

Dieter GRIMM

L'heure était venue

*Le Tribunal constitutionnel fédéral a fait preuve de retenue envers la Cour européenne de justice aussi longtemps qu'il a pu. Le conflit entre les deux juridictions trouve son origine dans le déficit démocratique de l'Union européenne. Il fallait bien qu'un jour, Karlsruhe montre ses limites à Luxembourg. Ce fut fait le 5 mai. **

Quand on lit les commentaires, surtout à l'étranger, du jugement qu'a rendu le 5 mai le Tribunal constitutionnel fédéral (TCF) à propos des achats d'obligations de la Banque centrale européenne, on a l'impression qu'il s'est produit quelque chose d'inimaginable. Le Tribunal allemand, lit-on, aurait refusé de faire allégeance à la Cour européenne et placé « *une bombe dans l'ordre juridique européen* » (*Financial Times*). Pourtant, le risque d'un conflit entre les deux Cours n'est pas nouveau. C'est la Cour européenne de justice (CJUE) qui en a posé les jalons lorsqu'elle a présupposé implicitement en 1963, puis formulé explicitement en 1964, la primauté du droit européen sur le droit national, et même sur le droit constitutionnel national. Cela ne s'imposait nullement car on chercherait en vain, dans les Traités de Rome, la trace d'une primauté du droit européen. Quant aux Etats membres, ils avaient fait valoir à l'époque devant la Cour qu'ils n'avaient jamais inclus une telle disposition dans les traités. Même l'Avocat général de la CJUE ne parvint pas à identifier dans les traités un quelconque fondement à la primauté du droit européen. Et pour cause, la CJUE (à l'époque, elle portait le nom de Cour européenne) l'avait déduit de l'objectif de la Communauté économique européenne. Il ne pourrait pas y avoir de marché commun si chaque Etat membre appliquait et interprétait le droit européen selon ses propres critères.

La primauté du droit européen et ses limites

Cet argument semble *a priori* imparable. Le TCF a donc reconnu le principe de la primauté du droit européen ; ce fut, soit dit en passant, la première Cour suprême nationale à le faire. Mais, à l'inverse de la CJUE, il insiste sur le fait que le droit européen n'a pas cette primauté en soi-même, mais seulement parce que le législateur allemand a décidé de l'inscrire dans la loi d'approbation des traités. Ce qui ressemble à une querelle de théoriciens n'en a pas moins des conséquences dans la pratique. La primauté du droit européen se limite en effet aux seuls domaines dans lesquels la République fédérale a effectivement transféré des compétences à l'Union européenne. Les actes juridiques européens relatifs à des domaines où aucune compétence n'a été transférée n'ont de ce fait aucun caractère contraignant. La question de savoir si l'Allemagne a transféré effectivement une compétence relève du droit constitutionnel allemand, et seul le Tribunal constitutionnel fédéral allemand est habilité à en juger ; aucune Cour européenne ne peut le faire à sa place.

* Cette analyse était parue le 18 mai 2020 sous le titre « *Jetzt war es soweit* » dans le quotidien allemand *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. Nous en publions ici, avec l'aimable autorisation de son auteur et de la F.A.Z., une version en langue française. L'article en langue allemande peut être consulté grâce à ce lien : <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/ezb-urteil-jetzt-war-es-so-weit-16773982.html>.

La CJUE ne conteste pas, elle non plus, le fait que tout acte juridique européen doit être fondé sur une compétence transférée pour être effective en droit. Mais, sur la base du postulat selon lequel le droit européen s'est émancipé de la volonté des Etats-membres pour gagner une validité propre, la CJUE affirme qu'elle seule est en droit de juger si l'UE dispose d'une compétence et si un acte juridique européen est couvert par cette compétence. A l'opposé, le TCF part du principe que le pouvoir de contrôle est partagé. Le contrôle en conformité des actes juridiques européens qu'effectue la CJUE vaut pour l'ensemble de l'UE. Le contrôle effectué par le TCF vise à contrôler, pour la République fédérale, la validité ou non d'un transfert de compétences. S'il parvient à la conclusion qu'un acte juridique européen outrepassé de telles compétences, cet acte ne peut pas être appliqué en République fédérale.

