

LES BASES JURIDIQUES DU SYSTEME ECONOMIQUE DURANT UNE PERIODE DE TRANSITION DE L'ECONOMIE PLANIFIEE A L'ECONOMIE DE MARCHÉ

Rapport de la Commission européenne pour la Démocratie par le droit, établi sur la base d'une étude par Professeur Michel HERBIET, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

Analyser les bases juridiques du système économique durant une période de transition de l'économie planifiée à l'économie de marché est certes un défi dans la mesure où les questions abordées sont fondamentales et les réponses formulées souvent complexes et incertaines.

Le problème qui se pose est relativement simple : confrontés au passage d'une économie planifiée qui se caractérisait par la propriété collective des moyens de production et une planification étatique centralisée, à une économie de marché qui implique des réformes de grandes envergures qui doivent trouver leur traduction sur le plan juridique par la mise en place d'un nouveau corps de règles de droit susceptibles d'assurer le bon déroulement de l'activité économique, les gouvernants se posent différentes questions :

- Quels sont les principes juridiques fondamentaux d'un système reposant sur l'économie de marché ?
- La matière doit-elle être réglé dans le cadre rigide de la Constitution ?
- Ne vaut-il pas mieux que cette matière relève du législateur ou du simple règlement ?

I.

Sans revenir trop longuement sur les concepts d'économie planifiée et d'économie de marché, il a semblé indispensable d'isoler les éléments fondamentaux du cadre juridique de l'économie de marché.

* D'abord, la reconnaissance et la protection des différentes formes de propriété.

C'est dans ce cadre que s'inscrivent les problèmes juridiques relatifs aux démonopolisations, aux privatisations d'entreprises publiques ou d'actifs publics et aux restitutions.

La propriété privée des moyens de production doit redevenir la forme principale de propriété mais il peut en exister d'autres.

* Autre élément, la liberté de l'activité économique, ce qui implique la liberté d'entreprendre, la liberté d'exercer la profession de son choix, la liberté d'établissement et d'installation, celle d'exercice et d'exploitation, mais aussi la liberté du travail.

* Troisième élément, la liberté contractuelle qui suppose l'autonomie de la volonté et reconnaît dans le contrat "la pierre angulaire" sur laquelle repose tout le système économique.

* Un autre élément est le principe de libre concurrence qui dérive à la fois de la liberté économique et du principe d'égalité, libre concurrence entre particuliers ou entre particuliers et pouvoirs publics, ce principe n'interdisant pas au pouvoir public d'exercer une activité économique mais prohibant de le faire dans des conditions dérogatoires au droit commun.

* Autre élément, la liberté d'association qui comprend non seulement la liberté de constituer les associations ou sociétés mais aussi celle d'y adhérer ou de s'en retirer, d'exploiter et de développer celles-ci, de les dissoudre. A cette liberté, se rattache la liberté syndicale.

* D'autres éléments plus économiques sont encore relevés par la doctrine :

- la mise en place d'un système performant de prix;
- la régulation des mécanismes monétaires ce qui implique la mise en place d'une politique monétaire restrictive et de stabilisation, et la création d'une banque centrale indépendante;
- la libération du commerce extérieur avec introduction de taux de change réaliste;
- l'élaboration d'un système fiscal efficace et la suppression des subventions généralisées d'Etat, le tout allant de pair avec une politique budgétaire rigoureuse;
- la mise en place d'une comptabilité des entreprises;
- une réglementation des valeurs mobilières et des marchés financiers.

Tous ces éléments sont de nature à assurer la pérennité de l'économie de marché mais ils doivent aussi influer sur les processus économiques inhérents à celle-ci dans l'optique d'objectifs globaux supérieurs d'ordre non seulement économique, mais également social.

Car l'économie de marché doit être sociale, c'est-à-dire fonctionner non seulement dans l'intérêt des individus mais aussi de la société. Elle permet ainsi de tenir compte des intérêts de toutes les parties de la société, notamment des employeurs et des employés.

L'Etat doit donc pallier les carences constatées par des mesures qui développent un cadre de protection sociale et qui, dans le domaine économique, tendent à remédier aux dysfonctionnements de l'économie de marché, en réglementant l'activité économique ou en créant des entreprises publiques.

Il convient toutefois d'observer que si ces éléments constituent la condition nécessaire, ils ne sont pas pour autant une condition suffisante. Encore faut-il que les agents économiques privés fassent usage des possibilités qui leur sont offertes !

La Commission est par ailleurs bien consciente de la situation spécifique des pays qui se situent actuellement dans une économie de transition : dans ceux-ci, la plupart des éléments fondamentaux de l'économie de marché se trouvent d'ores et déjà consacrés par les textes; il n'en reste pas moins vrai que les réformes doivent se mettre en place petit à petit et que l'économie de marché ne fonctionne encore qu'imparfaitement. Il paraît dès lors difficile, sinon impossible, d'exiger que ces pays incorporent dès à présent l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans les pays occidentaux; la transition doit se faire en douceur et sans à-coups.

