

Isabelle BOURGEOIS :

## LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ORDRE ECONOMIQUE

**Les 50 ans du Bundesverfassungsgericht**

Article paru dans :

*Regards sur l'économie allemande*, n° 52-53 / 2001, pp. 47-52

# **La constitutionnalisation de l'ordre économique**

## **Les 50 ans du *Bundesverfassungsgericht***

***Isabelle Bourgeois***

---

*Le Tribunal constitutionnel fédéral (Bundesverfassungsgericht) intervient de plus en plus souvent dans la politique économique du gouvernement fédéral. C'est surtout la fiscalité qui, ces dernières années, a préoccupé la Cour suprême allemande dont les arrêts ont été lourds de conséquences sur la gestion des finances publiques. Le prochain, que les juges de Karlsruhe envisagent de rendre courant 2002, pourrait se solder par une baisse des recettes fiscales du gouvernement fédéral de l'ordre de quelque 50 milliards de DM, selon les premières estimations du ministère fédéral des Finances. C'est ce qu'il ressort de l'audition orale, publique, du 9 octobre sur le contentieux portant sur la fiscalité des retraites du public et du privé (voir la rubrique « Actualité économique » dans ce numéro). Ce qui est en jeu, c'est non pas un quelconque principe de l'orthodoxie fiscale, la Cour est incomptente en matière fiscale et, plus généralement, économique. Mais bien plutôt la défense des droits fondamentaux. En l'occurrence « l'égalité devant la loi », garantie par l'art. 3 de la Loi fondamentale.*

*Ce n'est là un paradoxe qu'en apparence : c'est au nom des droits fondamentaux que le Tribunal constitutionnel fédéral a été amené progressivement à constitutionnaliser l'ordre économique allemand. Ces droits ont en effet ceci de particulier qu'ils sont plus qu'une liberté individuelle (ou subjective) ; ils dépassent la simple protection du citoyen contre l'arbitraire de l'Etat, car ces droits constituent les principes (objectifs) supérieurs régissant le droit. Autrement dit : tout domaine juridique leur est impérativement soumis, faute de quoi il serait contraire à la Constitution. Les libertés fondamentales sont dès lors aussi les principes fondateurs du droit commun. Cette définition avait été établie en 1958 par le Tribunal constitutionnel fédéral (« arrêt Lüth ») qui n'a cessé depuis, au gré des saisines, de constitutionnaliser les principes fondateurs de la société civile et, partant, de l'ordre économique et social allemand.*

### **Un tribunal sans prérogatives politiques**

Le 28 septembre 2001, l'institution qui incarne l'essence même de l'Etat de droit démocratique allemand fêtait ses 50 ans. Créé 28 septembre 1951, le *Bundesverfassungsgericht* est l'institution politique allemande qui incarne le mieux les leçons tirées par la République fédérale des lacunes et errements de la République de Weimar. Pour garantir la stabilité du jeune Etat de droit qu'était la RFA au moment de sa constitution, en 1949, celui-ci devait se doter d'une Cour constitutionnelle puissante. Elle est habilitée à déchoir le président fédéral de ses fonctions, à arbitrer les conflits entre les organes de l'Etat et interdire des

**La plus crédible des institutions allemandes**

partis politiques dès lors que leur caractère anticonstitutionnel est avéré. Ces compétences figurent depuis l'origine dans la Loi fondamentale, entrée en vigueur le 23 mai 1949. D'autres sont venues s'y ajouter lors de l'adoption, en 1951, de la Loi sur le Tribunal constitutionnel qui fonde cette institution. La principale est la saisine directe par tout citoyen estimant ses droits fondamentaux violés par les pouvoirs publics. Si elle assoit la crédibilité du Tribunal dans l'opinion – le *Bundesverfassungsgericht* est l'unique institution en laquelle les Allemands ont une confiance quasi aveugle –, cette saisine directe est aussi le biais par lequel cette Cour a fini par contribuer à intervenir dans la réglementation et la régulation sociales et économiques de l'Allemagne.

