

Vie du droit

Coup de semonce ? Coup de force ?
Coup d'épée dans l'eau ?À propos de l'arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne
du 5 mai 2020Vlad Constantinesco^(*)

Introduction

Le présent texte fournit une première réaction à l'arrêt rendu le 5 mai dernier par la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) dans le cadre d'un litige concernant la compétence de la Banque centrale européenne (ci-après, la « BCE ») à intervenir sur les marchés à la suite de la crise financière ayant secoué l'Europe et le monde à partir de l'année 2008¹. Il ne prétend pas constituer un commentaire approfondi d'une décision exceptionnellement longue et dont le raisonnement juridique, complexe et compliqué, n'est pas à l'abri de toute critique, notamment en ce qui concerne la manière dont le BVerfG apprécie le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : « la Cour ») ou la manière dont l'*ultra vires*, reproché tant à la Cour qu'à la BCE, est « démontré ». Il entend simplement se concentrer sur les points que l'auteur a jugé essentiels tant pour l'Union européenne elle-même que pour les relations entre son droit et les droits constitutionnels des États membres. Ci-après, l'analyse est divisée en quatre questions abordant quatre thèmes importants pour ces relations.

1 Cet arrêt n'est pas le premier à mettre en doute une jurisprudence de la Cour : en quoi est-il plus grave que les autres ? Se trouve-t-on encore dans le cadre du « dialogue des juges » ? La Cour a-t-elle été assez attentive aux identités nationales des États membres ?

Ce n'est sans doute pas la première fois qu'une juridiction constitutionnelle d'un État membre renâcle à se plier à une décision de la Cour. Comme on le sait, des décisions des Cours constitution-

nelles danoise et tchèque ont, par le passé, montré combien le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour pouvait être parfois tendu...

Mais l'arrêt rendu par le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne (ci-après BVerfG) le 5 mai 2020² a ouvert un redoutable moment de vérité pour l'Union européenne, déjà éprouvée par la crise du coronavirus et ses effets sur les économies des États membres.

Cet arrêt — longuement et laborieusement motivé — conteste le programme de rachat de titres obligataires sur les marchés secondaires conduit par la BCE (PSPP = *Public Sector Purchase Programme*), enjoint à la *Bundesbank* de ne pas procéder à de tels achats à moins que, dans un délai de trois mois, la BCE ait davantage justifié ces mesures au regard du principe de proportionnalité. Et, *last but not least*, le BVerfG refuse clairement de suivre le jugement préjudiciel de la Cour³, qu'elle avait pourtant saisie, avant de juger l'affaire au principal, objet de l'arrêt en cause, jugement qui avait considéré que le programme PSPP mené par la BCE n'était pas contraire au droit de l'Union. C'est cet aspect de l'arrêt qui retient à juste titre l'attention.

Il est vrai que le BVerfG — dont le prestige et le rayonnement sont sans pareil en Europe — avait déjà attiré l'attention, dans le passé, par ses prises de position abruptes à l'égard du principe de primauté du droit de l'Union européenne⁴ (*cf* la saga jurisprudentielle *Solange*⁵). Plus récemment, ses appréciations du Traité de Lisbonne, ou des interventions de la BCE manifestaient une méfiance croissante envers ces développements de l'intégration. Tout ceci se déroulait cependant, pensait-on, dans le cadre d'un « dialogue des juges », à travers lequel se profilait une volonté commune de respect et de compréhension réciproque entre juges constitutionnels nationaux et juges de l'Union.

Ce temps semble désormais révolu : la décision du BVerfG ne s'inscrit plus dans une perspective de « dialogue des juges » mais marque au contraire le début d'une nouvelle phase, celle de la rébellion d'un juge constitutionnel national, qui se considère comme le rempart ultime de l'identité constitutionnelle qu'il entend protéger contre tout ce qu'il estime pouvoir la mettre en péril, au besoin

(*) L'auteur est Professeur émérite de l'Université de Strasbourg, France. Il peut être joint à l'adresse suivante : vladconstantinesco@gmail.com.

