

# La Cour constitutionnelle allemande et l'Union européenne

Jean claude BOUAL

La question de la primauté du droit communautaire, dans le cadre des compétences de l'Union européenne, est un problème récurant depuis le début des années 1960. Elle pose au moins deux questions : une question de droit qui est toujours débattue par des juristes, même si l'interprétation de la primauté du droit communautaire est aujourd'hui largement admise ; une question politique quant à la conception de la construction européenne et son devenir largement commentés suite à la décision de la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe du 5 mai 2020.

## A- Le droit

### Bref historique du concept de la primauté du droit communautaire

Le traité de Rome de 1957 ne dit rien à ce sujet. Il crée une Cour de la CEE (ancêtre de la Cour de justice de l'union européenne- CJUE).

C'est cette Cour dans deux arrêts fondateurs qui institue la primauté du droit communautaire sur le droit national. Précisons que cette primauté ne s'exerce que dans le cadre des compétences de l'Union européenne. Elle ne concerne donc pas la totalité des ordres juridiques nationaux.

L'arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963 dit : « *que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international* » et que ce droit qu'impose le traité s'adresse « *tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires* ». La Cour créait ainsi un rapport original entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques des États membres, mais qui pouvait très vite devenir conflictuel en cas de divergence, car comment appliquer deux droits divergents à un même justiciable ?

L'arrêt Costa c/Enel en 1964 dix-huit mois après régla cette question en affirmant que l'ordre juridique communautaire ne saurait se voir opposer un texte interne (à un État membre), les États membres « *ont transféré leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire* », ce qui entraîne « *la limitation définitive de leur droit souverain contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté* ». Autrement dit, le droit communautaire s'impose dans ses domaines de compétence aux droits nationaux sous peine de nullité. Ce que dit la Cour de justice des Communautés européennes c'est que si le droit national d'un pays membre prévalait sur le droit communautaire, cela signifiait qu'il n'y avait pas de communauté européenne, que la construction européenne était de facto niée et ne pouvait exister. Mais l'ordre juridique communautaire institué par ces arrêts n'est pas complet, puisqu'il ne porte que pour les compétences de l'UE, celles que lui ont **déléguées** les États membres, ce qui complique parfois l'interprétation des textes car il y a inévitablement des chevauchements ou des recouvrements.

Cette conception du droit communautaire et des rapports entre les ordres juridiques communautaires et nationaux fut longtemps contestée par les juridictions nationales, en particulier françaises qui ne l'acceptèrent que tardivement ( Cour de cassation en 1975, Conseil d'État en 1989).

Cette primauté du droit communautaire fut constitutionnalisée dans le projet de traité constitutionnel européen élaboré par la Convention en 2002/2003 dans son article 10 : « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées ont la primauté sur le droit des États membres.* ». Cet article a été supprimé, après les deux référendas négatifs de 2005 en France et au Pays-Bas car très contesté notamment en France.

Il n'existe donc plus dans les traités de Lisbonne, mais une déclaration N° 17 annexée aux traités précise : « *La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'UE, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence.* ». Il découle donc de cette jurisprudence, par la déclaration jointe, que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental du dit droit, et le fait que ce principe ne figure plus dans les traités ne modifie en rien son existence, ni bien entendu la jurisprudence de la Cour de justice. Au contraire, la ratification des traités auxquels sont annexées les déclarations, par tous les États membres, conforte la jurisprudence et la remonte au niveau du droit primaire.

A noter qu'il s'agit bien du droit, et nous en sommes toujours à ce niveau dans les textes communautaires.

### **Le cas de l'Allemagne**

En 1993, un citoyen allemand saisit la Cour constitutionnelle sur le traité de Maastricht, qu'il estimait non conforme à la Loi fondamentale de la République fédérale. Son recours est rejeté par la Cour, mais celle-ci exige dans son arrêt un ancrage démocratique de la décision allemande par le biais du Parlement national (le Bundestag).

Cette exigence découle de l'article 20 de la Loi fondamentale de la République Fédérale qui stipule : « *Tout pouvoir d'État émane du peuple...* ». Le raisonnement de la Cour est en substance celui-ci : la démocratie c'est le gouvernement au nom du peuple, il n'existe pas de peuple européen, il ne peut donc y pas avoir de démocratie européenne, en attendant que le peuple européen existe, il faut, au nom de la démocratie que le peuple allemand, c'est à dire son parlement approuve par un vote formel toutes les étapes de la construction européenne et les décisions qui font appel à sa participation à celle-ci.

