histoire environnementale des idées politiques*, Paris, La Découverte, 2020, p. 19.

152 *Ibid*., p. 20.

Martucci, F., et Mongouachon, C., (dir.), *La constitution économique* (*En hommage au Professeur Guy Carcassonne*), Paris, La Mémoire du droit, 2015.

Orléan, A., *Le pouvoir de la finance*, Paris, Odile Jacob, 1999.

Pistor, K., *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019.

Poiares Maduro, M., *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution* (*A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*), Oxford, Hart Publishing, 1998.

Rosanvallon, P., *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015.

Snell, J., « The Trilemma of European Economic and Monetary Integration, and Its Consequences », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n°2, pp. 157–179.

Sorel, J.-M., « Les États face aux marchés financiers », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LITEC, 2000, pp. 507–543.

Streeck, W., *Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique*, Paris, Gallimard, 2014.

Overall Conclusions



Economic Constitutionalism and "The Political" of "The Economic"

Christian Joerges

Introduction

"Die Wirtschaft ist das Schicksal" (the economy is our destiny). Walter Rathenau, for a very short period serving as *Reichsaußenminister* in the first German Republic, was aware of the exploitation of economic and social crises by radical political movements. His famous pronouncement[1] captures well what the recent crises have taught us again: "the economic" and "the political" cannot be neatly separated and treated as two different worlds which operate according to a logic of their own in distinct spheres. "The economic" and "the political" are intertwined. I conclude that "the economic" is – socially and politically – too multifaceted and too important to be left to the expertise of economists.

This thesis is based upon Dani Rodrik's analysis and critique of the "rule of economics"[2] in present debates, including the current difficulties with the European project.[3] It is a critique with old if widely forgotten credentials: "*L'économie politique"*, Phillipe Steiner reminds us, "*est une science globale de la société*".[4] Rodrik's political economy is not physiocratic, but is indebted to Karl Polanyi's economic sociology, which has experienced an unexpected, yet unsurprising, *renaissance* in the last decade.[5] Polanyi is present in a good

1 See on the context of this pronouncement U. Mader, « "Die Wirtschaft ist das Schicksal!". Walther Rathenau als Reichsminister 1921 und 1922 », *Mitteilungen der Walther Rathenau Gesellschaft*, 2002, n° 13, pp. 17–40.

2 D. Rodrik, *Economics Rules. The Rights and Wrongs of the Dismal Science*, New York/London, W. W. Norton, 2015.

3 See, on the "contest of disciplines" in European studies, C. Joerges, « *Pereat iustitia et fiat mundus?* Die Krise des Rechts in der Krise Europas », *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken*, 2016, vol. 70, n°803, pp. 17–31.

4 See *supra* in this volume, P. Steiner, « Les Physiocrates, l'économie politique, l'Europe ».

5 "We are all Polanyians now", suggested Jens Beckert, Co-Director of the Max-Planck-Institute for the Study of Societies, in his *Discussion Paper* 07/1 on « The Great Transformation of Embeddedness. Karl Polanyi and the New Economic Sociology », Cologne 2007. The attraction by lawyers is well explained by S. Frerichs, « The Rule of the Market: Economic Constitutionalism Understood Sociologically », in P. Blokker and C. Thornhill (eds.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 241–264; see for a concise summary : S. Frerichs, « The legal constitution of market society: Probing the

© CHRISTIAN JOERGES, 2022 | DOI:10.1163/9789004519350_027
This is an open access chapter distributed under the terms of the CC BY-NC 4.0 license.

number of contributions, in particular in the introductory chapter.[6] My title signals my own indebtedness and the reasons behind it. Polanyi's work conceptualizes the economy in precisely the sense just indicated. Through his analyses of the operation of markets, he reveals the societal impact and the social embeddedness of "the economic".

Interestingly, the Polanyi *renaissance* can be observed even in legal research, although Dr. jur. Karl Polanyi never made use of the works of my discipline in his academic and political writings. Lawyers, taking note of his economic sociology, are nevertheless impressed. Polanyi's analyses of market societies illuminate helpfully and constructively the interdependence between the economy, society *and* law, i.e., the agenda of students of "*Wirtschaftsrecht*".[7] "Economic Constitutionalism" is well suited for such an exercise.

The materials collected in the course of this project gave me much cause for thought. And although I cannot do justice to the richness of the contributions submitted, I can explain how they have helped me to refine my own understanding of economic constitutionalism. As some of the authors will know, my perception of the European *problématique*, far from remaining confined to the idea of an "ordoliberalization" of Europe (2.), is an ongoing endeavour to do justice to the fortunate motto of the unfortunate Draft Constitutional Treaty of 2004: how can Europe realize this Treaty's vision of *unitas in pluralitate*? (3.) I will not undertake a systematic presentation. Let me, instead, specify the two main concerns which I will pursue throughout the various steps of my deliberations – and their relation to my Polanyian understanding of Economic constitutionalism (1.).

---

economic sociology of law », *The european electronic newsletter*, ISSN 1871-3351, Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung, vol. 10, n°3, pp. 0–25.

6 See *supra* in this volume, G. Grégoire & X. Miny (« Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires »); see also the contributions by H. Rabault in Section 1 (« Le Concept de Constitution économique: émergence et fonctions »); F. Marty (« Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE: de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale? ») and H.-W. Micklitz (« Society, Private Law and Economic Constitution in the EU ») in Section 3; H. Lokdam & M.A. Wilkinson in Section 4 (« The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? »); T. Biscahie & S. Gill in Section 6 (« Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism »).

7 On the meaning of this notion and the necessity to consider its context see comprehensively P. Zumbansen, « Economic Law: Anatomy and Crisis », *Journal of Law and Political Economy,* 2021, vol. 1, n°3, pp. 461–492.

1 Preliminary Remarks on the Conceptual Framework

1.1 *The Law of European Integration and the Ordoliberalization of Europe*

My first *leitmotiv* is – as per Polanyi – the neglect and misperception of "the economic" and its political importance in European legal scholarship. To be sure, the community of European lawyers has meticulously pursued the steady growth of legal provisions which concern the operation of the economy. This perception, however, is committed, mostly implicitly, to an understanding of markets as a world apart, functioning according to an economic logic beyond the scope of democratic constitutionalism, and without discussions of the importance and validity of economic paradigms and rules. As late as 2020, a leading scholar of European constitutionalism wondered where the "E"[conomy] is in Europe's Constitution.[8] The most important exception to the mainstream mindset in European law scholarship, namely, German ordoliberalism and its allies, is the target of many critics represented in this project. My queries with this critique are twofold. They concern the validity of essential aspects of the critique, in particular the diagnoses of much more than a "Schmittian flavour"[9] in the ordoliberal tradition; they furthermore concern a misperception and overestimation of the impact of ordoliberal ideas in the past and the presence of the integration project. The presence is particularly worrisome. The "ordoliberalization thesis", which is so widely shared in analyses of European crisis politics, risks camouflaging the post-liberal essence of the financial and sovereign debt crisis as well as the gradual acceptance of the failings of the integration project.

Our discussion will be focused on the ordoliberal claims as to the proper understanding of European legal provisions and the impact of these ideas on the law of European integration. Following the differentiation between a "micro"- and a "macroeconomic" European constitution first suggested by Kaarlo and Klaus Tuori,[10] and taken up in Chapters 3 and 4, I will deal with the two constitutions separately.

---

8 N. Walker, « Where's the "E" in Constitution? A European Puzzle », in A. Skordas, G. Halmai and L Mardikian (eds.), *Economic Constitutionalism in a Turbulent World*, Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming, available at: https://ssrn.com/abstract=3642534 (last consulted on 12 February 2022).

9 J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community,* Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 26.

10 K. Tuori and K. Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Inherent in my framing of our *problématique* is a twofold tension. My critique of mainstream legal scholarship and its failure to cope with "the political in the economic" builds on Polanyi's economic sociology. The propositions, which ordoliberalism and its neoliberal relatives defend in their conceptualization of the European economic constitution, are irreconcilable with my normative concerns and theoretical commitments to Polanyi's economic sociology. Building on these commitments and on the critique of the current strands of economic constitutionalism, I will submit my own deliberations on a democratic transformation of economic constitutionalism.

1.2 *The European Heterogeneity and the Search for Its* Unitas in Pluralitate

Close to my second concern are the contributions in Section 6. The focus of these contributions are inter-state relations. The intra-European modes discussed there are regulatory competition, fiscal federalism, and the kind of federation envisaged by F.A. Hayek in his seminal pre-war essay.[11] All of these modes rely on market-driven mechanisms. The same holds true for the operations institutionalized by the European Semester which promote economic (and "social") convergence. To be sure, under this regime, each Member State is perceived differently and required to submit country-specific Stability or Convergence Programmes and National Reform Programmes. What remains uniform is the economic paradigm guiding the advice given to the Member States and the evaluation of their performance: strengthening competitiveness is the common objective of these procedures.[12] My disbelieve in all these approaches is informed by varieties of capitalism studies,[13] their recent

11 F.A. Hayek, « The Economic Conditions of Interstate Federalism » (1939), in *Individualism and Economic Order,* Chicago, University of Chicago Press, 1948, pp. 255–272.

12 See F.W. Scharpf, « Forced Structural Convergence in the Eurozone – Or a Differentiated European Monetary Community », *MPIfG Discussion Paper* 16/15, 2016; M. Dawson, « The Legal and Political Accountability Structure of 'Post-Crisis' EU Economic Governance », *Journal of Common Market Studies*, 2015, vol. 53, pp. 1–18, esp. p. 9; J. Zeitlin and B. Vanhercke, « Socializing the European Semester: EU Social and Economic Policy Co-ordination in Crisis and Beyond », *Journal of European Public Policy*, 2018, vol. 25, n°2, pp. 149–174.

13 Initiated in 2001 by P.A Hall and D. Soskice, *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press. A related movement, under-studied in European law scholarship, is the "école de la Régulation" in France, which insisted (since the mid-1970s) on the varieties of mechanisms and institutions (money regulation, competition law, state form, salary relationship, etc.) that constitute the "*formes de régulation*" which underly the (historically and geographically different) capitalist regimes of societies (competitive/bourgeois regulation, Fordism, financial capitalism, etc.) and which can explain the different types of socio-economic crises (exogenous crisis, endogenous crisis, crisis of the mode of regulation, crisis of the

revisions,[14] cultural economics,[15] and, last, but not least, the experience that "unifying law" usually "Ends Up in New Differences".[16] This is why I suggest that European Law and, even more so, its further political responses to the financial crisis, will have to cope with diversity both now and in the foreseeable future. This challenge is not threatening but entails chances. Once more, I build on Polanyi. To cite the concluding chapter of the *Great Transformation*:

> [...] with the disappearance of the automatic mechanism of the gold standard [*Author's Note*: or, in today's words, the stability criteria and market-oriented procedures of the EMU], governments will find it possible to [...] tolerate willingly that other nations shape their domestic institutions according to their inclinations, thus transcending the pernicious nineteenth century dogma of the necessary uniformity of domestic regimes within the orbit of world economy.[17]

Empirically speaking, Polanyi's visions proved to be overly optimistic. Normatively speaking, however, we have to concede that the "liberty to organize national life at will" is a democratic essential. Has this command been overruled by Europeanization and globalization? I suggest that we should care about its survival and that a survival is conceivable under a re-conceptualization of European and international economic law as "conflicts law" (3.).

Could the responses to the Covid-19 pandemic by the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) and the Recovery Plan "Next Generation EU" be a

---

accumulation regime), The founding fathers are Robert Boyer and Michel Aglietta. See, e.g.: M. Aglietta, *Régulation et crises du capitalisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1976 ; R. Boyer, *La théorie de la régulation : une analyse critique*, Paris, La Découverte, 1986; R. Boyer, « Une contribution au renouveau d'une économie institutionnaliste : la théorie de la régulation dans les années 90 », *Actuel Marx*, 1995, n°1, pp. 19–38; R. Boyer and Y. Saillard (eds.), *Théorie de la régulation : L'Etat des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002; R. Boyer, *Économie politique des capitalismes: théorie de la régulation et des crises*, Paris, La Découverte, 2015; R. Boyer (eds.), *La Théorie de la Régulation au fil du temps*, La Plaine Saint-Denis, Éditions des maisons des sciences de l'homme associées, 2018.

14 L. Baccaro and J. Pontusson, « Rethinking Comparative Political Economy: The Growth Model Perspective ». *Politics & Society* 2016, vol. 44, pp. 175–207.

15 See, J. Hien and C. Joerges, « Cultural Political Economy and Conflicts Law – A New Way to Approach the Eurozone Crisis », *Global Perspectives*, 2020, vol. 1, n°1, 13301.

16 See G. Teubner, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », *The Modern Law Review,* 1998, vol. 61, n°1, pp. 11–32.

17 K. Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (1944), Boston MA, Beacon Press, 2001, p. 262.

"critical juncture",[18] as lots of authors have suggested? Perhaps, but we argue, in our concluding remarks, that to characterize such a profound transformation as nothing but a new variety of economic constitutionalism would overstretch this concept even more than the transformations brought about by the financial crisis.

2 Ordoliberal Economic Constitutionalism in the Integration Project

Has ordoliberalism been taken too seriously in recent debates on European integration? Vincent Valentin shares my doubts.[19] In a conference paper published in 2016, Josef Hien and I characterized ordoliberalism as "an irritating German idea".[20] We found the ordoliberal conceptual framework defective,

18 *Supra*, Section 4 in this volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ». This notion coined by Ruti G. Teitel in her work on *Transitional Justice* (New York, Oxford University Press, 2000) is indeed a poignant indicator of an innovation of paradigmatic dimensions. Without using this concept, the idea of a paradigmatic change is also present *supra* in this volume, in the contributions of S. Cafaro (« The Evolving Economic Constitution of the European Union: Eulogy to Stability ? »), T. Biscahie & S. Gill (« Three Dialectics of Global Governance and the Future of New Constitutionalism »), H. Lokdam & M.A. Wilkinson (« The European Economic Constitution in Crisis : A Conservative Transformation ? ») and F. Martucci (« Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire »).