**Pas de prises de position politiques**

La Cour suprême allemande se distingue de son homologue américaine sur un point essentiel : bien qu'elle soit un organe politique, son statut lui interdit de prendre position dans le débat politique (*la political question de la Supreme Court*). S'il ne rend pas de jugements « politiques » au sens américain, le *Bundesverfassungsgericht* rend toujours des arrêts éminemment politiques. Mais ils le sont exclusivement par leur portée générale et les répercussions qu'ils ont de ce fait même sur la réglementation et l'action politique.

**50 ans de « formation de l'opinion »**

Le Tribunal constitutionnel fédéral (TCF), dont le siège est à Karlsruhe, est une juridiction fédérale autonome ; elle est indépendante du parlement, du président et de l'exécutif fédéral. Elle compte 16 juges, élus pour moitié (à la majorité des deux tiers) par le Bundestag et le Bundesrat. Leur mandat, non renouvelable, est de 12 ans ; il est incompatible avec toute autre activité, sauf celle de professeur de droit. Le TCF se compose de deux chambres – Sénats – de 8 membres chacun. Ce sont elles qui jugent les litiges constitutionnels de portée générale.

Les décisions des chambres sont d'ordinaire prises à la majorité simple des voix. Depuis 1971, les positions divergentes sont publiées conjointement à l'arrêt. L'objectif de cette disposition est de rendre plus transparent le processus de prise de décision et d'en refléter le caractère dynamique. En effet, toute loi, et « même la Constitution est le résultat d'un processus politique de formation de l'opinion », rappelle Ernst Benda, qui présida le TCF de 1971 à 1982 (*Süddeutsche Zeitung*, 27-09-2001). Cela vaut *a fortiori* pour les arrêts du TCF, amenés, au gré des contentieux, à évoluer en même temps que le contexte. Mais même revues et 'modernisées', les positions de Karlsruhe ne sont jamais contradictoires, se contentant de réinterpréter, à la lumière des mutations observées, les principes constitutionnels qui, eux, restent invariants.

Dans leur majorité, les arrêts du TCF ont force de loi, et sont immédiatement applicables. Néanmoins, le Tribunal a dû littéralement conquérir son autorité : c'est, avec la publication des arrêts au journal officiel allemand, le seul pouvoir de coercition dont il dispose. Deux arrêts, rendus à 3 ans d'intervalle, l'ont imposé : « l'arrêt Lüth » en 1958, et « l'arrêt sur la télévision d'Adenauer » en 1961. Dans le premier, il a élevé la Loi fondamentale au rang « d'ordre objectif des valeurs », consacrant ainsi les principes fondateurs de l'organisation de la société civile allemande. Dans le second, il a clairement dressé, à l'intention du pouvoir politique, des limites à l'ingérence dans le libre processus de formation de l'opinion (art. 5 de la Loi fondamentale).

**La Cour suprême allemande, un simple tribunal**

Ce n'est pas un paradoxe : la juridiction suprême allemande n'est 'rien' qu'un tribunal, chargé exclusivement de veiller au respect de la Constitution par tous les acteurs. Il a pour seules mission et doctrine le recours au texte de la Loi fondamentale ; son pouvoir réside dans l'interprétation de ses dispositions. Ses décisions ont force de loi, s'imposent à tous les organes de la RFA, et sont immédiatement applicables. Concrètement, son rôle est triple. Il contrôle en constitutionnalité tout texte de loi qui lui aura été renvoyé à la suite d'un litige : c'est le cas par exemple de « l'arrêt Maastricht », rendu en 1993, et qui autorise les transferts de souveraineté dans le cadre de l'intégration européenne. Il exerce ensuite un rôle d'arbitre dans les conflits de compétences entre Bund et Länder : « arrêt Maastricht », arrêt de 1999 sur le fédéralisme financier (voir dans ce numéro l'étude consacrée à ses conséquences). Enfin, il est le garant des droits fondamentaux individuels comme institutionnels que contiennent les 19 premiers articles de la Loi fondamentale.