(1) BVerfG, jugement du 5 mai 2020, http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html. (2) On lira avec profit le commentaire de J. Ziller, « L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. À propos de l'arrêt de la 2^e chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP », *EUROJUS*, <http://rivista.eurojus.it/>. Complété par F. Martucci, « La Banque centrale européenne et la Cour constitutionnelle allemande : comprendre l'arrêt du 5 mai 2020 », *Le Club des juristes*, 19 mai 2020, <https://www.leclubdesjuristes.com/>. (3) L'arrêt du 11 décembre 2018, affaire C-493/17, *Heinrich Weiss e.a.*, ECLI:EU:C:2018:1000, considère que le programme PSPP de la BCE sur l'acquisition d'obligations souveraines sur les marchés secondaires n'enfreint pas le droit de l'Union, ne dépasse pas le mandat de la BCE et ne viole pas l'interdiction du financement monétaire. (4) Voy. par exemple : A. Gaillet, Th. Hochmann, N. Marsch, Y. Vilain et M. Wendel, *Droits constitutionnels français et allemand. Perspective comparée*, LGDJ, 2019, pp. 427 et s. ; Ch. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, n° 2, avril 2019, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-recente-de-la-cour-constitutionnelle-allemande-relative-au-droit-de-l-union>. (5) N. Petersen, *La Cour constitutionnelle allemande et l'intégration européenne (Partie I - Introduction historique)*, <https://blogdroiteuropeen.com/tag/cour-constitutionnelle-allemande/>.

en allant contre l'effet généralement reconnu aux arrêts préjudiciels de la Cour.

Pourtant, depuis le Traité de Maastricht, le respect des identités nationales des États membres s'impose à l'Union européenne. Le traité de Lisbonne a précisé les éléments de cette identité dans l'article 4, § 2, TUE. La notion d'*identité nationale*, par son insertion dans les traités constitutifs, est devenue — pour partie⁶ — une notion relevant du droit de l'Union, justiciable en tant que telle de l'interprétation de la Cour. La notion apparaît ainsi comme une limite aux interventions de l'Union et renforce le *principe de la compétence d'attribution*, affirmé par le § 1^{er} du même article 4 TUE, en vertu duquel « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

La Cour elle-même a été attentive au respect des identités nationales des États membres, comme le montre une jurisprudence bien connue, qui considère que les éléments déterminants d'un ordre constitutionnel national peuvent, sous certaines conditions — notamment de proportionnalité — l'autoriser à déroger au droit de l'Union.

Fallait-il qu'elle soit davantage compréhensive ? Le pouvait-elle ? La question demeure ouverte, car même si les valeurs de l'Union européenne sont communes aux États membres et procèdent de leurs traditions constitutionnelles, la Cour, dont la mission est d'assurer la prévalence du droit de l'Union sur le droit national, ne peut accepter l'invocation de l'identité nationale qu'avec retenue et réserve, faute d'être infidèle à la mission que les traités lui assignent. Mais la vision contrapunctique et pacifiée des relations entre les juges nationaux et la Cour de justice à laquelle l'avocat-général Poiares Maduro appelait ne trouve-t-elle pas dans la décision du BVerfG un véritable coup de semonce sinon un coup d'arrêt ?

2 Qu'en est-il du principe de primauté ? Son fondement est-il mis en cause ? Devient-il un principe que les juridictions nationales peuvent moduler à leur guise ?

Il n'est pas étonnant que ce soit le principe de primauté dans sa confrontation avec l'identité nationale qui se trouve au cœur de l'arrêt du BVerfG. Comme chacun le sait, ce principe ne figurait pas dans les traités constitutifs et n'y figure toujours pas de manière aussi lapidaire et explicite que l'est par exemple, l'article 31 de la Loi fondamentale : *Bundesrecht bricht Landesrecht* (« le droit fédéral prime le droit de Land »).

Le traité de Lisbonne a été assorti d'une *déclaration* (n° 17) relative à la primauté qui annexe à l'acte final de la conférence intergouvernementale un *avis du service juridique du Conseil* en date du 22 juin 2007, dans lequel étaient rappelés les termes de l'arrêt *Costa c. ENEL*. Comme on le sait, il n'appartient pas à la Cour de

se prononcer sur la validité d'une disposition du droit national au regard du droit de l'Union : notamment, elle n'a pas la possibilité d'annuler une norme du droit national⁷ qui lui semblerait contraire au droit de l'Union. C'est là toute la différence avec une juridiction suprême fédérale.

