

**CRISE DES DETTES SOUVERAINES
ET RISQUE DE CONFLIT JURIDICTIONNEL :
RETOUR SUR L’AFFAIRE
*OUTRIGHT MONETARY TRANSACTIONS***

Guillaume GRÉGOIRE

Aspirant du Fonds national belge de la recherche scientifique (F.R.S. — FNRS)
à la Faculté de droit, de science politique et de criminologie de l’Université de Liège*

RÉSUMÉ

L’arrêt du 21 juin 2016 du Tribunal constitutionnel fédéral allemand constitue le dernier épisode d’une longue saga, au cours de laquelle cette juridiction et la C.J.U.E. se sont opposées sur la question de la conformité au droit de l’Union de l’action de la B.C.E. lors de la crise des dettes souveraines et, par voie de conséquence, sur celle d’une mutation constitutionnelle tacite du mandat de cette dernière. Dans son arrêt, le Tribunal constitutionnel fédéral confirme la conformité du programme monétaire Outright Monetary Transactions de la B.C.E. au droit de l’Union et à la Loi fondamentale allemande mais n’en maintient pas moins de « sérieuses objections » à l’encontre de son homologue européenne, entretenant ainsi la possibilité, perceptible également dans d’autres États membres de l’Union (France et Belgique notamment), d’une confrontation ouverte entre juridictions constitutionnelles nationales et C.J.U.E.

ABSTRACT

The German Federal Constitutional Court judgment of June 21th, 2016 is the last episode of a long saga in which the FCC and the CJEU have been opposed each other regarding the compliance with European Union Law of the European Central Bank (ECB)’s action during the sovereign debt crisis and, consequently, concerning the existence of a tacit constitutional mutation of the ECB’s mandate. In its decision,

* Courriel : guillaume.gregoire@uliege.be.



the Federal Constitutional Court confirms the conformity of the ECB's monetary program (Outright Monetary Transactions) with EU law and German constitutional law, but maintains nevertheless some "serious objections" against the CJEU's position, thus nourishing the possibility — also perceptible in other EU Member States (France and Belgium in particular) — of an open confrontation between national constitutional courts and the CJEU.

INTRODUCTION

L'affaire *Outright Monetary Transactions* (en abrégé, *OMT*), relative à la conformité au droit primaire de l'Union européenne (en abrégé, U.E.) et au droit constitutionnel allemand des réponses de la Banque centrale européenne (en abrégé, B.C.E.) à la crise des dettes souveraines de 2010-2012, est appelée à faire date dans les relations entre ordres juridiques européen et étatiques à un double titre.

D'une part, cette première question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (en abrégé, C.J.U.E.) de l'histoire du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (Bundesverfassungsgericht, en abrégé BVerfG) a donné lieu à un dialogue juridictionnel vigoureux entre ces deux juridictions parmi les plus prestigieuses d'Europe et a remis sur le devant de la scène les difficultés propres à l'articulation des ordres juridiques européen et étatiques dans le cadre de la hiérarchie des normes, ainsi que la récurrente question du pouvoir du dernier mot entre les juridictions suprêmes de ces différents systèmes normatifs⁽¹⁾.

D'autre part, ce différend s'est cristallisé sous la forme d'un désaccord relatif à un point fondamental du droit primaire de l'Union : l'étendue du mandat de la Banque centrale européenne et, indirectement, la distinction cardinale, dans la répartition des attributions au sein de l'Union économique et monétaire (en abrégé, U.E.M.), entre politique monétaire — fédéralisée à travers le Système européen de banques centrales (en abrégé, S.E.B.C.) et la B.C.E. — et politique économique — restée largement de la compétence des États membres.

C'est ce double niveau de lecture, procédural et substantiel, de l'affaire *OMT* que le présent article se propose de mettre en perspec-

(1) Sur ce point, voy. déjà : N. LERON, *La gouvernance constitutionnelle des juges. L'institutionnalisation d'un nouveau mode de régulation du risque de conflit constitutionnel dans l'U.E.*, Paris, Institut des Études Politiques, 2014, pp. 150-207.



tive. Pour ce faire, après un bref rappel des faits et une présentation succincte des mécanismes de contrôle constitutionnel mis en œuvre par le Bundesverfassungsgericht dans l'affaire *OMT* (I), nous examinerons plus en détails le dialogue juridictionnel qui s'est engagé entre le Bundesverfassungsgericht et la C.J.U.E. vis-à-vis du programme OMT (II), avec une attention particulière portée sur l'argument de mutation constitutionnelle tacite du mandat de la B.C.E. Enfin, après un rapprochement entre cette affaire et certaines prises de position récentes d'autres juridictions constitutionnelles — en particulier, le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle de Belgique — (III), nous concluons en nous interrogeant sur les répercussions d'une potentielle résurgence de la menace d'un conflit juridictionnel ouvert à propos de l'articulation entre ordres juridiques étatiques et européen.