Après avoir identifié les principes de base de l'économie de marché et compte tenu des réserves formulées, il importe de franchir un pas de plus et de poser dès maintenant la question suivante.

II.

Quel rôle réserver à la Constitution dans le domaine économique ?

La Constitution - dont on connaît le cadre rigide - est-elle bien le texte pour arrêter les conditions de la mise en place et du fonctionnement d'une

économie de marché ? Dans quelle mesure ne vaudrait-il pas mieux confier cette mission au législateur ou à l'activité réglementaire ?

- Quel rôle réserver à la Constitution ... ?

La Constitution est, en règle, l'expression des valeurs juridiques fondamentales reçues par la communauté politique. Elle est le fondement de l'activité des gouvernants mais aussi sa limite. La plupart du temps, la Constitution se borne à consacrer les principes fondamentaux, s'en remettant au législateur pour l'aménagement détaillé de ces principes.

- ... dans le domaine économique ?

La Constitution est nécessairement la base du système juridico-économique de l'Etat. Elle doit assurer la stabilité et la prévisibilité d'un marché libre.

Sa fonction la plus importante est de donner un cadre clair et axé sur la primauté du droit mais elle ne doit énoncer que les règles vraiment essentielles.

Son rôle, bien que fondamental, doit malgré tout rester modeste dans la mesure où elle constitue un instrument de réglementation peu commode pour véhiculer les principes qui gouvernent l'économie de marché. Elle manque de la souplesse nécessaire pour réglementer les conditions du marché.

D'où l'extrême prudence à respecter avant de formuler les conditions constitutionnelles de l'activité économique. Il faut proscrire de fixer dans la Constitution des règles détaillées; mieux vaut s'en remettre au législateur ordinaire.

III.

Quels principes de base introduire dès lors dans la Constitution ?

Il faut se limiter aux fondements essentiels du nouveau système économique.

Il convient toutefois de distinguer ici deux types de droits fondamentaux :

- les droits et libertés classiques, c'est-à-dire essentiellement les libertés négatives, qui engendrent un devoir d'abstention dans le chef de l'Etat;
- les droits économiques et sociaux fondamentaux, appelés aussi libertés positives en ce qu'elles exigent de la part de la collectivité des efforts très concrets.

Sans nous appesantir davantage sur cette distinction traditionnelle, disons tout de même - et en étant très schématique - que les libertés et droits classiques (au nombre desquels il faut ranger la liberté économique), obligent les gouvernants à s'abstenir de prendre des dispositions restrictives de ceux-ci. Ils ne reconnaissent pas, par ailleurs, aux citoyens un droit d'exiger certaines prestations ou avantages à charge de l'autorité.

Les droits économiques et sociaux révèlent une autre nature; ils sont relatifs et contingents et revêtent souvent un caractère programmatique beaucoup plus accusé. Ils obligent l'Etat à intervenir positivement et confèrent aux citoyens le droit d'exiger l'intervention du pouvoir. Ils devraient permettre le passage de l'égalité formelle ou juridique à l'égalité de fait c'est-à-dire l'égalité réelle.

Ces droits reposent sur le concept de solidarité en vertu duquel la collectivité a certaines responsabilités vis-à-vis de l'individu; aussi incombent-il, non seulement au pouvoir public mais aussi aux citoyens de collaborer au progrès social et économique de la société.

Mais l'obligation qui pèse sur les gouvernants doit s'entendre de façon raisonnable : ils ne peuvent tout faire en même temps, ni tout à la fois; leur action impose des choix et des priorités. Ces droits se réalisent de façon progressive suivant les ressources des pouvoirs publics; ils requièrent de la part de l'Administration un large pouvoir d'appréciation.

D'où la difficulté d'assimiler ces deux types de droits et libertés purement et simplement.

Quels droits et libertés traditionnels en matière économique insérer dans la Constitution ?

Les principaux, notamment :

- le droit de propriété mais en faisant apparaître clairement la subordination de son usage à l'intérêt de la société, et donc la possibilité d'expropriation.
- la liberté du commerce et de l'industrie impliquant la libre initiative, la libre concurrence et la libre circulation des travailleurs, des biens, des capitaux et des services.
- la liberté contractuelle qui s'analyse notamment dans la liberté de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son co-contractant, de déterminer librement le contenu de l'accord.
- la liberté d'association y compris la création de personnes juridiques distinctes, ce droit ne pouvant être soumis à aucune mesure préventive et impliquant le droit de s'unir en vue de sauvegarder et d'améliorer les conditions de travail et les conditions économiques.
- le principe d'égalité devant la loi et de non discrimination mais il s'agit d'une égalité juridique et non économique; il inclut l'égalité fiscale (pas de privilège en matière d'impôts).