19 See *supra* in this volume, in Section 2, V. Valentin, « L'idée de constitution économique et l'hypothèse du libéralisme autoritaire ». It is noteworthy that he distances himself the equation of the ordoliberal positions with the type of "authoritarian liberalism" criticized under this heading by Hermann Heller (H. Heller, « Autoritärer Liberalismus? », *Die Neue Rundschau*, 1933, vol. 44, pp. 289-298; English translation available in: H. Heller, « Authoritarian Liberalism? », *European Law Journal*, May 2015, vol. 21, n° 3, pp. 295-301). Heller deals exclusively with Carl Schmitt's infamous "Address to Business Leaders" to the 1932 conference of the *Langnamverein* (see C. Schmitt, « Starker Staat und gesunde Wirtschaft » (« A Strong State and a Healthy Economy. A Lecture for Business Leaders »), held on November 23, 1932, published, e.g. in *Volk und Reich* 1933, pp. 81–94, cited here after the carefully annotated reprint in G. Maschke, *Carl Schmitt, Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 71–94; English translation: « Strong State and Sound Economy. An Address to Business Leaders », in R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, Cardiff, Wales University Press, 1998, pp. 212–232). I should add that I have committed this error myself in C. Joerges, « What is left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy », *European Law Review*, 2006, vol. 30, pp. 461–489, esp. p. 467 (French translation in *Revue Internationale de Droit Économique*, vol. XX, n°3, pp. 245–284).

20 J. Hien, « Ordoliberalism as an Irritating German Idea? », *EuVisions*, 21 October 2016, available at: http://www.euvisions.eu/archive/ordoliberalism-irritating-german (last consulted

but were even more irritated by the attention that ordoliberalism attracted in academic contributions among political scientists analysing the crisis politics of the EU and Germany's role therein.

This attentiveness is a recent phenomenon. It is a by-product of the financial crisis. Ordoliberalism is read as an explanatory framework for Germany's crisis politics. This explanation was first submitted in an online paper by Sebastian Dullien and Ulrike Guérot.[21] One of the irritating aspects of this interpretation

---

on 12 February 2022), revised version in J. Hien and C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 1–12.

21 S. Dullien and U. Guérot, « The Long Shadow of Ordoliberalism: Germany's Approach to the Euro Crisis », *ECFR Policy Brief*, 2012, available at: www.ecfr.eu/page/-/ECFR49_GERMANY_BRIEF_AW.pdf (last consulted on 12 February 2022). The critics with their focus on the financial crisis and the ideational background of Germany's crisis politics rarely mention the earlier controversies in Germany's "*Bonner Republik*". The ordoliberal school dominated the academic understanding of "*Wirtschaftsrecht*" and its social functions, but experienced also severe criticism. An early critique was Horst Ehmke (since 1963 Professor in Freiburg and later Minister and Head of the *Bundeskanzleramt* under Chancellor Willy Brandt) in his habilitation thesis *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung* (Karlsruhe, C.F. Müller, 1961), with a critical, often polemical, introductory chapter (pp. 7–88); shorter and brilliant a decade later: R. Wiethölter, « Wirtschaftsrecht », in A. Görlitz (ed.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Munich, Ehrenwirth, pp. 531–538. Outside Germany, the awareness of ordoliberal theorizing was limited. Until 1983, "English language material concerning the Freiburg School as a whole has not been found", reports D.J. Gerber (« Constitutionalizating the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the New Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, n° 1, pp. 25–84, note 2). Gerber's own account is comprehensive and accurate (remarkable in view of current accusations the passages on the Nazi period on pp. 30 ff.); what Gerber fails to discuss are the tensions between Müller-Armack's "social market economy" and proponents of the "private law society" such as Böhm and Mestmäcker). – Literature in French does exist: see e.g. C. Strassel, « Le modèle allemand de l'Europe: l'ordolibéralisme », *En Temps Réel*, n°39, juin 2009; F. Denord and A. Schwartz, « L'économie (très) politique du traité de Rome », *Politix*, 2010, n° 1, pp. 35–56; see also : E. Dehay, « La justification ordolibérale de l'indépendance des banques centrales », *Revue française d'économie*, 1995, vol. 10, n° 1, pp. 27–53. For a more recent comment sharing the current critique, see A. Lechevalier, « Why has German Ordoliberalism Become a French Issue? Some Aspects about Ordoliberal Thoughts we can Learn from the French Reception », in J. Hien and C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, *op. cit.*, pp. 23–48; much more nuanced, the contributions *supra* in this volume, by H. Rabault in Section 1 (« Le Concept de Constitution économique : émergence et fonctions »), S. Audier in Section 2 (« Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ») and C. Mongouachon in Section 3 (« Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution microéconomique de l'Union européenne »). – The transnationally most influential French contribution remains M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, Cours du Collège de France 1978–1979*, Paris, Gallimard, 2004 (lectures 6–8).

is that the critics never mention the strong criticism of the leading proponents of the ordoliberal tradition of the EMU[22] and fail to name German economists of some standing who would define themselves as ordoliberals.[23]

2.1 *Ordoliberalization of the Microeconomic Constitution?*

2.1.1 The Law

The reading of Europe's microeconomic constitution as an ordoliberal project seems to rest on somewhat firmer grounds. We have to distinguish, however between the foundational period of the integration project and its present state.

2.1.1.1 *The Early Years*

During the foundational period of the integration project, ordoliberalism was still not only politically, but also academically, very influential.[24] However, the school and its theory of the economic constitution had already – in 1954 – experienced a serious setback from the German Constitutional Court,[25] which

22 Suffice it here to name M.E. Streit and W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community. From 'Rome' to 'Maastricht' », *European Law Journal,* 1995, vol. 1, n°1, pp. 5–30.

23 The account of political scientists contrasts strikingly with the state of the art in Germany's academic economics. It is of course true that e.g. the ministerial language often refers to ordoliberal terms and views. However, even Lars P. Feld, formerly the Chairman of the *Sachverständingenrat* of the German Ministry of Economics and still Director of the Walter Eucken Institute in Freiburg does hardly qualify as such a straw man. Feld has very lucidly explained why the pertinent Treaty provisions are disregarded (see his « Europa in der Welt von heute: Wilhelm Röpke und die Zukunft der Europäischen Währungsunion », *HWWI Policy Paper* No. 70, 2012, available at: http://econstor.eu/bitstream/10419/62778/1/722909292.pdf; last consulted on 12 February 2022) and has in his academic work moved beyond Eucken and Hayek towards the "Virginia School" of James Buchanan (see L.P. Feld, E.A. Köhler and D. Nientiedt, « Die Europäische Währungsunion aus traditioneller und moderner ordnungsökonomischer Perspektive », *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 2018, vol. 69, n°1, pp. 65–84) See also the earlier account of economic historian A. Nützenadel, *Stunde der Ökonomen. Wissenschaft, Politik und Expertenkultur in der Bundesrepublik 1949–1974*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2005, pp. 33 ff.

24 See the concise critical evaluation by R. Wiethölter, « Wirtschaftsrecht », *op. cit*. On economics, see S. Pühringer, « The Success Story of Ordoliberalism as the Guiding Principle of German Economic Policy », in J. Hien and C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, *op. cit*., pp. 134–160. The kind of success reported by Pühringer is not the kind of academic reputation discussed critically by A. Nützenadel (*Stunde der Ökonomen. Wissenschaft, Politik und Expertenkultur in der Bundesrepublik 1949–1974, op. cit.*).

25 BVerfG, Judgment of 20 July 1954, *Investment Aid*, BVerfGE 4, 7.

was to be followed in 1979 by a second spectacular defeat.[26] However, it was probably that defeat which contributed to the ordoliberal turn to Europe. This move occurred under the leadership of Franz Böhm's most important disciple, Ernst-Joachim Mestmäcker. His argument had a touch of genius. The German Basic Law, with its commitments to democracy and the social state, seems simply to be irreconcilable with the economic constitutionalism defended by the Freiburg School, and the two judgments just mentioned signalled a clear demarcation. The EEC is different, so Ernst-Joachim Mestmäcker argued in a *Festschrift* for his academic mentor; the commitment to establish a common market as enshrined in the Treaty, he submitted, is of constitutional significance.[27] Shortly before the publication of the *Festschrift*, the ECJ had handed down its seminal judgments[28] which provided the EEC with what ordoliberals read as a constitution and which the ECJ was to call somewhat more cautiously a "constitutional charter".[29] This jurisprudence provided the cornerstone of the legendary "Integration through Law Project".[30] Ordoliberalism with its idea of economic constitutionalism anticipated the agenda of this project. Beyond German borders, however, hardly anybody in European legal scholarship had ever taken any notice of Germany's ordoliberalism.[31] However, it is easy to

26 BVerfG, Judgment of 1 March 1979, *Co-determination*, BVerfGE 50, 29.

27 E.-J. Mestmäcker, « Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der EWG », in H. Coing, H. Kronstein and E.-J Mestmäcker (eds.), *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1965, pp. 345–391, esp. p. 345. Mestmäcker has repeated his argument with particular clarity in his essay « Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union », in R. Hasse, J. Molsberger and C. Watrin (eds.), *Ordnung in Freiheit. Festgabe für Hans Willgerodt*, Oldenburg, De Gruyter, 1994 (reprinted in E.-J. Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 507–537), explicitly contrasting the judgment of 20 July 1954, *Investment Aid*, BVerfGE 4, 7 (p. 512).

28 See ECJ, Judgment of 5 February 1963, *van Gend en Loos*, Case 26/62 (EU:C:1963:1), 1963 E.C.R. 1; ECJ, Judgment of 15 July 1964, *Costa v. ENEL*, Case 6/64 (EU:C:1964:66), 1964 E.C.R. 585.

29 ECJ, Judgment of 23 April 1986, *Parti écologiste "Les Verts" v European Parliament*, Case 294/83 (EU:C:1986:166), [1986] ECR 1365. 42; ECJ, Judgment of 5 February 1963, *van Gend en Loos*, Case 26/62 (EU:C:1963:1), [1963] ECR 24. 43.

30 See recently R. Byberg, « The History of the Integration Through Law Project: Creating the Academic Expression of a Constitutional Legal Vision for Europe », *German Law Journal*, 2017, vol. 18, n°6, pp. 1531–1556.

31 Giandomenico Majone observed soberly: in the 1950s, *planification* and interventionist practices were commonplace in the founding states in all sectors of the economy – how could defeated Germany, of all countries, have been able to prevail in Europe with a liberal *Ordnungspolitik* that could not even be implemented domestically? (G. Majone, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis: Has Integration Gone Too Far?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 90 ff).

understand why its proponents embraced the jurisprudence of the ECJ – without paying particular attention to the doctrinal arguments of the Integration through Law Project. There was a perfect fit. In particular, the conceptualization of the economic freedoms as basic rights which Europe's market citizens could invoke against their nation states were in line with ordoliberal notions not only substantively but also because of the EEC's institutional configuration which entrusted the judiciary with the institutionalization of open markets and the European Commission with their protection against distortions of their competitive ordering. Ordoliberalism offered an original answer to the legitimacy *problématique* which could not be found within the Integration through Law paradigm. In the second *Festschrift für Franz Böhm*, Mestmäcker substantiated his position with particular clarity:

> The academic school of thought which promotes the *Wirtschaftsverfassung* [...] is not committed to the elaboration of the political potency of the economic, in order to fall into the arms of the democratic regime, but rather seeks to place that regime in a position whereby it can independently and adequately perform its mandated rule of law and welfare tasks.[32]

The mainstream of Europe's academic scholarship, however, did not pay much attention to such subtleties and continued to rely on the "integration through law" orthodoxy. The ordoliberal record looks much better in competition law and policy,[33] albeit only in the formative phase. The Commission Directorate General for Competition (DG IV) was something like an ordoliberal stronghold and Mestmäcker among the Commission's most important advisors.[34] This alliance was strong, albeit of limited duration. During the later periods, after the European turn to "a more economic approach", tensions between the ordoliberal tradition and European policy became clearly visible[35] – resulting

32 E.-J. Mestmäcker, « Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung », in E.-J. Mestmäcker and H. Sauermann (eds.), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1975, pp. 383–419, esp. p. 419.

33 See H. Buch-Hansen and A. Wigger, *The Politics of European Competition Regulation A Critical Political Economy Perspective*, New York/London, Routledge, 2015, pp. 41–72.

34 See W. Mussler's appraisal at the occasion of Mestmäcker's 90th birthday in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22 February 2018, n° 45, p. 22.

