

**Citation suggérée** : Jacques 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, *Blogdroiteuropeen Working Paper 4/2020*, Mai 2020, Accessible à <https://wp.me/p6OBGR-3I9>

## 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

par Jacques Ziller, Professeur de droit de l'Union européenne à l'Université de Pavie, ancien professeur de droit public à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne

La présente note est une réaction à chaud, basée sur la seule lecture de l'arrêt de la seconde Chambre (*Zweiter Senat*) de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne (BCE)<sup>1</sup> ; lecture de la version en langue allemande, la seule faisant foi, et qui fait ressortir le choix de formulations souvent lourdes et péremptoires. Le *BverfG* est composé de deux Chambres (*Senate*) de huit juges chacune; la première chambre est en principe compétente pour le contrôle de constitutionnalité des lois et la protection des droits fondamentaux sur base d'une plainte en inconstitutionnalité (*Verfassungsbeschwerde*), la deuxième pour les litiges entre institutions fédérales, entre Fédération et *Länder*, et une série d'autres matières dont celles impliquant particulièrement le droit international. Il n'y a aucune assemblée plénière réunissant l'ensemble des juges. L'arrêt a été adopté à la majorité de sept voix sur huit, et au moment où cette note est écrite, l'opinion individuelle que je suppose dissidente n'est pas encore disponible.

N'étant nullement un expert en économie financière, je ne commenterai évidemment pas le fond du raisonnement des juges du *BverfG* sur le programme PSPP, et je doute d'ailleurs qu'eux-mêmes disposent de compétences spécifiques à la matière. L'arrêt s'appuie pour ce faire sur la doctrine économique et la littérature grise, ainsi que sur les déclarations d'experts pendant l'audience ; les citations des juges ne concernent que des arguments à charge contre la BCE, alors qu'il s'agit de thèmes encore largement débattus, pour autant qu'un juriste qui travaille souvent avec des économistes le peut percevoir.

<sup>1</sup> BVerfG, 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15

Le texte est d'une longueur assez normale pour un arrêt du *BverfG* : 110 pages, dont plus de la moitié est dédiée à l'exposé des arguments des requérants et intervenants ainsi qu'à la citation complète de passages de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire *Weiss*<sup>2</sup>, sur laquelle porte l'arrêt allemand. La version en langue anglaise ne rend pas la lourdeur du style propre aux décisions du *BverfG*, due d'une part à la syntaxe de la langue allemande qui repousse en fin de phrase le verbe, et d'autre part au fait que dans la version authentique, les très nombreuses références à la doctrine et à la jurisprudence sont introduites entre parenthèses et non avec des notes en bas de page – comme c'est malheureusement également le cas pour les jugements de la CJUE – et non avec des notes en bas de page – comme dans les conclusions des avocats généraux à la Cour. Cela oblige donc le lecteur, même juriste expert, à relire plus d'une fois les phrases longues – elles le sont presque toutes – pour les comprendre.

L'arrêt du 5 mai statue définitivement sur les recours d'un certain nombre de personnes physiques, dont le «requérant en série» *Gauweiler*, qui avaient été à l'origine avec d'autres du premier renvoi préjudiciel du *BverfG* à la CJUE dans le cadre de l'examen de recours demandant au *BverfG* d'empêcher par injonction la ratification par l'Allemagne du traité établissant le Mécanisme européen de stabilité (MES)<sup>3</sup>. Les différentes requêtes, jointes, demandaient au *BverfG* de déclarer illégales les décisions de la BCE établissant et mettant en œuvre à partir de 2015 le programme PSPP (*Public Sector Purchase Programme*) sur l'acquisition d'obligations souveraines sur les marchés secondaires. Sur ce point les requêtes ont été rejetées, le *BverfG* reconnaissant comme il se doit qu'il n'est pas juge de la légalité des actes des institutions organes et organismes de l'UE. Elles demandaient également au *BverfG* de condamner le *Bundestag* (Parlement fédéral) et le Gouvernement fédéral ainsi que de la Banque centrale fédérale (*Bundesbank*) pour ne pas avoir entrepris toutes les actions nécessaires à empêcher le Conseil des gouverneurs de la BCE d'adopter les décisions incriminées, et de prononcer des injonctions à leur encontre pour qu'ils prennent les mesures nécessaires pour contrer l'action de la BCE – requêtes accueillies en partie seulement. Enfin les requérants demandaient au *BverfG* de prononcer une injonction à la *Bundesbank* de s'abstenir d'acheter des titres sur les marchés secondaires dans le cadre du programme PSPP. Cette dernière requête a été pleinement accueillie et le *BverfG* a donc

