Notes de l'Ifri

Notes du Cerfa 155

L'arrêt de la Cour de Karlsruhe

Un coup de tonnerre dans un ciel serein ?

David CAPITANT

Octobre 2020

ifri depuis 1979

Comité d'études des relations franco-allemandes

L'Ifri est, en France, le principal centre indépendant de recherche, d'information et de débat sur les grandes questions internationales. Créé en 1979 par Thierry de Montbrial, l'Ifri est une association reconnue d'utilité publique (loi de 1901). Il n'est soumis à aucune tutelle administrative, définit librement ses activités et publie régulièrement ses travaux.

L'Ifri associe, au travers de ses études et de ses débats, dans une démarche interdisciplinaire, décideurs politiques et experts à l'échelle internationale.

Les activités de recherche et de publication du *Comité d'études des relations franco-allemandes* – Cerfa – bénéficient du soutien du Centre d'analyse de prévision et de stratégie du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères et du Frankreich-Referat de l'Auswärtiges Amt.

Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que la responsabilité de l'auteur.

ISBN : 979-10-373-0247-2
© Tous droits réservés, Ifri, 2020

Comment citer cette publication :

David Capitant, « L'arrêt de la Cour de Karlsruhe : un coup de tonnerre dans un ciel serein ? », *Notes du Cerfa*, n° 155, Ifri, octobre 2020.

Ifri

27 rue de la Procession 75740 Paris Cedex 15 – FRANCE

Tél. : +33 (0)1 40 61 60 00 – Fax : +33 (0)1 40 61 60 60

E-mail : accueil@ifri.org

Site internet : Ifri.org

Notes du Cerfa

Publiée depuis 2003 à un rythme mensuel, cette collection est consacrée à l'analyse de l'évolution politique, économique et sociale de l'Allemagne contemporaine : politique étrangère, politique intérieure, politique économique et questions de société. Les *Notes du Cerfa* sont des textes concis à caractère scientifique et de nature *policy oriented*. À l'instar des *Visions franco-allemandes*, les *Notes du Cerfa* sont accessibles sur le site de l'Ifri, où elles peuvent être consultées et téléchargées gratuitement.

Le Cerfa

Le Comité d'études des relations franco-allemandes (Cerfa) a été créé en 1954 par un accord gouvernemental entre la République fédérale d'Allemagne et la France. Il bénéficie d'un financement paritaire assuré par le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères et l'*Auswärtiges Amt*. Le Cerfa a pour mission d'analyser l'état des relations franco-allemandes sur le plan politique, économique et international ; de mettre en lumière les questions et les problèmes concrets que posent ces relations à l'échelle gouvernementale ; de présenter des propositions et des suggestions pratiques pour approfondir et harmoniser les relations entre les deux pays. Cette mission se traduit par l'organisation régulière de rencontres et de séminaires réunissant hauts fonctionnaires, experts et journalistes, ainsi que par des travaux de recherche menés dans des domaines d'intérêt commun.

Éric-André Martin est secrétaire général du Cerfa et dirige avec Paul Maurice et Marie Krpata, chercheurs, et Hans Stark, conseiller pour les relations franco-allemandes, les publications du Cerfa. Catherine Naiker est assistante au sein du Cerfa.

Auteur

David Capitant est agrégé des facultés de droit et professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il assure la direction du Centre de droit allemand et du Département de droit comparé de l'École doctorale de droit (Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne – ISJPS, UMR 8103). Il enseigne le droit administratif général, le droit public des affaires et le droit du marché intérieur.

Il a exercé les fonctions de président de l'Université franco-allemande du 1er janvier 2018 au 31 décembre 2019. Il est Secrétaire général de la Société de législation comparée et Avocat à la Cour. Il intervient en qualité de *Counsel* au sein de Wenner dans le domaine du droit public et des contrats publics, dans un cadre transactionnel ou contentieux, sur le plan national, européen et international.

Résumé

Par un arrêt rendu le 5 mai 2020, la Cour constitutionnelle fédérale allemande de Karlsruhe a remis en cause les conditions dans lesquelles la Banque centrale européenne (BCE) a adopté un programme d'achat d'actifs du secteur public dénommé Public Sector Purchase Programme (PSPP), prenant ainsi le contre-pied de la position adoptée par la Cour de Justice de l'Union européenne (UE) dans la même affaire.

Cet arrêt a connu une grande résonance dans la presse et dans les milieux d'affaire, car il a pu être considéré comme une remise en cause des politiques d'assouplissement quantitatif menées par la BCE, au moment où celle-ci devait faire face aux conséquences économiques de la pandémie de coronavirus.

Sur un plan plus politique la Cour constitutionnelle fédérale allemande a décidé de ne pas suivre une décision de la Cour de Justice de l'UE. Ceci a fait craindre une remise en cause de l'uniformité du droit européen et un risque que d'autres États membres puissent exploiter cette décision dans le domaine du respect des droits de l'homme, qui les oppose à l'UE.

Aussi faut-il saluer la récente initiative franco-allemande visant à la mise en place d'un plan de relance pour l'Europe, annoncée le 18 mai 2020 et sur la base de laquelle le Conseil européen s'est accordé le 21 juillet 2020. Un tel plan permet en effet aux États membres de reprendre la main en matière de soutien à l'économie, et à la BCE de se concentrer sur des objectifs plus directement monétaires, selon la logique même des traités fondateurs de l'UE.

Abstract

In its judgement of 5 May 2020, the German Federal Constitutional Court in Karlsruhe questioned the conditions under which the European Central Bank (ECB) had adopted a Public Sector Purchase Programme (PSPP), thus contradicting the position taken by the Court of Justice of the European Union (EU) in the same case.

This judgement had great resonance in the press and in business circles, as it could be seen as a challenge to the quantitative easing policies pursued by the ECB, particularly at a time when it had to deal with the economic consequences of the coronavirus pandemic.

On a political plane, the German Constitutional Court decided not to comply with a decision from the Court of Justice of the EU. Consequently, it is to be feared that the uniformity of the European Law is cast doubt on and that Member States opposed to the EU on topics relating to the respect of human rights will use that decision in their interest.

The Franco-German initiative to establish a European Economic Recovery Fund, which was announced on May 18, 2020 and on the basis of which the European Council reached an agreement on July 21, 2020, is therefore to be welcomed. Such a plan will allow the Member States to regain the upper hand in supporting the economy and the ECB to focus on more direct monetary objectives, according to the spirit of the EU's founding treaties.