35 Setting the scene again E.-J. Mestmäcker with his « The E.C. Commission's Modernization of Competition Policy: A Challenge to the Community's Constitutional Order » (European Business Organization Law Review, 2000, vol. 3, n° 1, pp. 401–444), cited after the reprint in E.-J. Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, op. cit.*, pp. 218–257. These tensions are lucidly documented and discussed in the essay of C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution

in the intense critique of the American law and economic liberalism by Mestmäcker,[36] that Claire Mongouachon has pointed out.[37] Even in the field of competition policy, the ordoliberalization thesis is, therefore, anything but realistic.[38]

My remarks on the law of the microeconomic constitution have underlined the ordoliberal contributions and visions. I have thereby continuously referred to the theoretical ambitions of the school. They are unique in their, so to speak, meta-legal understanding of economic constitutionalism, which addresses the whole of European governance and argues that there is no such thing as a European democratic deficit simply because the economic constitution does not require the credentials of democratic constitutionalism as enshrined in the constitutional democracies of the Member States of the EU. I have also documented the failing of ordoliberal ambitions even in the field of economic law and policy. Frédéric Marty's distinction between an ordoliberal *Wettbewerbsordnung* and the really existing European competition law since the adoption of "a more economic approach"[39] is fully in line with the gist of my argument, and much more informative with its insistence on the varieties of neoliberalism in economic theory, competition policy and legal practice. I will supplement my theoretical argument in the following discussion of the contributions of Thomas Biebricher and Werner Bonefeld. However, I first have to underline the discrepancies between ordoliberal visions and the "really existing" European law and then consider the irresolvable tensions between micro- and macroeconomic constitutionalism.

2.1.1.2 *Microeconomic Constitutionalism and the Turn to Macroeconomic Politics*

The structuring with its distinction between the microeconomic (Section 3) and the macroeconomic constitution (Section 4) follows an influential

---

micro-économique de l'Union européenne » (Section 3), Subchapter 2. *La place ambivalente de l'ordolibéralisme comme outil d'interprétation du marché intérieur*.

36 See E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

37 See *supra* in this volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

38 See A. Wigger, « Debunking the Myth of the Ordoliberal Influence on Post-war European Integration », in J. Hien and C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, *op. cit*., pp. 161–178.

39 See *supra* in this volume, F. Marty, « Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la *Wettbewerbsordnung* ordolibérale à la *More Economic Approach* néolibérale ? » (Part 2, Section 3).

conceptualization submitted by Kaarlo and Klaus Tuori in their widely noticed monograph.[40] The law of the microeconomic constitution is reconstructed in the contribution of Pieter Van Cleynenbreugel and Xavier Miny and thereafter by Claire Mongouachon with an important differentiation. Both essays underline affinities between ordoliberal theorems and core legal principles of European law. Even though the proponents of the Integration through Law Project did not take notice of the German school of thought, it seems safe to submit that a clandestine alliance exists between the integration through law paradigm and ordoliberal economic constitutionalism.[41] But then we observe a bifurcation. Van Cleynenbreugel and Miny seek to document conceptual coherence in the jurisprudence of the ECJ which they characterize as "market access constitutionalism"; Claire Mongouachon distinguishes between the "first" and the "second" generation of ordoliberal scholarship, and underlines the Hayekian touch. The difference became most clearly visible in the move of competition policy from the control of anti-competitive private practices to the control of anti-competitive public regulation and to the reliance on interstate "regulatory competition".[42] "Regulatory competition" has macroeconomic implications but is not a macroeconomic policy in the technical sense of this term.[43] Ordoliberalism has no genuine macroeconomic conception. This was visible very early on the critique of ordoliberal scholars of the (short) reliance of German economic policy on Keynesian messages;[44] it became early visible in E-J. Mestmäcker's doubts about the viability of his quest for "justiciable" yardsticks of macroeconomic policies.[45] This ordoliberal query affects

40 K. Tuori and K. Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

41 See, e.g., C. Joerges, « Integration through Law and the Crisis of Law in Europe's Emergency », in D. Chalmers, M. Jachtenfuchs and C. Joerges (eds.), *The End of the Eurocrats' Dream. Adjusting to European Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 299–338, esp. pp. 301 ff.

42 See *supra* in this volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne », Subchapter 2. *La place ambivalente de l'ordolibéralisme comme outil d'interprétation du marché intérieur*.

43 See the remarks in Section 3.2. below (*Promoting Economic Democracy in the EU through Democracy-Enhancing Conflicts Law*).

44 See E. Hoppmann (ed.), *Konzertierte Aktion. Kritische Beiträge zu einem Experiment* (Frankfurt am Main, Athenäum, 1971); see, for a critical comment, C. Joerges, « Vorüberlegungen zu einer Theorie des Internationalen Wirtschaftsrechts », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1979, vol. 43, pp. 6–79, esp. pp. 44 ff.

45 The "judicial system cannot be wiser than contemporary economics in judging macroeconomic relationships", he conceded already in the 1980's in his seminal essay: E.-J.

the ordoliberalization thesis with respect to the macroeconomic constitution. The defence of this thesis by Thomas Biebricher and Werner Bonefeld will be criticized in the next subchapter.

As a preliminary step to this critique, we underline the impact of the very advent of European macroeconomic politics on the ordoliberal constitutional project. This impact has a specific neoliberal imprint. Keynesian macroeconomics have co-existed peacefully with the liberty of states to organize their microeconomic politics "at will". Keynesianism was the dominating economic philosophy of the post-war European nation-state.[46] The ordoliberals of both generations, and even more so F.A. Hayek and Anglo-Saxon Neoliberalism, insisted instead on the primacy of the market mechanisms in both micro-and macroeconomics. The austerity politics of the efforts to rescue the Euro after the financial crisis have radicalized this re-orientation. The new strategy of the so-called structural reforms has subjected microeconomic politics to assumed functional necessities.

In the law of the microeconomic constitution, as per Pieter Van Cleynenbreugel and Xavier Miny's re-constructions, such tensions are not visible simply because their account of the law of the micro-constitutionalism mirrors neoliberal economic theorems. Hans-W. Micklitz with his dedication to "the social distributive justice" in all compartments of private law and a notion of access justice which seeks to realize at least a "thin version of social distributive justice",[47] finds himself in a less comfortable position. To be sure, European crisis politics have not directly intervened in the domains of private law. Macro-economic exigencies have nevertheless had a strong impact. Micklitz observes a "shift from consumer protection law to consumer law without protection",[48] in more general terms, the dedication of European politics to economic efficiency and marketization of all spheres of European society.[49] Micklitz seems nevertheless to be confident with regard to the survival of the social accomplishments of the European project. The social embeddedness

---

Mestmäcker, « Power, Law and Economic Constitution », *The German Economic Review*, 1973, vol. 11, pp. 177–192, esp. pp. 187, 190–191.

46 See A.S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, 2nd ed., London, Routledge, 1982, pp. 21–118.

47 H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 2 and 24.

48 See *supra* in this volume, H.-W. Micklitz, « Society, Private Law and Economic Constitution in the EU ».

49 H-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, *op. cit.*, p. 41.

theorem of Polanyi's economic sociology to which he refers[50] may, by contrast, lead us to place more hopes on the national, rather than the European level.[51]

2.1.2 Political Science

Two renowned political theorists have contributed to the discussion of economic constitutionalism in the present project. I have – again – to be very selective in my comments on their works.

2.1.2.1 *Thomas Biebricher's Neoliberal Lineages of an "Economic Constitution"*

Thomas Biebricher has addressed ordoliberalism from many perspectives, recently also in a critique of the questioning of the ordoliberalization thesis by Josef Hien and myself.[52] Political theorists tend to avoid the nitty-gritty of legal debates as I have resumed it above,[53] in favour of more abstract theorizing.

In the case of Biebricher, however, I see some convergence. One is that Biebricher appreciates the ordoliberal concern with economic power and Germany's organized capitalism,[54] which, in order to be successful, does indeed require a "strong state", but certainly not the strong state which Carl Schmitt called for in his "Address to Business Leaders" of 1932.[55] Equally significant is Biebricher's very precise differentiation between the various strands of neoliberalism and the significant breaks with the ordoliberal tradition. There is a difference of paradigmatic dimensions between Walter Eucken, the

---

50 See *supra* in this volume, H.-W. Micklitz, « Society, Private Law and Economic Constitution in the EU ».

51 See C. Joerges, « Private Law in Europe's Political Economy after the Financial Crisis », in M. Ruffert (ed.), *European Economy and People's Mobility*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 101–125, esp. p. 125: It is simply inconceivable that the entire body of the law which constitutes the infrastructure of the EU can be subjected to the "structural reforms". The pretence of knowledge, which characterizes Europe's monetary policy, may well encounter the limits of its "power fantasies" in the ordering functions of private law.

52 See J. Hien and C. Joerges, « Dead Man Walking? Current European Interest in the Ordoliberal Tradition », *European Law Journal*, 2018, vol. 24, n°1, pp. 142–162 and T. Biebricher, « Zur Ordoliberalisierung Europas – Replik auf Hien und Joerges » *Leviathan*, 2018, vol. 46, pp. 170–188.

53 See *supra*, Subchapter 2.1.1.

54 Famously, yet untranslated, F. Böhm, « Das Reichsgericht und die Kartelle. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG v. 4. Februar 1897, RGZ 38, 155 », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1948, vol. 1, pp. 197–213.

55 C. Schmitt, « Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern », *op. cit*. On this point see Subchapter 2.1.2.2. below (*Werner Bonefeld's analysis of the underlying "Authoritarian Liberalism" of Economic Constitutionalism*).

economic advisor of Böhm, and Friedrich A. von Hayek's "competition as a discovery procedure" and "spontaneous, catallactic ordering", which Mestmäcker brought to bear in his entire *oeuvre*.[56] There is again a difference with the constitutionalism of the "Virginia School" of James Buchanan which was adopted in Germany by Viktor Vanberg and Lars. P. Feld.[57] What I note here is that the contours of economic ordoliberalism become therefore ever more nebulous and difficult to apply to EU integration. Biebricher seems to concede this to some degree. In his *replica* to Hien and Joerges,[58] he ends up with the characterization of ordoliberalism as being culturally embedded in German traditions. This characterization is widely shared[59] and confirmed by Heike Schweitzer, a renowned disciple of Mestmäcker's – who has underlined that she is not aware of a single legal scholar in the younger German generation who could be called a confessing ordoliberal.[60]

2.1.2.2 *Werner Bonefeld's Analysis of the Underlying "Authoritarian Liberalism" of Economic Constitutionalism*

Bonefeld's record of analyses of the ordoliberal tradition is outstanding.[61] The notion of the "strong state" to which he regularly refers, is one of Carl Schmitt's best-known infamous terms. For stringent reasons, affinities of an intellectual tradition with the Dark Lord of German constitutionalism are wearing and incriminatory, and somewhat paradoxical insofar as the democratic and *liberal* constitutional order was at the centre of Schmitt's critique, as Grégoire and Miny note in their introduction to the project.[62] Such affinities do exist:[63]

---

56 See *supra* in this volume, C. Mongouachon, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne ».

57 See, W. Brown, *In the Ruins of Neoliberalism*, New York, Columbia University Press, 2019, p. 62 and her references to Biebricher at p. 201, note 21.

58 T. Biebricher, « Zur Ordoliberalisierung Europas – Replik auf Hien und Joerges, », *op. cit*.

59 See, e.g., W. Callison, « Ordoliberalism's Trans-Atlantic (Un)Intelligibility: Theory and Crisis from Eucken to Schäuble »; K. Dyson, « The Ordoliberalism as Tradition and as Ideology », both in J. Hien and C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism*, *Law and the Rule of Economics*, *op. cit*., resp. pp. 49–70 and 87–102.

60 Communication with author; in writing: H. Schweitzer, « Law, Economics and Politics in an Ordoliberal Perspective: A Modern or an Outdated Approach? », Ms. Berlin, 2016 (on file with author).

61 See his monograph: W. Bonefeld, *The Strong State and the Free Economy*, Boulder CO, Rowman & Littlefield International, 2017.

62 See *supra* in this volume, G. Grégoire & X. Miny, « Introduction – La Constitution économique : Approche contextuelle et perspectives interdisciplinaires ».

63 See *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles » and for two equally cautious evaluation by historians: J. Hacke, *Existenzkrise der Demokratie. Zur politischen Theorie des*

the foundational ordo-manifesto,[64] further publications, and the reports on Franz Böhm's readiness to advise some Nazi leaders at the dawn of the Third Reich are no fairy tales. Rudolf Wiethölter, Böhm's successor in Frankfurt, does not fail to refer to them in his grandiose homage.[65] Yet, there are reasons to plead "not guilty". One such reason is Schmitt's emphatic call for "courage of action" in his introductory remarks. "Business leaders" so encouraged are not expected to support and implement competition law.[66] In the later polemic against "a certain side", namely, the advocates of economic democracy, Schmitt is crystal clear about the adressees of his call for action.[67] Is Schmitt's "strong state" the one that ordoliberals have requested and envisioned? "This sort of Schmittianism is certainly not Franz Böhm's world", Wiethölter submits.[68] An equivocation seems indeed inadequate. Schmitt's strong state was to establish the priority of politics over the economy without consideration for the law, while the ordoliberals were advocating a stable legal framework for the economy which political rulers would have to respect.[69]

2.2 *Ordoliberalization of the Macroeconomic Constitution?*

The following remarks on the macroeconomic constitution seek a way out of a dilemma. I resort, therefore, to the famous *barzelletta* of the Bavarian comedian Karl Valentin in a fictive funeral address: "*Es* ist *schon alles gesagt*, *nur noch nicht* von *allen*" (everything has been said about the deceased, albeit not by all of us). There are of course differences, some significant and others much less so, among the commentators on the so-called macroeconomic constitution and my own pertinent publications. However, rather than explaining and evaluating these, I will, instead, take up two issues: one is again the

Liberalismus in der Zwischenkriegszeit, 2nd ed., Berlin, Suhrkamp, 2018, pp. 342–355; Q. Slobodian, *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism,* Cambridge MA, Harvard University Press, 2018, pp. 210–217.