<sup>2</sup> Arrêt de la Cour (grande chambre) du 11 décembre 2018, *Procédure engagée par Heinrich Weiss e.a.*, Affaire C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000

<sup>3</sup> V l'Arrêt de la Cour (grande chambre) du 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. contre Deutscher Bundestag*, Affaire C-62/14

interdit à la *Bundesbank* en tant qu'institution de la République fédérale d'Allemagne de procéder à de tels achats si la BCE ne démontrait pas dans un délai de trois mois de manière convaincante le respect du principe de proportionnalité par les décisions incriminées.

Le principal reproche que l'on peut faire à cet arrêt du point de vue du droit de l'Union européenne – au-delà de son effet spécifique concernant le programme PSPP et les actions de la BCE et du Système européen de banques centrales (SEBC) – est que le *BverfG* met pour la première fois à exécution la menace, plus ou moins explicite, de ne pas appliquer les décisions de la CJUE déjà contenue dans plusieurs de ses arrêts antérieurs, en particulier celui sur le traité de Lisbonne, et dans le texte de ses renvois préjudiciels dans l'affaire *Gauweiler* et l'affaire *Weiss* : le *BverfG* s'arroge le pouvoir d'apprécier en dernier ressort la légalité d'un acte de l'Union européenne, et menace ainsi de démanteler l'unité d'application du droit de l'Union. Les juges constitutionnels ne se limitent pas à raisonner sur la base du droit constitutionnel allemand – la Loi fondamentale de 1949 telle qu'interprétée par sa propre jurisprudence –, ce qui serait conforme au mandat institutionnel du *BverfG* ; ils prétendent imposer, non sans arrogance, leur propre manière de raisonner en droit de l'Union européenne.

A première vue et sur la base d'une lecture complète mais rapide, l'arrêt du *BverfG* est plus que contestable dans sa prétention à apprécier la légalité des décisions de la BCE à l'aune des principes d'attribution et de proportionnalité ; et il est extrêmement dangereux par son rejet de l'unité d'application du droit de l'Union sur la base du principe démocratique et du contrôle de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Si l'on se place sur le plan de l'opportunité et non plus du droit strict, l'arrêt démontre l'absence totale de sens de l'à-propos de la politique jurisprudentielle du *BverfG* en matière d'intégration européenne.

## **1. L'appréciation de la légalité des décisions de la BCE à l'aune des principes d'attribution et de proportionnalité**

L'arrêt du 5 mai porte la marque de deux obsessions typiques de la doctrine germanique de droit public : la *Dogmatik* et la conception allemande du principe d'attribution. Par *Dogmatik* l'on entend en général l'examen exégétique des normes juridiques applicables sur la base duquel la doctrine universitaire – et sa suite les juridictions suprêmes – développe des principes juridiques reconnus par la doctrine majoritaire, avec comme but premier de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité des décisions de justice.

Le mot *Dogmatik* n'a pas la charge péjorative de l'adjectif français dogmatique, qui s'applique pourtant bien à la majorité des juges du second *Senat*. Autant dire que le pragmatisme a mauvaise presse dans la culture juridique publiciste germanique traditionnelle, alors qu'il est une valeur positive dans la culture de droit public de pays aussi différents que la France ou le Royaume-Uni, par exemple. La *Dogmatik* traditionnelle est également difficilement compatible avec l'interprétation fonctionnelle que la Cour de Justice a repris du Conseil d'Etat français dès les années 1950, en particulier sous l'influence de l'avocat général Lagrange. C'est là à mon avis de longue date l'une des sources principales de friction entre d'un côté la jurisprudence de la Cour de Justice et la doctrine communautariste (y compris les communautaristes allemands) et de l'autre la doctrine publiciste allemande et le *BverfG*.