Sommaire

INTRODUCTION 7

LES TENSIONS ENTRE ORDRE CONSTITUTIONNEL NATIONAL ET ORDRE JURIDIQUE EUROPÉEN 10

Les prémices du contrôle de l'*ultra vires* 11

Une mise en œuvre téméraire, dangereuse, nuancée ? 14

L'ENCADREMENT DU SYSTÈME EUROPÉEN DE BANQUES CENTRALES 20

Compétence et proportionnalité 20

Les modalités d'achat de titres publics 23

CONCLUSION 25

Introduction

Par un arrêt rendu le 5 mai 2020[1], la Cour constitutionnelle fédérale allemande de Karlsruhe a remis en cause les conditions dans lesquelles la Banque centrale européenne (BCE) a adopté un programme d'achat d'actifs du secteur public dénommé Public Sector Purchase Programme (PSPP), prenant ainsi le contre-pied de la position adoptée par la Cour de Justice de l'Union européenne (UE) dans la même affaire. Cet arrêt a connu une grande résonance dans la presse et dans les milieux d'affaire, car il a pu être considéré comme une remise en cause des politiques d'assouplissement quantitatif menées par la BCE, particulièrement au moment où celle-ci devait faire face aux conséquences économiques de la pandémie de coronavirus, mais aussi, sur un plan plus politique, parce que pour la première fois, une cour constitutionnelle nationale décide de ne pas suivre une décision de la Cour de Justice de l'UE, et que l'on a pu légitimement craindre, que ce pas franchi dans un domaine technique par la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne puisse être reproduit dans le domaine du respect des droits de l'homme qui oppose l'UE à certains États membres.

À partir de 2014, la BCE a mis en œuvre un programme d'achat d'actifs (Asset Purchase Programme – APP), ensemble de mesures non conventionnelles de politique monétaire destiné à prendre le relais de la baisse des taux directeurs, arrivés à leur plus bas niveau, afin d'améliorer le fonctionnement du mécanisme de transmission de la politique monétaire en favorisant le crédit et de soutenir les prix face à une inflation trop faible. Ce programme s'est d'abord décliné sous la forme d'achat de titres privés, à travers le troisième programme d'achat d'obligations sécurisées (Third Covered Bond Purchase Programme – CBPP3)[2] et le programme d'achat de titres adossés à des actifs (Asset-Backed Securities Purchase Programme — ABSPP)[3]. Il est venu compléter les opérations de refinancement à plus long terme ciblées (Targeted Longer-Term Refinancing Operations – TLTRO),

1. 2 BvR 859/15, disponible en français sur le site de la Cour constitutionnelle fédérale : www.bundesverfassungsgericht.de.
2. Décision de la Banque centrale européenne du 15 octobre 2014 relative à la mise en œuvre du troisième programme d'achat d'obligations sécurisées (BCE/2014/40).
3. Décision de la Banque centrale européenne du 19 novembre 2014 relative à la mise en œuvre du programme d'achat de titres adossés à des actifs (BCE/2014/45).

lancées en septembre 2014[4], qui offrent aux banques des financements sur le long terme à des conditions attrayantes.

Le PSPP, programme d'achat d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires (Public Sector Asset Purchase Programme), constitue la troisième déclinaison du programme d'achat d'actifs et a été instauré par la décision (UE) 2015/774 de la BCE du 4 mars 2015 (BCE/2015/10)[5]. Il permet à la BCE ainsi qu'aux banques centrales des États membres d'acheter, dans des proportions reflétant leur quote-part respective dans la clé de répartition du capital de la BCE, des titres de créance publics sur les marchés secondaires, auprès d'établissements de crédit ou de toute autre contrepartie éligible.

C'est, de manière indirecte, à propos de la décision du Système européen de banques centrales (SEBC) de mettre en place ce programme que la Cour constitutionnelle fédérale a été appelée à intervenir. Les requérants allemands, aux positions publiques eurosceptiques, parmi lesquels deux professeurs d'économie, un entrepreneur et un avocat, faisaient valoir principalement deux arguments : l'un relatif à la compétence du SEBC pour adopter une telle décision ; l'autre au contenu même de la décision. Sur le premier point, les requérants considéraient que la BCE avait agi en dehors des compétences qui lui sont reconnues par les traités européens, en adoptant une mesure qui devait être considérée essentiellement comme une décision relevant de la politique économique et non pas de la politique monétaire, alors même qu'aux termes de l'art. 119 TFUE, une distinction claire est établie entre la politique économique, y compris fiscale et budgétaire, qui reste du ressort des États membres et pour laquelle l'UE n'exerce qu'une fonction de coordination (al. 1) et la politique monétaire (al. 2), confiée au SEBC par l'art. 127 TFUE. Pour les requérants, le PSPP, par l'ampleur des effets qu'il induit sur l'économie au-delà de la sphère purement monétaire, dépasserait la compétence du SEBC.

4. Décision de la Banque centrale européenne du 29 juillet 2014 concernant les mesures relatives aux opérations de refinancement à plus long terme ciblées (BCE/2014/34)

5. Le programme d'achat d'actifs sera par la suite prolongé par le programme d'achat d'obligations émises par les entreprises (CSPP, Corporate Sector Purchase Program – décision du 1er juin 2016). La décision initiale du 4 mars 2015 a été modifiée par la décision (EU) 2015/2101 de la CE du 5 novembre 2015 (BCE/2015/33), la décision (EU) 2016/702 de la BCE du 18 avril 2016 (EZB/2016/8), la décision (EU) 2016/1041 de la BCE du 22 juin 2016 (BCE/2016/18) et la décision (EU) 2017/100 de la BCE du 11 janvier 2017 (BCE/2017/1).

S'agissant du contenu de la décision, les requérants faisaient valoir que les achats d'obligations souveraines, même effectués sur le marché secondaire, équivaudraient à un financement monétaire des États membres, ce que prohibe expressément l'art. 123 TFUE.

Les conditions dans lesquelles la Cour constitutionnelle fédérale répond à ces moyens retiennent l'attention à un double titre. D'une part, son arrêt manifeste un certain paroxysme des tensions qui peuvent exister entre les juridictions constitutionnelles nationales, parmi lesquelles la Cour constitutionnelle allemande est particulièrement écoutée, et l'ordre juridique européen ; d'autre part, il participe à l'élaboration d'un cadre juridique contraignant s'imposant au SEBC lorsqu'il voudra adopter des mesures d'assouplissement quantitatif, qui constituent un des moyens principaux d'intervention des banques centrales, comme l'illustre encore dernièrement l'adoption du programme d'achats d'urgence pandémique PEPP (Pandemic Emergency Purchase Programme)[6] pour lutter contre les effets délétères de la crise du coronavirus sur l'économie de l'UE.

6. Décision (UE) 2020/440 de la BCE du 24 mars 2020 relative à un programme temporaire d'achats d'urgence face à la pandémie (BCE/2020/17).

Les tensions entre ordre constitutionnel national et ordre juridique européen

L'existence de tensions entre les ordres constitutionnels des États membres et l'ordre juridique de l'UE est consubstantielle à la construction européenne et s'est manifestée à plusieurs reprises. Les cours constitutionnelles y ont un rôle central dans la mesure où elles sont chargées de protéger les Constitutions nationales, normes juridiques suprêmes dans chaque ordre juridique national, mais normes nationales soumises au principe de primauté du droit européen dans l'ordre juridique de l'UE. Ainsi une mesure nationale de transposition d'une décision européenne peut-elle se trouver prise en étau entre la Constitution nationale qu'elle doit respecter en tant qu'elle est une mesure nationale et la norme européenne qu'elle a pour but de transposer exactement, lorsque l'une et l'autre se trouvent en conflit.