64 W. Eucken, F. Böhm and H. Großmann-Doerth, « Unsere Aufgabe. Begleitwort der Herausgeber zur Schriftenreihe 'Ordnung der Wirtschaft' », in F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart/Berlin, Kohlhammer, 1937, pp. VII–XXI. For the translation see T. Biebricher and F. Vogelmann (eds.), *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, London, Rowman & Littlefield International, 2017, pp. 27–39.

65 R. Wiethölter, « Franz Böhm (1895–1977) », in B. Diestelkamp and M. Stolleis (eds.), *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, Baden-Baden, Nomos, 1989, pp. 209–252.

66 *Ibid*., p. 213.

67 *Ibid*., pp. 225–226.

68 *Ibid*., p. 230.

69 See also *supra* in this volume, S. Audier, « Le néolibéralisme : Un "libéralisme autoritaire" néo-schmittien ? ».

ordoliberalization thesis; the second is the poverty, if not the absence, of alternative theories and the attempt to propose a Polanyian explanation of the responses to the crisis, leading to the polemical characterization of the current regime as "central bank capitalism" (*Zentralbankkapitalismus*). This is quite an agenda and I have to be brief.

I feel quite safe with the first point. More than a decade ago, I started my analyses of the ordoliberal framing of the integration project with a "melancholic eulogy",[70] in which I highlighted the incompatibility of the EMU with the ordoliberal legacy. In another publication, I pointed to the critique of the Maastricht Treaty by renowned proponents of the ordoliberal tradition;[71] I then submitted that the establishment of EMU does not deserve a "constitutional" characterization[72] if that notion is to indicate more than pure facticity, and finally submitted that the law has been "running out" in European crisis politics.[73] This is strong language. It is, however, in substance identical with the analysis of Francesco Martucci[74] and the diagnoses of other critics, in particular that of Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson in Section 4. The latter underline that the institutionalization of the EMU was inherently contradictory and no mechanism was foreseen for a legitimate resolution of controversies. The Maastricht Treaty, the authors continue, subjected instead "governmental discretion to constitutional rules rather than ordinary political contestation".[75] Can this be qualified as "ordoliberalization"?[76] Where is, to paraphrase Neil Walker,[77] "the C" in that "macroeconomic constitutional superstructure"? To read into the Treaty a mandate which would legitimate the ECB to "resolve" the

70 C. Joerges, « What is left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy », *op. cit.*

71 C. Joerges, « Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty », in R. Dehousse (ed.), *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?,* Munich, C.H. Beck, 1994, pp. 29–62.

72 C. Joerges, « Constitutionalism and the Law of the European Economy », in M. Dawson, H. Enderlein and C. Joerges (eds.), *Beyond the Crisis. The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, Oxford, Oxford University Press, pp. 216–231.

73 C. Joerges, « 'Where the Law Runs Out': The Overburdening of Law and Constitutional Adjudication by the Financial Crisis and Europe's New Modes of Economic Governance », in S. Garben, I. Govaere and P. Nemitz (eds.), *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, pp. 168–178.

74 See *supra* in this volume, F. Martucci, « Les racines historiques et théoriques de l'Union économique et monétaire » (Section 4).

75 See *supra* in this volume, H. Lokdam & M.A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? ».

76 An economic constitution must provide legal guidance in the form of rules "aligned with justiciable criteria", E-J. Mestmäcker has insisted in his seminal essay: « Power, Law and Economic Constitution », *German Economic Review*, 1973, vol. 11, pp. 177– 192, esp. p. 183.

77 N. Walker, « Where's the "E" in Constitution? A European Puzzle », *op. cit.*

tensions between national fiscal and economic policies, on the one hand, and monetary policy, on the other – through the ECB acting with *de facto* unlimited discretion –, is, to paraphrase the Karlsruhe Court "*schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar*" ("simply not comprehensible").[78]

My second query is more demanding. If we do not content ourselves with exegetic exercises which seek to confirm the legality of Europe's "new modes of economic governance", but seek, instead, a conceptual frame which allows us to avoid equations of the facticity of crisis politics with their normative justifiability, we have to be prepared to engage in meta-legal debates. Lokdam and Wilkinson resort here to political economy.[79] Political theorist Steven Klein has recently submitted a related, yet distinct, analysis which is inspired by Polanyi's economic sociology.[80] Next to the "Great Transformation", Klein relies on Polanyi's later essay on the "Economy as an Instituted Process",[81] in which Polanyi complemented his analyses of the marketization of the three "fictitious commodities", which are: land, labour and money. Market economies, he submits, cannot rely exclusively on marketization, but will be also forced to institutionalize "non-market modes of economic co-ordination". Among the three fictitious commodities, "money" is, in the present context, of particular importance. Market societies, Polanyi suggested, used to understand money "as a purely economic category, a commodity used for the purpose of indirect exchange".[82] However, these societies experienced, Klein submits, that, in order to ensure a sustained ongoing economic activity, it was essential to provide for "the supply of liquidity and credit"; this liquidity, he insists, has to be "guaranteed by the political power of the state, operating through agencies like central banks that are willing to use 'any means necessary' to respond to market uncertainty during times of liquidity crises".[83] This "non-market modes of

78 BVerfG, 2nd Senate, Judgment of 5 May 2020, *PSPP*, 2 BvR 859/15 (ECLI:DE:bVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915), para. 116.

79 See *supra* in this volume, H. Lokdam & M.A. Wilkinson, « The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation? » (Section 4), and to cite just one concurring analysis see the manifesto signed by M. Dani, J. Mendes, A.J. Menéndez, M.A. Wilkinson and H. Schepel, « At the End of the Law: A Moment of Truth for the Eurozone and the EU », *Verfassungsblog*, 15 May 2020, available at: https://verfassungsblog.de/at-the-end-of-the-law (last consulted on 12 February 2022).

80 S. Klein, « European Law and the Dilemmas of Democratic Capitalism », *Global Perspectives*, 2020, vol. 1, n°1, 13378.

81 K. Polanyi, « The Economy as Instituted Process », in K. Polanyi, C.M. Arensberg and H.W. Pearson (eds.), *Trade and Market in the Early Empires*, Glencoe IL, Free Press, 1957, pp. 243–270.

82 K. Polanyi, *The Great Transformation*, *op. cit.*, pp. 204 ff.

83 S. Klein, « European Law and the Dilemmas of Democratic Capitalism », *op. cit.*, p. 8.

economic co-ordination" can be qualified as "re-distributive", e.g., where they have to resort to bailouts. The logic, on which Klein's argument builds, seems compelling. EMU has deprived the Member States of the potential to protect their currency autonomously. The safeguarding of "money as payment" has, as the CJEU has repeatedly underlined, to be concerned with "the Euro area as a whole".[84] This is the source of the tensions between the power of the Member States in fiscal and economic policy. Contrary to the expectations underlying Article 125 TFEU, the invisible disciplining strength of financial markets has been replaced by the visible strength of the ECB. The implications are well known. As Klein puts it:

> The paradox of the European order after the crisis is the simultaneous strengthening of constitutional constraints on member states and relaxing of legal constraints on European-level actors, such as the ECB… The tragic irony of the Eurozone crisis is that the effort to remove money from the hands of states ended up creating a new concentration of power in the ECB less accountable than those that came before.[85]

The legitimacy of the ECB's *praxis* has been questioned by the economist Ashoka Mody,[86] its creation been called a "constitutional monstrosity" by political scientist Giandomenico Majone,[87] and the political economy of it operations has been characterized as "central bank capitalism" (*Zentralbankkapitalismus*).[88] The mainstream in legal scholarship is less concerned.[89] Lawyers understand

---

84 Ever since the Pringle judgment: ECJ, 27 November 2012, *Thomas Pringle* v *Government of Ireland and Others*, Case C-370/12 (EU:C:2012:756).

85 S. Klein, « European Law and the Dilemmas of Democratic Capitalism », *op. cit.*, p. 10.

86 A. Mody, « *Did the German Court do Europe a Favor?* », *Bruegel Working Paper*, n° 2014/09, available at: http://aei.pitt.edu/52709/1/Did_the_German_court_do_Europe_a_favour%2D_(English).pdf (last consulted on 12 February 2022).

87 G. Majone, *Europe as the Would-be World Power: The EU at Fifty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 151–178.

88 This notion has only recently been submitted by J. Wullweber, *Zentralbankkapitalismus. Transformationen des globalen Finanzsystems in Krisenzeiten*, Berlin, Suhrkamp, 2021; for a sketch in English which includes comment on the management of the Corona pandemic see: J. Wullweber, *The Covid-19 Financial Crisis, Global Financial Instabilities and Transformations in the Financial System*, Berlin, Finanzwende/Heinrich-Böll-Foundation, 2020 (published in the course of « Transformative Responses to the Crisis », available at: https://transformative-responses.org/wp-content/uploads/2020/07/Wullweber-2020-The-Covid-19-financial-crisis_final.pdf; last consulted on 12 February 2022).

89 It seems remarkable in light of the discussions on the ordoliberalization of EU politics that the « Kronberger Kreis », a group with commitments to the ordoliberal tradition (L.P. Feld, C. Fuest, J. Haucap, H. Schweitzer, V. Wieland and B.U. Wigger), has criticized the ECB's

that the functional logic of the present constellation requires that the genuine means of monetary policy have to be complemented by a machinery of economic governance which seeks to commit Member States to the objective of strengthened competitiveness. The tragic consequences of this type of governance are increased asymmetries within the EU, new tensions between its Member States and an erosion of the legitimacy of European rule.

3 *Unitas in Pluralitate:* Conflicts-Law Constitutionalism versus Economic Constitutionalism

Steven Klein's diagnosis of Europe's entrapment in a dead-end alley corresponds to the views of many analysts, contributors to this project included. I take it as an encouragement of the search for unconventional responses to the present impasses of the European project. The best known conventional response is the quest for "more Europe" through complementing the EMU by a fiscal union. A less demanding alternative or complement is an upgrading of the political accountability of the ECB.[90] Less conventional ideas are the reconceptualization of the EU as a "demoi-cracy",[91] increased differentiation,[92] or targeted disintegration.[93] Instead of reviewing all these suggestions, I conclude my preceding analyses by a restatement of my own "conflicts-law constitutionalism", an approach which I have long since defended and refined, most recently as "democracy-enhancing conflicts law".[94] Conflicts law (private international

reading of its mandate, albeit somewhat cautiously: « Dismantling the Boundaries of the ECB's Monetary Policy Mandate: The CJEU's OMT Judgement and its Consequences », *Kronberger Kreis Studies* No. 61, 1916, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2767622 (last consulted on 12 February 2022).

90 See S. Hennette, T. Piketty, G. Sacriste, A. Vauchez (eds.), *How to Democratize Europe*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1019; D. Curtin, « 'Accountable Independence' of the European Central Bank: Seeing the Logics of Transparency », *European Law Journal*, 2017, vol. 23, n^{os}1–2, pp. 28–44.

91 K. Nicolaïdes, « European Demoicracy and its Crisis », *Journal of Common Market Studies*, 2013, vol. 51, n°2, pp. 311–339; similar R. Bellamy, « An Ever Closer Union Among the Peoples of Europe: Republican Intergovernmentalism and Demoicratic Representation within the EU », *Journal of European Integration*, 2013, vol. 35, n°5, pp. 499–516.

92 D. Leuffem, B. Rittberger and F. Schimmelfennig, *Differentiated Integration. Explaining Variation in the European Union*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013.

93 M. Patberg, « Can Disintegration be Democratic? The European Union Between Legitimate Change and Regression », *Political Studies*, 2020, vol. 68, pp. 582–599.

94 C. Joerges, « Responding to Socioeconomic Diversity in the European Union (and to Steven Klein's Essay) with Democracy-Enhancing Conflicts Law », *Global Perspectives*, 2021, vol. 2, n°1, 18788.

law in the continental parlance) is concerned with the determination of the applicable law in cases with relations to a diversity of jurisdictions. Has the conflicts-law approach anything to say about economic constitutionalism of any kind discussed in this volume? It does so, I submit, not only at transnational, but also at the national, level.

3.1 *Economic Democracy at National Level*

To explain the latter assertion, I depart from Guillaume Grégoire's remarks on the idea of economic democracy developed "by a certain side" under the Constitution of Weimar. This side sought to "bring about a sound and organic interaction between the political and economic spheres of life". Grégoire[95] refers with this citation to the key figure on that side, Hugo Sinzheimer, whose visions continue to attract some attention.[96] It is not by chance, however, that the project of economic democracy is taken up by the legal historians – and lawyers informed by history – in this project.[97] Only some traces of Weimar are still visible, in particular in Germany's co-determination which the Constitutional Court has defended against the proponents of an economic constitution.[98] However, the much more comprehensive concepts developed under the Weimar constitution cannot be transferred to the present. It is here where conflicts law constitutionalism can step in.

To explain this very briefly: contemporary conflicts law cannot content itself with the search for some "spatial justice" like the *lex locus delicti*, as the Savignyian tradition has cultivated it. Conflicting laws regularly pursue policy objectives – and conflicts law has to mediate between competing policies and concerns. This mediating operation is omnipresent also within the legal systems of constitutional democracies.[99] These systems legitimize a great variety

95 See *supra* in this volume, G. Grégoire, « The Economic Constitution under Weimar. Doctrinal Controversies and Ideological Struggles ».

96 Grégoire refers to R. Dukes, « Hugo Sinzheimer and the Economic Constitution », in *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 12-32 and G. Teubner, « Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates », *Heidelberg Journal for International Law*, 2014, vol. 74, pp. 733-761; one could add G. Teubner, « Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism », *Global Perspectives,* 2020, vol. 1, n°1, 13412.

97 See *supra* in this volume, H. Rabault, « Le Concept de Constitution économique : émergence et fonctions » and P.C. Caldwell, «The Concept and Politics of the Economic Constitution ».