SECTION I. — CONTEXTE DE L'AFFAIRE

§ 1. — *Les faits et la décision de la Cour*

En 2010, la crise financière et économique mondiale s'est transformée, au sein de la zone euro, en crise des dettes souveraines, c'est-à-dire en risque, pour certains États de cette zone, de ne plus être en mesure de financer leur dette publique sur les marchés financiers au vu des taux d'intérêts prohibitifs exigés et de tomber, de ce fait, en défaut de paiement. Cette crise, partie de Grèce avant de s'étendre au Portugal, à l'Irlande, à l'Espagne et à l'Italie, menaçait la viabilité même de la monnaie unique. Pour contrer le risque d'éclatement de la zone euro, plusieurs initiatives ont été prises par l'Union européenne et par les États membres afin de mettre en place une assistance sous stricte conditionnalité entre États membres⁽²⁾, tout en assurant la discipline budgétaire et la mise en application des réformes structurelles censées ramener les États sur le chemin de la croissance⁽³⁾. Toutefois,

(2) Mécanisme européen de stabilité financière (en abrégé, MESF) et Fonds européen de stabilité financière (en abrégé, FESF), remplacés, à la suite de l'adoption d'un traité international, par le Mécanisme européen de stabilité (en abrégé, MES).

(3) Les mécanismes de discipline budgétaire ont été consolidés, d'une part, via le renforcement du Pacte de Stabilité et de Croissance (ensemble de textes législatifs destinés à assurer la discipline budgétaire au sein de l'U.E.M.) au moyen de l'adoption de cinq nouveaux règlements et d'une nouvelle directive puis de deux nouveaux règlements (regrou-



pour que ces réformes soient à même de garantir la pérennité de la zone euro sur le long terme, il fallait encore en assurer la viabilité à court terme. Pour ce faire, la B.C.E. a mis en œuvre différentes mesures de politique monétaire — parmi lesquelles une diminution drastique des taux directeurs et l'élaboration d'un programme de rachats, sous stricte conditionnalité et en quantité limitée, de titres de dettes souveraines d'États en difficulté (*Securities Market Program*, en abrégé SMP)⁽⁴⁾.

Nonobstant ces nombreuses réformes institutionnelles et interventions de politique monétaire, les marchés financiers ont continué de spéculer sur la viabilité de la zone euro. La B.C.E. a dès lors annoncé, par l'entremise d'un communiqué de presse, la mise en place du programme *Outright Monetary Transactions*⁽⁵⁾, permettant de racheter, *si besoin est en quantité illimitée et sans limite de temps*⁽⁶⁾, les dettes souveraines des États attaqués par les mouvements spéculatifs, sous réserve de respect de la « conditionnalité stricte et effective attachée à un programme approprié du (...) FESF [ou du] MES »⁽⁷⁾. Ce programme n'a cependant jamais été mis en œuvre, car la simple annonce de cette possibilité de rachat sans limites quantitative et temporelle *a priori* a eu pour conséquence directe de calmer les marchés financiers et de diminuer drastiquement les taux d'emprunt des États en difficulté.

Néanmoins, une partie de l'opinion publique allemande contesta l'opportunité et la légalité de ces mesures de politique économique-budgétaire et monétaire. C'est dans ce contexte que, après la mise en cause de chacune des réformes de l'U.E.M. ainsi que du programme SMP, le programme OMT fut à son tour contesté devant le Bundesverfassungsgericht par plus de onze mille requérants et par un

pés respectivement sous les appellations « Six Pack » et « Two Pack »), et, d'autre part, par l'adoption d'un traité international : le Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance (en abrégé, TSCG).