Le rôle structurant qui revient à la Cour constitutionnelle fédérale dans l'ordre juridique allemand l'a conduite à affirmer avec vigueur et à plusieurs reprises les prérogatives qu'elle estime lui revenir dans ce cadre. Ainsi, par exemple, la question s'est-elle posée de la possibilité pour la Cour constitutionnelle allemande de contrôler les conditions dans lesquelles les actes de droit allemand transposant le droit européen respectaient les droits fondamentaux. Dans un premier temps, la Cour a considéré qu'au regard de l'absence de mécanisme de protection des droits fondamentaux, qui caractérisait l'UE dans les premiers temps de son existence, elle se réservait le droit de censurer la transposition d'un acte européen en cas d'atteinte aux droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale allemande[7]. Afin d'éviter la remise en cause de l'application uniforme du droit européen qui découlerait d'une telle intervention nationale, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a alors développé un contrôle propre de protection des droits fondamentaux, en se fondant dans un premier temps sur des principes généraux issus de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en s'appuyant désormais sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Prenant en compte cette évolution, la Cour constitutionnelle allemande a accepté de renoncer à la mise en œuvre

7. Arrêt du 29 mai 1974, Solange I, BVerfGE 37, 271.

du pouvoir de contrôle qu'elle se reconnaît cependant toujours[8]. Ainsi, si une question relative au respect des droits fondamentaux par un acte de l'Union se pose dans un litige devant une juridiction allemande, celle-ci opérera un renvoi préjudiciel devant la CJUE qui exercera un contrôle centralisé au regard des droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par le droit de l'Union, et la Cour constitutionnelle s'en rapportera, tant qu'elle l'estime justifié, à la position de la CJUE. On a ici l'illustration d'un « dialogue des juges », nationaux et européens, réussi en ce qu'il a conduit à un consensus sur les conditions de protection des droits fondamentaux.

Les prémices du contrôle de l'*ultra vires*

Au-delà de la question des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle allemande s'est également reconnu le droit de vérifier que les organes de l'UE ne dépassaient pas les compétences qui leur sont accordées par les traités institutifs, principalement le Traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union. Elle se réfère à cet égard à l'art. 23 de la Loi fondamentale allemande qui fixe les conditions dans lesquelles l'Allemagne « concourt au développement de l'Union européenne » et peut lui « transférer des droits de souveraineté ». Cet article pose comme limite à l'intégration européenne le respect d'un certain nombre de principes, tels que le principe de la dignité de la personne et le principe de démocratie, par le biais d'un renvoi à l'art. 79 al. 3 de la Loi fondamentale qui renvoie lui-même aux art. 1er (dignité de la personne) et 20 (État fédéral démocratique et social) de la Loi fondamentale.

Le principe de démocratie implique, selon la jurisprudence de la Cour allemande de Karlsruhe, que soient protégées les compétences essentielles du Bundestag en matière budgétaire et législative. Il en découle, ainsi que du principe de subsidiarité[9] mentionné à l'art. 23 de la Loi fondamentale

8. Arrêt du 22 octobre 1986, Solange II, BVerfGE 73, 339 : « Tant que les Communautés européennes, notamment à travers la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés, garantissent globalement une protection efficace des droits fondamentaux vis-à-vis des pouvoirs publics des Communautés, équivalant dans son essence à la protection des droits fondamentaux requise par la Loi fondamentale, et qu'en particulier l'essence des droits fondamentaux est globalement garantie, la Cour constitutionnelle fédérale n'exercera plus sa compétence sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé, qui constitue la base de l'action des tribunaux et des autorités allemands sur le territoire souverain de la République fédérale d'Allemagne, et ne procédera donc plus à l'examen de ce droit à l'aune des droits fondamentaux de la Loi fondamentale. »

9. Principe selon lequel une autorité centrale ne peut effectuer que les tâches qui ne peuvent pas être réalisées à l'échelon inférieur, le principe de subsidiarité est ainsi défini à l'art. 5 al. 3 TUE : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

allemande, que seules des compétences d'attribution peuvent être transférées à l'UE, c'est-à-dire des compétences expressément définies par les traités, l'Union ne disposant pas de la compétence de fixer elle-même ses propres compétences. La Cour contrôle le respect de cette exigence d'abord lors de la ratification des traités institutifs ou de leurs modifications[10], pour s'assurer qu'ils ne transfèrent pas à l'Union des compétences trop générales ou imprécises ; mais la Cour constitutionnelle allemande se reconnaît également la possibilité d'exercer un contrôle *a posteriori*, en vérifiant au cas par cas, à l'occasion du contrôle d'un acte de transposition, si, en adoptant un acte particulier, un organe de l'Union n'a pas outrepassé les compétences qui lui ont été accordées par les traités ; il agirait alors *ultra vires* et se placerait non seulement en contravention avec le droit européen, mais également avec le droit constitutionnel allemand, de sorte que la Cour pourrait non seulement enjoindre aux pouvoirs publics allemands, principalement le gouvernement fédéral et le Bundestag, d'agir contre un tel acte en faisant usage des prérogatives dont ils disposent sur le plan européen, mais également de s'abstenir de mettre en œuvre un tel acte en Allemagne[11].

Un tel contrôle a été mis en œuvre à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle à l'occasion de recours constitutionnels individuels portés devant elle par des citoyens allemands sur le fondement de l'art. 38 de la Loi fondamentale qui reconnaît à tout citoyen allemand le droit de suffrage pour l'élection du Bundestag, dont la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe tire un droit individuel au respect du principe de démocratie[12].

La Cour a fixé un cadre relativement restrictif à la mise en œuvre de ce contrôle de *l'ultra vires* dans son arrêt Honeywell du 6 juillet 2010[13]. Étaient en cause les conditions dans lesquelles la CJUE avait interprété, dans son arrêt Mangold de 2005[14], une directive européenne en matière de lutte contre les discriminations. Saisie de la constitutionnalité d'un arrêt de la Cour fédérale allemande du travail qui appliquait la jurisprudence fixée sur ce point par la CJUE, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe précise qu'elle est bien susceptible de déclarer inapplicable en Allemagne un arrêt de la CJUE qu'elle jugerait *ultra vires*, ce qui serait le cas si celle-ci ne s'appuyait pas sur les méthodes d'interprétation juridique communément admises[15]. Dans le même

10. Voir notamment l'arrêt du 12 octobre 1993, Maastricht, BVerfGE 89, 155, §116 s. et l'arrêt du 30 juin 2009, Lissabon, BVerfGE 123, 267.
11. Cf. C. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, n° 2, avril 2019.
12. Arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 12 octobre 1993, Maastricht, BVerfGE 89, 155, § 61 s.
13. BVerfGE 126, 286.
14. CJUE, 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04.
15. Voir notamment le § 66.

