

Isabelle BOURGEOIS

L'arrêt du 5 mai 2020 des Juges de Karlsruhe

Dans le contexte actuel de méfiance réciproque entre les Etats de l'UE, de susceptibilités avivées et d'exacerbation quant aux retombées budgétaires et économiques de la gestion de la crise du coronavirus, l'arrêt rendu le 5 mai par le Tribunal constitutionnel fédéral (TCF) fait grand bruit. Les juges de Karlsruhe, en exerçant une fonction de clarification, ont lancé un défi herculéen à toutes les parties concernées : celui de la construction, pas à pas, d'une Europe démocratiquement légitimée. Ils demandent que soient maintenant clairement définies, pour le citoyen, les conditions et implications de l'intégration européenne.

L'arrêt se résume à un « oui, mais » : oui, il n'y a rien à redire aux programmes d'achat d'actifs publics, et notamment au PSPP, mais... ; oui, la Cour européenne de justice (CJUE) a validé à juste titre ces programmes, mais... Les objections de Karlsruhe ne sont pas minces : elles font ressurgir de manière aigüe les questions de fond, longtemps occultées, que doivent d'urgence aborder les Etats de l'UE s'ils ont réellement la volonté de poursuivre l'œuvre de construction européenne. Et en tout premier lieu celle du choix du statut à donner à l'UE : simple zone de libre échange plus ou moins intégrée, confédération d'Etats, Etats Unis d'Europe ?

L'objet du 'litige' relève d'abord du droit, avant de concerner le politique

Certes, l'arrêt de Karlsruhe tombe au pire moment : au plus fort de la guerre intestine que se livrent le Sud et le Nord de l'UE sur les « Coronabonds » – prolongement du front des « Eurobonds ». L'approche de la date (1^{er} juillet) à laquelle l'Allemagne assurera, pour un semestre, la présidence de l'UE n'est pas non plus pour calmer les esprits. Raison de plus pour considérer avec plus de sérénité les termes de l'argumentation *juridique* du TCF et de veiller à la distinguer de l'action *politique*.

L'acte *politique* que constitue la menace, brandie par la présidente de la Commission, d'engager contre l'Allemagne une procédure pour infraction aux traités européens, s'inscrit dans ce même contexte d'exacerbation. Politiquement, Ursula von der Leyen se devait de réagir publiquement ainsi. Mais qu'a-t-elle dit au juste ? « *Je prends la chose très au sérieux* », écrit-elle dans sa réponse¹ au député européen écologiste Sven Giegold qui lui avait adressé une lettre ouverte le 9 mai². Et elle poursuit : « *La Commission est en train d'analyser en détail le jugement de plus de cent pages de la Cour constitutionnelle allemande* », avant de conclure que, « *sur la base des conclusions, nous examinons de possibles prochaines étapes allant jusqu'à une procédure pour infraction aux traités européens* ». Ne dit-elle pas que, avant toute chose, il convient d'étudier en profondeur l'arrêt de Karlsruhe ?

Dialogue entre TCF et CJUE pour 'dire le droit' dans l'UE avec plus de cohérence

L'objet du 'litige' relève d'abord du droit, avant de concerner le politique qui aura, s'il le souhaite et quand il le souhaitera, à opérer les choix nécessaires pour clarifier l'articulation entre droits nationaux

¹ <https://sven-giegold.de/antwort-uvdl-auf-brief-bverg/>

² <https://sven-giegold.de/brief-an-uvdl-zum-bverfg-urteil/>

et droit européen, entre compétences nationales et communautaires, entre souveraineté budgétaire et souveraineté monétaire. Karlsruhe a en effet pointé l'incohérence de cette articulation.

Que dit donc l'arrêt³ du 5 mai, et que dit le communiqué de presse⁴ afférent ? Certes, ils sont tous deux publiés en allemand et en anglais seulement... Ce qui crée, pour ceux qui ne maîtrisent pleinement ni l'allemand ni l'anglais, un biais linguistique ; et pour les anglophones, un biais d'interprétation, les termes du droit ne recouvrant pas exactement les mêmes réalités en allemand et en anglais ; le TCF détaille d'ailleurs ce point à propos du concept-clé qu'est la *proportionnalité* (points 123 sq.).