(4) Décision BCE/2010/5 de la B.C.E., du 14 mai 2010, instaurant un programme pour les marchés de titres, *J.O.U.E.*, L 124, 20 mai 2010, p. 8.

(5) Communiqué de presse de la B.C.E., « Technical features of Outright Monetary Transactions », 6 septembre 2012, disponible sur www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html. Ce communiqué de presse constitue la seule matérialisation des décisions arrêtées par le Conseil des gouverneurs de la B.C.E. pour la définition du programme OMT.

(6) C'est nous qui soulignons.

(7) *Ibid.*



groupe parlementaire d'opposition⁽⁸⁾. Cette contestation conduisit le Tribunal constitutionnel fédéral à poser pour la première fois de son histoire une question préjudicielle à la C.J.U.E.⁽⁹⁾. Après que celle-ci eut conclu à la conformité du programme OMT au droit primaire de l'Union⁽¹⁰⁾, le Bundesverfassungsgericht finit par reconnaître, dans sa décision du 21 juin 2016⁽¹¹⁾, la validité du programme OMT au regard du droit primaire de l'Union et de la Loi fondamentale allemande (en abrégé, LF)⁽¹²⁾, non sans maintenir toutefois certaines critiques substantielles à l'égard de la position de la C.J.U.E.⁽¹³⁾.

§ 2. — *La primauté du droit de l'Union européenne
appréhendée par le Bundesverfassungsgericht*

A. — *Le Bundesverfassungsgericht comme « gardien du pont »*

La conception que se fait le Tribunal constitutionnel fédéral de l'articulation entre normes internes et droit de l'Union européenne et, partant, de l'affirmation, par la C.J.U.E., de la primauté absolue du droit européen sur le droit interne des États membres⁽¹⁴⁾, fût-il constitutionnel⁽¹⁵⁾, repose sur l'allégorie dite « du gardien du pont ». Selon cette conception, le droit de l'Union ne s'intègre au droit interne allemand que par le biais du « pont » que constitue la loi d'approbation (elle-même habilitée constitu-

(8) Pour une analyse des différents groupes de requérants et de leurs prétentions, voy. D. SCHIEK, « The German Federal Constitutional Court's ruling on Outright Monetary Transactions (OMT) — Another step towards national closure ? », *German Law Journal*, 2014, pp. 329 et s.

(9) BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, *Rec. BverfGE*, 134, pp. 366 et s.

(10) C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400.

(11) BVerfG, 21 juin 2016, *OMT II*, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, *Rec. BverfGE*, 142, pp. 123 et s., disponible en version originale et en traduction anglaise sur le site du *Bundesverfassungsgericht*, www.Bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621_2bvr272813.html.

(12) *Ibid.*, §§ 190, 197 et 218.

(13) *Ibid.*, §§ 181-189.

(14) C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

(15) C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114; C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal II*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.



tionnellement par l'article 23, alinéa 1^{er}, LF⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾. Or, il faut, aux yeux du Tribunal, veiller non seulement à ce que, pour produire des normes susceptibles de pénétrer l'ordre interne, les institutions de l'Union n'empruntent pas d'autre voie que celle du « pont » — en d'autres termes, à ce que ces institutions n'agissent pas en dehors du cadre posé par la loi d'approbation (contrôle dit *ultra vires*⁽¹⁸⁾) —, mais également à ce que ce pont entre le droit interne et le droit de l'Union soit conforme aux prescrits constitutionnels — ce qui implique de veiller à ce qu'aucune compétence relevant de l'identité constitutionnelle allemande ne soit transférée à l'Union (contrôle dit d'identité constitutionnelle⁽¹⁹⁾). Ce double contrôle ne peut se faire *in fine*, selon le Tribunal constitutionnel fédéral, que par la juridiction constitutionnelle interne et non par une juridiction dont l'autorité est reconnue en droit interne seulement par le biais de la loi d'approbation (et donc, à ce titre, soumise à la Loi fondamentale) — en l'occurrence la C.J.U.E. —, au risque sinon de transférer à cette dernière la *Kompetenz-Kompetenz* (c'est-à-dire la compétence de décider de la répartition des compétences) — ce que la Loi fondamentale interdit⁽²⁰⁾.