98 BVerfG, judgment of 1 March 1979, *Co-determination*, *loc. cit*.

99 R. Wiethölter, « Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht. Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm », in

of policies which can be invoked by the parties to a dispute: examples which I have discussed at some length are provided by legal provisions concerning the quality of consumer goods, the responses to planned obsolescence, and automobile dealer and franchising contracts.[100] The very existence of such multifaceted environments is my legal reading of Polanyi's "social embeddedness" of contracts and the market, or, in a contemporary terminology, the moralization and politicization of the economy,[101] and the characterization of the economy as a polity.[102] Legislatures generate such competing rules but refrain from providing answers in conflict constellation. This, now, is my core point: the conflicts are often fought out before the judiciary, but their resolution – and the answers of the judiciary – are prepared in many more arenas. The generation of conflict resolution, I have characterized as "discovery procedure of practice". This notion contradicts Friedrich A. von Hayek's understanding of competition as a discovery procedure.[103] The Hayekian view of "competition" is too one-dimensional, in its fixation on the free definition and pursuit of interests. The litigants pursue interests but they also invoke normative arguments and political concerns. The generation of law is thereby socially embedded. The judiciary is the proper forum for an evaluation of such competing claims.[104]

3.2 *Promoting Economic Democracy in the EU through Democracy-Enhancing Conflicts Law*

What is true within constitutional democracies is obvious in interstate relations. Where cases are connected with several jurisdictions, a search for the proper law has to consider the validity of their claims for application and examine the policies underlying the potentially applicable rules. This is my

---

A. Lüderitz and J. Schröder (eds.), *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main, Metzner, 1977, pp. 213–263, esp. p. 226.

100 See, e.g., C. Joerges, « Quality Regulation in Consumer Goods Markets: Theoretical Concepts and Practical Examples », in T. Daintith and G. Teubner (eds), *Contract and Organization*, Berlin, de Gruyter, 1986, pp. 142–163; C. Joerges, « Relational Contracts Law in a Comparative Perspective: Tensions Between Contract and Antitrust Law Principles », *Wisconsin Law Review*, 1985, vol. 581, pp. 581–613.

101 N. Stehr, C. Henning and B. Weiler, (eds.), *The Moralization of the Markets*, New Brunswick, New Jersey, Transaction Books, 2006.

102 C. Joerges, B. Stråth and P. Wagner, *The Economy as Polity: The Political Constitution of Contemporary Capitalism*, London, UCL Press, 2005.

103 F.A. Hayek, « Competition as a Discovery Procedure », *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, 2002, vol. 5, n°3, pp. 9–23.

104 See C. Joerges, « Quality Regulation in Consumer Goods Markets: Theoretical Concepts and Practical Examples », *op. cit.*, pp. 53 ff.

understanding of conflicts law. This understanding departs from the views of the mainstream of private international law scholarship. It corresponds, however, to the reality of European harmonization politics and European legislation. Where Europe sought to overcome obstacles to the freedom of intra-community trade generated by the legal diversity of its Member States through legislative acts or functionally equivalent means, it encountered "the political", a diversity of national policies and conflicts of interest between the defenders of national positions and actors expecting advantages from the promotion of integration.

How can and how should these interest configurations be resolved and overcome? Through freedom of trade and market integration, according to the promises and concepts of the integration project. "*Laissez-faire* was planned": Polanyi's insight can properly be called the DNA of the European Community. Due to the complexity of our legal systems, harmonization policy experienced often enough unsurmountable difficulties; the "traditional approach" had to be revised and replaced by the "new approach to harmonization and standards", complemented by the *Cassis de Dijon* principle of mutual recognition and the concept of regulatory competition. All of these innovations are compatible with the notion of economic constitutionalism: they all share commitments to economic rationality criteria and operate through, or in accordance with, competitive processes – and promise to enhance through such exposure "economic competitiveness". Economic constitutionalism has, as Damien Piron documents, exerted a particularly strong influence within Belgium, and is, of course, present in all the contributions to Section 6 in their discussion of interstate relations. The reliance on competitive processes is, however, exposed to strong regulatory countermoves – and not so strong moves towards a "social Europe".

I have sketched out the theoretical basis of my rejection of a reliance on competitive processes in my critique of Hayek's conceptualization of "competition as discovery procedure" in the previous subchapter.[105] Hayek is once more an important target of my critique of the reliance on market processes in the ordering of interstate and international relations. In his seminal essay on "The use of knowledge in society", Hayek has tried to make us believe that markets are unique in their capacity to collect, process and co-ordinate knowledge which is dispersed in society.[106] This thesis captures a great potential of markets.

105 *Supra*, Subchapter 2.1.1.2. *Microeconomic Constitutionalism and the Turn to Macroeconomic Politics*, text accompanying notes 42 ff.

106 F. Hayek, « The Use of Knowledge in Society », *American Economic Review*, 1945, vol. 35, pp. 519–530.

However, it fails to deliver convincing arguments on confirming the adequacy of that type of knowledge for the resolution of the controversies over market-promoting and market-correcting policies within constitutional democracies and even more so in transnational contexts. As Lisa Herzog has persuasively argued,[107] the knowledge which markets can communicate is not the knowledge that public authorities need and actually make use of when they have to assess the performance of complex economic orders. Controversies in the EU have just as many as those within nation states to deal with normative reasons, political preferences and economic interests. The conflicts-law approach seeks to ensure the comprehensiveness of debates and their evaluation in legislative processes and/or judicial proceedings. But how could it foster a democratization potential in a socially, economically and politically-heterogeneous Union?

"The Political of the Economic" – the title of my essay – is inspired by Karl Polanyi's economic sociology and his messages. The one I am referring to here again stems from the concluding chapter of the *Great Transformation*: "Governments will find it possible to drop the most obstructive feature of absolute sovereignty, the refusal to collaborate in international economics. At the same time, it will become possible to tolerate willingly that other nations shape their domestic institutions according to their inclinations".[108] This vision concerns our project directly. "The liberty to organize national life at will" characterizes constitutional democracies. "Economic constitutionalism", as understood by its proponents, restricts that freedom. The restraining force to which Polanyi referred was the "automatic mechanism of the gold standard" mentioned above.[109] The restraints today stem from the assumed functional necessities of the financial stability of the Eurozone and the logic of globalization.

The foundational idea of "conflicts law constitutionalism" was a related, yet distinct concern. The operation of nation states ordering their economies at (democratic) will has restraining impacts on non-nationals. The external effects of national activities are unavoidable and ever more important with the increasing interdependence of Europe's *Volkswirtschaften* (national

107 See L. Herzog, « Markt oder Profession? Die Politik zweier Wissenslogiken », *Leviathan*, 2018, vol. 46, pp. 189–211; elaborated in her *Democratic knowledge. Markets, experts, and the epistemic infrastructure of democracy*, Ms. Groningen 2022 (on file with author; forthcoming with Oxford University Press), Chapters III and VII.

108 K. Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time, op. cit.*, p. 262.

109 See *supra*, second point of « Preliminary Remarks on the Conceptual Framework », Subchapter 1.2. *The European Heterogeneity and the Search for its* Unitas in Pluralitate.

economies). These are the external effects of internal processes and decisions. None other than Jürgen Habermas has underlined this concern in his analysis of the "postnational constellation": "Nation states [...] encumber each other with the external effects of decisions that impinge on third parties who had no say in the decision-making process. Hence, states cannot escape the need for regulation and co-ordination in the expanding horizon of a world society that is increasingly self-programming, even at the cultural level".[110] In view of these democracy deficits of nation-state democracies, the establishment of a transnational authority tasked with a control of these effects seems normatively irrefutable. The constitutional implication of all this has been articulated most stringently by Ulrich K. Preuß: only through transnational cooperation "can under conditions of interdependency the domination of others be transformed into legitimated rule. In that understanding the integration project, if properly institutionalized, is not democratically deficient but a necessary precondition of democratic rule within constitutional democracies".[111]

All this reads like a blueprint of the argument that Jürgen Neyer and I have submitted back in 1997.[112] We followed the Habermasian theorem that the citizens of democracies must be able to interpret themselves as the political co-authors of the law with which they are expected to comply, and concluded that the EU Member States are democratically deficient. The constitutional dilemma of the European project is then not the democracy deficit of the Union – as a homogeneous polity –, but the inability of its Member States to ensure democratic accountability. It follows that:

> We must conceptualize supranational constitutionalism as an alternative to the model of the constitutional nation-state which respects that state's constitutional legitimacy but at the same time clarifies and

110 J. Habermas, « Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance? », in *The Divided West*, London, Polity Press, 2007, pp. 113–193, esp. p. 176. In his preceding essay « Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie » (in *Die postantionale Konstellation. Politische Essay*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp. 91–169), he refers to Polanyi's argument (at pp. 129 ff.).

111 U.K. Preuß, « Gibt es eine völkerrechtliche Demokratietheorie? », in H.M. Heinig and J.P. Terhechte (eds.), *Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 169–178; in the same vein: M. Kumm, « Kosmopolitischer *Staat* und konstitutionelle Autorität. Eine integrative Konzeption Öffentlichen Rechts », *Der Staat,* 2012, vol. 51, n° 21, pp. 357–385.

112 C. Joerges and J. Neyer, « From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology », *European Law Journal*, 1997, vol. 3, n°3, pp. 273–299.

> sanctions the commitments arising from its interdependence with equally democratically legitimized states and with the supranational prerogatives that an institutionalization of this interdependence requires... [S]upranationalism does convey *political* rights and not just economic freedoms to Community citizens. Supranationalism is therefore to be understood as a fundamentally *democratic* concept. 'Supremacy' of European law can and should be read as giving voice to 'foreign' concerns and imposing corresponding constraints upon Member States. What supremacy requires, then, is the identification of rules and principles ensuring the co-existence of different constituencies and the compatibility of these constituencies' objectives with the common concerns they share.[113]

It is this passage which provoked Peter Lindseth's critique.[114] Our difference in a nutshell: I retain and defend a notion of European democratic constitutionalism, which seeks to base European governance on the commitment to the correction of the structural democracy deficits of the nation states. Lindseth characterizes these activities as judicial and administrative.[115] This is a discrepancy which is of limited significance. Our dissent is deeper when it comes to the evaluation of Europe's present constellation and the correction of its deficits. Lindseth is inclined to accept this constellation as Europe's new normalcy and even cites approvingly Adam Tooze's defence of the activities of Europe's "overmighty citizen", the ECB, as "the only agency engaged in economic policy worthy of the name" and "the one part of the complex European constitution that actually functions with real authority and clout as a federal institution".[116] This is to equate validity with facticity. I believe, instead, as submitted below, that the democracy deficits of European governance have to be corrected by an involvement of the national polities in co-operative normative arrangements, rather than an ever more daring delegation of judicial and administrative functions.

---

113 *Ibid*., pp. 294–295.

114 First in his seminal « Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community », *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, n°3, pp. 628–738; most recently in his *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 7, note 14.

115 See also *infra* in this volume, P. Lindseth & C. Fasone, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance ».

116 A. Tooze, The Death of the Central Bank Myth, *Foreign Policy*, 13 May 2020, available at: https://foreignpolicy.com/2020/05/13/european-central-bank-myth-monetary-policy-german-court-ruling/ (last consulted on 12 February 2022).

The sociological premises and legal principles of "deliberative supranationalism" should be easily understandable; their implementation, however, is a complex exercise. In the elaboration of the conflicts-law approach, I have developed three variants:[117]

(1) The first deals with the tensions between European rules and national law. The core concern here, to borrow Fritz Scharpf's terms, is to mitigate between "community and autonomy".[118] Often enough, fortunate solutions to this constellation have been found.[119] More complex are "diagonal" conflicts, i.e., situations in which European law covers only one aspect of a legal controversy, while other aspects remain a national competence. The response to this constellation is the doctrine of "pre-emption", which has to determine whether national law is ruled out or remains in place. This doctrinal framing was *de facto* overruled by the disregard of the enumerated powers principle long before and then continuously during the financial crisis.[120] But the *problématique* which it has to address has gained ever more importance. In many cases, national courts and the ECJ/CJEU have found creative answers.[121] The by far most important of all "diagonal conflicts", however, namely, the tension between European monetary policy and national fiscal and economic policies, remains on the European agenda as an unruly issue. The ongoing tensions between the CJEU and the German

117 For a systematic presentation, see C. Joerges, « Conflicts-Law Constitutionalism: Ambitions and Problems », in M. Cremona, P. Hilpold, N. Lavranos, S. Schneider and A. R. Ziegler (eds.), *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law. Liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2013, pp. 111–138.

118 F.W. Scharpf, *Community and Autonomy: Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe*, Frankfurt am Main, Campus, Max Planck Institute for the Study of Societies, 2010.

119 For an exemplary analysis, see C. Joerges, « Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example », *European Review of Private Law*, 2000, vol. 8, n°1, pp. 1–16.

120 See, for a recent re-construction and restatement of the doctrine, A. Arena, « The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: between Sein and Sollen », *Columbia Journal of European Law*, 2011, vol. 17, pp. 477–556.

121 Seminal examples include: ECJ, 21 September 1999, *Albany International BV* v *Stichting Bedrijfs pensioenfonds Textiel industrie*, Case C-67/96 (ECLI:EU:C:1999:430); ECJ, 24 July 2003, *Altmark Trans GmbH* v *Regierungspräsidium Magdeburg und Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Case C-280/00 (ECLI:EU:C:2003:415); and also against prevailing views: ECJ, 9 March 1999, *Centros Ltd* v *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Case C-212/97 (ECLI:EU:C:1999:126).