En 1998, des citoyens allemands contestent à nouveau devant la Cour constitutionnelle l'introduction de la monnaie unique en Allemagne. Leur recours est à nouveau rejeté.

Mais en 2009, à propos des traités de Lisbonne « rebelote ». Les mêmes déposent à nouveau un recours contre sa ratification. Si la ratification est validée, les droits du Parlement allemand dans le cadre européen sont encore renforcés par la cour constitutionnelle. Celle-ci précise que l'Union ne peut dépasser certaines limites dans son intégration et qu'il n'est possible de les dépasser qu'avec « *la volonté déclarée du peuple allemand* » (ce qui peut laisser entendre un référendum pourtant difficile en Allemagne en raison de son histoire).

En 2011, dans un jugement portant sur le sauvetage de l'euro, la Cour constitutionnelle réaffirme que le droit budgétaire devait garder un ancrage démocratique et que le Bundestag devait toujours garder le dernier mot pour l'octroi de garanties très importantes. C'est ainsi que toutes les étapes de versement des « aides » accordées aux pays lors de la crise de l'euro (Grèce, Portugal, Irlande etc.) dans le cadre de la troïka ont été soumises au Bundestag avant versement, le parlement allemand devenant ainsi le décideur de dernier recours au sein de l'Union.

La décision de la Cour constitutionnelle du 5 mai 2020, n'est que la suite de ses prises de positions antérieures. Que dit la Cour, d'après la presse (je n'ai évidemment pas décortiqué l'arrêt complet de 80 pages en allemand) ; appelée à se prononcer sur le programme de rachats de titres (*Quantitative easing*) de 2 700 milliards d'euros lancé sous le nom de *Public sector purchase programme* (PSPP, programme de rachat du secteur public) en 2015 par la Banque centrale européenne (BCE), la Cour allemande estime que tout en étant légal, il n'est pas assuré que ce dernier soit en conformité avec les traités européens. Elle reproche aux autorités allemandes d'avoir agi de façon inconstitutionnelle

en ne vérifiant pas le respect des textes, notamment les règles de proportionnalité<sup>1</sup>. Elle demande dans un délai de trois mois que la BCE vérifie si cette politique est conforme aux textes de l'UE (aux traités). Elle exige que la banque centrale allemande « *s'assure que les titres obligataires déjà achetés et tenus dans son portefeuille soient vendus, selon une stratégie – éventuellement à long terme – coordonnée avec l'Eurosystème.* ».

En conséquence « *La Bundesbank ne peut donc plus participer à la mise en œuvre et à l'exécution des décisions de la BCE en cause, à moins que le Conseil des gouverneurs de la BCE n'adopte une nouvelle décision démontrant que... le PSPP n'est pas disproportionné par rapport aux effets de la politique économique et budgétaire* », ont statué les juges. Elle estime que « *les effets de la politique économique du PSPP ont un impact économique et social sur potentiellement tous les citoyens* », notamment en raison « *des pertes considérables supportées par les épargnants privés* » ou plus généralement par « *les taux d'intérêt bas ou négatifs qui permettent à des entreprises non viables de survivre* ».

A noter que l'arrêt de participation au PSPP ne concerne que l'Allemagne (la Bundesbank), et en aucune mesure la BCE ou les banques centrales des États participant à l'euro. C'est normal la cour allemande ne peut statuer que pour l'Allemagne, pas pour un autre État, ni pour l'UE. Enfin gageons que la BCE prouvera que la proportionnalité des achats a bien été respectée, démonstration que la Cour allemande acceptera.

En 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait débouté les plaignants allemands, en jugeant que la politique de la BCE était « *conforme aux traités européens* ». « *Le programme PSPP ne viole pas l'interdiction du financement monétaire, qui interdit d'accorder tout type de crédit à un État membre. La mise en œuvre de ce programme n'équivaut pas à l'acquisition d'obligations sur les marchés primaires et n'a pas pour effet de soustraire les États membres à l'incitation à conduire une politique budgétaire saine* », indiquait alors la Cour de justice européenne.

La CJUE, s'est contenté dans un très bref communiqué de rappeler qu'elle était seule compétente pour constater qu'un acte d'une institution de l'UE était conforme ou non au droit européen, et que « *des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité de tels actes seraient susceptibles de compromettre l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de porter atteinte à la sécurité juridique* », revenant aux arguments développés dans les arrêts Van Gend en Loos et Costa c/Enel. La présidente de la Commission européenne Madame Ursula von der Leyen a évoqué une possible ouverture de procédure contre l'Allemagne pour non respect des décisions de l'UE si l'Allemagne se retirait du PSPP.