Quant au principe d'attribution, dénommé en allemand *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*, que l'on peut rendre de manière littérale par « principe de la délégation individuelle restreinte », c'est peu dire qu'il s'agit d'une obsession allemande. Alors que les auteurs des traités de Paris et de Rome, puis de Maastricht, comme les communautaristes de tous pays, ont toujours su que les Communautés européennes et l'UE étaient régies par le principe d'attribution, immanent aux traités multilatéraux instituant des organisations, ce sont d'abord les gouvernements des *Länder* allemands, relayés par la doctrine constitutionnaliste, puis par le gouvernement fédéral, qui ont insisté, depuis notamment les préparatifs du traité de Maastricht, sur la nécessité d'inscrire dans les traités une liste exhaustive et précise des compétences des Communautés et de l'Union, en vue contre le soi-disant phénomène de l'élargissement rampant des compétences (*schleichende Kompetenzerweiterungen*)<sup>4</sup>, dont seraient coupables les institutions de l'Union depuis bien longtemps ; la réalité de ce un phénomène n'a jamais été démontré de façon convaincante, à mon avis<sup>5</sup>.

L'effet de ces deux obsessions conduit les juges constitutionnels à une série de raisonnements particulièrement critiquables dans l'arrêt du 5 mai. Ces raisonnements ne sont guère étonnants pour qui connaît la façon de procéder des juges constitutionnels allemands en matière européenne depuis en particulier le célèbre arrêt relatif à la ratification

<sup>4</sup> V. point 156 de l'arrêt.

<sup>5</sup> V. à ce propos les différents rapports nationaux et mon rapport général au XVII<sup>ème</sup> Congrès de la Fédération internationale de droit européen de 2016 à Budapest in J. Czuczai, P. Darák, P. Lánkos, M. Szabó, A. Zs. Varga (eds.), *Division of Competences and Regulatory Powers between the EU and the Member States – FIDE Congress Proceedings*, Wolters Kluwer, Budapest, 2016, vol; 3, pp. 97-146.

du traité de Maastricht de 1993<sup>6</sup> et celui relatif à la ratification du traité de Lisbonne de 2009<sup>7</sup>. Déjà dans son ordonnance de renvoi préjudiciel dans l'affaire *Gauweiler* les juges du second *Senat* avait menacé en termes peu amènes la Cour de justice de ne pas appliquer sa future décision si les juges de l'Union ne suivaient pas le raisonnement exposé par les juges constitutionnels allemands<sup>8</sup>. Comme l'on sait, dans un développement incident à leur recours contre la ratification du traité MES, les requérants avaient demandé au *BverfG* de condamner l'annonce du Président de la BCE Mario Draghi et la publication sur internet du cadre général du programme OTM (*Outright Monetary Transactions*) destiné le cas échéant à soutenir la Grèce pour empêcher l'ébranlement de la zone euro. Après quoi, le *BVerfG* avait finalement accueilli la motivation de l'arrêt de Luxembourg du 16 juin 2015.

Entretemps, Mario Draghi était devenu la bête noire de nombreux politiciens allemands alors qu'il était considéré comme un héros en Italie, et le Conseil des gouverneurs de la BCE avait adopté les premières décisions de son PSPP. Nouveau recours, donc et nouvelle ordonnance de renvoi préjudiciel dans l'affaire *Weiss et autres*, le 18 juillet 2017 : les juges du second *Senat* persistent et signent. La Cour répond par son arrêt du 11 décembre 2018 que la BCE n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation des normes et principes de droit de l'Union encadrant son action et s'abstient donc d'en déclarer l'illégalité. Les requérants s'adressent alors à nouveau au *BverfG* qui, tout en rejetant une partie de leurs requêtes pour irrecevabilité, leur donne raison sur le fond.

Le raisonnement des juges du second *Senat* peut être synthétisé comme suit. Certes, reconnaissent-ils, sur la base de l'art. 19 TUE la Cour de justice de Luxembourg détient le monopole de l'interprétation authentique et de l'appréciation de la légalité des actes des institutions, organes et organismes de l'Union, dont fait partie la BCE. Le *BverfG* de son côté est chargé de l'interprétation authentique et de l'appréciation de la constitutionnalité

<sup>6</sup> Arrêt du 12 octobre 1993, BVERFGE 89, 155. Voir en particulier parmi tant d'autres : Grewe, Constance, *L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht: l'Union européenne et les droits fondamentaux*, in *Revue universelle des droits de l'homme* 1993, p. 286 - 292.