Le TCF est loin d'être le seul à suivre cette approche. La plupart des cours constitutionnelles des Etats membres l'ont suivi. Certaines même, avant lui, ont déclaré inapplicables dans leur Etat des dispositions de droit européen. L'arrêt de Karlsruhe à propos du programme PSPP n'apporte donc rien de nouveau. Simplement, on lui accorde une plus grande attention, d'une part parce qu'il émane de la Cour constitutionnelle allemande, indéniablement la plus influente au sein de l'UE, et d'autre part parce qu'il s'agit d'une affaire spectaculaire qui risque d'avoir des conséquences économiques très importantes, et peut-être aussi parce que l'arrêt tombe dans le contexte de crises dramatiques dont la résolution génère des coûts financiers incommensurables, et ce, alors même que l'arrêt n'a aucun rapport avec les mesures de soutien adoptées dans le cadre de la crise du Covid-19.

En jeu : la répartition des compétences au sein de l'UE

Pour se forger une opinion de la situation, il convient de considérer l'arrière-plan de ce conflit qui vient maintenant d'éclater au grand jour. Pourquoi le Tribunal constitutionnel fédéral tient-il tant à son pouvoir de contrôle ? La réponse classique, à savoir qu'il chercherait à préserver son pouvoir et sa puissance, est trop hâtive et, bien plus encore, elle minimise le problème. Le pivot de la position du TCF est celui-ci : l'Union européenne est un groupement d'Etats demeurés souverains, elle est portée par ces Etats, et elle doit respecter leurs identités respectives telles qu'elles s'expriment principalement dans les Constitutions nationales. Cette particularité de l'UE est garantie par le principe des compétences d'attribution, selon lequel l'UE ne dispose que des compétences que lui ont transféré les Etats membres. Pour le dire autrement : il ne lui est pas possible de prendre aux Etats membres les compétences qu'elle désirerait avoir. De même, lors de l'interprétation des traités, il est possible seulement d'interpréter les compétences effectivement transférées, pas d'en déduire de nouvelles.

Par cette approche, le Tribunal constitutionnel fédéral respecte donc pleinement le contenu des traités ; ce sont eux, en effet, qui règlent le principe des compétences d'attribution. La Cour européenne de justice ne conteste pas, elle non plus, le contenu des traités, elle se montre soucieuse de le respecter dans sa jurisprudence. Or le TCF en doute quelque peu. Il constate qu'une violation de la répartition des compétences peut être le fait non seulement du Conseil et de la Commission ou du Parlement européen, mais également du gardien des traités lui-même, à savoir la CJUE. Théoriquement, cela est parfaitement indéniable, sans qu'il soit besoin d'aller chercher une quelconque violation intentionnelle du droit. Mais dans la pratique aussi, la CJUE a abondamment nourri le doute. En effet, elle n'a eu de cesse, en se livrant à une interprétation très extensive des traités, de largement vider de son sens le principe des compétences d'attribution sur lequel repose l'ensemble de l'édifice européen, battant de profondes brèches dans le droit des Etats membres, généralement au bénéfice des quatre libertés fondamentales économiques, donc avec une tendance à la libéralisation de leurs économies.

C'est à cela que fait référence le constat, formulé dans l'arrêt de 2009 à propos du Traité de Lisbonne, que les organes de l'UE, y compris la juridiction, font preuve d'une « *tendance à l'auto-renforcement politique* ». Mais comme, à chaque présomption de compétence de la part de l'UE, chaque Constitution nationale perd un peu de sa substance, les Etats membres doivent interdire à l'UE de « *s'emparer de la compétence des compétences* » ou de « *violier l'identité constitutionnelle* » des Etats membres. Dans cette érosion insidieuse des compétences des Etats membres, la CJUE a joué un rôle moteur – voilà pourquoi il ne reste guère plus que les Cours constitutionnelles nationales pour faire contrepoids. Le TCF doit donc, constate-t-il dans son arrêt sur le Traité de Lisbonne, avoir la possibilité de garantir la répartition des compétences contenue dans les traités et l'identité de la Constitution allemande. « *Il n'est pas possible sinon de préserver les structures fondamentales politiques et constitutionnelles d'Etats membres souverains reconnues à l'art. 4 al. 1 du Traité de l'UE modifié par le Traité de Lisbonne* ».

Quelle légitimité démocratique ?