## **B- La politique**

Le jugement du 5 mai a eu un retentissement important dans les milieux politiques et dans la presse en raison de la situation de crise permanente de l'UE depuis la crise de l'Euro, que sa participation à la gestion de la pandémie du Covid-19 a plutôt été discrète<sup>2</sup> et que le repli des États membres sur eux-même, chacun gérant l'épidémie à sa manière pose des questions sur l'utilité de l'Union dans de telles circonstances et aussi que depuis plusieurs années des États dits « illibéraux », Hongrie et Pologne notamment rechignent à se mettre à jour sur les demandes de respect de la démocratie (demandes certes assez molles), et contestent les décisions de l'UE. Les négociations sur des sujets

1 Les titres sont à la foi achetés par la BCE elle même, et par les banques centrales des États membres. Afin d'éviter tout financement abusif d'un État, la BCE est tenue d'acheter des titres souverains en respectant le montant de participation de chaque État à son capital et ne détenant pas plus de 33 % de chaque émission.

2 UE a toutefois pris un certain nombre de décisions, gel certes temporaire des critères dits de Maastricht, 100 milliards au budget pour aider les États pour le chômage partiel, 1000 milliards de garantie d'emprunt pour soutenir l'économie, un « plan pandémie » de la BCE de 750 milliards d'euros pour le rachat de dettes (publique et privée)...

essentiels pour l'avenir de l'UE, budget pluriannuel 2021/2027, la PAC, la défense européenne, traînent en longueur et démontrent des objectifs et conceptions différentes pour l'UE selon les États. Mais L'UE, c'est toujours des négociations toujours présentées comme au bord du gouffre. De mon point de vue, les décisions de la cour constitutionnelle allemande sur les traités de Maastricht et de Lisbonne, évoquées plus haut, sur le manque et l'impossibilité de démocratie pour l'UE parce qu'il n'y a pas de peuple européen, est plus grave de conséquences dans la durée que la décision du 5 mai.

Le droit est primordial dans la culture allemande, cette primauté est projetée au niveau européen. Depuis le Saint-Empire romain, avec la Bulle d'or en 1356, jusqu'à sa dissolution par Napoléon en 1806, le droit a servi à trancher les conflits entre les nombreuses composantes de l'Empire. Après la chute de Napoléon, en 1815, la Confédération germanique voit un nouveau principe : « l'État de droit » s'imposer, toujours basé sur la primauté du droit, qui dans une Allemagne non démocratique garantissait l'autonomie des individus. Le traumatisme du nazisme qui a violé tous les principes, renforce cette notion d'État de droit, consacrée par la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, établie en 1949 et révisée lors de l'unification en 1990<sup>3</sup>. Dans la culture allemande la loi a bien plus d'importance que dans la culture française, où elle sert trop souvent à dissoudre un problème politique et n'est pas appliquée car elle ne relève pas toujours du droit. De même, la notion d'État de droit n'a pas la même signification dans les deux pays. En Allemagne c'est le respect des droits fondamentaux, en France c'est la capacité de l'exécutif de faire voter des lois, même liberticides, même exorbitantes des principes du droit. Or l'État de droit fait bien partis des principes de l'Union européenne, sans toutefois que tous les États membres lui donnent exactement la même définition.

La Cour constitutionnelle allemande a un grand prestige en Allemagne, c'est une vraie cour constituée de juristes. Les citoyens y ont directement accès. Donc rien à voir avec notre Conseil constitutionnel, composé majoritairement d'anciens politiciens désignés par leurs pairs, ce qui en fait une institution bourrée de conflits d'intérêt qui n'hésite pas, en violation du texte dont elle a la charge, à valider une loi manifestement anticonstitutionnelle comme la loi organique du 23 mars 2020.

Deux remarques qui ont leur importance pour analyser : 1) toutes les décisions de la Cour allemande ont été prises après l'unification de l'Allemagne, elle affirme ainsi la puissance retrouvée du pays ; 2) la décision du 5 mai met en cause les deux seules institutions fédérales de l'UE (la Cour de justice et la banque centrale), alors que l'Allemagne est elle-même un État fédéral avec des formes de solidarité entre les Land la constituant. Est-ce le fédéralisme européen que la Cour veut éviter ?

Pourtant l'Allemagne est un État fédéral, avec une répartition des compétences précise entre les divers niveaux institutionnels, comme pour l'union européenne. Mais son système fédéral connaît des dysfonctionnements. Au début 2000 l'Allemagne, alors en pleine crise, a essayé de reformer son système fédéral et la répartition des compétences sans y parvenir et y a renoncé notamment en retrouvant sa puissance économique.