Sur ce dernier aspect, tout citoyen dispose de la saisine directe (après épuisement de toutes les voies de recours) dès lors qu'il s'estime lésé dans l'exercice de ses droits fondamentaux. Cette possibilité, adoptée à l'origine pour protéger le citoyen contre tout arbitraire, qu'il émane du gouvernement ou de l'administration, s'est transmuée au fil du temps en un instrument institutionnalisé de l'intégration de la société civile dans le processus de détermination des règles présidant à la vie politique, sociale et économique de l'Allemagne. En disant le droit, les juges de Karlsruhe ont ainsi largement contribué à faire de la Loi fondamentale une réalité vivante. Plus encore : tout en restant fidèles à la stricte interprétation de la lettre de la Constitution, et bien que cette dernière soit largement muette sur la question, ils ont, par leur jurisprudence, littéralement consacré l'ordre social et économique qui régit l'organisation de la RFA.

Constitutionnalisation de l'ordre de la société civile

## La constitutionnalisation de l'ordo-libéralisme

Cela a mené à ce qui, dans une lecture hâtive, s'apparente à une juridiction de l'économie. Il est vrai que, depuis les années 70, Karlsruhe semble intervenir de plus en plus souvent dans la politique économique des gouvernements allemands et même dans la régulation sociale. Qu'on pense seulement à son jugement sur la fiscalité des familles (1999) qui s'était traduit par un gonflement des dépenses du Bund, contrecarrant sérieusement les efforts d'assainissement budgétaire du gouvernement fédéral (voir REA n°43). Or il s'agit de bien autre chose. Dans ce cas comme dans tant d'autres (voir l'*« affaire »* de la fiscalité des retraites dans la rubrique « Actualité économique » à la fin de ce numéro), le Tribunal avait été saisi par un simple citoyen (parfois un groupe de personnes) ou une entreprise sur un cas particulier. Le plus souvent – c'est presque le motif exclusif des saisines en 50 ans d'histoire – pour la violation de la garantie de l'égalité devant la loi (art. 3 de la Loi fondamentale). Et c'est justement en interprétant toujours la portée des droits fondamentaux à la lumière de l'intérêt général que, peu à peu, ce gardien suprême de « l'ordre constitutionnel libéral et démocratique » (art. 18) s'est transformé en un acteur majeur de l'économie sociale de marché.

Juridiction de l'économie ?

C'est le social qui lui a permis de jouer ce rôle. Car la Loi fondamentale ne contient aucune disposition, aucun principe général garantissant quelque ordre économique que ce soit. Les fondements de l'ordo-libéralisme, que l'on pourrait qualifier de *« seconde »* Constitution, non écrite, de la RFA, ne relèvent en effet pas de la Loi fondamentale. Il s'agit plus d'une doctrine (évolutive) avec ses mécanismes régulateurs propres, partagée par la société civile dans son ensemble. Point de texte *« organique »* sinon les valeurs communes popularisées par Ludwig Erhard dans un ouvrage publié en 1957 (*« Wohlstand für alle »* - La prospérité pour tous), puis par une abondante littérature scientifique (notamment la revue *Ordo*).

La Constitution, muette sur l'ordre économique

C'est donc essentiellement à travers les principes constitutionnels de l'égalité devant la loi (art. 3), de la protection particulière due à la famille (art. 6), de la liberté de réunion et d'association (art. 8 et 9), de la liberté de circulation et d'établissement (art. 11), du libre exercice de la profession (art. 12), ainsi que de la garantie de la propriété (art. 14) que s'est construite la jurisprudence de Karlsruhe en matière sociale, puis économique.