D'abord, le TCF ne remet pas en question la primauté du droit européen, mais il rappelle que l'UE est « une confédération d'Etats, de Constitutions, d'administrations et de juridictions » (point 111). Avec le Traité de Lisbonne, les Etats membres sont en effet « restés les maîtres des traités » et « n'ont pas franchi le seuil vers un Etat fédéré ». Or, il s'agit d'éviter que chaque Etat décide à son propre échelon « de la validité d'actes juridiques de l'UE » ou, à l'inverse, renonce en totalité au contrôle d'actes outrepassant les compétences d'un organe (actes « *ultra vires* »), ce qui aurait pour effet de « transférer aux seuls organes de l'UE le pouvoir de disposer des traités ». Il faut au contraire « préserver la cohérence et l'unité du droit européen », ce qui implique pour le TCF qu'il a le devoir de « coordonner » sa jurisprudence en matière d'actes *ultra vires* avec la CJUE, dans le respect du mandat conféré à cette dernière par les traités.

Dès lors, le TCF ne s'arroge pas le droit d'invalider le jugement rendu par la CJUE le 11 décembre 2018. Mais il ouvre le dialogue en lui faisant remarquer un problème de méthodologie dans cet arrêt à propos de la politique d'achat d'actifs publics menée par la BCE et le Système européen de banques centrales (ESBC) depuis 2015 : contradictions avec sa jurisprudence antérieure, négligence dans la prise en considération des conséquences de cette politique au plan économique et social, et de ses répercussions sur la répartition des compétences au sein de l'UE telle que la prévoient les traités. Cette répartition se voit brouillée, voire invalidée, du fait que la BCE a élargi elle-même ses compétences en étendant son mandat de politique monétaire (échelon communautaire) au domaine de la politique budgétaire (échelon national).

En refusant de considérer la politique de la BCE (et du ESBC) sous l'angle de l'articulation entre mandat monétaire (compétences communautaires) et mandat budgétaire (compétences nationales), la CJUE fragilise la base même du fonctionnement de la démocratie dans l'UE puisque cette répartition des compétences en constitue le fondement même. De plus, cette non-différenciation remet en question l'indépendance de la BCE puisque, en intervenant dans le domaine de souveraineté des Etats membres en réaction à leur inaction budgétaire, elle s'expose au risque d'une pression politique exercée par ceux-ci. C'est la conclusion de ce raisonnement qui a fait grincer des dents : « *Ce faisant, la Cour de justice a agi ultra vires, et en ce sens, son jugement n'a pas d'effet contraignant pour l'Allemagne* » (point 163).

Autrement dit, pour le TCF, la CJUE a outrepassé ses compétences en n'épuisant pas en totalité son pouvoir de contrôle sur la BCE, c'est-à-dire en négligeant de prendre en considération dans toute son ampleur le principe de proportionnalité, principalement sous l'angle économique et social. Il s'ensuit que la BCE a, elle aussi, agi *ultra vires* en lançant le programme PSPP (*Public Sector Asset Purchase Programme*) qui investit le champ de la politique budgétaire – sans avoir au préalable suffisamment analysé les conséquences d'une telle action (*proportionnalité*) sur les acteurs économiques et plus généralement les citoyens.

Or la réalisation et la mise à disposition d'une telle analyse constitue un préalable pour trancher définitivement la question de savoir si le gouvernement fédéral et le Bundestag n'ont pas agi, en ne s'élevant pas contre le programme PSPP, en violation de leur *responsabilité/devoir d'intégration* (« *Integrationsverantwortung* ») prévu à l'art. 23 de la Loi fondamentale⁵ qui ancre la RFA dans l'UE. En

³ https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.html

⁴ <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-032.html>

⁵ https://www.bundestag.de/resource/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf

attendant, ils disposent de trois mois pour exiger de la BCE qu'elle se conforme à ce contrôle en proportionnalité en fournissant cette analyse. En outre, la Bundesbank a interdiction de prendre part à ce programme durant les mêmes délais et sous les mêmes conditions.

Le TCF ne part donc nullement en guerre contre la CJUE. Il lui demande 'simplement' d'exercer son pouvoir en épuisant *toute* la latitude d'action dont elle dispose, donc d'exercer plus pleinement encore son pouvoir de contrôle sur la politique des institutions européennes, en l'occurrence la BCE.