(16) Cet article 23, alinéa 1^{er}, appelé communément « *Europa-Artikel* », est formulé comme suit : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. À cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. L'article 79, alinéas 2 [obligation d'approbation par les deux tiers des membres du *Bundestag* et les deux tiers des voix du *Bundesrat*, *NdA*] et 3 [interdiction de toute modification constitutionnelle touchant aux principes fondamentaux de la Loi fondamentale, voy. *infra*, Section I, § 2, point C, *NdA*], est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de telles modifications ou compléments ».

(17) P. KIRCHHOF, « Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration », in J. ISENSEE et P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII, Heidelberg, Müller, 1992, pp. 855-887, spéc. pp. 884-885.

(18) *Infra*, Section I, § 2, point B.

(19) *Infra*, Section I, § 2, point C.

(20) Pour plus de développements sur ce rôle de « gardien du pont » joué par le Tribunal constitutionnel fédéral, voy. M. WENDEL, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur l'évolution des traités européens. Un conte d'aiguilleurs et de gardiens du pont », in A. HAMANN, E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, pp. 120-125. Voy. également D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport



B. — *Le contrôle ultra vires*

Si le contrôle du respect des compétences attribuées se trouvait déjà en germe dans des arrêts antérieurs⁽²¹⁾, c'est dans les arrêts *Maastricht* du 12 octobre 1993⁽²²⁾ et *Lisbonne* du 30 juin 2009⁽²³⁾ que le Bundesverfassungsgericht développa expressément les principes du contrôle *ultra vires*⁽²⁴⁾.

Par ces arrêts, la haute juridiction s'est reconnu le droit de déclarer inapplicables en Allemagne — et, par conséquent, d'interdire aux organes constitutionnels allemands de mettre en œuvre — les actes des institutions européennes qui outrepasseraient les compétences attribuées par le droit primaire⁽²⁵⁾ — d'où l'expression *ultra vires* —, dans la mesure où ce dépassement conduirait en réalité à une modification implicite des traités, une telle modification relevant de la compétence exclusive des États en tant que « maîtres des traités »⁽²⁶⁾. De même, l'État allemand ne pourrait pas contourner cette interdiction en transmettant la *Kompetenz-Kompetenz* à l'Union européenne⁽²⁷⁾.

Devant la possibilité de conflit ouvert avec la C.J.U.E. engendré par cette réserve à la primauté du droit de l'Union européenne⁽²⁸⁾, le

de l'Arrêt "Lisbonne" de la Cour Constitutionnelle Fédérale », *Cahiers de droit européen*, 2009, pp. 639-710.

(21) BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, 2 BvL 52/71, *Rec. BVerfGE*, 37, pp. 271 et s., § 43 ; BVerfG, 8 avril 1987, *Kloppenburg*, 2 BvR 687/85, *Rec. BVerfGE*, 75, pp. 223 et s., § 54.

(22) BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92, *Rec. BVerfGE*, 89, pp. 155 et s.

(23) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, 2 BvE 2/08, *Rec. BVerfGE*, 123, pp. 267 et s.

(24) C'est du reste dans l'arrêt *Lisbonne* que le Bundesverfassungsgericht consacra explicitement l'appellation de « contrôle *ultra vires* » (*ibid.*, § 240).

(25) BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, précité, § 116 ; BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité, § 241.

(26) BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, précité, § 112 ; BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité, § 231.

(27) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité, § 233.

(28) Cette réserve concerne *a priori* le droit dérivé de l'Union européenne, mais elle peut également s'appliquer au droit primaire de l'Union européenne puisque, dans la conception du Bundesverfassungsgericht, la Cour de justice de l'Union européenne, comme toute autre institution de l'Union européenne, peut théoriquement également agir *ultra vires* en interprétant le droit primaire d'une façon jugée par lui non conforme à la loi d'approbation et donc contraire à la Loi fondamentale. Dans ce cas, c'est donc bien le droit primaire (tel qu'interprété par la C.J.U.E.) qui serait mis en cause à travers le contrôle *ultra vires*.



Bundesverfassungsgericht a ensuite atténué ce risque en définissant, dans l'arrêt *Honeywell* du 6 juin 2010⁽²⁹⁾, les conditions d'exercice de ce contrôle *ultra vires*. Au niveau procédural, le Tribunal indique qu'il ne peut déclarer un acte *ultra vires* sans que la C.J.U.E. ait eu l'occasion d'interpréter les dispositions du droit de l'U.E. en cause, ce qui implique la nécessité de la saisir préalablement par renvoi préjudiciel, si elle n'a pu déjà s'exprimer sur l'affaire en cause⁽³⁰⁾. Sur le plan des conditions matérielles, le Tribunal précise que, pour être qualifié d'acte *ultra vires*, la transgression doit non seulement être « manifeste » mais également impliquer une « modification d'ordre structurel du système de répartition des compétences »⁽³¹⁾⁽³²⁾.