Du social à l'économique

L'une des étapes les plus importantes dans cette évolution fut l'arrêt sur la cogestion publié en mars 1979, premier d'une longue série. L'adoption, le 4 mai 1976, de la Loi sur la cogestion avait été hautement controversée, à la suite de quoi, en 1977, plusieurs entreprises et associations d'employeurs introduisent un recours constitutionnel. Les plaignants estiment que certaines dispositions-clés de la loi violent la garantie fondamentale de la propriété (art. 14), la liberté

La loi de 1976 violerait Le droit à la propriété

du chef d'entreprise qui découle de la liberté de la profession (art. 12), ainsi que la liberté de coalition (art. 9). Les dispositions incriminées concernent la cogestion des salariés dans le conseil de surveillance, conjuguée à la codécision *via* le Conseil d'entreprise, telle que la prévoit la loi de 1972 sur la constitution interne des entreprises. Leur argumentation peut se résumer ainsi : la « sur-représentation » des salariés au sein de l'exécutif de l'entreprise et de l'organe de surveillance interdirait au patron comme au porteur de parts d'exercer pleinement chacun sa responsabilité et son droit de propriété. Dans le même temps, elle créerait un déséquilibre des forces tel qu'il ne permet plus aux partenaires sociaux d'assumer pleinement leur rôle lors des négociations collectives. En outre, le législateur se serait arrogé un droit d'ingérence dans la régulation sociale, violant par là même le principe de subsidiarité sous-jacent aux droits fondamentaux, et donc la Constitution.

#### Clarification des compétences

Le Tribunal constitutionnel fédéral rejeta la plainte, déclarant la loi sur la cogestion conforme à la Loi fondamentale – sans réserve aucune. Comme toujours, son argumentation s'attache d'un côté à la portée générale de l'affaire jugée, de l'autre, aux aspects particuliers. Elle montre, dans ce cas exemplaire, comment le Tribunal parvient à concilier deux champs apparemment étanches l'un par rapport à l'autre : l'économique et le politique ; la réglementation et la régulation des activités, d'un côté, le droit constitutionnel, de l'autre. Pour cela, il clarifie d'abord les compétences : définir la règle en matière de politique économique relève entièrement et exclusivement du législateur. Le Tribunal constitutionnel fédéral n'a aucun pouvoir en la matière – et surtout pas celui de prendre position quant au bien-fondé ou à l'opportunité de telle ou telle disposition législative, ni de définir les contours de l'organisation économique et sociale. Il doit se contenter d'une vérification de la constitutionnalité de la loi incriminée. Et de ce seul texte, sans envisager aucune alternative. C'est là que réside la portée générale de cet arrêt : pour la première fois, les juges suprêmes énoncent aussi clairement la liberté d'agir (voire de se tromper) du législateur dans le domaine économique. Ils n'avaient pas à répondre à une *political question*. En clarifiant également ce point, ils ont barré la route aux multiples tentatives de renvoyer devant la Cour les débats idéologiques et choix de société de toute nature. Aux parlementaires d'assumer leurs choix politiques et leur responsabilité vis-à-vis de la société civile. Karlsruhe n'intervient qu'en dernier recours pour contrôler la conformité de ces choix avec la Constitution.

#### La cogestion est compatible avec la Constitution

Dans cet arrêt, les juges ont estimé que la cogestion n'était pas contraire aux principes constitutionnels. L'autonomie tarifaire (qui découle de la liberté de coalition) n'est pas violée par la cogestion puisque, pour que négociation il puisse y avoir, il faut deux partenaires de force égale ; en outre, ceux-ci se complètent dans l'exercice de leur co-responsabilité. Concrètement : en ce qui concerne la liberté d'entreprise et le droit de propriété, ni le chef d'entreprise ni les actionnaires ne sont lésés dans leurs droits fondamentaux par la cogestion. Les porteurs de parts décident de la stratégie de l'entreprise au sein de l'assemblée générale des actionnaires où ils sont seuls représentés ; en outre, le président du conseil de surveillance dispose, quant à lui, de deux voix, et est donc majoritaire en dernière instance ; quant au chef d'entreprise, il n'est pas non plus limité dans son action dans la mesure où c'est seulement dans le domaine social que le conseil d'entreprise exerce ses droits de co-décision (voir REA n° 50/01), et non sur les questions stratégiques. Dans tous ces cas, le principe dominant à respecter est celui d'un équilibre des forces en présence qui, seul, permet aux deux parties – capital et travail – l'une, de disposer pleinement du droit à la propriété, l'autre, d'en contrôler l'usage à l'aune des intérêts sociaux des salariés.