Constitutional Court over the mandate of the ECB provide drastic illustration.[122]

(2) The second variant deals with regulatory politics. The essay by Neyer and myself just cited[123] re-constructs the operation of the European committee system in the foodstuff sector. Our optimistic reading was that this system has generated practices of deliberative problem-solving. "Deliberative" as opposed to orthodox supranationalism was the term we coined and defended.[124]

(3) The third variant responds to the "privatization" of regulatory tasks and the development of new "governance arrangements" in which governmental and private non-actors are involved. Under what conditions do such arrangements "deserve recognition"? Under what conditions is the involvement of non-governmental actors in regulatory policies beneficial? How can the operation of self-regulation be evaluated? A case of exemplary importance is the role of non-governmental organizations at all levels of governance in the development of standards and their certification.[125]

---

122 Suffice it here to recall *Pringle* judgment: ECJ, 27 November 2012, *Thomas Pringle* v *Government of Ireland and Others*, Case C-370/12 (EU:C:2012:756); see also: ECJ, 16 June 2015, *Peter Gauweiler and Others* v. *Deutscher Bundestag*, Case C-62/14 (EU:C:2015:400); ECJ, 11 December 2018, *Weiss and Others*, Case C-493/17 (EU:C:2018:1000). These controversies have been "decided", but by no means convincingly "resolved"; see, for a short analysis, C. Joerges, « 'Where the Law Runs Out': The Overburdening of Law and Constitutional Adjudication by the Financial Crisis and Europe's New Modes of Economic Governance » in S. Garben, I. Govaere, and P. Nemitz (eds.), *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2019, pp. 168–178.

123 C. Joerges and J. Neyer, « From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology », *op. cit*.

124 For restatements of the argument, see C. Joerges, « Deliberative Supranationalism'- Two Defences », *European Law Journal*, 2002, vol. 8, n°1, pp. 133–151; C. Joerges, « Deliberative Political Processes' Revisited: What Have we Learnt about the Legitimacy of Supranational Decision-Making », *Journal of Common Market Studies*, 2006, vol. 44, n°4, pp. 779–802 – and for its further elaboration in the concept of "Conflicts-Law Constitutionalism" in the present Subchapter.

125 See, for an excellent study, H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Hart Publishing, 2005; see also C. Joerges, H. Schepel and E. Vos, « Delegation and the European Polity: The Law's Problems with the Role of Standardisation Organisations in European Legislation », *EUI Working Paper in Law*, n°9–1999, available at: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/154/law99_9.pdf (last consulted on 12 February 2022).

In all of these three dimensions, the conflicts-law approach advocates the reliance on "deliberative" interactions. The law's task, then, is the establishment and supervision of procedures which promote deliberative debates and protect deliberative problem-solving.

Is all this just a "stark utopia"? "Democracy-enhancing conflicts law" can build on the work of the Harvard political economist Dani Rodrik.[126] Rodrik questions the viability of widely shared confidence in the problem-solving potential of transnational governance arrangements. His critique has been inspired by a group of renowned political scientists.[127] His suggestions can be understood against the background of his famous "trilemma-thesis", developed back in 2011.[128] Here, Rodrik asserted the impossibility of the simultaneous pursuit of economic globalization, democratic politics, and national determination (autonomy), highlighting a trilemma in which only two goals can be paired: economic globalization and democratic politics, or democracy and national autonomy. For Rodrik, the European Union furnishes dramatic illustration of this thesis. On the one hand, the European Union could "transnationalize" democracy through federalization and thus defend the advantages of the internal market; at the same time, however, it would be forced to establish a common European politics to legitimize its necessary assumption of fiscal and social policy, with negative consequences for national sovereignty. In the absence of such a de-nationalizing prospect, the European Union will have to give up the common currency and accept economic disintegration.[129] This is not simply a pessimistic scenario. It can be better understood as a case for the toleration of diversity. In the passage already cited, Rodrik submits that "the policy failures that exist arise not from weaknesses of global governance,

126 Affinities with the Lindseth & Fasone essay are again apparent in our references to this author (*supra* in this volume, « The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance », Subchapter 2. *The Fundamental Fracture Between Power and Legitimacy in European Integration*).

127 R.O. Keohane, S. Macedo and A. Moravcsik, « Democracy-Enhancing Multilateralism », *International Organization*, 2009, vol. 63, n°1, pp. 1–31.

128 D. Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York/London, W.W. Norton, 2011, pp. 184–206; see, for Rodrik's indebtedness to Polanyi, his « Karl Polanyi and Globalization's Wrong Turn », Presented at the opening of the Vienna part of the International Karl Polanyi Conference 2019, available at: https://www.karlpolanyisociety.com/wp-content/uploads/2019/12/Dani-Rodrik_Transcript.pdf (last consulted on 12 February 2022).

129 D. Rodrik, « The Future of European Democracy », in L. van Middelaar and Ph. Van Parijs (eds.), *After the Storm. How to Save Democracy in Europe*, Tielt, Lannoo Publishers, 2015, pp. 53–66. On the similarities with the resort to Rodrik in the contribution of P. Lindseth & C. Fasone see *supra*, note 126.

but from distortions of domestic governance". He adds: "As a general rule, these domestic failures cannot be fixed through international agreements or multilateral cooperation". This twofold reserve is an innovative move. Governance failures must be corrected where they occur. In view of their manifold causes and forms, they cannot simply be expunged by transnational fiat. What the supranational level should do instead is to encourage self-corrections at national level "with global oversight restricted to procedural safeguards – such as transparency, accountability, use of scientific/economic evidence – intended to reinforce democratic deliberation".

The "discovery procedure of practice" as a chance to promote economic democracy in the complex European polity? Admittedly, there is idealism in such suggestions. Nevertheless, they also share a merit in their refusal to become "bogged down in undemocratic transnational technocracy". And there is no easy way out anywhere. Peer Zumbansen concludes his recent comprehensive survey on the notion of economic law with a query: "the question still on the table is whether and how it might be possible to think of an economic law from the perspective of transnational democratic politics".[130] This query denotes a demanding transformative agenda. The contours of this agenda have become visible in a new crisis.

Concluding Remarks – The COVID-19 Pandemic Responses or the Limits of Epistocratic Economic Constitutionalism

The pandemic is another drastic illustration of the regulatory limits and democratic deficits of national governance. Irresponsible inactivity as well as misguided activities on the part of the Member States can impose burdens on their neighbours. Hjalte Lokdam and Michael A. Wilkinson, Susanna Maria Cafaro, Peter Lindseth and Cristina Fasone, Stephen Gill and Thibault Biscahie all concur. This pandemic concerns the EU as a whole – the pandemic fight must be understood as a European commitment. The Pandemic Emergency Purchase Programme as well as the Recovery Plan "Next Generation EU" indicate that this has indeed been understood. However, the programme is a response with its own ambivalences. It is a chance for the integration project, and, at the same time, a threat to the integrity of the Union's constitutional constellation.[131] All

130 P. Zumbansen, « Economic Law: Anatomy and Crisis », *op. cit.*, p. 480.

131 As evidenced by the pending applications before the German Constitutional Court: BVerfG, 2 BvR 547/21 (concerning the Recovery Plan "Next Generation EU") and BVerfG 2 BvR 420/21 (concerning the PEPP programme).

of the queries so well known from the unfinished debates on the management financial crisis are for a second time on the agenda. It is irrefutable that the pandemic fight has to resort to all sorts of expertise. Should, hence, international expert communities be entrusted with the design and the implementation of these responses? How should the burdens which the pandemic imposes on the societies of the Union be shared and financed? Is this a "constitutional moment" in which the Union will overcome the restraints of the "no taxation without representation" objection against the request for national contributions? What kind of conditionalities are required and justified to ensure the proper use of financial assistance. Is the management of the financial crisis a fortunate model? We have addressed this *problématique* above in the introductory remarks to Subchapter 3. Following Lisa Herzog, economic ordering in a democratic polity needs to take three varieties of knowledge into account: the knowledge provided by the "discoveries" generated in market processes, the debates within expert communities, and the evaluation of deliberations.[132] As a response to the financial crisis, European law has, instead, entrusted the ECB with – at best – loosely-controllable discretionary powers in the definition of exercise of monetary policy. To put it more drastically: epistemic infallibility has been complemented by the protection of political independence.[133] This is anything but a promising future for the constitutionalization of Europe. It rather documents again the insufficiencies of macroeconomic constitutionalism and likewise microeconomic constitutionalism as advocated by the proponents of the private law society. "Democracy-enhancing conflicts-law constitutionalism" may provide, however, if only provisionally, an alternative vision.

---

132 See L. Herzog, « Markt oder Profession? Die Politik zweier Wissenslogiken », *op. cit.*, and the elaboration in her recent *Democratic Knowledge. Markets, Experts, and the Epistemic Infrastructure of Democracy*, *op. cit.*, Chapters III and VII. The "Discovery Procedure of Practice" to which I have referred in Subchapter 3.1. *Economic Democracy at National Level* is the operational mode of law generation which has the potential of realizing such co-ordination.

133 For a strong critique see S.L. Mudge and A. Vauchez, « Fielding Supranationalism: the European Central Bank as a Field Effect », *The Sociological Review Monographs*, 2016, vol. 64, n° 2, pp. 146–169; A. Vauchez, « Statesmen of Independence: The International Fabric of Europe's Way of Political Legitimacy », *Contemporary European History*, 2018, vol. 27, n°2, pp. 183–201; A.J. Menéndez, « The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance », *Journal of Law and Society*, March 2017, vol. 44, n° 1, pp. 56–78. ; A.J. Menéndez, « A European Union Founded on Capital ? The Fundamental Norms Organising Public Power in the European Union », in C. Jouin (ed.), *La constitution matérielle de l'Europe*, Paris, Pedone, 2019, pp. 147–166; "epistrocracy/epistocratic institution" is the term which Menéndez uses there in the second contribution (at pp. 158–160).

Select Bibliography

Foucault, F., *Naissance de la biopolitique, Cours du Collège de France 1978–1979*, Paris, Gallimard, 2004 (lectures 6–8).

Frerichs, S., « The Rule of the Market: Economic Constitutionalism Understood Sociologically », in P. Blokker and C. Thornhill (eds.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 241–264.

Herzog, L., *Democratic Knowledge. Markets, Experts, and the Epistemic Infrastructure of Democracy*, Ms. Groningen 2022 (forthcoming with Oxford University Press).

Joerges, C., « What is left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy », *European Law Review*, 2006, vol. 30, pp. 461–489.

Joerges, C., « Conflicts-Law Constitutionalism: Ambitions and Problems », in M. Cremona, P. Hilpold, N. Lavranos, S. Schneider, and A.R. Ziegler (eds.), *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law. Liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2013, pp. 111–138.

Klein, S., « European Law and the Dilemmas of Democratic Capitalism », *Global Perspectives*, 2020, vol. 1, n°1, 13378.

Menéndez, A.J., « A European Union Founded on Capital ? The Fundamental Norms Organising Public Power in the European Union », in C. Jouin (ed.), *La constitution matérielle de l'Europe*, Paris, Pedone, 2019, pp. 147–166.

Mestmäcker, E-J., « Power, Law and Economic Constitution », *The German Economic Review*, 1973, vol. 11, pp. 177–192.

Polanyi, K., *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (1944), Boston, Beacon Press, 2001.

Rodrik, D., « The Future of European Democracy », in L. van Middelaar and Ph. Van Parijs (eds.), *After the Storm. How to save democracy in Europe*, Tielt, Lannoo Publishers, 2015, pp. 53–66.

Scharpf, F. W., « Forced Structural Convergence in the Eurozone – Or a Differentiated European Monetary Community », *MPIfG Discussion Pape*r 16/15 2016.

Schmitt, C., « Strong State and Sound Economy. An Address to Business Leaders » (1933), in R. Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*, Cardiff, Wales University Press, 1998, pp. 212–232.

Teubner, G., « Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism », *Global Perspectives,* 2020, vol. 1, n°1, 13412.