C. — *Le contrôle d'identité constitutionnelle*

Le Bundesverfassungsgericht a également développé un contrôle d'identité constitutionnelle. En effet, la Loi fondamentale contient, en son article 79, alinéa 3, une « clause d'éternité », interdisant toute modification constitutionnelle qui toucherait à certains principes jugés fondamentaux, consacrés dans ses articles 1^{er} et 20 : les principes démocratique, républicain, fédéral, d'État de droit, d'État social et de protection du noyau intangible des droits fondamentaux prenant racine dans la dignité humaine.

Même s'il est déjà arrivé auparavant que le Tribunal constitutionnel fédéral contrôle le respect de cette clause d'éternité⁽³³⁾, ce n'est qu'avec l'arrêt *Lisbonne*⁽³⁴⁾ qu'il rattacha cette clause au concept d'« identité constitutionnelle » de la République fédérale allemande et consacra de ce fait un tel contrôle, lui permettant de s'assurer le respect de cette identité tant dans le cadre du transfert de nouvelles compétences de l'État

(29) BVerfG, 6 juin 2010, *Honeywell*, 2 BvR 2661/06, *Rec. BverfGE*, 126, pp. 286 et s.

(30) *Ibid.*, § 60.

(31) *Ibid.*, § 61.

(32) Le Bundesverfassungsgericht va même jusqu'à reconnaître à la C.J.U.E. un « droit à la tolérance aux erreurs » (*Anspruch auf Fehlertoleranz*) : « des interprétations jugées contestables par le Tribunal constitutionnel fédéral doivent en principe être acceptées tant qu'elles se cantonnent à des cas isolés et n'aboutissent pas à une modification d'ordre structurel du système de répartition des compétences » (*ibid.*, § 66).

(33) BVerfG, 18 juillet 2005, *Mandat d'arrêt européen I*, 2 BvR 2236/04, *Rec. BVerfGE*, 113, pp. 273 et s., §§ 70-75.

(34) BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité, §§ 208, 216, 218, 219, 235, 240, 339.

allemand vers l'Union européenne que dans l'exercice par l'Union européenne de ses compétences déjà attribuées⁽³⁵⁾.

Si les contrôles *ultra vires* et d'identité constitutionnelle se recoupent à certains égards — ils ont tous les deux vocation à protéger le principe d'attribution des compétences et le contrôle *ultra vires* sera d'autant plus sévère qu'il concernera une compétence touchant à l'identité constitutionnelle allemande —, il reste néanmoins nécessaire de les distinguer : d'une part, le contrôle *ultra vires* peut théoriquement concerner une transgression « évidente » de compétences au regard des critères *Honeywell* sans que celle-ci touche à des principes faisant partie de l'identité constitutionnelle allemande et sans qu'elle soit, par conséquent, soumise au contrôle d'identité constitutionnelle ; d'autre part, le contrôle *ultra vires* implique nécessairement une violation de la répartition des compétences par les institutions de l'Union, alors que le contrôle d'identité constitutionnelle peut concerner un acte qui respecterait formellement cette répartition des compétences.

SECTION II. — L'AFFAIRE *OMT* :
CONTROVERSE SUR LE MANDAT DE LA B.C.E.
ET L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE SON ACTION

Si chacune des réformes du pilier économique-budgétaire de l'U.E.M. fut l'objet de recours devant le Tribunal constitutionnel fédéral, qui les a majoritairement rejetés⁽³⁶⁾, la politique monétaire de la B.C.E. (le programme SMP en particulier) n'est pas non plus restée à l'abri des contestations, que ce soit devant les juridictions européennes⁽³⁷⁾ ou devant le Bundesverfassungsgericht⁽³⁸⁾ — mais sans plus de succès.

Malgré ces échecs successifs, les contestations juridiques de la politique de la B.C.E. ont repris de plus belle avec l'annonce du pro-

(35) *Ibid.*, §§ 249 et 252-260.

