

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO
3 / 2020

LUGLIO - SETTEMBRE

Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 sur le programme PSPP de la BCE

Constance Grewe

The judgment of the German Constitutional Court was necessarily expected as such, but it had undergone a lengthy preparation: since its Maastricht and Lisbon Treaty judgements, the BVerfG had indeed laid the groundwork which enabled to unfold its reasoning in Weiss. They are two: standing for appeal and arguments to put forward. Overall, one can indeed regret the decision's weaknesses in reasoning, to the point of where the BVerfG falls into ultra vires. In terms of legal theory, the judgement puts a fundamental debate back on the agenda, namely monism v. pluralism. [The judgment of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 on the ECB's PSPP programme]

Pour présenter cet arrêt, je ne puis résister au plaisir de citer un commentaire de Franz Mayer qui introduit ses propos comme suit:

«La deuxième Chambre de la Cour constitutionnelle a constaté que le programme PSPP de la BCE porte atteinte à la Loi Fondamentale. Plus précisément, elle a constaté que le programme PSPP n'est pas compatible avec la Loi Fondamentale parce qu'en raison d'un dépassement des compétences européennes il n'est pas compatible avec le droit de l'Union. Non, ce n'est pas ça non plus. Encore une fois».

Et là, en désespoir de cause, Franz Mayer cite le dispositif de l'arrêt en relevant que le gouvernement fédéral et le Bundestag ont porté atteinte à la Loi Fondamentale (principe démocratique) en omettant de prendre les mesures appropriées pour que la BCE examine et démontre que le programme PSPP correspond au droit européen (principe de proportionnalité). Pour parfaire la confusion, Franz Mayer ajoute que précédemment la Cour de justice de l'UE

(CJUE) avait déjà jugé ce programme conforme au droit européen. C'est en effet sur renvoi par la Cour constitutionnelle allemande que la CJUE a rendu l'arrêt Weiss. Pour rejuger cette affaire, il était donc nécessaire pour la Cour constitutionnelle allemande de mettre de côté l'obstacle constitué par cette décision de la CJUE. Ce qui sera fait en déclarant l'arrêt inapplicable sur le territoire allemand car rendu *ultra vires*, en violation donc du principe **d'attribution des compétences**.

Dans un premier temps, il conviendra de situer ce jugement dans son contexte et d'expliquer le raisonnement qui aboutit à ce constat. Je voudrais préciser à cet égard que je m'en tiendrai seulement aux grandes articulations de ce raisonnement (l'arrêt fait 72 pages!), d'autant plus que je ne suis pas spécialiste du droit économique et encore moins du droit monétaire de l'Union. Dans un deuxième temps, je voudrais me livrer à quelques interrogations sur ce qu'il faut penser de cet arrêt en guise d'incitation au débat.

1. Le raisonnement suivi par la Cour ou le droit de l'Union vu de Karlsruhe

L'arrêt du 5 mai était sinon attendu, du moins longuement préparé. Depuis l'arrêt Maastricht en passant par celui sur le traité de Lisbonne, la Cour avait en effet posé les jalons (1.1.) qui lui ont permis en l'espèce de dérouler son raisonnement (1.2.).

1.1. Les jalons

Ils sont essentiellement au nombre de deux : le droit de recours et les moyens invocables.

1.1.1. Le droit de recours

En l'occurrence, la Cour a été saisie par des recours constitutionnels, donc des voies de droit normalement destinées à faire juger des atteintes aux droits fondamentaux commises par la puissance publique. Normalement encore, de tels recours sont soumis à un filtrage sévère de telle sorte que moins de 1% d'entre eux sont déclarés admissibles. A l'occasion de l'arrêt sur le traité de Maastricht⁽¹⁾, la

Cour a inauguré une saisine extravagante : elle a déclaré admissibles des recours fondés sur l'art. 38 Loi Fondamentale (droit de vote) en estimant que le droit de vote comprend le droit pour tous les citoyens allemands de pouvoir influencer les décisions principales prises par leurs représentants. Pour que ce droit demeure une réalité, il était essentiel que l'Allemagne garde des compétences substantielles et ne les délègue pas à l'UE (principe démocratique).