Mais ces libertés traditionnelles doivent seulement être proclamées, le constituant s'en remettant au législateur pour les aménager et éventuellement les limiter.

Les restrictions doivent être ponctuelles et limitées, justifiées par l'intérêt général ou par le maintien de l'ordre public; elles doivent être le fait du législateur (par ou en vertu de la loi) et ne peuvent jamais remettre en cause l'existence même de ces droits essentiels. Elles doivent être nécessaires, efficaces et adaptées aux exigences et à la gravité de la situation; elles ne peuvent jamais porter une atteinte excessive à la liberté (principe de proportionnalité).

Une autre question est de savoir s'il ne faut pas introduire comme tel dans la Constitution le principe de l'intervention de l'Etat dans l'économie. Il semble que le contexte institutionnel dans lequel un pays s'insère, est de nature à influencer les choix faits par le pouvoir. Il s'avère en effet que si la structure d'un pays est de type fédéral, la nécessité peut se faire sentir, compte tenu de la répartition des compétences entre la fédération et les entités fédérées, d'exprimer clairement dans la Constitution à qui est attribué le pouvoir d'intervention en matière économique. L'exemple suisse a ainsi été évoqué, il n'en est pas de même en Belgique.

La Commission a une attitude plutôt réservée à l'égard de la proposition de mentionner explicitement dans la Constitution le principe de l'intervention de l'Etat. Même si l'on entend faire jouer à celui-ci, ou plus généralement aux pouvoirs publics, un rôle important dans l'économie, il ne paraît pas utile de consacrer cette intervention autrement que comme une exception au principe de la liberté économique, justifiée par la poursuite de l'intérêt général. Le risque de voir cette liberté réduite à peu de chose paraît ainsi assez illusoire. La liberté économique court par contre un sérieux danger dans la mesure où serait consacré dans la Constitution un concept - l'intervention des pouvoirs publics - empreint d'une grande mobilité dont le contenu est, par la force des choses, lié au pouvoir en place et aux théories économiques et sociales en vigueur à un moment donné.

Le caractère fluctuant de cette notion cadre mal avec la grande stabilité des dispositions constitutionnelles qui consacrent les droits et libertés fondamentaux.

"Figer" l'intervention économique des pouvoirs publics dans une disposition constitutionnelle risque d'en scléroser le contenu et donc d'en amoindrir l'efficacité. Or une des vertus premières exigée par la matière n'est-elle pas précisément l'adaptation rapide à une situation économique changeante.

Quels droits économiques et sociaux insérer dans la Constitution ?

Observons d'abord que ces droits sont rarement introduits dans le corps même de la Constitution (mais dans un préambule) et que leur reconnaissance n'est nullement liée au fait qu'ils soient proclamés dans la Constitution. L'expérience montre au contraire qu'aucune corrélation véritable n'existe entre leur insertion dans la Constitution et le niveau effectif de protection ou de prestations.

Faut-il conclure à l'inutilité de cette insertion dans la Constitution ?

Certes non, mais il faut agir avec prudence.

La Commission estime qu'il convient de ne mentionner que quelques droits économiques et sociaux dans la Constitution tout en se gardant de donner à ceux-ci un contenu trop détaillé et de leur reconnaître les mêmes caractères qu'aux droits et libertés traditionnels. Un bon exemple de la conduite à tenir peut être trouvé dans la Loi Fondamentale allemande qui proclame que la République fédérale d'Allemagne est un "Etat social", sans expliciter davantage le contenu de ce concept.

Le mieux semble sans doute être de n'introduire que les droits économiques et sociaux vraiment fondamentaux. Pourquoi ? Parce que, sinon, existe un risque de réduire la marge de manoeuvre du Parlement et d'augmenter de façon inconsidérée le pouvoir des juridictions; l'expérience montre par ailleurs les difficultés à concrétiser ces droits sur le plan juridique dans les pays qui ont procédé par de longues listes énumératives de ces droits.

Mieux vaut d'ailleurs n'introduire que ceux pour lesquels existe déjà un tissu légal adéquat : il y va alors d'une sorte de solemnisation de ces droits.

Quels principes introduire dès lors et selon quelles modalités ?

Il convient d'affirmer le principe de la reconnaissance globale des droits économiques et sociaux et d'inscrire éventuellement le principe même de chacun, sans plus, soit sous forme de normes minimales, soit dans une formulation sur le mode négatif ("nul ne peut être privé ... si ce n'est ...").

Quels droits formeraient le "noyau dur" des droits économiques et sociaux : le droit au travail, à la santé, à la sécurité sociale, à la sécurité d'existence, le droit à un logement convenable, à un environnement favorable, et aux loisirs.