<sup>7</sup> Arrêt du 30 juin 2009 (affaires liées 2 BvE 2/08). Voir notamment Müller-Graff, Peter-Christian, *L'arrêt de Karlsruhe sur le Traité de Lisbonne*, in *Regards sur l'économie allemande* 2009/3 (n° 92), pp. 5 à 12 ; Ziller, Jacques, *Zur Europarechtsfreundlichkeit des deutschen Bundesverfassungsgerichtes. Eine ausländische Bewertung des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes zur Ratifikation des Vertrages von Lissabon* in *Zeitschrift für öffentliches Recht*: Volume 65, Issue 1 (2010), p. 157-176; idem, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5/2009; idem, *The German Constitutional Courts Friendliness towards European Law*, in *European Public Law Journal*, 16/1,2010, p. 53-73

<sup>8</sup>V. note 3.

des actes des institutions de la République fédérale. Sur le fondement de l’art 23 de la Loi fondamentale de 1949, le *BverfG* contrôle que les institutions allemandes, lorsqu’elles appliquent le droit de l’Union, vérifiant qu’elles ne violent pas les droits fondamentaux ni les principes fondamentaux de l’ordre constitutionnel allemand, ni son identité constitutionnelle, et qu’elles n’acceptent pas d’appliquer les actes des institutions de l’Union qui ne soient pas fondés sur une compétence d’attribution clairement délimitée (*ultra vires*). Et c’est là que le bât blesse. Pour la première fois en effet, les juges du second *Senat* passent à l’acte et déclarent *ultra vires* l’arrêt du 11 décembre 2018 en réponse à leur renvoi préjudiciel. Pour ce faire ils suivent un raisonnement en trois étapes.

En premier lieu les juges admettent que la Cour de justice est habilitée à juger de sa propre compétence, qui lui est conférée par l’art. 19 TFUE, mais ce seulement pour autant que l’arrêt de la Cour puisse être rattaché à des principes méthodologiques reconnus et qu’il n’apparaisse pas comme objectivement arbitraire (*solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint*) – une extension à la *Dogmatik* du principe *Solange* appliqué par le *BverfG* depuis 1974 à la reconnaissance de la primauté du droit communautaire. Jusqu’à l’arrêt Maastricht il s’agissait de retenir la possibilité de ne pas appliquer des normes de droit communautaire qui seraient contraires aux droits fondamentaux et aux principes essentiels garantis par la Loi fondamentale de 1949 – en particulier ceux de la démocratie parlementaire et du fédéralisme. Après quoi le *BverfG* a peu à peu étendu la réserve *Solange* à l’identité constitutionnelle de l’Allemagne fédérale – à l’instar de plusieurs autres Cours constitutionnelles, notamment l’italienne avec sa doctrine des *controlimiti*. La nouveauté consiste à étendre la réserve *Solange* aux méthodes d’interprétation du droit.

En l’espèce, les juges affirment que l’examen du respect du principe de la compétence d’attribution doit se faire sur la base du principe de proportionnalité, comme principe d’interprétation qui constituerait une tradition constitutionnelle commune des Etats membres. Le raisonnement des juges du second *Senat* ne tient pas debout. A supposer que la notion de « tradition constitutionnelle commune », reconnue par la Charte des droits fondamentaux de l’UE et l’art. 6 du TUE inclue en effet les principes d’interprétation – ce qui n’est ni évident ni démontré par les juges du second *Senat*– la manière dont ceux-ci procèdent est absolument discutable en droit comparé. L’affirmation selon laquelle le principe de proportionnalité « a ses racines dans le *common law* » (point 124) est loin de faire l’unanimité de la doctrine britannique et n’est pas confirmé par la jurisprudence des

pays de *common law*, qui a au contraire pendant longtemps persisté dans la seule application du test de la *Wednesbury reasonableness* avant d'accepter peu à peu d'appliquer le contrôle de proportionnalité. En réalité la référence au *common law* a clairement pour objectif d'éviter que l'on accuse les juges du second *Senat* de vouloir imposer leur approche de ce principe – qui est bien différente, par exemple, de la façon dont le juge administratif français a appliqué le contrôle de proportionnalité en matière de police après la première guerre mondiale.