## « Propriété oblige »

Le principal pivot dans l'argumentation du Tribunal est l'interprétation du droit à la propriété, ainsi que des droits et obligations qui en découlent. Si la garantie de ce droit s'applique au porteur du capital, il s'applique également aux salariés. Ce droit implique en effet des responsabilités vis-à-vis de la collectivité dès lors qu'il dépasse la liberté individuelle : « propriété oblige », stipule l'art. 14, 2 de la Loi fondamentale. En tant que garantie institutionnelle – et c'est le cas d'une entreprise – il est partagé. Les droits fondamentaux énumérés dans les 19 premiers articles de la Constitution impliquent tous également des devoirs. Ils comprennent en effet deux aspects, indissociables : ils garantissent à la fois des libertés individuelles et institutionnelles.

Le droit à la propriété (art. 14, 1) n'est une garantie individuelle que lorsqu'il s'agit du patrimoine privé d'un particulier – cet article interdit donc toute expropriation ou spoliation. Mais dès lors que ce particulier use de son bien à des fins industrielles ou commerciales, il engage sa responsabilité vis-à-vis de la collectivité puisque, implicitement, il contracte de la sorte avec la société civile. Le propriétaire devient entrepreneur. Patron, il donne du travail à ses salariés ; patron et salariés constituent une communauté qui crée des richesses. Ce lien indissoluble leur ouvre droit au partage des fruits, mais les lie également par la co-responsabilité. Sans capital pas de travail – c'est la responsabilité de l'entrepreneur – ; sans travail pas de capital – c'est la responsabilité des salariés. Néanmoins, cette co-responsabilité n'implique pas l'égalité, ainsi que l'a rappelé le Tribunal constitutionnel fédéral dans d'autres arrêts. Dans la mesure où le propriétaire d'une entreprise porte le risque entrepreneurial (il engage son patrimoine), il lui revient d'avoir voix prépondérante dans les choix stratégiques effectués. Il a exercé ses devoirs vis-à-vis de la collectivité en créant – et faisant fructifier l'entreprise conjointement avec ses salariés – ; en retour, son droit individuel à la propriété et le pouvoir d'en disposer lui sont garantis en dernier ressort. On voit bien là la dynamique entre droits et devoirs que recèle la liberté fondamentale de la propriété.

Droit individuel et responsabilité collective

L'intérêt de l'entreprise est donc aussi bien celui du patron que du salarié. Aux yeux du TCF, la loi sur la cogestion institue un « ordre de coopération » ; elle érige donc en principe constitutionnel le mode de gestion coopératif qui sous-tend le modèle rhénan. On voit bien le cheminement suivi : affaire de culture à l'origine, puis loi, puis principe constitutionnel. C'est ainsi que, dans ce cas précis, les valeurs et principes de l'ordo-libéralisme ont fait leur entrée dans la Constitution.