temps, la Cour constitutionnelle indique qu'un tel contrôle doit rester exceptionnel pour éviter de porter atteinte à l'application uniforme du droit européen, de sorte qu'il ne doit être mis en œuvre que dans le cas où le franchissement de ses compétences par une institution de l'Union est évident et réduit de manière importante et structurelle les compétences des États membres[16]. En outre, la Cour précise qu'elle saisira toujours la CJUE d'un renvoi préjudiciel avant de déclarer un acte de l'Union *ultra vires*. Comme elle le dira dans un arrêt postérieur, l'interprétation du droit européen à laquelle procède la CJUE ne s'impose, sur la base des traités (art. 19 al. 1, phrase 2 Traité sur l'Union européenne), aux juridictions des États membres que dans la mesure où elle n'est pas « manifestement inintelligible et donc objectivement arbitraire[17] » (« *offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar und daher objektiv willkürlich* »). La mise en évidence d'une telle situation cependant doit rester exceptionnelle dans la mesure où la sanction d'un acte *ultra vires* met en cause l'unité du droit communautaire alors que la Constitution allemande impose par ailleurs une attitude favorable envers l'intégration européenne (« *europafreundlich* »). La Cour de Karlsruhe tente ainsi de trouver un équilibre entre les exigences constitutionnelles nationales et celles de l'intégration européenne, et elle les traduit dans une tension entre sa jurisprudence de Cour constitutionnelle nationale et celle de la CJUE. Une telle tension tient au fait que l'UE n'est pas un État fédéral, et que la « compétence de la compétence » reste entre les mains des États membres[18]. Elle ne peut se résoudre que par la prise en compte mutuelle des points de vue et le partage de méthodes d'analyse communes.

Le premier renvoi préjudiciel opéré par la Cour dans le cadre du contrôle de l'*ultra vires* l'a été dans un cas relativement proche de celui du PSPP. Il s'agissait de la décision adoptée en 2014 par la BCE de mettre en place le programme OMT (opérations monétaires sur titres – Outright Monetary Transactions), programme de rachats de titres publics adopté en 2012 lors de la crise de la dette dans la zone euro, pour relayer le programme « Securities Markets Programme » (SMP) lancé en mai 2010, consistant à racheter sur le marché secondaire les obligations souveraines des États de la zone euro faisant face à la défiance des investisseurs. Saisie par un recours constitutionnel formé devant elle par des citoyens allemands, la Cour constitutionnelle fédérale allemande procède à un renvoi préjudiciel devant la CJUE afin de vérifier si la BCE n'a pas outrepassé ses compétences en adoptant une telle décision[19].

16. § 61 du même arrêt. La solution est reprise par la suite : Arrêt du 21 juin 2016, OMT-Programm, BVerfGE 142, 123, §151 ; voir aussi §110 de l'arrêt PSPP-Programme du 5 mai 2020.
17. Arrêt du 21 juin 2016, OMT-Programm, BVerfGE 142, 123, § 149.
18. Arrêt du 30 juin 2009, Lissabon, BVerfGE 123, 267, § 233.
19. Arrêt du 14 janvier 2014, OMT-Beschluss, BVerfGE 134, 366.

Par un arrêt du 16 juin 2015, Gauweiler[20], la CJUE répond que la BCE était restée dans le cadre de ses compétences, dans la mesure où elle faisait valoir un objectif de politique monétaire au soutien de sa décision[21], non sans avoir procédé, sans d'ailleurs que la Cour constitutionnelle allemande ne l'ait sollicitée sur ce point, à un contrôle de la proportionnalité de la décision de la BCE au regard de l'objectif qu'elle s'est fixé.

À la suite de cette décision de la CJUE, la Cour constitutionnelle fédérale s'est prononcée au fond par un second arrêt, en date du 21 juin 2016, OMT-Programm[22]. La position qu'elle y exprime est nuancée. Dans un premier temps[23], elle prend soin de relever les limites que lui semble présenter, d'un point de vue méthodologique, l'arrêt de la Cour de Luxembourg. Notamment, la Cour de Karlsruhe estime que la CJUE se réfère trop exclusivement à l'objectif monétaire mis en avant par la BCE, sans en examiner la pertinence en procédant à une pondération générale des effets pratiques de la décision en cause, de sorte que des contournements du principe des compétences d'attribution restent possibles. Pour la Cour, cela est d'autant plus problématique, eu égard au principe de démocratie, que la BCE est un organe indépendant et donc non soumis à un contrôle politique, de sorte qu'il est particulièrement important que ses compétences soient strictement interprétées[24]. Dans un second temps néanmoins, la Cour constitutionnelle fédérale considère que les limites fixées à la mise en œuvre du plan par référence au principe de proportionnalité permettent de considérer que la décision du SEBC relativement à la mise en place des OMT n'est pas *ultra vires*. Elle indique cependant que ce n'est que dans la mesure où ces limites seront effectivement respectées lors de la mise en œuvre du programme OMT que la *Bundesbank* pourra y participer. Celui-ci n'ayant jamais été utilisé, l'affaire en est restée là.

Une mise en œuvre téméraire, dangereuse, nuancée ?

C'est donc dans un cadre jurisprudentiel relativement étoffé que la Cour de Karlsruhe a rendu son arrêt du 5 mai 2020 dans l'affaire du Public Sector Purchase Programme (PSPP). Les arguments échangés relativement à la compétence de la BCE pour adopter un tel programme d'achats de titres publics ont déjà été largement examinés dans les arrêts rendus à propos du programme des opérations monétaires sur titres (OMT), même si celui-ci

20. C-62/14
21. Voir déjà dans le même sens, CJUE, Ass. plén., 27 novembre 2012, Pringle, C-370/12.
22. BVerfGE 142, 123.
23. § 181 s.
24. § 158 s.

répondait à un objectif de sauvetage de l'euro en période de crise, tandis que le PSPP est une mesure d'assouplissement quantitatif destinée à soutenir de manière globale l'inflation et la croissance au sein de l'Union. Cependant, alors que la Cour constitutionnelle et la CJUE étaient parvenues à un accord dans l'affaire OMT en 2016, l'affaire PSPP se conclut en 2020 par un franc désaccord.

En effet, dans son arrêt du 5 mai 2020, la Cour constitutionnelle fédérale allemande rejette l'analyse menée par la CJUE, qu'elle avait saisie d'un renvoi préjudiciel, conformément à l'art. 267 TFUE[25]. Dans l'arrêt Weiss rendu le 11 décembre 2018[26] à la suite de ce renvoi, la CJUE se place dans la ligne directe de son arrêt du 16 juin 2015, Gauweiler[27] rendu à propos des OMT et considère que le SEBC a clairement exposé, non seulement dans les motifs de sa décision (considérant 4) mais également par des communiqués de presse et dans les discours du président de la BCE, « en quoi le niveau durablement insuffisant de l'inflation et l'épuisement des outils habituellement utilisés pour mener sa politique monétaire l'ont conduit à considérer comme nécessaire l'adoption puis la mise en œuvre, à compter de l'année 2015, d'un programme d'acquisition d'actifs présentant les caractéristiques du PSPP, aussi bien dans son principe que dans ses diverses modalités[28] » et qu'il a ainsi clairement établi sa compétence. S'agissant des effets économiques du plan d'achat, la CJUE considère qu'ils ne sont qu'indirects et la conséquence normale de la mise en œuvre de mesures de politique monétaire ; d'autre part, elle rappelle que le TFUE n'opère pas une séparation stricte entre politique monétaire et politique économique dans la mesure où l'art. 127, paragraphe 1, TFUE prévoit que, sans préjudice de son objectif principal de maintien de la stabilité des prix, « le SEBC apporte son soutien aux politiques économiques générales dans l'Union ».