Index of Subjects

Antitrust laws (lois antitrust) 85, 231, 303, 304n.20, 305, 306, 310n.46, 320, 328, 329, 339, 372, 620, 635

Bill of Rights 1689 638, 642, 647
Bill of Rights 1789-91 128, 129
Biopolitics (biopolitique) 206, 207, 254
Bretton Woods system (accords de Bretton Woods) 432, 436, 722, 728, 733
Brexit 28, 479, 483, 638, 639, 640, 641, 642, 646, 649, 650, 652, 654, 745

Catallaxy (*catallaxie*) 307, 740, 759, 761, 763, 769, 774, 778, 781
Charter of Carnaro (Charte du Carnaro) 106
Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) 22, 292, 386, 391, 396, 401, 496, 551, 552, 599, 632
Chicago Boys 206
Chicago School (École de Chicago) 15n.57, 20, 23, 161, 168, 172, 231, 238, 243, 246, 255, 298, 299, 302, 303, 305, 306, 306n.24, 307, 308, 309, 310, 312, 313, 314, 316, 317, 319, 323, 328, 331, 332, 334, 334n.120, 335n.125, 336n.133, 337, 338, 338n.136, 341, 365, 369, 371, 373, 374, 378
Civil war (guerre civile) 105, 105n.42, 218
Colloque Walter Lippmann 7n.28, 160, 166, 212, 221, 222, 226, 247, 303, 303n.14, 306, 333n.116
Colonization (Colonisation) 37, 38, 42, 43, 44, 51, 125, 126, 127, 146, 225, 739
Common Agricultural Policy (politique agricole commune) 347, 389, 433, 500, 768
Communism (Communisme) 19, 132, 138, 143, 222, 232, 243, 246, 385, 400, 718
Constitutional block (bloc de constitutionnalité) 27, 545, 570, 589, 590, 614
Cost–benefit analysis (analyse coût-bénéfice) 312
Covid-19 24, 25, 29, 427, 428, 456, 458, 459, 460, 474, 483, 484, 490, 495, 500, 501, 503, 528, 535, 580, 644, 654, 719, 723, 745, 746, 748, 749n.107, 783n.147, 793, 818
Crash of 2008. *Great Recession* (*Grande récession*)

Deflation (déflation) 428, 451, 493n.11
Demarchy (démarchie) 7
Denazification (dénazification) 220
Direct effect (effet direct) 60, 70, 263, 269, 270, 271, 272, 289, 388, 403, 404, 405, 406, 434
Discovery procedure (processus de découverte) 361, 373, 419, 803, 810, 811, 818, 819n.132
Dominant position (position dominante) 81n.140, 86n.161, 250, 308, 314, 315, 319, 326, 328n.102, 367, 369, 373, 633, 635

Earth Summit (Sommet de la Terre de Rio) 714
Ecological transition (transition écologique) 783, 784
Economic competitiveness (concurrence économique) 73, 684
Economic crisis of 2008 (crise économique de 2008). *Great Recession* (*Grande récession*)
Economic Democracy (démocratie économique) 23, 62, 63n.54, 66, 75n.108, 76, 88, 92, 133, 134, 136, 148, 149, 382, 391, 416, 417, 418, 419, 420, 619, 804, 809, 810, 818
Efficiency (efficience) 22, 295, 298, 304n.20, 308, 310, 311, 315, 317, 321, 322, 323, 324, 327, 328, 330, 336, 337, 338, 367, 375, 386, 386n.23, 387, 393, 394n.57, 396, 402, 403, 414, 445, 448, 662, 732, 733, 738, 742, 747, 801
Electoral clientelism (clientélisme électoral) 240

Emissions Trading System (Système d'échange de quotas d'émission) 503
European Civil Code (code civil européen) 385, 386, 395, 401, 411
European Financial Stability Facility (Fonds européen de stabilité financière) 494n.15, 521
European Payments Union (Union européenne de paiements) 431, 432
European Semester (semester européen) 394n.57, 476, 484, 488, 497n.21, 650, 783, 792
Excessive Deficit (déficits excessifs) 24, 429, 454, 476, 495, 496, 524n.57, 525, 650, 678, 725, 746

Federal loyalty (loyauté fédérale) 676, 681, 682, 683
Frankfurt School (École de Francfort) 233
Freedom of contract (liberté contractuelle) 56, 82n.144, 106n.43, 136, 165, 250, 334n.123, 354, 411, 415, 570, 572, 591, 595, 604, 605, 606, 607, 618, 623, 632, 688
Freedom of establishment (liberté d'établissement) 267, 269, 285, 287, 292, 406, 552, 564, 599
Freedom of movement (Liberté de circulation) 22, 29, 350, 351, 352, 355, 357, 358, 406, 434, 435, 442, 466n.22, 544, 546, 547, 552, 682, 688, 693n.27, 768, 769, 769n.70
Freedom of Trade Industry (liberté de commerce et d'industrie/ d'entreprendre) 56, 83, 84, 85, 543, 544, 546, 547n.8, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 572, 599, 618, 811
Freedom to choose an occupation (liberté d'accès à une activité ou profession) 547, 548, 599, 601, 602
Freiburg School (École de Fribourg) 78n.129, 81, 157, 166, 172, 178, 179, 180, 220, 235, 300n.6, 346, 353, 355, 359, 361, 364, 365, 369, 370, 371, 374, 377, 378, 741, 797

General Agreement on Tariffs and Trade (accord général sur les tarifs douaniers et le commerce) 272, 273, 432, 703, 703n.62, 733
General Agreement on Trade in Services (Accord général sur le commerce des services) 734
Good governance (bonne gouvernance) 314, 721, 722, 729, 730, 731, 732, 734, 736, 738, 739
Grain economy (économie du grain) 39, 40, 46, 122, 125, 126
Great Depression (grande dépression) 760
Great Recession (Grande récession) 8, 150n.90

Human Dignity (dignité humaine) 213, 292, 353, 547

Inflation 214, 221, 222, 223, 225, 227, 445, 446, 449, 450, 451, 458, 469, 490, 493n.12, 504, 664, 697n.46, 726, 728, 730, 731
Interest (*intérêt*) 41, 42, 43, 51, 224, 240, 251, 776
International Monetary Fund (Fonds monétaire international) 26n.73, 29, 433, 498n.24, 499, 526, 697, 698, 701, 720, 722, 726, 727, 729, 730, 734, 738, 748, 750, 751, 771

Jacobinism (jacobinisme) 55, 216, 224
Jim Crow laws (lois Jim Crow) 140
Judicial self-restraint (*Retenue judiciaire*) 97

Laissez-faire 21, 79, 114n.77, 161, 166, 168, 169, 170, 194, 224, 228, 229, 237, 238, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 253n.45, 255, 256, 257, 300, 302, 304, 306, 309, 335, 337, 450, 467, 622, 760, 811
Law and Economics (*analyse économique du droit*) 15, 15n.57, 16, 17, 241, 245, 310n.46
Law and order 194, 198
Law and Political Economy (*droit et économie politique*) 16, 298, 299, 299n.3, 302, 316, 317, 323, 324, 336, 340, 341
Legal despotism (despotisme légal) 45, 121, 122, 125n.20, 128
Lex posterior derogate anteriori 271

Liberté d'association (freedom of association) 57, 57n.22, 85n.157, 111n.63, 139, 292, 632

Marshall Plan (Plan Marshall) 431
Measures having equivalent effect to a quantitative restriction (mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative) 267, 275, 276, 277, 278, 281, 283
Mercantilism (mercantilisme) 37, 99, 100, 104, 702n.61
Military dictatorship of Chile (dictature militaire d'Augusto Pinochet) 7n.28, 205, 207
Minimal state (État minimal) 302, 308, 760
Mont Pelerin Society (Société du Mont-Pèlerin) 113n.75, 166, 168, 170, 171, 175, 207, 208, 303, 306, 306n.24, 333n.116, 728
More economic approach 22, 299, 311, 365, 371, 374, 798, 799
Mutual recognition (reconnaissance mutuelle) 277, 294, 295, 362, 363, 769, 811

National socialism (national-socialisme) 67n.71, 76n.111, 138, 145n.73, 146, 208, 209, 217, 355, 416, 795n.21
Natural laws (lois naturelles) 7, 83n.147, 102, 121, 122, 123, 124, 147, 762
Nazisme. *National socialism* (*national-socialisme*)
New Deal 304, 337n.133, 533, 534
Non bis in idem principle (principe *non bis in idem*) 667
Non-discrimination approach 273, 274, 282, 284, 287
Non-fiscal barriers (barriers non-tarifaires) 274, 283
North American Free Trade Agreement (Accord de libre-échange nord-américain) 720, 722, 733, 734

Offshore centre (centre offshore) 734, 735, 736
Open Method of coordination (Méthode ouverte de coordination) 393, 395
Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires 700
Outright Monetary Transactions programme (Opérations Monétaires sur Titres) 472, 521

Pandemic Emergency Purchase Programme (programme d'achats d'urgence face à la pandémie) 529
Permanent Settlement of Bengal (règlement permanent du Bengale) 126, 127
Phillips curve (Courbe de Phillips) 450
Plebiscitary democracy (démocratie plébiscitaire) 654
Populism (populisme) 92, 151, 478, 744, 745
Price control (contrôle des prix) 369, 372, 373, 392
Principle of subsidiarity (principe de subsidiarité) 215, 334, 363, 364, 554
Priority preliminary ruling on constitutionality (*question prioritaire de constitutionnalité*) 574
Public Choice (théorie des choix publics) 4n.15, 20, 177, 178, 179, 241, 299, 302, 338, 740, 750
Public interest (intérêt général) 251, 311, 332, 597, 602, 603, 605, 606, 608, 612, 776
Public Sector Purchase Programme 461n.8, 521, 522

Qualitatively total state (État total qualitatif) 21, 73, 74, 75n.109, 241
Quantitatively total state (État total quantitatif) 73, 75n.109, 196, 241, 242

Recovery and Resilience Facility (Facilité pour la reprise et la resilience) 484, 503, 749

Services of general economic interest (Services d'intérêt économique général) 363, 562, 563, 696
Six-Pack 24, 394n.57, 454
Slavery (esclavagisme) 42, 43, 44, 51, 105n.42, 122, 125, 128, 130, 135
Snake in the tunnel (Serpent monétaire européen) 434, 437

Social Catholicism (catholicisme social) 334
Social justice (Justice sociale) 56, 245, 389, 396, 487, 740
Social Market Economy (économie sociale de marché) 209, 210, 221, 251, 334, 347, 391, 489, 490, 512, 620, 622, 623, 624, 625, 631, 632
Sound economy and strong state (économie saine et État fort) 21, 183, 201, 206, 240, 242
Sovereign debt crisis (crise de la dette souveraine) 53, 451, 497, 791
Stability and Growth Pact (Pacte de stabilité et de croissance) 23–24, 454, 455, 463, 489, 496, 650, 753
Stagflation 170, 469, 726
Stalinism (stalinisme) 214
State aid (aide d'État) 267, 459, 528, 623, 630, 633, 635, 652, 653, 665, 749
State of exception (état d'exception) 74n.104, 76, 77, 88, 197, 198

Tax competition (concurrence fiscale) 670, 673, 674, 675, 676, 678, 681, 683, 684, 685
Total state (État total) 67, 71, 73, 74, 79, 88, 141, 142, 240, 241, 242, 252
Trade Related Intellectual Property Rights agreement (accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) 734
Trickle-down economics (théorie du ruissellement) 251
Troïka 26n.73, 498, 498n.24
Two-Pack 24, 454

Ultra vires 452, 493, 643
United States–Mexico–Canada Agreement (Accord Canada–États-Unis–Mexique) 710n.99, 720
Universal suffrage (suffrage universel) 7n.28, 8n.29, 222, 245, 245n.30

Virginia School (École de Virginie) 157, 175, 177, 180, 212, 299, 338, 662n.13, 796n.23, 803

Washington Consensus (consensus de Washington) 701
World Bank (Banque mondiale) 29, 697, 698, 699n.53, 701, 720, 722, 729, 730, 771
World Trade Organization (Organisation Mondiale du commerce) 29, 97, 98n.22, 111, 653, 701, 703, 703n.62, 705, 720, 733, 734, 751

Yellow Vests (Gilets Jaunes) 744, 745

Index of Names

Abdelal, Rawi 726
Abeille, Guy 746
Adalid, Sébastien 30
Adenauer, Konrad 213, 227, 234, 327, 347
Alemparte, Benjamin 302
Allais, Maurice 227, 231, 306n.24
De Ambris, Alceste 106
Antoni, Carlo 208
Aristote 94, 94n.3
Arnold, Thurman 304n.20
Aron, Raymond 246, 246n.34
Audier, Serge 21, 758n.17, 761n.31
Avril, Lola 336
Azoulai, Loïc 763

Bailleux, Antoine 14
Barroso, José Manuel 752
Baudeau, Nicolas 46, 48, 48n.33, 49, 95, 96, 101, 102, 104, 115
Baudin, Louis 211n.25
Beckert, Jens 789n.5
Beck, Ulrich 6
Behrens, Peter 356
Benda, Julien 215
Bentham, Jeremy 248, 254
Biebricher, Thomas 20, 146, 238, 239, 249, 253, 799, 801, 802, 803
Bilger, François 370–372
Biscahie, Thibault 29, 30, 818
Blanqui, Adolphe 49
Bobbio, Norberto 208
Böhm, Franz 19, 78, 81, 82, 82n.144, 82n.147, 83, 83n.147, 84, 84n.151, 85, 85n.154, 85n.155, 85n.158, 86, 87, 87n.165, 98, 147–148, 161–164, 170, 173, 174, 179, 182n.2, 183, 184, 188, 249–250, 300, 301, 307, 357, 368, 370, 371, 373, 374, 375, 382, 411, 413, 413n.124, 414, 416, 417, 419, 568, 619, 620, 740, 741, 795n.21, 797, 803, 804
Bonefeld, Werner 21, 204, 205, 238, 239, 240, 243, 244, 253, 257, 799, 801, 803
Bonnot de Mably, Gabriel 38
Brandeis, Louis 304n.19, 329n.105
Brandt, Willy 795n.21
Braudel, Fernand 722, 727, 737
Britton-Purdy, Jedediah 312, 313, 336

Cafaro, Susanna 25, 818
Caldwell, Peter C. 19
Camdessus, Michel 726
Carbonnier, Jean 575
Cassese, Sabino 580
Chamayou, Grégoire 73n.101, 243–244, 246
Chavranski, Henri 726
Van Cleynenbreugel, Pieter 21, 345, 355, 389, 397–398, 800–801
Coase, Ronald 15
Cohen, Antonin 348–349
Collins, Hugh 411
Colly, François 27
Commun, Patricia 347
Comte, Charles 49
Constant, Benjamin 145, 146, 202n.118, 204, 205, 215, 244
Constantinesco, Léontin-Jean 272n.53, 349, 350, 350n.21, 352n.29, 567, 569
Cox, Robert W. 752
Cristi, Renato 190n.50, 199, 205, 206, 207, 209
Croce, Benedetto 208n.15, 210