On peut donc constater qu'à ce stade déjà, la conception de la Cour prend des colorations plus ou moins eurosceptiques, plus visibles encore dans les requêtes qui lui seront soumises notamment à l'occasion du traité de Lisbonne ^[2].

1.1.2. Les moyens invocables

Esquissés seulement dans l'arrêt Maastricht, les deux moyens de l'identité constitutionnelle et de l'acte ultra vires seront ensuite développés dans la jurisprudence Lisbonne, Honeywell ^[3] et OMT ^[4]. S'agissant de l'acte adopté ultra vires qui nous occupe ici, la Cour avait entouré l'exercice de ce contrôle d'un grand nombre de précautions formulées dans l'arrêt Honeywell. Trois conditions doivent être remplies pour pouvoir reprocher à la CJUE d'avoir agi ultra vires. La Cour constitutionnelle doit d'abord renvoyer la question à la Cour de justice, elle doit ensuite tolérer des dissensions et ne déclencher son contrôle qu'en cas de jugement arbitraire qui entraîne un «*glissement structurel des compétences préjudiciable aux États membres*». On aura reconnu ici les principaux griefs adressés par la Cour allemande en 2020 à la Cour de justice. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle est donc en quelque sorte tombée dans le piège qu'elle s'était elle-même fabriquée en voulant protéger la Cour de justice d'actions par trop intempestives ^[5].

1.2. Le raisonnement suivi dans l'arrêt sur la BCE

Saisie en l'occurrence de quatre recours constitutionnels, la Cour constitutionnelle les a joints dans une seule décision. Elle retient deux griefs: celui relatif à l'arrêt Weiss rendu par la CJUE sur renvoi préjudiciel par la Cour constitutionnelle allemande statuant sur la conformité du programme PSPP au droit de l'Union et celui concernant l'observation par la BCE du principe de proportionnalité. Elle rejette notamment le moyen selon lequel le programme

PSPP relevait de la politique économique et non pas de la politique monétaire.

1.2.1. L'objet du litige

Relativement à l'objet du litige, la Cour constitutionnelle constate au préalable que les agissements des organes, institutions et autres organismes de l'Union sont insusceptibles d'être remis en cause par la voie du recours constitutionnel. Seule la Cour de justice peut se prononcer à cet égard (art. 19 TUE) et seuls des actes issus d'autorités nationales peuvent être attaqués par le recours constitutionnel (art. 93-4 a) Loi Fondamentale). C'est pourquoi la Cour insiste ensuite sur la responsabilité particulière incombant au gouvernement et au Parlement allemands en matière d'intégration européenne. Ainsi devient-il possible d'autoriser un recours constitutionnel; encore faut-il accepter qu'une omission soit constitutive d'une atteinte aux droits fondamentaux. En général, ce n'est admis qu'en cas d'obligation de protection de l'État, l'une des très rares obligations positives en droit constitutionnel allemand. En l'espèce, ce pas est franchi sans aucune justification. Les recours sont alors valablement dirigés contre les omissions du gouvernement et du Parlement ainsi que, accessoirement, de la Banque centrale allemande.

1.2.2. Le monopole interprétatif de la CJUE

Reste l'obstacle du monopole interprétatif de la CJUE. Après avoir souligné à plusieurs reprises l'existence et la nécessité de ce monopole, la Cour évoque la primauté du droit de l'Union, fondé en droit allemand sur le principe d'attribution des compétences tel qu'inscrit dans la Loi Fondamentale (art. 23 combiné avec l'art. 20). Elle en déduit qu'une interprétation du droit de l'Union conduisant à étendre les compétences européennes dépasse le mandat de la CJUE. La Cour constitutionnelle allemande retrouve alors sa compétence pour se prononcer sur la portée de la délégation consentie par l'Allemagne.