(36) BVerfG, 7 septembre 2011, *Aide à la Grèce et FESF*, 2 BvR 987/10 e.a., *Rec. BVerfGE*, 129, pp. 124 et s. ; BVerfG, 28 février 2012, *Commission parlementaire spéciale*, 2 BvE 8/11, *Rec. BVerfGE*, 130, pp. 318 et s. ; BVerfG, 19 juin 2012, *TMES et Pacte pour l'Euro plus*, 2 BvE 4/11, *Rec. BVerfGE*, 131, pp. 152 et s. ; BVerfG, 12 septembre 2012, *MES/TSCG*, 2 BvR 1390/12 e.a., *Rec. BVerfGE*, 135, pp. 317 et s. Pour une analyse de ces décisions, voy. P. M. HUBER, *Verfassungsstaat und Finanzkrise*, Dresde, Dresdner Vorträge zum Staatsrecht, 2014, pp. 53-76.

(37) T.P.I.U.E., 16 décembre 2011, *Städter c. BCE*, T-532/11, ECLI:EU:T:2011:768 ; C.J.U.E., 15 novembre 2012, *Städter c. BCE*, C-102/12 P, ECLI:EU:C:2012:723.

(38) BVerfG, 7 septembre 2011, *Aide à la Grèce et FESF*, précité.



gramme OMT puisque, tout en reprenant le principe de base du SMP — à savoir la possibilité de racheter des titres de dette publique des États membres en difficulté —, ce programme ne contient pas de limites *a priori*, ni quantitative ni temporelle. Dans ce contexte, 5.217 citoyens allemands ont introduit le 12 novembre 2012 devant le Tribunal de l'Union européenne un recours direct en annulation contre la décision de la B.C.E. de mettre en place le programme OMT. Ce recours fut déclaré irrecevable pour cause d'absence d'affectation directe du programme sur la situation juridique des requérants tant par le Tribunal que, à la suite du pourvoi formé contre cette décision, par la C.J.U.E.⁽³⁹⁾.

Il n'en fut cependant pas de même devant le Tribunal constitutionnel fédéral⁽⁴⁰⁾ où, pour éviter l'irrecevabilité qui leur avait été opposée dans l'affaire *SMP*, les requérants n'attaquaient cette fois pas directement les actes de la B.C.E. (institution de l'U.E.) mais bien l'*inaction* d'organes constitutionnels nationaux (en l'occurrence, le Gouvernement et le Parlement), en ce que, pour protéger le droit de vote visé par l'article 38, alinéa 1^{er}, LF en tant qu'il constitue la traduction sous forme de droit subjectif du principe démocratique consacré par les articles 1^{er} et 20 LF, eux-mêmes englobés dans la clause d'éternité (article 79, alinéa 3, LF)⁽⁴¹⁾, ils auraient dû agir pour assurer le respect de la répartition des compétences entre l'État et l'Union européenne.

Le drame s'est joué en trois actes.

(39) T.P.I.U.E., 10 décembre 2013, *Sven A. von Storch e.a. c. BCE*, T-492/12, ECLI:EU:T:2013:702, § 38; C.J.U.E., 29 avril 2015, *Sven A. von Storch e.a. c. BCE*, C-64/14 P, ECLI:EU:C:2015:300, § 42.

(40) BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, 2 BvR 2728/13, *Rec. BVerfGE*, 134, pp. 366 et s.

(41) Pour reprendre les termes du Bundesverfassungsgericht : « Le droit de vote est le droit subjectif de participation démocratique le plus important que la Loi fondamentale garantit au citoyen (article 20, alinéas 1 et 2, LF). (...) Le droit des citoyens de déterminer librement et également la puissance publique, tant sur le plan des personnes qui l'exercent que sur celui de son contenu, par des élections et des votations est la partie intégrante élémentaire du principe de démocratie. Le droit à une participation libre et égale à la puissance publique est ancré dans la dignité humaine (article 1, alinéa 1, LF). Il fait partie de ceux des principes du droit constitutionnel allemand dont l'article 20, alinéas 1 et 2, LF combiné à l'article 79, alinéa 3, LF interdit toute modification » (BVerfG, 30 juin 2009, *Lisbonne*, précité, §§ 210-211).