Qui plus est, les compétences d'interprétation et d'appréciation de validité ont été confiées à la Cour par la voie d'un traité conclu entre États membres en vertu du *jus tractatus* que les constitutions nationales leur confèrent. Si bien que c'est dans l'ordre constitutionnel national que réside le fondement de la compétence de la Cour. L'ordre juridictionnel, comme l'ordre juridique de l'Union, n'est donc pas autonome, mais dérive des ordres constitutionnels nationaux. Telle pourrait être l'argumentation sous-jacente du BVerfG pour se considérer, en quelque sorte, « supérieur » à la Cour, ce qu'il revendique en estimant ne pas être lié par l'interprétation donnée à titre préjudiciel par la Cour. Celle-ci, selon lui, est non seulement mal fondée, mais également *ultra vires*. Le juge constitutionnel allemand se reconnaît ainsi la compétence — au nom des principes fondamentaux de son ordre constitutionnel — de se substituer au juge naturel de l'Union qu'est la Cour de justice.

Au fond, subordonner l'effet du droit de l'Union — ici sa primauté — à sa compatibilité avec les principes fondamentaux d'un ordre constitutionnel national revient à pratiquer une sorte de *nullification juridictionnelle*. On emprunte ce terme de *nullification* au sénateur John C. Calhoun (1782-1850) qui avait, à partir d'une lecture confédérale de la constitution américaine, estimé que tout État pouvait « *nullifier* », rendre nulle, sur son territoire une loi fédérale jugée contraire à ses intérêts ou à ses principes.

Au-delà, on doit se demander si une telle attitude n'aboutit pas à ne reconnaître la validité de l'ordre juridique de l'Union que si et dans la mesure où l'Union fait totalement siennes les déterminants de l'ordre constitutionnel allemand ou, dit plus simplement, à condition que le droit de l'Union emprunte tous les traits et exigences qui sont ceux de la Loi fondamentale. Si l'on pouvait parler de « congruence structurelle » pour décrire le cheminement progressif des ordres européens et nationaux vers des finalités communes, dans le respect de leurs spécificités réciproques, le chemin ouvert par l'arrêt *Solange I* débouche, avec l'arrêt du 5 mai 2020, sur la revendication d'une homothétie : l'ordre juridique de l'Union est appelé à être un simple décalque de l'ordre constitutionnel allemand.

Si la primauté n'est pas une conception ou un mode d'organisation hiérarchique d'organisation des rapports entre systèmes, quelle peut être son effet utile ? La primauté, absolue en principe, du droit de l'Union sur toute norme nationale contraire — y compris la norme constitutionnelle — peut-elle être contredite par une juridiction constitutionnelle sans y perdre son autorité et sa fonction d'assurer l'égal respect du droit de l'Union par tous les États membres ? Assurément, cette prétention constituerait un véritable coup de force à l'égard du droit de l'Union, coup de force susceptible de trouver des échos bienveillants au sein d'autres États membres et de leurs juridictions.

(6) Pour partie seulement, car les juridictions constitutionnelles nationales sont également les interprètes de cette notion, ce qui pose la question de l'articulation entre ces deux chaînes interprétatives. (7) Elle ne peut que recommander au juge national d'écarter l'application de toute norme nationale contraire au droit de l'Union.

Vie du droit

Mais à l'inverse, *quid* de la suprématie de la Constitution si elle ne peut se manifester dans le champ des compétences de l'Union et de leur exercice ? L'idée de deux champs matériels de compétences, de deux champs séparés ayant chacun une juridiction constitutionnelle disposant du dernier mot ne répond pas à la réalité. Celle-ci est au contraire faite de chevauchements, d'empiétements et parfois de conflits comme en l'espèce qui ne peuvent être résolus en l'absence de mécanismes mettant en place une procédure et une institution tierce chargée du règlement des divergences entre décisions des Cours constitutionnelles nationales et Cour de justice.

3 Quelles pourraient être les suites de cet arrêt ? *Quid* de l'autorité de la Cour ? *Quid* de l'indépendance de la BCE ? Le lancement d'un recours en manquement par la Commission serait-il une mesure adéquate et utile ?

Immédiatement après le prononcé de l'arrêt du 5 mai 2020, les institutions mises en cause ont réagi par des communiqués ou des annonces claires et nettes qui laissaient prévoir la montée d'une incontestable tension. Ainsi, tant la Cour⁸ que la BCE⁹ ont en termes lapidaires et solennels rappelé le fondement et la délimitation de leurs compétences respectives face à un arrêt qui tendait à les mettre en cause. De même, la Commission européenne¹⁰ a rappelé certaines évidences du droit de l'Union, tout en envisageant de mettre en œuvre un recours en constatation de manquement dirigé contre l'Allemagne.