Or la Cour constitutionnelle, dans son arrêt de renvoi, avait clairement et à nouveau posé la question qu'elle avait déjà soulevée dans son arrêt OMT-Beschluss relativement à la nécessité de prendre en compte les effets économiques de la mesure entreprise avant de se prononcer sur la compétence de la BCE, pour les mettre en balance avec les objectifs de politique monétaire poursuivis par celle-ci. Elle inscrit désormais cette question dans le cadre du principe de proportionnalité, par référence à l'art. 5 al. 1 TUE qui en prévoit l'application en matière de répartition des

25. Arrêt du 18 juillet 2017, BVerfGE 146, 216, PSPP-Vorlagebeschluss
26. C-493/17
27. C-62/14
28. § 41.

compétences entre l'Union et les États membres[29] : « Le PSPP a eu pour effet, comme on l'a exposé, que les États membres de la zone euro peuvent utiliser de manière ciblée l'émission d'obligations d'État à faible taux d'intérêt comme outil de politique budgétaire et que le fonctionnement des banques commerciales se trouve de fait subventionné. Dans le contexte de ces effets considérables sur la politique économique, on peut se demander si les mesures choisies sont toujours proportionnées pour atteindre l'objectif de politique monétaire déclaré [...]. Ces effets ne seraient probablement proportionnés que si la BCE les avait clairement mis en balance avec les effets du PSPP sur la politique économique.[30] »

Ce faisant, la Cour de Karlsruhe reprend la référence au principe de proportionnalité qu'avait effectuée la CJUE dans l'arrêt Gauweiler[31], mais dans un sens quelque peu différent, l'orientant sur le point litigieux de la répartition des matières économiques et monétaires. Mais, dans la réponse que constitue son arrêt Weiss, la CJUE se contente de relever, s'agissant du respect du principe de proportionnalité, que les mesures adoptées par le SEBC sont de nature à réaliser les objectifs poursuivis et qu'elles étaient nécessaires en raison de l'épuisement des moyens classiques de soutien de l'inflation. Elle n'examine ainsi la proportionnalité de la mesure qu'au regard de son objectif et non pas au regard des règles de répartition des compétences. La CJUE ne répond pas plus dans cet arrêt à la question qu'elle avait déjà refusé d'aborder dans sa décision OMT et que la Cour de Karlsruhe lui avait posé une seconde fois dans son arrêt de renvoi dans l'affaire PSPP.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande ne peut se satisfaire de cet arrêt de la CJUE qui passe sous silence les questions qu'elle lui a clairement posées. Elle considère que l'analyse de la CJUE est contraire à toute la jurisprudence de cette Cour, qui n'hésite pas d'ordinaire à prendre en compte les effets indirects des mesures les plus variées pour en fixer la qualification, qu'il s'agisse des atteintes factuelles aux droits et libertés, des mesures d'effet équivalent dans le domaine de la libre circulation des marchandises et des services, des circonstances de fait qui permettent de

29. L'art 5 al. 4 TUE définit ainsi le principe de proportionnalité : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. »

30. Arrêt du 18 juillet 2017, BVerfGE 146, 216, PSPP-Vorlagebeschluss, § 122 ; voir aussi la question 3, c posée à la CJUE : « Un dépassement de son mandat par la Banque Centrale européenne découle-t-il du fait que la décision (en cause) viole le principe de proportionnalité en raison de ses fortes implications en matière de politique économique ? ».

31. L'arrêt Weiss (pt. 71) renvoie d'ailleurs à l'arrêt Gauweiler sur ce point et en reprend les développements de principe : « le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante de la Cour, que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est nécessaire à la réalisation de ces objectifs.

qualifier une discrimination indirecte, de la mise en œuvre du principe de l'effet utile ou du principe d'équivalence ou encore de la détermination le champ de la compétence de l'UE en matière d'harmonisation.

Aussi, développant les motifs de son arrêt Honeywell du 6 juillet 2010 (BVerfGE 126, 286), repris dans l'arrêt OMT-Programm de 2016[32], dans laquelle elle avait envisagé la possibilité de considérer *ultra vires* un arrêt de la CJUE, la Cour de Karlsruhe franchit-elle cette étape et juge que la CJUE a rendu une décision qui « n'est plus compréhensible et, dès lors, est objectivement arbitraire[33] », de sorte qu'elle n'est plus couverte par le mandat accordé à la CJUE par l'art. 19 du TUE et se trouve dès lors inapplicable en Allemagne[34]. Comme elle l'explicite : « L'approche de la Cour de Justice, qui consiste à ne pas tenir compte, même dans le contexte du critère de proportionnalité (1), des effets réels du PSPP et à ne pas procéder à une évaluation globale (2), ne répond pas aux exigences d'une vérification intelligible du respect du mandat de politique monétaire du SEBC et de la BCE. Ainsi, le principe de proportionnalité ne peut plus remplir sa fonction corrective visant à protéger les compétences des États membres, telle qu'elle est prévue à l'article 5, paragraphe 1, deuxième phrase, et paragraphe 4, du TUE. Cette interprétation vide de son contenu le principe des compétences d'attribution limitées prévu par l'article 5, paragraphe 1, première phrase, et paragraphe 2 TUE (3).[35] »

Cet arrêt par lequel, pour la première fois, la Cour de Karlsruhe décide de ne pas appliquer une décision de la CJUE a été diversement apprécié. Pour certains, la Cour allemande a elle-même agi *ultra vires*[36] en ne respectant pas les prérogatives de la CJUE. Du point de vue européen, l'introduction par la Commission européenne d'une action en manquement contre l'Allemagne devant la CJUE a été évoquée mais sans être mise en œuvre à l'heure actuelle.

Il est certain que le fait pour les cours nationales de ne pas reconnaître une décision de la CJUE représente un grand danger pour l'uniformité du droit européen. La Cour de Karlsruhe elle-même le relève en reprenant dans l'arrêt PSPP des considérations déjà développées antérieurement : « La primauté d'application du droit de l'Union se trouverait contournée en pratique et l'application uniforme de ce droit serait menacée si tout État membre pouvait comme bon lui semble se prévaloir d'une compétence de

32. Notamment au § 151 s.
33. Considération principale n° 2 de la décision du 5 mai 2020.
34. Voir aussi le § 112 de la décision.
35. § 123.
36. F. Mayer, *Der Ultra vires-Akt*, JZ 2020, p. 725 ; F. Martucci, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande », Blog du Club des juristes, disponible sur : www.leclubdesjuristes.com.

faire vérifier par ses juridictions nationales la validité des actes juridiques de l'Union[37]. » De fait l'on peut craindre que l'arrêt PSPP de la Cour allemande puisse inspirer d'autres cours nationales à la jurisprudence moins solide mais au sentiment national parfois plus exacerbé, que l'on songe aux différends qui opposent l'UE à la Pologne ou à la Hongrie en matière de protection des droits fondamentaux[38]. Même dans le cadre relativement équilibré de la République fédérale d'Allemagne, on a pu mettre en évidence la conjonction d'une jurisprudence ouvrant largement la recevabilité des recours[39] et du développement du contrôle de l'*ultra vires* pour considérer que la Cour de Karlsruhe avait forgé un instrument dangereux à l'usage des groupes de pression les plus anti-européens[40].