La banque centrale européenne a été construite sur le modèle de la Bundesbank, dont l'indépendance est un principe cardinal : indépendance que la Cour remet de fait en cause en lui enjoignant de se retirer du PSPP.

On voit bien que politiquement la situation est plus complexe que les analyses trop souvent hâtives faite à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

---

<sup>3</sup> La Loi fondamentale commence par le chapitre : « LES DROITS FONDAMENTAUX », les dix-neuf premiers articles de la Loi leur sont consacrées.

La Chancelière Angela Merkel a annoncé que l'Allemagne ferait preuve de solidarité en augmentant temporairement sa participation au budget européen tout en refusant des ressources propres (hors contributions des États) à l'Union. Elle vient de présenter avec E. Macron un projet de 500 milliards d'euros sous forme de prêts et subventions aux secteurs et régions les plus touchés par la covid-19 pris sur le budget de l'UE à long terme, en donnant à la Commission européenne le pouvoir d'emprunter sur le marché au nom de l'UE. En clair l'UE emprunte, ce que les allemands ont toujours refusé jusqu'à aujourd'hui, et ils acceptent une forme de mutualisation de la dette. Certes il faut l'unanimité des vingt-sept États membres pour mettre en œuvre cette proposition, mais il s'agit bien d'un tournant dans la position du gouvernement allemand, et la suite n'est pas écrite. Elle l'est d'autant moins que les « quatre radins » comme les appelle la presse européenne ( Autriche, Danemark, Pays-Bas, Suède) viennent aussi de faire une proposition alternative à savoir : une augmentation du budget de l'UE à laquelle ils s'opposaient jusqu'à présent et des prêts remboursables aux États contre des engagements. La négociation ne fait que commencer. Il est probable qu'elle durera, sa conclusion arrivera tard, sera insuffisante, mais marquera une nouvelle étape dans la construction européenne.

Un accord politique n'est pas impossible, l'Allemagne a aussi beaucoup à perdre à un refus de solidarité qui se solderait par un éclatement de l'euro, et pas seulement elle, mais tous les États y participant (y compris les quatre radins). Son jeu solitaire pourrait lui valoir une monnaie réévaluée à la mesure de son économie appréciée sur « les marchés » de l'ordre au moins de 30% par rapport à la France (mais aussi au dollars), sa « compétitivité » s'en trouvant fortement entamée. L'Allemagne s'est constituée un « interland » économique en Europe centrale et orientale qui lui assure une prépondérance économique au sein de l'UE, qu'elle ne peut détruire sans plonger elle-même dans la récession et une crise structurelle profonde. Le refus de solidarité au sein de la zone euro dont elle est la première bénéficiaire, au delà d'une certaine limite, remettrait en cause toute sa stratégie économique depuis au moins vingt ans. C'est ce qu'a bien compris Angela Merkel en faisant sa proposition avec Macron.

Grosso-modo , après l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande, l'UE (mais surtout la zone euro) se divise en trois blocs : 1) les États qui sont sur la longueur Merkel/Macron, France, Allemagne, Italie, Espagne (soit les plus grands États de la zone, cette dimension mérite d'être prise en compte, car les structures économiques de ces États sont différentes de celles des États plus petits, ce qui n'est jamais pris en compte par les économistes, voire qui est complètement occulté) auxquels pourraient s'ajouter La Grèce, le Portugal ; 2) les États qui sont contre et qui viennent de faire une contre proposition ( Autriche, Danemark, Pays-Bas et Suède, sans doute les pays nordiques), qui sont de « petits » États par leur taille démographique ; 3) une grande partie des États qui n'ont encore rien dit (ou dont j'ignore la position pour l'instant) ;

Mais cela n'empêche pas « de tirer des plans sur la comète ». Plusieurs scenarii sont mis en avant qui pratiquement tous aboutissent à l'impasse, ou au démantèlement de l'euro et de l'UE, ce que prédisent les Cassandre, et que certains souhaitent.