Au lendemain de l'arrêt, la situation qu'il créait était en mesure de déclencher une épreuve de force entre les principales institutions intéressées : Cour, BVerfG, BCE, Commission, Bundesbank, Bundestag et gouvernement allemand. Notamment, on pouvait se demander si l'utilisation du recours en manquement était le moyen le plus approprié pour surmonter l'arrêt du BVerfG ? Certes, selon une jurisprudence constante, « le manquement est imputable à

l'État membre quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante »¹¹.

Mais il faut se souvenir que l'arrêt rendu au titre du recours en manquement est de nature déclaratoire, la Cour n'ayant pas la compétence d'émettre des injonctions ou d'invalider les mesures nationales jugées constitutives de manquement. Dans une affaire comme celle-ci, on peut se demander si ce recours — même limité à sa phase précontentieuse — constituait bien la voie la plus appropriée pour résoudre ce conflit. La Commission, en tant que gardienne des traités, dispose d'un large pouvoir d'appréciation — d'une véritable discrétion — dans le maniement de ces procédures auxquelles elle n'est pas tenue de recourir. Au demeurant, la mise en œuvre d'un tel recours pourrait aboutir non seulement à durcir le conflit, mais aussi à la non-exécution d'un tel arrêt de la Cour. Car comment le gouvernement allemand pourrait-il obliger le BVerfG à changer sa jurisprudence ?

Ce conflit juridique, comme beaucoup d'autres, ne peut être résolu efficacement et par le haut que par la voie politique.

En ce sens, on peut penser que la récente proposition de l'Allemagne et de la France d'un Fonds européen de relance pour la solidarité et la croissance dans la zone euro publiée le 18 mai 2020¹² est bien la réponse politique et financière appropriée à cette crise juridictionnelle et juridique qui portait précisément sur la question de savoir si la BCE n'avait pas excédé ses compétences. Rien n'est certes encore définitivement joué car il reste à convaincre les autres États appartenant à la zone euro, et l'on sait que certains d'entre eux sont pour le moins réticents à accepter un mécanisme qui conduirait à une solidarité de type fédéral par une mutualisation des dettes. L'arrêt de BVerfG n'aurait-il alors été qu'un coup d'épée dans l'eau ? Peut-être, s'agissant de l'avenir de la zone euro. Mais ce n'est pas la seule dimension de cet arrêt.

4 Que dit cet arrêt de la nature juridique de l'Union européenne ?

On en vient à la question fondamentale qui parcourt en filigrane tout l'arrêt. Sur ce sujet, les opinions sont diverses.

(8) « Les services de l'institution ne commentent jamais un arrêt d'une juridiction nationale. D'une manière générale, il est rappelé que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, un arrêt rendu à titre préjudiciel par cette Cour lie le juge national pour la solution du litige au principal. 1. Afin d'assurer une application uniforme du droit de l'Union, seule la Cour de justice, créée à cette fin par les États membres, est compétente pour constater qu'un acte d'une institution de l'Union est contraire au droit de l'Union. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité de tels actes seraient en effet susceptibles de compromettre l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de porter atteinte à la sécurité juridique. 2. Tout comme d'autres autorités des États membres, les juridictions nationales sont obligées de garantir le plein effet du droit de l'Union. Ce n'est qu'ainsi que l'égalité des États membres dans l'Union créée par eux peut être assurée. L'institution s'abstiendra de toute autre communication à ce sujet ». (9) « The Governing Council received a preliminary briefing by the governor of the Bundesbank and by the legal department of the European Central Bank (ECB). The ECB takes note of today's judgment by the German Federal Constitutional Court regarding the Public Sector Purchase Programme (PSPP). The Governing Council remains fully committed to doing everything necessary within its mandate to ensure that inflation rises to levels consistent with its medium-term aim and that the monetary policy action taken in pursuit of the objective of maintaining price stability is transmitted to all parts of the economy and to all jurisdictions of the euro area ». (10) « Le récent jugement de la Cour constitutionnelle allemande a mis en exergue deux sujets touchant à l'Union européenne : le système de l'Euro et le système juridique européen. Nous prenons bonne note de la déclaration très claire de la Cour de justice européenne du 8 mai. De même, la Commission européenne défend trois principes de base : que la politique monétaire de l'Union est une compétence exclusive ; que le droit européen prévaut sur le droit national ; et que les jugements rendus par la Cour de justice européenne sont contraignants pour les cours de justice nationales. La parole ultime sur le droit européen est rendue au Luxembourg. La Commission européenne a la tâche de sauvegarder le fonctionnement correct du système de l'Euro et du système juridique européen. Nous analysons maintenant le jugement de la Cour constitutionnelle allemande dans le détail. Et nous examinerons de possibles prochaines étapes, qui pourraient inclure l'option d'une procédure d'infraction. L'Union européenne est une communauté de valeurs et de droit, qui doit être préservée et défendue à tout moment. C'est ce qui nous maintient ensemble. C'est ce qui nous défendons ». (11) Affirmation continuellement reprise depuis l'arrêt rendu le 5 mai 1970 dans l'affaire 77/69, *Commission c. Belgique*, ECLI:EU:C:1970:34. (12) <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/05/18/initiative-franco-allemande-pour-la-relance-europeenne-face-a-la-crise-du-coronavirus>.