1.2.3. Le contrôle ultra vires

Nous voilà au cœur du contrôle ultra vires. La Cour constitutionnelle doit donc faire usage des critères développés à cet égard dans la jurisprudence Honeywell.

En conséquence, le détournement de compétence doit être manifeste (*offensichtlich*), il doit être effectué de manière objectivement arbitraire et déboucher sur une réduction structurelle des compétences des États membres. Le caractère manifeste de la méconnaissance des compétences nécessite pourtant un examen alambiqué. À cet égard, la Cour insiste sur la signification et la portée des méthodes d'interprétation en droit de l'Union. Ne pas tenir compte des principes d'interprétation communs à l'espace juridique européen n'est plus couvert, selon la Cour constitutionnelle, par le mandat attribué à la CJUE à l'Art. 19 TUE. Il me semble que c'est la première fois que les méthodes d'interprétation se voient ainsi "*sanctifiées*".

La faute que la Cour constitutionnelle reproche concrètement à la Cour de justice tient au contrôle de proportionnalité qui n'aurait pas respecté les canons européens. Pour un comparatiste, il est fort surprenant de lire sous la plume de la Cour constitutionnelle allemande que ce contrôle est pratiqué de la même façon, c'est-à-dire en trois étapes, en Allemagne, en France, en Espagne, en Suède, en Italie, en Autriche, en Pologne, en Hongrie et au Royaume Uni ! Bref, c'est parce que la CJUE opère un contrôle superficiel, réduit pour l'essentiel à l'examen d'une erreur manifeste, que son jugement mérite le qualificatif d'«*arbitraire*», «*incompréhensible*» ou «*insaisissable*» (*nicht nachvollziehbar*).

La Cour allemande examine ensuite les autres critères pour conclure qu'en présence d'une compétence discrétionnaire de la BCE pour décider des programmes PSPP, l'absence d'un contrôle de proportionnalité plus poussé par la Cour de justice vide ce contrôle de sa fonction. Il deviendrait ainsi impossible de connaître précisément les répercussions économiques de la politique monétaire poursuivie par la BCE. Or, comme la politique économique relève surtout de la compétence des États membres, ce relâchement du contrôle est de nature à entraîner une réduction structurelle des compétences des États membres. L'ultra vires est donc consommé et, par suite, l'arrêt Weiss n'est pas applicable sur le territoire allemand.

La Cour demande alors à la BCE de livrer dans les trois mois à venir les éléments d'appréciation nécessaires pour effectuer un contrôle digne de ce nom et aux autorités politiques allemandes d'agir dans ce sens.

2. Que penser de cet arrêt?

Les réactions engendrées par cet arrêt sont vigoureuses et contrastées. Outre les réflexions d'ores et déjà entamées sur les suites concrètes, tel qu'un recours en manquement de la Commission, force est d'abord de constater à quel point il est politiquement inopportun, suscitant même la question de l'émergence d'un populisme juridique (2.1.). On peut regretter ensuite les faiblesses de son raisonnement jusqu'à tomber lui-même dans l'ultra vires (2.2.), d'autant que, sur le plan de la théorie juridique, il réactualise un débat fondamental, celui entre monisme et pluralisme (2.3.).

2.1. L'inopportunité : l'émergence d'un populisme juridique?

L'inopportunité paraît criante: à l'heure des populismes ascendants en Pologne et en Hongrie, il n'était sans doute pas souhaitable de rajouter une désobéissance à la jurisprudence de la Cour de justice; de fournir un argumentaire et un exemple à suivre à ces régimes. A l'heure du Covid 19 et de la crise économique majeure qu'il provoquera, il était certainement maladroit de mettre en cause les actions menées par la BCE. A l'heure du Brexit et de l'afflux des réfugiés, en bref, à l'heure des dissensions européennes, il n'était peut-être pas nécessaire d'en ajouter un autre désaccord. On notera d'ailleurs à ce propos que les réactions en Allemagne sont souvent bien plus positives que partout ailleurs^[6]. Le moment était, certes, très mal choisi.