Ainsi, l'arrêt du TCF n'est pas simplement une répartition allemande à celui de la CJUE. Le TCF avait seulement, comme tous ses homologues dans les Etats membres, à interpréter la portée du jugement de la CJUE en matière de droit national (constitutionnel) allemand, ce qui implique *aussi et par définition* une lecture critique, c'est-à-dire attentive, de l'arrêt de la CJUE à l'aune du droit constitutionnel allemand. Le TCF avait de plus à statuer sur des plaintes allemandes contre le programme PSPP. Certaines ont été rejetées en partie, d'autres ont donné lieu à un renvoi devant la CJUE qui devra trancher sur le fond. Il en va de la légitimité démocratique des décisions prises par la BCE.

L'arrêt de Karlsruhe n'est nullement un « coup de tonnerre » inattendu. Il s'inscrit dans une continuité – celle d'une discussion engagée entre le TCF et la CJUE *via* la jurisprudence depuis maintenant six ans ; en parallèle, depuis bien plus longtemps, les cours mènent un échange régulier 'entre juristes'. L'actuelle discussion tourne ainsi autour d'un pivot central : le fonctionnement démocratique de l'UE. L'objet de l'analyse concerne l'articulation entre compétences monétaires et compétences budgétaires, entre échelon européen et échelons nationaux. Et elle révèle un 'vice de construction' d'une UE dont la Cour de justice n'a pas mandat de garantir les droits fondamentaux du citoyen.

Ces aspects, qui *relèvent du droit*, révèlent l'urgence d'aborder – *au plan politique*, cette fois – la question de l'inachèvement de l'UE qui est, lui, la source des frictions entre les différents échelons. Le communiqué de presse, destiné à un plus large public, résume clairement ce point (p. 2, lignes 16-17) : « *ces tensions inévitables... doivent être, en harmonie avec l'idée d'intégration européenne, compensées suivant une approche coopérative et désamorçées grâce au respect mutuel* ».

Karlsruhe : le droit et la portée politique du droit

Jamais, le TCF n'a pris ni ne prendra position dans le débat politique (ou idéologique), car ce n'est ni son rôle ni sa mission. Sa simple mission est de 'dire le droit' en interprétant les principes contenus dans la Loi fondamentale (Constitution). Son premier rôle est de contrôler en constitutionnalité tout texte de loi dont il a à connaître à la suite d'un litige. Il exerce également un rôle d'arbitre dans les conflits de compétences entre la Fédération (Bund) et les Länder (*Organklage*). Enfin, il est le garant des droits fondamentaux – tant individuels qu'institutionnels – qui constituent les 19 premiers articles de la Loi fondamentale.

La portée générale de ses jugements est, elle, toujours politique, puisqu'il revient en dernier ressort aux législateurs de donner corps, par leur action, aux principes invariants du droit rappelés, parfois mieux définis, ou encore adaptés dans leur interprétation aux mutations de la société par le TCF. Les arrêts de Karlsruhe ont force de loi et sont immédiatement applicables. Son seul 'pouvoir de coercition' est la publication de ses arrêts au journal officiel allemand.

Le TCF, créé le 25 septembre 1951 dans la jeune RFA, une démocratie et un Etat de droit renaissants, est une juridiction fédérale autonome, c'est-à-dire indépendante du parlement, du président et de l'exécutif fédéral. Il compte 16 juges, élus pour moitié par le Bundestag et le Bundesrat ; leur mandat (12 ans, non renouvelable) est incompatible avec toute autre activité que celle de professeur de droit. Il se compose de deux chambres (*Senat*) de huit membres chacun. Dans le cas présent, c'est la deuxième chambre (2. *Senat*) qui a rendu le jugement du 5 mai.

Le TCF – la seule institution dans laquelle les Allemands ont une confiance quasi aveugle – a dû conquérir pas à pas son autorité. Il s'est imposé grâce à plusieurs arrêts historiques⁶. « *L'arrêt Elfes* »

⁶ On trouvera la liste des principaux sur le site du TCF :

https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Zeitstrahl/zeitstrahl_node.html

du 16 janvier 1957 institue la saisine directe de tout citoyen dès lors que celui-ci considère que son droit fondamental de la liberté d'agir et de la liberté de la personne (art. 2 LF) est violé par une norme de droit. « *L'arrêt Lüth* » du 15 janvier 1958, rendu à propos du droit fondamental de la liberté d'opinion (art. 5 LF), élève la Loi fondamentale au rang « d'ordre objectif des valeurs » et consacre ainsi les principes fondateurs (liberté d'opinion, d'expression et droit à l'information) de l'organisation de la société civile allemande. « *L'arrêt Deutschland-Fernsehen* » du 28 février 1961, communément appelé « arrêt sur la télévision Adenauer », scelle l'indépendance des médias vis-à-vis de l'Etat, érigeant ainsi des limites à l'ingérence de l'exécutif dans le libre processus de formation de l'opinion.