Cette discussion de droit comparé serait sans intérêt en droit positif si les juges du second *Senat* n'utilisaient pas ce concept comme ils le font dans l'arrêt du 5 mai, c'est à dire pour affirmer que le contrôle de proportionnalité est un outil indispensable au contrôle de la répartition des compétences. Le problème est que le *BverfG* se réfère à l'art. 5 par. 1 et par. 4 TUE, et renvoie aux points 66 et suivants de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Gauweiler*. Or la CJUE ne dit jamais que le principe de proportionnalité s'applique à la délimitation des compétences, contrairement aux affirmations des juges du second *Senat*. Et pour cause : il semble que les juges du second *Senat*, dans leur zèle à démontrer le caractère *ultra vires* des décisions de la BCE et de l'arrêt de la CJUE, aient oublié de lire la première phrase de l'Art. 5 par. 1 TUE : « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences ». On ne saurait être plus clair. La prémisse du raisonnement qui suit dans l'arrêt n'est donc pas fondée. Un étudiant débutant en droit de l'Union européenne mériterait un zéro pointé.

Même à supposer que la prémisse soit fondée, et que le principe de proportionnalité soit en effet pertinent pour contrôler la délimitation des compétences de l'Union – ce qu'il n'est pas, en vertu même des traités – la question se poserait de savoir si les reproches que les juges du second *Senat* formulent à l'égard de l'arrêt de la Cour dans l'arrêt *Weiss* sont fondés. Les juges du second *Senat* eux-mêmes admettent que les méthodes d'interprétation peuvent différer d'un Etat membre à l'autre – et, notons-le au passage, leurs références de droit comparé tendant à démontrer que la méthode d'interprétation allemande est véritablement partagée par les autres sont étonnamment superficielles. Ils précisent également que seule une erreur manifeste de méthodologie dans l'utilisation du principe de proportionnalité pourrait conduire à un *ultra vires*. Or là aussi le bât blesse.

Il suffit de lire les développements assez longs et parfois confus des juges de la majorité du second *Senat* sur le caractère proportionnel ou non des mesures de la BCE pour s'en convaincre. L'ensemble de leur raisonnement est basé sur la distinction entre politique monétaire – compétence exclusive de l'Union – et la politique économique, compétence des Etats membres. On se demande d'ailleurs s'ils ont bien compris que la compétence en matière de politique économique, bien que ne figurant pas parmi les compétences partagées énoncées à l'art. 4 TFUE, sont également des compétences de l'Union puisque, comme le rappelle d'ailleurs l'art. 6 TFUE, le Conseil – institution de l'Union – est compétent pour adopter les mesures utiles à la coopération des politiques économiques des Etats-membres. Or toute la discussion dans l'affaire *Gauweiler* comme dans l'affaire *Weiss* et déjà auparavant dans l'affaire *Pringle*<sup>9</sup>, a démontré à quel point cette distinction est difficile : si elle figure en effet dans les traités, en particulier à l'art. 119 TFUE, elle n'est pas fondée sur des définitions claires et partagées en termes économiques.

Lorsque les juges de la majorité du second *Senat* prétendent que la Cour n'a pas le droit de se limiter à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans l'examen des décisions de la BCE, cette affirmation est à première vue en complète contradiction avec l'idée que seule une erreur manifeste de méthodologie de la part de la Cour pourrait être censurée par le *BverfG*. Ce que font les juges de la majorité du second *Senat* est ce que fait le juge administratif ou le juge constitutionnel dans les autres Etats membres : ils décident eux-mêmes ce qui est une erreur manifeste, et n'appliquent pas une méthodologie juridique transcendante pour ce faire.

Une étude plus approfondie de l'arrêt du 5 mai révélerait sans doute d'autres erreurs de méthodologie de la part des juges de la majorité du second *Senat*, en particulier dans leur méthode de contrôle de la proportionnalité. Les juges de Karlsruhe ne sont pas plus infaillibles que ceux de Luxembourg. Le point central à souligner est que la méthode utilisée par la majorité du second *Senat* pour affirmer que la BCE agit hors de sa sphère de compétence (*ultra vires*) n'est pas fondée en droit de l'Union, vu la teneur de l'art. 5 TFUE, contrairement à ce qu'ils affirment sans le démontrer.

---

<sup>9</sup> Arrêt de la Cour (assemblée plénière) du 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contre Gouvernement d'Irlande e.a.*, Affaire C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756.