Dabin, Léon 765, 767, 770
Dalle Molle, Angelo 234
Dardot, Pierre 661
Davies, William 662
Delors, Jacques 390, 438, 446, 726, 751
Demolombe, Charles 575
Deutscher, Elias 416–417
Dicey, Albert Venn 638
Dierckx, Sacha 751
Director, Aaron 303, 306
Donoso Cortès, Juan 211
Draghi, Mario 479–483, 505, 533, 752
Drahos, Peter 381
Duff, Andrew 499
Dukes, Ruth 62
Dullien, Sebastian 795
Dunoyer, Charles 49
Dussart, Marie-Laure 757n.7, 762n.37, 776

Ehmke, Horst 795n.21
Einaudi, Luigi 208, 208n.15, 214n.30
Ergen, Timur 336

Erhard, Ludwig 213, 227, 234, 235, 333, 346, 347, 620–621
Eucken, Walter 21, 78, 79, 79n.132, 80, 80n.138, 82, 98, 99, 116, 117, 157, 158, 161, 164, 165, 166, 168–171, 173, 179, 185, 198, 199, 206, 208, 210, 220, 250–253, 300n.6, 303n.17, 306n.24, 307, 313n.56, 325, 355, 359, 366, 368, 370, 373, 375, 416, 419, 568, 620, 740, 741, 796n.23, 802

Fasone, Cristina 25, 817n.126, 818
Faure, Maurice 348
Feld, Lars P. 796n.23, 803
Ferrero, Guglielmo 215, 216, 218, 219
Fitoussi, Jean-Paul 450
Foucault, Michel 11n.44, 206, 209, 246, 315, 371
Francis, Philip 126
Friedman, David 248
Friedman, Milton 65n.63, 146, 157, 168–172, 179, 237, 253, 303n.17, 726, 734

Gaillard, Félix 348
Georgopoulos, Théodore 759n.23
Gerber, David 372, 795n.211
van Gerven, Walter 395
von Gierke, Otto 219
Gill, Stephen 29, 30, 818
Goldschmidt, Nils 307, 309, 370n.94
de Gournay, Vincent 42
Gramsci, Antonio 722, 725, 728, 732, 744, 751
Grasser, Adolf 219
Grégoire, Guillaume 19, 109, 120, 121, 130, 132, 142n.65, 145, 452, 803, 809n.96
Grimm, Dieter 8, 150
von der Groeben, Hans 346, 348, 356, 359, 365
Großmann-Doerth, Hans 81n.140, 82, 161
Grotius, Hugo 725
Grundmann, Stefan 23, 413, 417
Guérot, Ulrike 795

Habermas, Jürgen 382n.9, 813
Hache, Émilie 671
Hallstein, Walter 365
Harmes, Adam 720, 721, 723, 742, 744
Hart, Herbert 13
Hayek, Friedrich A. 7n.16, 16, 16n.59, 20, 25, 87n.162, 91n.176, 120, 146, 157, 158, 166, 167, 168, 170, 172–174, 177–180, 183, 185, 186n.29, 187, 200, 205, 207–208, 211n.25, 212, 225, 233, 237–240, 243, 245, 246, 248, 253, 303, 303n.17, 306n.24, 307, 308n.36, 309, 309n.39, 312, 323, 335n.125, 361, 371, 374–377, 380, 382, 419, 460, 465–466, 468, 468n.34, 472, 473, 475, 476, 477, 661n.8, 726, 734, 739, 740, 760, 792, 796n.23, 801, 803, 810, 811
Heidegger, Martin 233
Heller, Hermann 20, 66, 74n.106, 182, 201, 209, 210, 239, 241, 243, 794n.19
Henri IV 227
Henri VIII 217
Hensel, Albert 619
Herzog, Lisa 812, 819
Hesse, Jan-Otmar 307, 309
Hien, Josef 794, 802, 803
Hirschman, Albert O. 186
Hitler, Adolf 68n.76, 141n.64, 146, 221
Huber, Ernst Rudolf 19, 67, 76–77, 84, 120n.2, 132, 135, 142–145, 619
Huizinga, Johan 215
Hunold, Albert 171

Isiksel, Turkuler 527

Jabko, Nicolas 455–456
Jacquemin, Alexis 95
Joerges, Christian 30, 362, 391, 419, 803
Johannesen, Niels 737
Juncker, Jean-Claude 9, 478, 479
Jungbluth, David 65

Kampourakis, Ionnis 316, 331n.111
Kapczynski, Amy 312, 313
Kelsen, Hans 417
Kennedy, Duncan 384n.18, 389
Keynes, John Maynard 166, 176, 225, 253, 733
Khan, Lina 329
Klein, Steven 806–808
Knight, Frank 161, 168, 170, 303, 305, 307
Kohl, Sebastian 336
Kolev, Stefan 300n.6, 303n.17, 307, 309, 333–334

Koselleck, Reinhart 12, 90n.170, 92n.182
Krüger, Herbert 621–622

de Laborde, Alexandre 49
de Laboulaye, Édouard 215, 215n.32
Ladeur, Karl-Heinz 23, 382, 382n.12, 414, 415, 417
Lagrange, Maurice 272n.53, 569, 765
Laval, Christian 661, 759
Lecourt, Robert 271n.52
Le Maire, Bruno 753
Lemercier de la Rivière, Pierre-Paul 41, 42, 45, 46
Leoni, Bruno 208
Levi, Edward 303
Lindseth, Peter 25, 814, 817–818
Lippmann, Walter 166n.21, 211n.25, 231, 257, 337, 761, 761n.30
Lokdam, Hjalte 16, 24, 25, 490, 497, 505, 507–509, 532–535, 805, 806, 818
Luhmann, Niklas 5, 114

Macron, Emmanuel 478, 479, 529, 725, 752
Madison, James 140, 141, 481, 482, 48
Majone, Giandomenico 344n.4, 797n.31, 807
Marcuse, Herbert 74n.106, 182, 191, 196, 204
Markert, Kurt 767
Marlio, Louis 229
Marsden, Philipp 327
Martucci, Francesco 24, 489, 493n.11, 495, 507–509, 532n.85, 535, 570, 576, 757, 779n.124, 805
Marty, Frédéric 22, 346, 355, 364, 365, 366, 371, 394, 799
Marx, Karl 56n.16, 119, 121, 127, 162, 245
Maystadt, Philippe 664
Meek, Ronald 123
Mestmäcker, Ernst-Joachim 23, 157, 174, 356, 357, 371–374, 376, 377, 379, 391, 418–419, 795n.21, 797–801, 803, 805n.76
Michel, Charles 672n.47, 675
Micklitz, Hans-Wolfgang 23, 40n.6, 806
Miksch, Leonhard 370, 568, 662n.15
De Milan, Ambroise 217
Miny, Xavier 8, 21–22, 345, 355, 389, 398, 800, 801, 803
Mirowski, Philipp 207–208, 758n.16, 758n.18
von Mises, Ludwig 204n.2, 206–207, 210, 212, 215, 225, 230, 233, 237, 253, 306n.24, 308, 309, 333n.116
Mitterrand, Francois 470, 726
Mody, Ashoka 807
Mohamed Salah, Mahmoud 29, 718, 730, 738, 758n.13, 759, 771, 776, 783
Mollet, Guy 348
Mongouachon, Claire 22, 81n.140, 300n.6, 305n.21, 308, 335n.129, 338n.136, 342n.155, 799, 800
Monnet, Jean 348, 719, 723, 745
Montesquieu 45, 101, 104, 215, 217
More, Thomas 217
Morissens, Lucien 764, 766, 775
Mosca, Gaetano 215
Möschel, Wernhard 372
Mosselmans, Jens 681
Müller-Armack, Alfred 146, 210, 228, 255, 300n.6, 333–335, 347, 620, 724
Müller-Graff, Peter-Christian 28
Münchau, Wofgang 532n.86
Mussler, Werner 348n.14, 355n.39, 360, 361, 362, 796n.22, 798n.34
Mussolini, Benito 210, 211, 241

De Nanteuil, Arnaud 712n.104
Naphtali, Frit 6, 66n.68
Neumann, Franz 66, 132, 134–137, 619
Neyer, Jürgen 813, 816
Nihoul, Pierre 27
Nipperdey, Hans Carl 250, 368, 622, 623
Nörr, Knut Wolfgang 8, 627
Nozick, Robert 171, 245

Oakeshott, Michael 739
Ophüls, Carl-Friedrich 356
Oppenheimer, Franz 219, 251
Orléan, André 779
Ortega y Gasset, José 215
Ost, François 14

Panzar, John 328
Parisi, Guido 310n.46
Passy, Hippolyte 49
Peeters, Patrick 681

Pinochet, Augusto 205–207, 243, 246
Piron, Damien 27, 29, 724, 735, 743, 759, 771, 774, 781, 811
Podszun, Rupprecht 327
Poelmans, Jacqueline 765, 766
Pöhl, Karl Otto 470, 532n.85
Poiares Maduro, Miguel 358, 769, 772
Polanyi, Karl 6, 17, 30, 114, 380, 391, 789–793, 802, 806, 810–812
Du Pont de Nemours, Samuel 42
Popper, Karl 306n.24
Posner, Richard 245, 311, 377
Preuß, Ulrich K. 813
Prosser, Tony 27, 28, 479n.69

Quesnay, François 37, 39, 40, 45, 47, 48, 100–104, 115, 122–125, 128

Rabault, Hugues 19, 68n.76
Rahman, K. Sabeel 212, 213
Rathenau, Walter 789
Rawls, John 334–335
Reagan, Ronald 312, 470, 704n.67
Rödl, Florian 362, 392
Rodrik, Dani 518–519, 789, 817–818
Roosevelt, Franklin D. 197n.88, 304, 533
Röpke, Wilhelm 21, 146, 171, 183n.7, 187n.36, 192, 205, 206, 208, 210–221, 227–228, 231–235, 253, 300n.6, 305n.21, 314, 333–335, 347, 364, 468n.33, 470n.44, 758n.15
Rossi, Pellegrino 49
Rothbard, Murray 171, 237, 245, 248
Rougier, Louis 7n.28, 21, 212, 213, 221, 224, 225–227, 758n.15
Rousseau, Jean-Jacques 7n.28, 229
Rueff, Jacques 21, 212–214, 221–224, 226–231, 235, 724, 758n.15
Rüstow, Alexander 21, 74n.104, 78–80, 82, 146, 171, 187, 197, 198, 206, 210, 212, 217, 218, 220, 221, 235, 242, 243, 246, 250, 252, 300n.6, 313n.56, 333n.116, 333n.119

Salais, Robert 309, 332, 336
Sánchez-Bordona, Campos 427
Say, Jean-Baptiste 37, 49, 115
Scharpf, Fritz 465n.20, 815
Scheuerman, William 190, 207
Schlettwein, Johan 46
Schmitt, Carl 19–21, 25, 67–77, 79, 79n.134, 80n.139, 84, 86n.162, 94n.2, 121, 132, 135, 137–143, 145, 147, 147n.81, 179n.46, 182–186, 188–201, 204–208, 210–212, 213, 214–219, 221, 239–243, 245, 308n.37, 316n.68, 354n.32, 460, 472, 477, 534, 794n.19, 802–804
Schrans, Guy 95
Schumpeter, Joseph 100n.33, 102n.35, 122, 187
Schwab, Klaus 199
Schweitzer, Heike 411, 415, 803
Simons, Henry 161, 168, 169, 171, 253, 303–307, 309, 313n.56, 335
Singh Grewal, Davinder 312–313, 336n.133
Sinzheimer, Hugo 19, 59–63, 66 88, 121, 132–137, 140, 144, 147, 148, 151, 419, 809
Siroën, Jean-Marc 703n.63, 704n.67
Smith, Adam 37, 50, 99, 103, 115, 127, 188, 195, 247
Smits, René 462
Somma, Alessandro 207, 416
Sorel, Georges 211
Spaak, Paul-Henri 346n.8, 348
Spinoza, Baruch 217
Stammler, Rudolf 249
Steiner, Philippe 18, 20, 99, 103, 120–122, 125, 150, 789
Steuart, James 247
Stigler, George 303, 306
Streeck, Wolfgang 476n.60, 780n.128
Streit, Manfred 1n.3, 53n.2, 348n.14, 355n.39, 360, 361, 362
Supiot, Alain 14n.53

Teitel, Ruti G. 794n.18
Teitgen, Pierre-Henri 569, 765, 765n.49
Teubner, Gunther 5, 98n.23, 113n.73, 148, 420, 421
Thatcher, Margaret 306n.26, 440, 470, 667n.35
Thomas, Clarence 330n.110
de Tocqueville, Alexis 125, 125n.19, 146, 215, 241
Trump, Donald 702, 704, 705
Tullock, Gordon 245
Tuori, Kaarlo 791, 800

Tuori, Klaus 791, 800
Turgot, Anne Robert Jacques 37, 42

Uri, Pierre 348

Valentin, Vincent 21, 309n.37, 730n.39, 794
Vanberg, Viktor 21, 158, 175, 177–180, 182, 184–188, 253, 375
Vedel, Georges 579
Villey, Daniel 227, 230, 231, 235
Viner, Jacob 168, 303

Walker, Niel 86n.162, 805
Weber, Max 6, 11n.45, 299n.3, 654
Weidmann, Jens 750
White, Harry Dexter 733
Wieacker, Franz 23, 383, 384, 385, 408, 409–411
Wiethölter, Rudolf 23, 418, 419–422, 804
Wilkinson, Michael A. 16, 24, 25, 29, 490, 497, 21, 309n.37, 730n.39, 794, 805, 806, 818
Willig, Robert 328

Zacher, Clemens 75n.109, 77n.127
Zingales, Luigi 338, 339, 414
Zucman, Gabriel 737
Zumbansen, Peer 818