On ne peut toutefois prendre la pleine mesure des inquiétudes de la Cour de Karlsruhe que si on les considère à la lumière de la problématique de la démocratie en Europe. L'UE tire sa légitimation démocratique essentiellement des Etats membres, eux-mêmes organisés selon les règles de la démocratie, et qui occupent, *via* le Conseil européen et le Conseil des ministres de l'UE, la position centrale dans la structure institutionnelle de l'UE. Par contraste, la légitimation propre conférée à l'UE par les élections au Parlement européen se révèle relativement faible, d'une part parce que les compétences de ce Parlement sont moindres que celles des parlements nationaux, et d'autre part, bien plus encore parce que la participation des citoyens de l'UE aux élections européennes est dérisoire et que ces élections ne leur permettent guère de prendre part à la définition des politiques européennes. Cela est dû en outre au fait que, lors des européennes, seuls des partis nationaux sont éligibles, mais que ceux-ci ne jouent aucun rôle au Parlement européen. Dans cette enceinte, le rôle d'acteurs revient aux groupes parlementaires européens qui ne se présentent pas aux élections, n'ont de racines dans aucune société et ne se constituent autour d'un programme qu'une fois les européennes passées.

Le problème de la démocratie est aggravé par le fait même, souvent négligé, que le niveau de la légitimité de l'UE se trouve dégradé par le pouvoir que s'est arrogé de son propre chef la CJUE en déclarant la primauté du droit européen. Le stade de communauté économique avec ses objectifs propres que poursuivait l'UE est dépassé depuis longtemps, elle est aujourd'hui une union politique, mais sans disposer pour autant des structures de décision afférentes. Le degré d'intégration actuel n'est qu'en partie le fruit des décisions émanant des institutions démocratiquement légitimées et responsables des Etats membres et de l'UE, mais dans une bien plus large mesure encore le résultat de la jurisprudence de la CJUE. Des décisions d'une éminente portée politique sont ainsi prises dans l'UE selon des modalités hautement apolitiques qui excluent la prise de participation aussi bien des institutions démocratiquement légitimées et responsables, que de l'opinion publique.

Du fait de la primauté du droit européen, les traités ont été dotés d'une portée constitutionnelle. Dès lors, ce qui a été réglé à l'échelon constitutionnel se soustrait au processus démocratique. Elles fondent les conditions, mais pas le sujet des décisions politiques. Cette mise à disposition d'une base de décision dont il n'est plus nécessaire de débattre est ce qui fait et justifie une Constitution. C'est pour cela que sont faites les Constitutions. C'est précisément pour cette raison qu'elles se limitent à quelques principes fondamentaux régissant l'ordre politique et social, ainsi qu'à la définition des institutions de la collectivité, de leurs compétences et des procédures afférentes. Elles règlent les modalités selon lesquelles doivent se prendre les décisions politiques, mais tout en confiant le soin de prendre ces décisions au processus démocratique. Au niveau de l'UE, il en va autrement puisque, à la différence des Constitutions nationales, les traités comportent beaucoup de dispositions qui, au sein de chaque Etat membre, relèveraient des lois ordinaires et pourraient à tout moment être démocratiquement amendées.

Or toutes ces dispositions des traités qui déterminent les politiques participent de la primauté des traités, donc de leur portée constitutionnelle. Elles sont exclues du processus démocratique. Les élections sont dès lors sans aucune conséquence sur les questions réglées par les traités. La CJUE a le pouvoir d'agir à sa guise. Quelle que soit la portée des traités, les institutions démocratiquement légitimées et responsables non seulement ne prennent aucune part aux décisions, elles ne peuvent pas non plus les modifier. La constitutionnalisation des traités qui n'étaient pas conçus à l'origine en tant que textes de force constitutionnelle a dès lors pour conséquence une dépolitisation de l'UE. Les organes qui, directement ou indirectement, sont issus des élections et sont de ce fait tenus de prendre en considération l'opinion publique, n'ont aucun droit de parole dans les domaines réglementés par les traités. La Cour européenne de justice qui, elle, a son mot à dire, est immunisée contre les résultats des scrutins et l'opinion publique. C'est ainsi que l'intégration européenne a pu se poursuivre *en catimini* et atteindre un degré qui n'est porté par aucune volonté démocratiquement articulée. C'est là que réside le véritable problème démocratique de l'UE, et elle se nourrit de fait de la jurisprudence de la CJUE.