C'est ensuite au législateur ordinaire à définir la nature, le contenu et les modalités de ces droits, à assurer leur protection et à régler leur exercice; il lui importe aussi d'adapter ces droits à l'évolution de la société.

Soulignons d'ailleurs que le meilleur garant des valeurs sociales semble bien être le principe d'égalité et de non-discrimination que nous avons rangé au nombre des droits et libertés traditionnels constitutionnellement garantis. Une application judicieuse de ce principe se révèle nettement plus efficace qu'une longue énumération de droits économiques et sociaux.

IV.

Quel est le rôle du législateur dans le domaine économique ?

Il est fondamental mais pas illimité. C'est à lui que le constituant confie l'aménagement détaillé des principes fondamentaux.

Si toute réglementation restrictive des libertés et droits économiques doit trouver son origine dans la loi - loi de portée très large (visant notamment la sécurité, la salubrité, la tranquillité) ou loi spéciale ou particulière qui concerne des domaines déterminés et des activités économiques données -, elle ne peut remettre en cause l'existence même de ces droits et libertés.

Quelles sont les techniques d'aménagement des droits fondamentaux utilisables par le législateur ?

Deux grandes options s'offrent à lui : l'interventionnisme direct (l'Etat se fait entrepreneur, industriel, commerçant, financier) et/ou la réglementation de l'activité ou de comportements par voie d'autorité, les pouvoirs publics ne se substituant pas à l'initiative privée mais agissant de l'extérieur sur les conditions de production, de distribution ou de consommation.

Retenant la deuxième option, c'est-à-dire l'interventionnisme indirect unilatéral par voie de contrainte, nous pouvons observer qu'elle se caractérise par deux grands régimes :

- le régime répressif qui laisse se développer l'activité économique mais n'intervient que pour en réprimer les excès (exemples, la réglementation contrôlée : composition d'un produit, réglementation des prix, indication des quantités). Ce régime n'apporte aux libertés et droits fondamentaux que des restrictions limitées.
- Le régime préventif qui subordonne l'exercice d'une activité économique à déclaration ou à autorisation, ou bien soumet à interdiction; le but est ici de contrôler préalablement l'activité afin de prévenir plutôt que de guérir.

Quelles sont les techniques législatives utilisées ?

Deux grandes façons de procéder :

- la loi proprement dite : elle ne nécessite que des arrêtés de pure exécution qui peuvent être adoptés par les différents niveaux de pouvoirs compétents.
- Les lois attributives (lois de cadre et lois de pouvoirs spéciaux) qui confèrent à l'exécutif des attributions pour lesquelles la Constitution ne l'a pas formellement désigné.
- Les lois de cadre énoncent les lignes de force et les principes directeurs que le législateur veut voir respecter; elles s'en remettent à l'Exécutif pour arrêter une réglementation détaillée.
- Les lois de pouvoirs spéciaux qui s'analysent comme de véritables délégations du législatif à l'exécutif permettant à ce dernier, pour un temps donné et pour des compétences strictement déterminées, d'exercer les attributions du législatif c'est-à-dire notamment de modifier ou d'abroger les lois.
Le recours à cette technique permet la réalisation de réformes extrêmement rapides mais la démocratie ne risque-t-elle pas d'y perdre son identité ?

V.

Rôle du pouvoir réglementaire dans le domaine économique ?

Sa place est importante. La raison en est simple : l'action rapide et souple du pouvoir réglementaire - à quelque niveau qu'il se trouve - répond aux besoins de la vie économique.

Toutefois le champ d'action de l'Exécutif est souvent limité; il ne possède pas, sauf exceptions, de pouvoir réglementaire autonome, le principe de l'habilitation législative constitue la mesure de sa compétence. C'est en effet au législateur que revient généralement le pouvoir de déterminer le champ d'action, le contenu et les objectifs de l'autorisation de réglementer accordée à l'Exécutif.

Tantôt, il est limité à l'exécution pure et simple des lois ordinaires, tantôt, en cas de pouvoirs spéciaux ou de lois de cadre, son intervention dépasse la simple exécution; l'Administration jouit alors d'une large marge de manoeuvre et généralement du choix des moyens.

La tendance à privilégier les lois attributives en matière économique, qui s'explique par la mobilité nécessaire des règles et par le souci d'agir rapidement, n'est pas sans danger pour la survie du principe de légalité; le risque est de constater en effet une extension inconsidérée du pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans la mesure où les buts poursuivis par le législateur ne sont pas exprimés de façon suffisamment précise et où les moyens laissés au choix de l'Administration ne permettent plus un contrôle rigoureux du juge.

La tendance à faire descendre le pouvoir réglementaire assez bas dans la hiérarchie des normes se justifie par le souci de mieux saisir la réalité économique et de permettre une adaptation plus aisée.