Pour autant, il faut noter que la Cour de Karlsruhe n'a décidé de faire usage de son contrôle de l'*ultra vires* à l'encontre d'un arrêt de la Cour qu'en dernier recours et manière nuancée. En dernier recours car elle avait exprimé ses préoccupations quant à la compétence de la BCE pour procéder à des achats de titres publics à plusieurs reprises sans que la CJUE ne lui apporte de réponse précise. La Cour de Karlsruhe s'était exprimée dans l'arrêt de renvoi dans l'affaire OMT, puis dans la décision rendue au fond dans la même affaire, par les critiques qu'elle avait formulées à l'encontre de l'arrêt Gauweiler de la CJUE avant de les reprendre une troisième fois dans son arrêt de renvoi dans l'affaire PSPP. C'est donc à trois reprises que la Cour de Karlsruhe avait sollicité la CJUE avant de se résoudre à utiliser son contrôle de l'*ultra vires*.

Le dialogue des juges se construit dans la prise en compte mutuelle des positions exprimées par chaque acteur d'un jeu à niveaux multiples. Le silence opposé par la CJUE aux sollicitations successives de la Cour

37 § 111.

38. La CJUE a rendu le 6 octobre 2020 un arrêt Commission c/ Hongrie (Enseignement supérieur - C-66/18) condamnant la Hongrie au motif que celle-ci aurait contrevenu aux dispositions de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatives à la liberté académique, à la liberté de créer des établissements d'enseignement supérieur et à la liberté d'entreprise (art. 13, 14, paragraphe 3, et 16 de la Charte) en adoptant une législation subordonnant l'exercice, en Hongrie, d'une activité de formation diplômante par les établissements d'enseignement supérieur situés en dehors de l'Espace économique européen (EEE) à l'existence d'une convention internationale liant la Hongrie à l'État tiers dans lequel l'établissement concerné a son siège. La Cour constitutionnelle de Hongrie a rendu dans cette affaire une décision de sursis à statuer (arrêt du 4 juin 2018, 3199/2018) dans l'attente de la décision de la CJUE. Il convient donc désormais d'examiner la décision au fond qu'elle sera amenée à prendre dans les mois qui viennent.

39. Voir récemment l'arrêt du 13 février 2020, Juridiction unifiée du brevet, 2 BvR 739/17, notamment l'opinion dissidente des juges König et Langenfeld et du juge Maidowsk.

40. Cf. F. Mayer, « Das PSPP-Urteil vom 5. Mai 2020 », Thesen und Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union, 25 mai 2020, p. 13, disponible sur : www.bundestag.de.

constitutionnelle allemande explique ainsi assez largement la situation de rupture que constitue l'arrêt PSPP du 5 mai 2020.

On peut dire également que la réaction de la Cour de Karlsruhe est relativement nuancée puisque, lorsqu'elle fait prévaloir sa propre analyse de la compétence du SEBC pour mettre en place un programme d'achat de titres publics et conclut que celle-ci n'a pas été suffisamment démontrée au moment de son adoption, elle accorde un délai de trois mois à la BCE pour établir la conformité de sa décision au principe de proportionnalité et satisfaire ainsi aux exigences du droit européen telles que les envisage la Cour.

L'encadrement du système européen de banques centrales

Ayant rejeté l'analyse retenue par la CJUE dans son arrêt Weiss, la Cour de Karlsruhe est amenée à contrôler elle-même la décision prise par le SEBC de procéder à des achats de titres publics. Elle examine d'abord si le SEBC n'a pas outrepassé sa compétence et agi *ultra vires* (A) avant de vérifier si, eu égard aux modalités retenues pour effectuer les achats de titres souverains, ceux-ci ne constituent pas des mesures équivalant à un financement monétaire des États membres en contravention avec l'art. 123 TFUE ; à cet égard, la Cour constitutionnelle allemande se range à la position de la CJUE mais fixe des bornes à son évolution future (B).

Compétence et proportionnalité

Effectuant le contrôle qu'elle reproche à la CJUE de ne pas avoir mis en œuvre, la Cour constitutionnelle fédérale met en balance les effets monétaires et économiques du PSPP pour déterminer si l'adoption d'une telle mesure relevait de la compétence du SEBC : « La proportionnalité d'un programme d'achat d'obligations d'État exige, outre son adéquation et sa nécessité pour atteindre l'objectif poursuivi, que l'objectif de politique monétaire et les implications de politique économique soient identifiés, pondérés et équilibrés. La poursuite inconditionnelle de l'objectif de politique monétaire tout en ignorant les effets de politique économique associés au programme fait manifestement fi du principe de proportionnalité prévu à l'article 5, paragraphe 1, deuxième phrase, et paragraphe 4 du TUE.[41] »

Au titre des effets économiques, la Cour évoque le fait que les achats de titres publics menés par le SEBC permettent aux États membres de se financer sur le marché à de meilleures conditions et exercent donc des effets en matière budgétaire[42]. De tels achats ont également des effets sur le bilan

41. Arrêt du 5 mai 2020, PSPP, Considération principale 6, b.
42. À cet égard, on peut se rappeler le tollé provoqué par la présidente de la BCE lorsqu'elle déclara le jeudi 12 mars 2020 que « la BCE n'a pas pour rôle de réduire les *spreads* ». En effet, réduire les *spreads* relève essentiellement de la politique économique et non pas de la politique monétaire, même si, comme

des banques privées qu'elles déchargent de créances risquées sur des États en difficulté budgétaire ; ils risquent de favoriser la création de bulles financières ou immobilières et sont ainsi susceptibles de concerner tous les citoyens en tant qu'actionnaires, locataires, propriétaires d'immeubles, épargnants, titulaires de produits d'assurance, etc. ; les retraites par capitalisation sont ainsi particulièrement susceptibles d'être impactées par de tels achats ; de même, les achats de titres publics par le SBC conduisent à maintenir en vie des entreprises non profitables en favorisant artificiellement le crédit ; enfin, ils placent la BCE dans une situation de dépendance croissante à la situation économique générale dans la mesure où elle aura toujours plus de difficulté à remettre en cause un tel programme.