Ceci ne serait qu'une discussion digne de l'exercice du commentaire d'arrêt universitaire si l'arrêt du *BverfG* n'avait que des conséquences minimales. Or il en va tout à fait différemment. Contrairement aux précédents des arrêts de la Cour constitutionnelle tchèque di 31 janvier 2012, *Pl. ÚS 5/12*<sup>10</sup> et de la Cour suprême Danoise dans l'affaire *15/2014, Ajos*<sup>11</sup>, qui n'avaient d'effet que dans des cas d'espèce à portée limitée (les pensions retraites des citoyens slovaques en République tchèque et l'application d'un principe général du droit de l'Union à des relations spécifiques entre personnes privées), l'arrêt du 5 mai a de graves conséquences systémiques sur le droit de l'Union et sur l'Union elle-même.

## 2. Le rejet de l'application du droit de l'Union à raison du principe de démocratie et du contrôle de la compétence

Par l'arrêt du 5 mai 2020, le *BverfG* enjoint à la *Bundesbank* institution de la République fédérale d'Allemagne, de cesser les achats sur le marché secondaire des titres souverains en application du programme PSPP si la BCE ne démontre pas dans un délai maximal de trois mois que ses décisions satisfont au principe de proportionnalité. L'arrêt déclare également que le Gouvernement Fédéral et le Parlement (*Bundestag*) ont manqué à leurs obligations découlant de l'art. 23 de la Loi fondamentale, qui reconnaît que la RFA « concourt au développement de l'Union européenne », en ne prenant pas toutes les mesures utiles pour éviter que le Conseil des gouverneurs de la BCE n'adopte les mesures incriminées. Est-il besoin de rappeler que si la *Bundesbank* est une institution de la RFA, elle est indépendante à la fois en vertu de la loi qui l'établit et en vertu du droit primaire de l'Union, qui en fait un membre du Système européen de banques centrales ? A supposer que le contrôle juridictionnel exercé par le *BverfG* sur les institutions fédérales lui permette sans limitations de prononcer des injonctions à l'égard de la *Bundesbank*, il paraît évident que les tentatives du Gouvernement et du Parlement fédéraux d'influencer les organes de la BCE et les membres du SEBC seraient contraires à l'indépendance de ces derniers telle que garantie par le droit primaire de l'Union. En s'appuyant sur un raisonnement contestable pour prononcer son injonction en affirmant que la BCE n'est pas compétente pour adopter les

<sup>10</sup> Voir notamment Komárek, J., *Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII*. In *European Constitutional Law Review*, 8(2), 323-337.

<sup>11</sup> Voir notamment Šadl, U., & Mair, S., *Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A.* in *European Constitutional Law Review*, 13(2), 347-368

décisions du programme PSPP, les juges du second *Senat* incitent la Bundesbank et d'ailleurs aussi le Gouvernement et le Parlement fédéraux à violer le droit de l'Union européenne. Le fait que les juges du second *Senat* affirment par une démonstration également contestable que le programme PSPP empêche la réalisation du principe de démocratie en limitant les pouvoirs du Parlement fédéral ne change rien à l'affaire : il y a violation du droit de l'Union.

Afin apparemment de se dédouaner vis-à-vis des autres Etats membres de l'Union, les juges du second *Senat* déclarent que faute de motivation convaincante de la part de la BCE du respect du principe de proportionnalité par ses décisions, celles-ci ne sont pas applicables, du moins sur le territoire de la RFA. Les juges du second *Senat* ne semblent pas prendre en compte qu'ils violent ainsi un principe fondamental du droit de l'Union, celui de l'application uniforme. A moins d'une exemption explicite, les actes de droit dérivé s'appliquent dans tous les Etats membres et doivent être appliqués de la même manière – à moins encore une fois que le droit primaire ne prévoit explicitement une possibilité de différenciation, comme dans l'art. 355 TFUE relatif aux régions ultrapériphériques. Méconnaître ce principe contribue à l'éclatement de l'Union en autant de régimes juridiques différents qu'il y a d'Etats membres. Il s'agit là d'une action extrêmement grave.