§ 1. — *Premier acte : l'ordonnance de renvoi préjudiciel du Bundesverfassungsgericht à la C.J.U.E., « pré-constat d'invalidité »⁽⁴²⁾ du programme OMT ?*

Ayant considéré les requêtes recevables⁽⁴³⁾, le Tribunal met d'abord en œuvre son contrôle *ultra vires*. Néanmoins, comme le relèvent de manière critique plusieurs auteurs⁽⁴⁴⁾ ainsi que l'un des deux juges auteurs d'une opinion dissidente⁽⁴⁵⁾, le Tribunal, tout en affirmant appliquer dans le cas d'espèce le test *Honeywell*, s'écarte en réalité des critères matériels énoncés dans cet arrêt. En effet, le Bundesverfassungsgericht affirme d'emblée que, s'il s'avère qu'il y a eu violation des traités en matière de politique économique, cette transgression serait automatiquement « manifeste » et impliquerait mécaniquement une « modification d'ordre structurel du système de répartition des compétences »⁽⁴⁶⁾ — cette double automaticité rendant *de facto* caduques les conditions formulées dans la jurisprudence *Honeywell*. Ce faisant, il semble faire peu de doute, pour le Tribunal de Karlsruhe, que le programme OMT viole bien les traités.

D'une part, la B.C.E. outrepasserait ses compétences (articles 119 et 127 TFUE), en ce que ce programme ne relèverait pas de la politique monétaire mais bien de la politique économique et serait par conséquent de la compétence des États membres⁽⁴⁷⁾. À l'appui de cette position, le Bundesverfassungsgericht avance trois arguments relatifs à l'objectif réel du programme, aux moyens utilisés pour atteindre cet objectif et

(42) Nous reprenons ici les termes utilisés par F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l'arrêt *Gauweiler* entre droit et marché. Commentaire de l'arrêt CJ, GC, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a*, C-62-14 », *Cahiers de droit européen*, 2015, pp. 493-534, spéc. p. 499.

(43) BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, précité, § 34.

(44) Voy. not. M. WENDEL, « Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes *Ultra vires*-Vorlage an den EuGH », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, pp. 615-670, spéc. pp. 631-633 ; J. BAST, « Don't act beyond your powers: the perils and pitfalls of the German Constitutional Court's *Ultra Vires* Review », *German Law Journal*, 2014, pp. 167-181, spéc. pp. 178-180 ; A. THIELE, « Friendly of unfriendly act? The "Historic" referral of the Constitutional Court to the ECJ regarding the ECB's OMT Program », *German Law Journal*, 2014, pp. 241-264, spéc. pp. 254-255 ; F. C. MAYER, « Rebels without a cause? A critical analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference », *German Law Journal*, 2014, pp. 111-146, spéc. pp. 137-139.

(45) BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, précité, opinion dissidente du juge Lübbecke-Wolff, §§ 16-17.

(46) BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, précité, §§ 36-43.

(47) *Ibid.*, §§ 69-83.



aux effets concrets attendus de ce programme⁽⁴⁸⁾. Premièrement, derrière l'objectif *annoncé* (préserver une transmission appropriée de la politique monétaire⁽⁴⁹⁾ ainsi que l'unicité de cette politique⁽⁵⁰⁾), l'objectif *réel* serait de neutraliser les écarts entre taux d'intérêt des États membres pour faciliter leur refinancement — ce qui relèverait de la politique économique⁽⁵¹⁾. Deuxièmement, la sélectivité du programme OMT (le S.E.B.C. n'achèterait que les titres de dette d'États membres sous programme d'assistance financière du FESF ou du MES) et sa conditionnalité (les achats ne pourraient être réalisés que si les États respectent les obligations imposées par leur programme d'assistance financière) feraient de celui-ci l'équivalent fonctionnel de programmes d'assistance, considérés comme des instruments de politique économique⁽⁵²⁾. Troisièmement, au regard des effets potentiels d'une mise en œuvre du programme OMT, celui-ci, « de l'avis du Tribunal constitutionnel fédéral (...) excède le soutien aux politiques économiques générales dans l'Union que le [S.E.B.C.] est autorisé à poursuivre (articles 119, § 2, et 127, § 1^{er}, deuxième phrase, TFUE) »⁽⁵³⁾ — ce qui impliquerait alors que ce programme relèverait non plus de la politique monétaire concédée à la B.C.E. mais bien, une fois encore, de la politique économique⁽⁵⁴⁾.