Ayant ainsi relevé les effets économiques multiples et massifs des achats de titres publics opérés dans le cadre du PSPP, la Cour constitutionnelle fédérale considère que la BCE n'a pas établi qu'ils restaient proportionnés au regard de l'objectif monétaire qu'elle vise, de sorte que la protection de la compétence des États membres en matière économique n'est pas complètement sauvegardée. Faisant preuve cependant d'une certaine retenue, la Cour, si elle prononce l'illégalité du PSPP et l'obligation pour les institutions allemandes – Bundesbank comprise – d'en sortir, ne fait cependant prendre effet à sa décision que dans un délai de trois mois pendant lequel elle laisse au SEBC la possibilité de démontrer *a posteriori* le caractère essentiellement monétaire de sa décision : « Il est interdit à la Bundesbank, passé un délai de plus trois mois, nécessaire pour la coordination au sein de l'Eurosystème, de concourir, en procédant à des achats augmentant les stocks d'obligations détenues ou encore en participant à une nouvelle augmentation du volume des achats mensuels, à la mise en œuvre et à l'exécution de la décision (en cause) si le Conseil des gouverneurs de la BCE ne procède pas, au moyen d'une nouvelle décision, à une démonstration claire établissant que les effets économiques et budgétaires entraînés par le PSPP ne sont pas disproportionnés par rapport aux objectifs de politique monétaire poursuivis par ce dernier[43]. »

À cet égard, la période écoulée depuis la publication de l'arrêt du 5 mai 2020 a permis aux différents acteurs en cause de réagir de manière pondérée et de mettre un terme à la crise ouverte par l'arrêt de la Cour de Karlsruhe, montrant ainsi que le coup de semonce que constitue celui-ci était assez bien calculé.

---

la présidente l'a ajouté par la suite, « des *spreads* élevés [...] pourraient gêner la transmission de la politique monétaire ».

43. § 235.

En y mettant les formes destinées d'une part à protéger son indépendance et d'autre part à maintenir le présupposé de la primauté du droit européen, la BCE a pris une double initiative. D'une part, elle a pris soin de développer de manière exhaustive les conditions dans lesquelles elle procède à un contrôle de proportionnalité, au sens que lui donne la Cour constitutionnelle allemande dans ses différents arrêts, lorsqu'elle adopte un programme d'achat d'actifs, dans le compte rendu de la réunion de politique monétaire du conseil des gouverneurs de la BCE qui s'est tenue les 3 et 4 juin 2020, publié le 25 juin 2020[44]. Elle y relève que « les membres du Conseil ont également présenté des réflexions plus larges en matière d'efficacité et d'efficience de l'utilisation des achats d'actifs comme instrument de politique monétaire dans la poursuite de l'objectif de stabilité des prix de la BCE, y compris à la lumière de la prochaine revue stratégique de politique monétaire et en vue d'expliquer au public les débats de politique monétaire du Conseil des gouverneurs de manière plus exhaustive. Il a été avancé que l'évaluation de la proportionnalité de toute mesure de politique monétaire devait tenir compte, entre autres, du degré avec lequel la mesure contribue à atteindre l'objectif de politique monétaire, d'une part, et d'éventuels effets secondaires non souhaités, d'autre part. Cette évaluation nécessite de déterminer si l'on dispose d'autres mesures aussi efficaces et efficientes tout en offrant un meilleur équilibre entre les effets escomptés et les effets non souhaités. »

La BCE répond également de manière relativement précise aux principales interrogations de la Cour constitutionnelle allemande. Ainsi par exemple, s'agissant des effets produits par les achats de titres publics sur la solvabilité des entreprises, indique-t-elle « qu'il n'existait jusqu'à présent aucune preuve convaincante que le bas niveau des taux d'intérêt ait contribué aux prêts dits "zombie" » ; concernant les ménages, que « les effets de la baisse des taux d'intérêt résultant des achats d'actifs étaient semblables à ceux liés à l'utilisation des instruments conventionnels de politique monétaire » ; s'agissant des interactions potentielles entre politique monétaire et politique budgétaire, que les conditions d'achat, notamment l'allocation des achats entre les différentes juridictions, en prenant comme référence la clé de répartition du capital de la BCE, permettent de « préserver les incitations en faveur de politiques budgétaires saines » et que « les marchés ont un rôle important à jouer en matière de discipline, les obligations achetées sur le marché primaire ne pouvant pas simplement être transmises à l'Eurosystème ». Elle conclut en considérant que « les effets secondaires associés à des taux d'intérêt bas n'étaient pas une spécificité des achats d'actifs, comme dans le cadre du PSPP ou du PEPP,

44. La traduction française est disponible sur le site de la Banque de France : www.banque-france.fr.

mais un facteur inhérent à tous les instruments de politique monétaire qui contribuent à un environnement de taux d'intérêt bas ».

D'autre part, dans sa séance du 24 juin 2020, le Conseil des gouverneurs accepte de transmettre à la Banque fédérale d'Allemagne des documents établissant les conditions dans lesquelles le contrôle de proportionnalité avait été effectué s'agissant de la décision établissant le PSPP, et l'autorise à transmettre ces documents, en en préservant la confidentialité, au gouvernement allemand, celui-ci pouvant à son tour les transmettre, toujours de manière confidentielle, au Bundestag.

Au regard des documents ainsi transmis, le gouvernement allemand, dans sa lettre de transmission au Bundestag, et le Bundestag, dans une motion votée le 2 juillet 2020[45], considèrent que la BCE a bien procédé à un examen de la proportionnalité du programme PSPP dans des conditions répondant aux exigences formulées par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt du 5 mai 2020.

La Cour constitutionnelle fédérale ayant indiqué qu'elle ne se saisirait pas d'office des suites données à son arrêt du 5 mai 2020, mais pourrait se prononcer en cas de nouveau recours constitutionnel, les choses semblent désormais stabilisées du point de vue du droit interne allemand. Du point de vue du droit européen, une action en manquement contre l'Allemagne avait été évoquée par la Commission européenne[46]. Dans la mesure où la participation de la Bundesbank au PSPP n'est plus contestée, celle-ci n'a plus lieu d'être sur ce point.

Les modalités d'achat de titres publics

Au-delà de la compétence du SEBC pour adopter le PSPP, les requérants avaient mis en cause le fait que le programme équivaudrait à un financement monétaire des États membres en contravention avec l'art. 123 TFUE. Pour éviter une telle infraction, il convient que les modalités accompagnant l'achat de titres publics sur le marché secondaire soient telles que ni les États membres ni les intervenants sur le marché primaire de ces titres n'aient de certitude que les obligations émises seront rachetées immédiatement par le SEBC. Dans son arrêt Weiss, la CJUE se réfère à l'arrêt Gauweiler pour considérer que les garanties prévues par le PSPP permettent de garantir que les acteurs du marché des titres souverains, n'ayant pas de certitude sur le montant et la qualité des titres acquis par le SEBC, n'interviennent pas comme de simples intermédiaires entre les États membres émetteurs et le

45. Drucksache 19/20621, accessible le site du Bundestag : https://dip21.bundestag.de.
46. Déclaration de la présidente de la Commission Ursula von der Leyen, Bruxelles, 10 mai 2020, Satement/20/846.

SEBC, mais les acquièrent à un prix de marché établi en fonction des garanties apportées par les États membres émetteurs, notamment au regard de la solidité de leurs finances publiques[47].