Les juges du *second Senat* justifient leur arrêt non seulement par une violation mal démontrée de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres par la BCE et la CJUE. Ils la justifient également par le fait que les décisions incriminées seraient contraires au principe de démocratie car ils limiteraient trop le pouvoir du Parlement allemand en matière de politique économique et budgétaire. La lecture de l'arrêt du 5 mai fait ressortir à quel point le raisonnement des juges du second *Senat* est alambiqué, et que, loin d'être fondé sur une *Dogmatik* juridique incontestable, il repose sur des présomptions en matière de politique économique non démontrées et contraires à la cohésion de l'Union européenne. Il suffit de citer un passage pour le souligner : selon les juges (point 171 de l'arrêt) « Il était déjà prévisible, lors de l'adoption de la décision (UE) 2015/774, que plusieurs les États membres de la zone euro augmenteraient leurs nouveaux emprunts afin de financer des programmes d'investissement pour stimuler l'économie », et de se référer à un document de la Commission sans aucune portée juridique. Non seulement les juges ne démontrent pas que le financement de programmes d'investissement serait contraire au traité – au contraire, à moyen terme l'on peut espérer le contraire, comme l'affirment nombre d'économistes qui ne sont pas cités par l'arrêt du 5 mai. Mais qui plus est, les juges

du second *Senat* étalent leurs préjugés en matière de politique économique sans prendre en compte le moins du monde la possibilité que de tels investissements ne contribuent à réaliser l'objectif de la cohésion économique, sociale et territoriale affirmée à l'art. 3 TUE. Qui plus est, si vraiment le principe de démocratie exige de maintenir la possibilité pour le Parlement allemand de déterminer sa politique économique, n'en va-t-il pas de même des parlements espagnol, grec, irlandais, italien, portugais etc. ? Cette objection n'est évidemment nullement prise en compte par les juges du second *Senat*.

A supposer que l'argumentation sur le principe de démocratie soit fondée, elle a un effet immédiat que les juges du second *Senat* n'ont évidemment pas voulu prendre en compte. Cette argumentation justifierait en effet le refus de gouvernements tels que celui de la Hongrie ou de la Pologne, qui disposent d'une majorité confortable au Parlement, d'appliquer les jugements de la Cour de justice les condamnant pour violation de l'art. 19 TUE par leurs actions remettant en cause l'indépendance de la justice. Ceci serait un facteur de plus de parcellisation du droit de l'Union, et de l'Union elle-même.

### Conclusion

Selon la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 5 mai 2020, "Le président de la Cour constitutionnelle fédérale, Andreas Voßkuhle, a admis lors de la présentation de l'arrêt que la décision pourrait avoir un effet "irritant" en ces temps de crise du coronavirus, mais que la décision était soutenue par l'écrasante majorité du Sénat. Un seul juge s'était prononcé contre cette décision"<sup>12</sup>. A la lecture de cette déclaration plus d'un citoyen européen aura pensé comme moi aux mots du Premier Ministre portugais Costa au lendemain de la réunion en vidéoconférence de l'Eurogroupe des 7-9 avril, traitant de « répugnant » le comportement du ministre des finances néerlandais Hoekstra, qui avait demandé à la Commission d'ouvrir une enquête pour comprendre pourquoi certains Etats membres n'avaient pas constitué un « matelas budgétaire » en prévision des temps de crise. Il était évident que le ministre, qui a d'ailleurs par la suite admis n'avoir pas fait preuve de suffisamment d'empathie, avait avant tout à l'esprit les prochaines élections dans son pays et essayait de s'attirer la faveur d'une partie de l'électorat nourri de préjugés contre les « PIGS » (Portugal, Italie, Grèce et Espagne) depuis le début de la crise de la dette

<sup>12</sup> Traduction de l'auteur de cette note.

souveraine en 2010. Si une telle attitude n'est pas admissible de la part d'un homme politique, l'est-elle par contre pour des juges dont l'indépendance est garantie en principe par l'absence de recherche d'un mandat politique ?

Bien que nombre de commentateurs se soient empressés de préciser que l'arrêt du 5 mai concernait le programme PSPP et non l'action de la BCE pendant l'urgence de la pandémie covid-19, il est évident que les raisonnements des juges du second *Senat* devraient s'appliquer également à tout programme d'achat de titres publics sur le marché secondaire, qui risquent de permettre de « de financer des programmes d'investissement pour stimuler l'économie ». Au-delà de la rigidité de la *Dogmatik*, une politique jurisprudentielle caractérise l'action des Cours constitutionnelles et des cours suprêmes conscientes de leur rôle social dans une démocratie pluraliste. Quelle sera la politique jurisprudentielle du nouveau Président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le mandat du professeur Voßkuhle venant à échéance sans possibilité de renouvellement le 6 mai 2020 ?

Stresa, Italie, le 6 mai 2020