Pour le BVerfG, l'Union n'est ni un *Bundesstaat* ni un *Staatenbund* mais simplement un *Staatenverbund* qui manque de légitimation démocratique, notamment parce que le principe « *one man, one vote* » n'est pas respecté par les modalités d'élection des eurodéputés. On peut discuter de l'argument, mais la qualification reflète, à notre avis, la réalité.

Pour la doctrine, beaucoup admettent — ce qui n'est qu'une facilité et une manière d'esquiver la difficulté — la nature *sui generis* de l'Union européenne. Certains cherchent à en analyser la nature juridique autour d'un *mixtum compositum*, d'un mélange d'éléments de type fédéral et de type confédéral. D'autres enfin y voient un exemple de *Fédération*, à l'instar de Carl Schmitt et d'Olivier Beaud, à savoir une entité composite, composée d'États et d'organes communs agissant dans le cadre de compétences limitées, dans laquelle la question de la souveraineté serait en quelque sorte toujours ouverte, c'est-à-dire ne se poserait pas quotidiennement, mais émergerait à l'occasion d'un moment de crise.

Le *Staatenverbund* du BVerfG semble assez proche de la Fédération ainsi conçue.

« Loin d'évacuer la notion de souveraineté, la notion de Fédération — équilibre mouvant entre forces centripètes et centrifuges — repose sur elle, chacun des ordres pouvant la revendiquer au moment où se pose "le conflit existentiel". Cependant, en dehors de ces hypothèses extrêmes, rares mais décisives, la question de sa-

voir à qui appartient la souveraineté — dans son sens de décider de son existence — demeure toujours pendante »¹³.

Il faut pourtant se préoccuper de cette souveraineté dans l'Union européenne. Le moment n'est-il pas venu d'aller vers elle, vers cette « souveraineté européenne » au sens que lui donne le président Macron ? Ne serait-il pas plus simple en théorie, diablement difficile en pratique, si l'on entend unir mais aussi respecter la diversité, de localiser cette souveraineté au niveau des institutions de l'Union, revues, renouvelées de manière à pleinement répondre au souci du BVerfG d'y faire prospérer le principe démocratique ?

Là aussi ce ne sera qu'une réponse politique des États membres, gouvernements, parlements, en l'absence d'un *demos* européen qui pourra aider à dépasser les monologues parallèles entre Cours constitutionnelles et Cour de justice.

Car c'est bien une question de souveraineté qui les divise, la question de savoir qui aura le dernier mot¹⁴ étant précisément révélatrice d'un conflit portant sur la souveraineté.

Le président du 2^e Sénat du BVerfG, le professeur Voskuhle, compare le réseau des Cours constitutionnelles et des Cours européennes à un mobile de Calder : chaque oscillation d'un élément se propage aux autres et les fait se mouvoir. Nul doute que la forte secousse venue du BVerfG ne se répercute sur les autres composantes. Mais il est trop tôt encore pour dire lesquelles se mouvront et dans quel sens elles iront.

(13) V. Constantinesco, « Que signifie être un État membre de l'Union européenne ? », in P. d'Argent, D. Renders et M. Verdussen, *Les visages de l'État - Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruylant, 2017, p. 207, spéc. p. 219. (14) A. Supiot, « La guerre du dernier mot », in *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière, Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, 2019, p. 489, dresse un très remarquable tableau de l'enchaînement des jurisprudences constitutionnelles allemande et européenne, chacune recherchant la suprématie par la possession de dernier mot, possession qui — comme toute possession — ne peut être que provisoire.