Personne ne conteste que le potentiel de légitimité démocratique de chacun des Etats membres est nettement supérieur à celui de l'UE, ce qui vaut *a fortiori* pour les instances supranationales à l'échelon mondial. Ce déficit de légitimité ne peut pas non plus être comblé, contrairement aux nombreuses propositions formulées, par une réforme des institutions, visant notamment à faire de l'UE un système parlementaire sur le modèle des systèmes nationaux. Voilà pourquoi l'UE restera longtemps encore tributaire de la légitimité démocratique de ses Etats membres pour alimenter la sienne. Il ne lui est pas possible de transférer à son échelon ces ressources de légitimité en continuant à étendre par la bande ses compétences. Bien au contraire, et dans son propre intérêt, elle devrait accorder la plus haute importance au bon fonctionnement du système démocratique des Etats membres au lieu de le miner continuellement. Le principe de subsidiarité, inscrit dans les traités en 1992 pour justement inverser cette tendance, est resté sans aucun effet.

Le rôle constructif de Karlsruhe

Les polémiques autour du dernier arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral ne prennent pas en considération ce contexte. Elles restent dès lors superficielles. La compétence de contrôle très limitée que s'octroie le TCF sur les actes juridiques européens se fonde sur des bases solides, et sa nécessité se justifie par la forte judiciarisation du processus d'intégration et sa conséquence, la dé-démocratisation. On peut toutefois se demander si aussi bien l'objet que le moment choisis par la Cour pour faire preuve pour la première fois de ce pouvoir de contrôle maintes fois revendiqué étaient opportuns. Le TCF avait eu plusieurs occasions pour faire valoir ses réserves, peut-être de manière plus convaincante, et tout particulièrement lors des débats sur l'OMT et l'annonce faite par le président de la BCE, Mario Draghi, que celle-ci allait recourir à tous les moyens pour sauver l'Euro « *whatever it takes* ».

La deuxième chambre du TCF avait prononcé son jugement à propos de cette question le 21 juin 2016. Cet arrêt non plus ne peut pas se comprendre hors contexte. L'affaire de l'OMT était la première durant laquelle le TCF avait renvoyé à la CJUE la question de savoir si un acte juridique de l'UE se fondait sur une compétence transférée par les Etats membres et était donc conforme aux traités. La CJUE espérait depuis longtemps un tel renvoi. Ses attentes s'étaient enfin réalisées, et le « dialogue des Juges » allait pouvoir s'ouvrir. Mais du côté de la CJUE, la volonté d'engager le dialogue s'est révélée très timide. A la lecture de sa réponse au renvoi du TCF, on n'a pas l'impression que la CJUE cherche à débattre en profondeur des réserves formulées par le TCF. Au contraire, elle a lui froidement notifié que ses réserves étaient sans fondement.

La réponse de Luxembourg n'a pas rassuré le TCF. Il s'est néanmoins incliné, étant donné que l'arrêt de la CJUE permettait au moins d'affirmer que la BCE n'agissait pas dans une zone de non-droit et qu'elle avait au contraire à respecter les limites que lui impose le droit. Dans l'affaire du PSPP qui nous préoccupe actuellement, il y avait eu un nouveau renvoi, justifié de manière circonstanciée, et cette

fois non plus, rien ne permet d'affirmer que, dans sa réponse, la CJUE ait examiné la question comme l'aurait voulu l'ouverture d'un réel dialogue. C'est ainsi que le TCF est parvenu à la conclusion que la CJUE avait renoncé à un contrôle effectif de la BCE et l'autorisait à définir librement le périmètre comme la portée de son mandat.

Malgré tout, sur le fond, Karlsruhe ne fait opposition qu'avec une grande prudence et, surtout, ouvre des perspectives pour résoudre le conflit. Le TCF n'a pas sorti l'artillerie lourde : il n'a pas reproché à la BCE d'avoir franchi la limite entre politique monétaire (sa mission) et politique économique (domaine où elle est incompétente). Elle n'avait manifestement pas contourné l'interdit. Mais, selon l'approche du TCF, la BCE a exercé ses compétences sans contrôler la proportionnalité de son programme d'achat d'obligations, comme l'aurait voulu l'art. 5 du TFUE. Karlsruhe a ouvert la possibilité à la BCE d'effectuer ce contrôle *a posteriori* et, en fonction des conclusions, soit de justifier soit de corriger ce programme. L'indépendance de la BCE n'est donc pas remise en question. L'arrêt de Karlsruhe ne lui donne aucune instruction, contrairement à ce qu'on peut lire souvent. La BCE ne relève pas du champ d'application de la Loi fondamentale allemande.