Pour sa part, la Cour constitutionnelle fédérale a déjà accepté dans son arrêt OMT-Programm du 21 juin 2016[48] de se satisfaire des garanties imposées à cette fin par la CJUE dans son arrêt Gauweiler à propos des OMT[49]. Il s'agit notamment que la part d'obligations publiques émises par chaque État membre que rachète le SEBC reste limitée pour que ce soit principalement le marché qui les prenne. Le PSPP a fixé cette limite à 33 %. De même, il convient que l'information diffusée sur les volumes achetés reste restreinte. Le fait que les achats de titres souverains soient effectués en corrélation avec la souscription par chaque État membre du capital de la BCE présente un caractère d'objectivité qui décourage la spéculation. La période qui doit obligatoirement séparer l'émission de l'obligation sur le marché primaire et son rachat par le SEBC, ainsi que les critères élevés d'éligibilité des titres acquis par celui-ci vont dans ce sens. C'est le cas également des conditions de revente des titres acquis avant leur échéance.

La Cour constitutionnelle vérifie la manière dont la CJUE a appliqué ces critères et considère que même si elle peut formuler des critiques à certains égards, le contrôle exercé par la CJUE est acceptable dans sa globalité, de sorte que la conclusion à laquelle elle arrive est que le PSPP ne porte pas atteinte à l'art. 123 TFUE doit être suivie.

Ce faisant, la Cour constitutionnelle indique implicitement que si, à propos d'un autre plan de rachats de titres souverains, la CJUE venait à appliquer les garanties ci-dessus évoquées de manière plus souple, elle pourrait être amenée à ne pas la suivre. Cela mérite d'être noté alors même que la BCE a relancé à partir du mois de novembre 2019 un programme d'assouplissement quantitatif de 80 milliards d'euros par mois qui devrait conduire à terme à relever les seuils de dette publique nationale susceptibles d'être détenus par le SEBC au-delà de 33 %, programme encore étendu en mars 2020 pour faire face à la crise du corona virus[50] à un montant de 750 milliards d'euros, puis porté à 1 350 milliards d'euros par une décision du 4 juin 2020 qui, tout en maintenant, pour les achats de dette publique sur le marché secondaire, une répartition en fonction de la participation des États membres au capital de la BCE, prévoit une application « flexible » de ce principe, ouvrant ainsi la voie à de nouveaux recours.

47. Arrêt du11 décembre 2018, Weiss, C-493/17, § 113 s.
48. BVerfGE 142,123.
49. Arrêt du 16 juin 2015, C-62/14.
50. Décision (UE) 2020/440 de la BCE du 24 mars 2020 relative à un programme temporaire d'achats d'urgence face à la pandémie (BCE/2020/17).

Conclusion

Loin d'être un coup de tonnerre dans un ciel serein, l'arrêt du 5 mai 2020 s'inscrit au contraire dans un courant jurisprudentiel bien établi par lequel la Cour constitutionnelle fédérale fait valoir sa position de garante de l'ordre constitutionnel national. Inaugurée dans les années 1970 lorsqu'il s'est agi d'assurer le respect des droits fondamentaux par les institutions de l'Union européenne, cette jurisprudence a été reprise en Italie dans la théorie des contre-limites et se traduit aujourd'hui dans la notion d'identité constitutionnelle des États membres. Dans ce cadre, la Cour constitutionnelle allemande exprime un attachement particulier à la question de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, question centrale dans tout système juridique fédéral, et entend qu'il soit pris au sérieux sur le plan européen. Elle a eu l'occasion de l'exprimer à maintes reprises. L'arrêt OMT du 21 juillet 2016[51] a été pour elle l'occasion d'exprimer dès 2016 les contraintes qui lui semblaient devoir être respectées dans ce domaine en matière d'achats de titres souverains par le SEBC. Si elle avait finalement renoncé dans cette première affaire à s'opposer à la CJUE, c'est probablement dans l'espoir d'être entendue lorsque l'occasion se présenterait de nouveau. Faute de l'avoir été – ne fût-ce que formellement – dans l'affaire du PSPP, la Cour constitutionnelle fédérale a dû franchir une étape supplémentaire en recourant positivement à la théorie de *l'ultra vires*. Encore l'a-t-elle fait de manière nuancée, laissant un délai de trois mois au SEBC pour démontrer sa compétence. C'est bien ce qui s'est produit par la suite.

Il n'en reste pas moins que l'exercice d'un tel contrôle de l'*ultra vires* par une cour nationale devrait rester une simple possibilité théorique, une arme de dissuasion destinée non pas à être mise en œuvre effectivement mais, par sa simple existence, à favoriser le dialogue entre la CJUE et les cours constitutionnelles nationales. Il est à souhaiter que la position respective de la CJUE et de la Cour constitutionnelle allemande permette à l'avenir un tel dialogue et que la tension positive qui existe entre l'ordre juridictionnel des États membres et l'ordre juridique européen ne se transforme pas en une force qui en sape les fondements.

51. BVerfGE 142, 123.

Au-delà de cette question de compétence, il faut retenir que la Cour constitutionnelle fédérale a accepté le principe même des achats de titres souverains par le SEBC au regard de l'art. 123 TFUE, tout en lui fixant des limites qui pourront se révéler contraignantes dans l'avenir.

Aussi faut-il saluer la récente initiative franco-allemande visant à la mise en place d'un fond de relance pour l'Europe, annoncée le 18 mai 2020 et sur la base de laquelle le Conseil européen s'est accordé le 21 juillet 2020[52]. Un tel plan permet en effet aux États membres de reprendre la main en matière de soutien à l'économie et à la BCE de se concentrer sur des objectifs plus directement monétaires, selon la logique même des traités fondateurs de l'Union.

52. Conclusions de la réunion spéciale du Conseil européen les 17, 18, 19, 20 et 21 juillet 2020, EUCO 10/20, CO EUR 8 CONCL 4.

Les dernières publications du Cerfa

- S. Parthie, La politique économique allemande face à la crise du COVID-19 : Comment l'Allemagne soutient son économie, *Notes du Cerfa*, n° 154, Ifri, octobre 2020
- P. Maurice, Trente ans après sa réunification, le « moment européen » de l'Allemagne ?, *Éditoriaux de l'Ifri*, octobre 2020
- F. Herrmann, La Bavière et la France. Préparer l'avenir ensemble, *Éditoriaux de l'Ifri*, août 2020
- C. Demesmay, Capitaine dans la tempête : défis et enjeux de la présidence allemande du Conseil de l'Union européenne, *Notes du Cerfa*, n° 153, Ifri, juillet 2020
- A. Marchetti, Briser le plafond de verre ? La coopération franco-allemande décentralisée suite au Traité d'Aix-la-Chapelle, *Visions franco-allemandes*, n° 30, Ifri, juin 2020
- P. Maurice, Coronavirus : la solidarité franco-allemande à l'épreuve, *Éditoriaux de l'Ifri*, avril 2020
- F. Virchow, Alternative für Deutschland (AfD), un parti d'extrême droite ?, *Notes du Cerfa*, n° 152, Ifri, mars 2020

Institut français
des relations
internationales