C'était la veille de la fin du mandat du président de la Cour, M. Vosskuhle. Les interviews donnés par celui-ci ainsi que par le juge rapporteur, Peter Huber, dans les jours qui ont suivi la publication de l'arrêt n'ont pas contribué à l'apaisement^[7]. M. Vosskuhle y a évoqué une action contre les "*élites libérales*" en direction des "*gens normaux*"^[8] et M. Huber a insisté sur l'idée que la Cour s'est bornée à dire le droit, sous-entendu que c'était là la seule solution "*juste*"^[9]. Ces déclarations font penser à une sorte de populisme juridique.

2.2. Les faiblesses du raisonnement : l'ultra vires de la Cour constitutionnelle

La question de savoir si la Cour constitutionnelle a eu raison ou non de mettre en cause le programme PSPP, si un contrôle plus approfondi était souhaitable et seulement faisable reste controversée parmi les juristes et les économistes. Sur ce point, j'ai pu lire à peu près toutes les opinions^[10] ; je ne rentrerai donc pas dans ce débat.

Ce qui me paraît plus clair en revanche, c'est qu'en poussant si loin le contrôle de la conformité au droit de l'Union, la Cour constitutionnelle a elle-même commis un ultra vires^[11]. Si la diminution des compétences nationales était si évidente, pourquoi nécessitait-elle une si longue démonstration^[12] ? Est-ce que le contrôle de proportionnalité était un instrument adéquat pour apprécier cette diminution des compétences^[13] ? Et enfin, l'argument employé, la technique du contrôle de proportionnalité, est tout simplement erroné. C'est un secret de polichinelle des comparatistes qu'en dépit de la convergence européenne sur les grandes notions telles que l'État de droit, les droits fondamentaux et le contrôle de proportionnalité, la mise en œuvre concrète de ces notions diverge très largement dans les États membres. Ce raisonnement compromet la crédibilité de la Cour constitutionnelle et de sa tentative, peut-être louable, de contrôler davantage les organes européens.

2.3. Le risque: l'oubli de l'enjeu principal

Du coup, on risque de perdre de vue ou de ne pas débattre suffisamment de l'enjeu principal en cause, le choix entre monisme et pluralisme. En effet, la primauté, telle qu'elle est défendue par la CJUE se présente comme un principe absolu: tout le droit de l'Union – y compris le droit secondaire – prime tout le droit national – y compris le droit constitutionnel. C'est pourquoi un certain nombre de juristes européens estiment qu'il faut interdire aux juridictions nationales de pratiquer des contrôles ultra vires. Une déclaration avec ce contenu circule actuellement.^[14] D'autres proposent l'institution d'une déclaration d'incompatibilité^[15] ou la création d'une sorte de tribunal des conflits^[16].

Les partisans du pluralisme voient dans la primauté un principe relatif. Si en règle

générale, le droit de l'UE doit avoir la priorité, il peut y avoir des cas où cette priorité est refusée lorsqu'elle se heurte à un principe ou à une valeur nationale fondamentale. Évidemment, et l'arrêt sur la BCE le montre, il n'existe pas, dans ce cas, de règle de conflit ni de dernier mot. La fameuse question de la compétence de la compétence reste suspendue.

Seul le dialogue, une négociation donc, peut alors aider à résoudre le problème^[17]. L'avantage de cette situation inconfortable est qu'elle permet un jeu de checks and balances; de corriger, le cas échéant, des excès commis à un niveau ou un autre. Ainsi la CJUE n'est pas davantage au-dessus de tout soupçon: on pensera à l'idolâtrie dont elle a entouré l'autonomie du droit de l'UE dans son avis sur l'adhésion à la CEDH.