La cogestion : un « ordre de coopération »

L'intérêt général que défend le Tribunal constitutionnel fédéral l'amène régulièrement à tracer des limites très nettes aux divers acteurs intervenant soit dans la réglementation (législateurs), soit dans la régulation (société civile). C'est ainsi que, par exemple, dans un arrêt rendu en août 1999, la Cour a estimé que l'autonomie des syndicats en matière de négociation salariale, garantie par la liberté fondamentale qu'est le droit de coalition (art. 9 de la Loi fondamentale) ne pouvait s'exercer au détriment des chômeurs. Au nom de l'intérêt général, les plaignants – IG Metall en l'occurrence – furent déboutés. Ils s'étaient insurgés contre une nouvelle disposition (qui expire en 2002) du chapitre III du Code social allemand visant à la réinsertion professionnelle de chômeurs : l'Office fédéral du Travail ne finance ces mesures qu'à la condition que le salaire versé par l'employeur ne dépasse pas un plafond de 80% du salaire conventionnel de la branche considérée. IG Metall s'était élevé contre cette « ingérence » du législateur dans l'autonomie conventionnelle. Argument immédiatement réfuté par la Cour : au vu de l'ampleur du chômage, « la création d'emplois est une haute mission sociale » qu'il revient à l'Etat fédéral de remplir au nom de l'art. 20 de la Loi fondamentale (« Etat fédéral démocratique et social »).

1999 : limitation de l'autonomie conventionnelle des syndicats...

## ... au nom de « l'équilibre global de l'économie »

L'entorse faite à l'autonomie tarifaire au nom de cette mission – sous forme de mesures expérimentales, à des fins strictement sociales, et avec des moyens budgétaires limités – se justifie au nom de l'Etat providence, ou de l'intérêt général. Et tout particulièrement au nom de l'art. 109, al. 2 de la Loi fondamentale, qui stipule : « Dans leur politique budgétaire, la Fédération et les Länder doivent tenir compte de l'équilibre global de l'économie ». Voilà étayés les principes de la démocratie sociale et économique.

**EN QUELQUE 50 ANS DE JURISPRUDENCE**, le Tribunal constitutionnel fédéral a joué un rôle éminent dans la maturation et, surtout, la matérialisation d'une Loi fondamentale adoptée dans l'immédiat après-guerre et qui devait se concentrer sur les principes d'organisation d'un nouvel Etat de droit démocratique et social. Lors de sa genèse dans une Allemagne largement en ruines, les valeurs et principes fondamentaux primaient au même titre que l'impératif social. Certes, le mark existait depuis près d'un an, et la doctrine de l'ordo-libéralisme émergeait. Mais chacun des Alliés menait sa propre politique économique, et les pères fondateurs de la Constitution ne pouvaient que laisser de côté les principes d'un quelconque « ordre » économique : il n'y avait pas de « modèle ». C'est ainsi que la Loi fondamentale est muette sur la question.

Dès lors, c'est le Tribunal constitutionnel fédéral, organe suprême de la RFA, qui, au gré des saisines, et au nom d'abord des libertés fondamentales, puis également de la nature sociale de l'Etat allemand, a peu à peu contribué à 'dire' le droit de l'économie sociale de marché. Par glissements successifs, ce fut d'abord la constitutionnalisation des valeurs et principes régulateurs de la société civile, puis la constitutionnalisation des valeurs qui sous-tendent l'ordre économique. La jurisprudence a ainsi transformé la Loi fondamentale en réalité vivante – en une réalité qui intègre en permanence les mutations de la société comme du contexte économique national ou européen.

## Indications bibliographiques

- « Arbeitsplätze gehen vor Tarifautonomie », *Handelsblatt*, 05-08-1999
- BENDA Ernst, « Ein mächtiges Reich der Stille », *Süddeutsche Zeitung*, 27-09-2001
- *Cogestion*, ministère fédéral du Travail et des Affaires sociales, Bonn, 1981
- GRIMM Dieter, « Die Karriere eines Boykottaufrüts », *Die Zeit*, 27-09-2001
- KERSCHER Helmut, « Das Gericht der Republik », *Handelsblatt*, 28-09-2001
- *Loi fondamentale*, traduction revue et corrigée par Chr. Autexier et al., Office de presse et d'information du Gouvernement fédéral, Bonn, 1998
- MAHRENHOLZ Ernst Gottfried, « Gericht des kleinen Mannes und der großen Politik », *Handelsblatt*, 26-09-2001
- [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)