En ce qui concerne la CJUE, l'arrêt du TCF fait preuve de moins de modération. Il ne lui épargne pas le reproche d'avoir agi « *ultra vires* », d'avoir outrepassé ses compétences en abaissant les limites légales de l'action de la BCE au point de lui donner pleine liberté de faire de la politique économique et ainsi de s'immiscer dans le domaine de compétence des Etats membres. Ce constat est dûment argumenté. Entre autres, le TCF démontre avec une grande minutie que, en ce qui concerne la BCE, la CJUE n'a pas appliqué sa propre juridiction pour évaluer la portée du principe de proportionnalité. On ne peut pas non plus affirmer que le TCF ait fait preuve de modération dans la formulation de ce constat. Aucune juridiction n'aime se voir reprocher que son jugement serait « *tout bonnement incompréhensible* » et, de ce fait, « *objectivement arbitraire* ». La conclusion est dès lors inéluctable : « *étant donné qu'il [l'arrêt ; NdT] se présente lui-même comme un acte ultra vires, il est dépourvu de tout caractère contraignant* ».

Il faut toutefois, ici aussi, prendre en considération l'arrière-plan historique. On s'aperçoit alors que le TCF s'est pris à son propre piège en voulant se montrer pro-européen, ce qui est à saluer au demeurant. Dans un arrêt rendu en 2010, il avait précisé son intention réitérée de ne refuser de s'incliner devant la CJUE que dans des circonstances exceptionnelles extrêmes et, ce faisant, s'était érigé à lui-même des obstacles très difficiles à franchir. Premièrement, il ne prendrait une telle décision qu'après avoir recueilli l'avis de la CJUE ; deuxièmement, les divergences d'approches quant à l'application des traités n'étant pas une raison suffisante, l'appréciation de la CJUE devait se révéler tout bonnement indéfendable et par conséquent arbitraire ; troisièmement, un tel arrêt se solderait par un transfert structurel des pouvoirs et compétences des Etats membres vers l'UE. Le TCF n'avait dès lors plus qu'à retourner un jour contre la CJUE ces arguments destinés à le protéger. L'heure était venue de le faire.

Comment régler ce conflit ?

Est-il possible de régler ce conflit ? Cette question appelle deux réponses : une réponse de fond sur la relation entre les deux juridictions et une réponse en ce qui concerne le cas particulier de l'avenir du programme de la BCE. En ce qui concerne le fond, le droit touche ici à ses limites. Dans la mesure où les deux juridictions argumentent conséquemment à leurs prémisses respectives, aucune solution n'est en vue. Le même cas donne lieu au même moment à deux arrêts qui se contredisent ; et comme l'UE n'est pas un Etat pourvu d'une hiérarchie structurée, aucune juridiction ne peut casser l'arrêt de l'autre. Tout dépend alors du politique et de ses choix. Pour les sciences juridiques, cet état de fait a même des aspects positifs : l'absence de hiérarchie contraint les juridictions au respect mutuel. Et le TCF a pratiqué ce respect, bien qu'il lui en ait coûté, jusqu'au 5 mai. La CJUE n'a jamais honoré cet effort. Tous gagneraient à ce que, à l'avenir, s'impose à tous ce respect mutuel.

En ce qui concerne le cas particulier, il suffit à la BCE de déclarer sous une forme ou une autre dans quelle mesure son programme d'achat d'actifs publics respecte le principe de proportionnalité. Alors,

la Bundesbank pourra continuer à y participer. Il n'y aura pas moins des séquelles, en ce sens que l'arrêt de Karlsruhe pourrait avoir un effet incitatif sur les Etats membres qui tendent à prendre leurs distances avec l'Etat de droit. C'est ce qu'incriminent presque toutes les voix critiques, et on peut être assuré que, dans le contexte de leur confrontation avec la Commission, la Hongrie et la Pologne prendront pour référence l'Allemagne, même si Karlsruhe a montré avec la plus grande clarté le caractère d'exception que présente son arrêt. Mais peut-on seulement imaginer que des juges, dont le seul credo ne peut être que le droit, s'abstiennent, après examen approfondi, de formuler un jugement exigé par le droit, pour la seule raison que d'autres seraient tentés d'en abuser ?

Mai 2020

(Traduction : Isabelle BOURGEOIS)

Le Prof. Dieter GRIMM, spécialiste du droit constitutionnel et du droit constitutionnel comparé, été juge au Tribunal constitutionnel fédéral de 1987 à 1999. Il siégeait à la 1^{ère} chambre, qui ne traite pas des questions de droit européen, mais des droits fondamentaux tels que la dignité de l'être humain, la liberté de croyance, la liberté de la profession ou le droit de propriété. Il a été élevé en 2004 au rang de Commandeur dans l'Ordre national du Mérite par le Président de la République française.