En voici quatre présentés par Michel CRINETZ économiste. Ces scénarios rejoignent beaucoup d'analyses :

*« La solution purement juridique est que la banque centrale européenne assigne la BuBa ( Banque centrale allemande ou Bundesbank- note JCB), devant la CJUE pour désobéissance. Mais cette méthode présente deux inconvénients majeurs. Le premier est que la CJUE donnera raison à la banque centrale européenne, mais en rappelant à cette occasion les deux limites quantitatives mises à ces interventions ; rappels dont la banque centrale européenne a d'autant moins besoin qu'elle s'apprête manifestement à les outrepasser (si ce n'est pas déjà le cas, notamment en faveur de*

*l'Italie) ; en outre, il est déjà annoncé que le nouveau programme d'achats pour faire face à la pandémie, prochaine cible de la Cour allemande, s'affranchira des règles de proportionnalité aux participations des banques nationales dans le capital de la banque centrale européenne. Le second est que même dans ce cas, il y a fort à parier que la BuBa persistera dans ses intentions, et alors que faire ? »*

*« La seconde méthode n'est pas plus sûre. Elle consisterait à s'en remettre à un vote du conseil des gouverneurs de l'eurosystème. Mais il n'est pas certain que le directoire de la banque centrale européenne obtiendrait alors gain de cause, ni surtout que la BuBa en tienne compte. »*

*« Le troisième scénario consisterait en une « sortie par le haut ». Jusqu'ici, la banque centrale européenne a considéré les banques centrales nationales comme des sortes de succursales, auxquelles elle a délégué 80% des achats des dettes publiques nationales effectués dans le cadre de sa politique dite « quantitative ». Elle pourrait renoncer à cette délégation et décider qu'elle effectuera désormais ces achats elle-même. De succursales, les banques centrales nationales seraient alors transformées en simples appendices de la banque centrale européenne, minuscules vestiges de leur splendeur passée, et abandon manifeste de leur sacro-sainte indépendance, sinon vis-à-vis de leur État, du moins vis-à-vis de la banque centrale européenne. Il n'y a aucune chance que leurs gouverneurs, membres du conseil des gouverneurs de l'eurosystème, consentent à une telle déchéance ; et, en principe, les statuts n'autorisent pas le directoire à passer outre leur vote majoritaire. »*

*« Ne reste plus qu'un seul scénario praticable. La banque centrale européenne n'a aucun moyen d'empêcher la BuBa de vendre ses titres publics allemands, et son gouverneur se fera un devoir et un plaisir, d'autant plus vif qu'il est attendu depuis longtemps, de publier officiellement, dès la rentrée, le calendrier de ses ventes de titres, dont seule la durée pourra être plus ou moins négociée, comme le laisse entendre l'arrêt, dans une incise que j'ai remplacée par trois petits points, disant que la BuBa pourra prendre son temps. Mais alors, qu'est-ce qui empêchera les banques centrales autrichienne, néerlandaise, finlandaise ou autres de l'imiter ? »*

*« Et qu'est-ce qui empêchera la Cour allemande de saisir à nouveau la CJUE en lui faisant observer la violation du principe que l'eurosystème doit intervenir en proportion des parts de capital détenues par les différentes banques centrales dans le capital de la banque centrale européenne ? »*

*« Et alors, qu'est-ce qui empêchera les spéculateurs monétaires de considérer que l'euro est décidément une monnaie mal bâtie, et dont il convient de se défaire au plus vite, d'où une dévaluation forte de l'euro et un appauvrissement relatif massif des pays de la zone dont la balance commerciale est déficitaire, dont la France, et notamment des gens qui, dans ces pays, achètent beaucoup de choses importées, comme des aliments, du pétrole, des voitures et des produits bruns et blancs ?*

*Inversement, seront facilitées les exportations allemandes, par exemple de ses voitures aux États-Unis, si ces derniers mettent à exécution leur menace de les frapper de droits de douane... ».*

Ce type de prévisions technocratiques ne tient pas compte de la politique, les réactions Merkel/Macron d'une part, les contre propositions des « quatre radins » démontrent que d'autres solutions peuvent être imaginées. Deux autres aussi sont possibles dans le cadre des traités, une coopération renforcée à onze États minimum, ou carrément un traité spécifique comme le TSGC (le traité merkosy de 1992)

L'histoire n'est jamais écrite d'avance, même s'il y a des logiques de décision et de situation. De plus en plus les questions nationales, comme le démontre une nouvelle fois l'arrêt de la Cour allemande, sont des questions européennes et des questions domestiques pour les autres États membres au sein de l'UE et encore plus au sein de la zone euro ; et réciproquement les questions soit disant purement

communautaires sont des questions internes pour chaque État membre et pour tous conjointement. Il nous faut donc de plus en plus appréhender les problématiques européennes de façon politique et apprendre à faire de la politique au niveau de l'UE et des vingt-sept pays, sortir des slogans contre la « concurrence libre et non faussée », même s'il convient de détruire le dogme néolibéral de la concurrence de tous contre tous.

Le 25 mai 2020