Bien d'autres questions mériteraient d'être posées. Par exemple, est-ce aux juges de mener ce débat ou n'entre-t-on pas ici dans le champ du politique? Ou encore, est-ce que l'ultra vires, c'est-à-dire une divergence sur la répartition des compétences peut constituer une exception à la règle de la primauté? Car l'ultra vires déploie ses effets *erga omnes*: la modification des compétences vaut pour tous les États membres. En revanche, l'identité constitutionnelle concerne un problème bilatéral; c'est la rencontre entre le droit de l'Union et un seul ordre juridique national qui met en cause la primauté.

Ces questions risquent d'être mises en sourdine alors qu'elles auraient pourtant mérité, à mon avis, de plus amples réflexions.

1. BVerfG, 12 octobre 1993, BVerfGE 89, 155.
2. BVerfG du 30-6-2009, BVerfGE 123, 267.
3. BVerfG du 6 juillet 2010, BVerfGE 126, 286
4. BVerfG du 21 juin 2016, BVerfGE 142, p. 123.
5. F. Mayer, Auf dem Weg zum Richterfaustrecht?, *Verfassungsblog*, 7 mai 2020, p.2; D. Grimm, Jetzt war es soweit, *FAZ* 18 mai 2020, p. 7.
6. Voir parmi d'autres W. Kahl, Ein Befreiungsschlag, *FAZ* 19-5-2020.
7. Voir J. Jahn, Verfassungsrichter in der Defensive, *VerfBlog*, 2020/5/21, <https://verfassungsblog.de/verfassungsrichter-in-der-defensive/> qui estime que ces prises de position excèdent la politique de communication de la juridiction.
8. *Die Zeit*, 13-5-2020.
9. *FAZ*, 12-5-2020.
10. A. Brade, M. Gentzsch, *PSPP mit „PEPP“*: Der währungspolitische Kontrollmaßstab des BVerfG als „Ultra-vires-Akt“?, *VerfBlog*, 2020/5/07,

- <https://verfassungsblog.de/pspp-mit-pepp/> le nient; pour un point de vue plus nuancé entre droit allemand et droit de l'UE, voir F. Bignami, Law or Politics?: The BVerfG's PSPP Judgment, *VerfBlog*, 2020/5/21, <https://verfassungsblog.de/law-or-politics/>.
11. Au moins aurait-il fallu renvoyer une nouvelle fois à la CJUE : H.-J. Hellwig, Das Bundesverfassungsgericht hätte vorlegen müssen, FAZ 12-05-2020.
 12. Voir l'interprétation donnée par P. Eleftheriadis, Germany's Failing Court, *VerfBlog*, 2020/5/18, <https://verfassungsblog.de/germanys-failing-court/>.
 13. J. Ziller, L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. A propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne, www.rivista.eurojus.it, Fasc. 2, 2020, p.6 et C. Pegatzky, Wasser auf die Mühlen der Euroskeptiker, FAZ 6-5-2020.
 14. R. D. Kelemen, P. Eeckhout, F. Fabbrini, L. Pech, R. Uitz, National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order, *VerfBlog*, 2020/5/26, <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>.
 15. O. Garner, Squaring the PSPP Circle: How a 'declaration of incompatibility' can reconcile the supremacy of EU law with respect for national constitutional identity, *VerfBlog*, 2020/5/22, <https://verfassungsblog.de/squaring-the-pspp-circle/>.
 16. D. Sarmiento and J.H.H. Weiler, The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice: A Position Paper, *Int'l J. Const. L. Blog*, June 2, 2020, at: <http://www.icconnectblog.com/2020/06/the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-a-position-paper/>; voir aussi A Hatje, Gemeinsam aus der Ultra-vires-Falle, <https://verfassungsblog.de>.
 17. M. van den Brink, Unquestioned supremacy still begs the question, *VerfBlog*, 2020/5/29, <https://verfassungsblog.de/unquestionedsupremacy-still-begs-the-question/>.