Presque toujours, la saisine directe pour violation présumée des droits fondamentaux a été le biais par lequel le TCF a progressivement contribué à intervenir dans la réglementation et la régulation économiques et sociales allemandes, ce qui l'a amené progressivement à constitutionnaliser l'ordo-libéralisme (la Loi fondamentale est muette sur cette question) et, par-delà, l'Ordre fondamental libéral et démocratique (*freiheitlich demokratische Grundordnung*).

Les droits fondamentaux de la Loi fondamentale sont plus qu'une liberté individuelle (ou subjective) : ils dépassent la simple protection du citoyen contre l'arbitraire de l'Etat car ils constituent les principes objectifs supérieurs régissant le droit. Tout domaine juridique leur est donc par définition soumis ; dans le cas inverse, il serait non conforme à la Constitution. De ce fait, les droits (et libertés) fondamentaux sont aussi les principes sur lesquels se fonde le droit commun. On comprend mieux dès lors l'importance que le TCF accorde au principe de démocratie, y compris à l'échelle de l'UE.

La portée politique du contrôle en constitutionnalité du TCF est indéniable elle aussi. Ne citons ici que deux exemples. D'une part « *L'arrêt sur le Traité fondamental entre la RFA et la RDA* » du 31 juillet 1973, un traité qui était la pièce maîtresse de l'*Ostpolitik* et normalisait les relations entre ces deux Etats : le TCF le déclare conforme à la Loi fondamentale, mais rappelle que toute reconnaissance de la RDA en droit international reste exclue, tout en précisant que la Loi fondamentale (art. 23) continue à terme de prévoir l'Unité allemande. Rappelons ici que cette version de l'art. 23 a été abrogée après l'Unité et remplacée par une autre : celle qui institue la responsabilité/devoir d'intégration de la RFA dans l'UE. D'autre part, « *L'arrêt Maastricht* » du 12 octobre 1993 : la participation active de la RFA à l'institution de l'Union européenne est conforme à la Loi fondamentale.

Ainsi, au fil des ans et des arrêts, les juges de Karlsruhe ont contribué à définir et à consolider l'Etat de droit allemand, donnant vie aux grands principes fondamentaux. Rarement, leurs jugements laissent indifférents ; ils suscitent toujours un vaste débat entre experts, bien sûr, mais aussi et surtout dans la sphère publique. La réalité constitutionnelle allemande est ainsi le fruit d'une discussion permanente. Les réactions allemandes, très vives et contradictoires, à l'arrêt du 5 mai le montrent une fois de plus. La Loi fondamentale n'est pas un simple bréviaire de concepts juridiques. Le droit constitutionnel allemand est une réalité dynamique ; c'est le TCF qui, en ajustant en permanence, mais toujours dans la continuité de sa jurisprudence, l'interprétation à donner aux principes invariants de la Constitution, lui confère vie.

C'est cette même lecture dynamique des textes (ici des traités), qui comprend l'analyse des failles ou contradictions qu'ils présentent, tout comme l'appel à la liberté/responsabilité de la CJUE d'épuiser tous les pouvoirs qui lui ont été confiés, qui caractérise le présent arrêt de Karlsruhe. Cette approche dynamique n'est-elle pas partagée ? Le droit européen est en construction ; aux responsables politiques d'achever la construction de l'édifice. En attendant, c'est aux juges – de Karlsruhe et de Luxembourg et d'ailleurs – qu'il revient de procéder à l'identification des contradictions. L'arrêt de Karlsruhe est en ce sens un appel au dialogue entre juges et – à destination des responsables politiques – le rappel que c'est à eux que revient le rôle de définir le droit en la matière en révisant les traités. Et la mission de donner vie au principe de démocratie dans l'UE.

18 mai 2020