D'autre part, le programme OMT constituerait une violation de l'interdiction des financements monétaires des États membres (article 123 TFUE)⁽⁵⁵⁾, en ce que les conditions de mise en œuvre du programme OMT⁽⁵⁶⁾ auraient des effets équivalents à l'achat de dette publique sur le marché primaire.

(48) *Ibid.*, § 65.

(49) Le mécanisme de transmission de la politique monétaire recouvre « les différents canaux par le biais desquels les mesures de politique monétaire influent sur l'économie et plus particulièrement sur le niveau des prix » (B.C.E., « La transmission de la politique monétaire au sein de la zone euro », *Bulletin mensuel*, juillet 2000, p. 43).

(50) La définition et la conduite de la politique monétaire doivent en effet, conformément à l'article 119, § 2, TFUE, être « uniques ». Si ce caractère « unique » n'est pas défini précisément par les traités, la B.C.E. semble en tout cas l'interpréter comme lui conférant une obligation de veiller à ce qu'aucun État membre de la zone euro ne soit, volontairement ou involontairement, soustrait aux effets de ses décisions de politique monétaire.

(51) *Ibid.*, §§ 70-72.

(52) *Ibid.*, §§ 73-79.

(53) *Ibid.*, §§ 80 (trad. libre).

(54) *Ibid.*, §§ 80-83.

(55) *Ibid.*, §§ 84-94.

(56) À savoir : « la disposition à participer à une réduction de la dette pour les titres de dette acquis, le risque accru qu'une telle réduction de dette puisse se produire dans le cas des obligations d'État acquises, la possibilité de détenir des titres de dettes jusqu'à

Toutefois, si le Tribunal semble convaincu du caractère *ultra vires* du programme OMT sans appliquer les critères matériels du test *Honeywell* — ou plutôt en considérant que les critères matériels sont automatiquement remplis dès lors qu’il y aurait transgression de la répartition des compétences —, il en respecte par contre le critère procédural en utilisant, pour la première fois de son histoire, la procédure de renvoi préjudiciel (article 267 TFUE). Ce premier renvoi préjudiciel est cependant loin d’être un pas du Tribunal constitutionnel fédéral vers la reconnaissance pleine et entière de la primauté du droit européen. Il se trouve, au contraire, dans la continuité de la revendication, par le Bundesverfassungsgericht, du pouvoir du dernier mot, puisqu’il a lieu dans le cadre du contrôle *ultra vires* et que, du reste, il correspond davantage à un « pré-constat d’invalidité » qu’à un appel à la coopération⁽⁵⁷⁾. Ce fait est d’ailleurs corroboré par l’indication, à la fin de son ordonnance de renvoi, que, si la C.J.U.E. refusait de se rendre à son raisonnement, il lui serait toujours possible, sans avoir à en référer à nouveau à la C.J.U.E. (puisque’il s’agit d’une question de droit constitutionnel), d’évaluer à nouveau ce programme à l’aune de l’identité constitutionnelle⁽⁵⁸⁾.

§ 2. — *Deuxième acte : la décision de la Cour de justice, ou l’art du « funambulisme juridique »*⁽⁵⁹⁾

Si ce renvoi préjudiciel mettait la C.J.U.E. dans une position très délicate, tiraillée qu’elle pouvait être entre le souhait de marquer son autorité devant une juridiction contestant sa primauté et celui d’envoyer un signal positif au Bundesverfassungsgericht afin de l’inciter à continuer dans la voie du dialogue juridictionnel par la procédure de renvoi préjudiciel, celle-ci est néanmoins parvenue à concilier ouverture (sur la forme) et fermeté (sur le fond)⁽⁶⁰⁾.

échéance, l’impact sur la formation des prix sur le marché et l’incitation des acteurs du marché à acheter les obligations en question sur le marché primaire » (*ibid.*, § 87, trad. libre).

(57) F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l’arrêt *Gauweiler* entre droit et marché. Commentaire de l’arrêt CJ, GC, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a.*, C-62-14 », *op. cit.*, p. 499.

(58) BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, précité, § 103.

(59) Nous reprenons ici les termes utilisés par A. HERVÉ, « “Europarechtsfreundlich” oder “Deutschlandrechtsfreundlich” ? C.J.U.E., gde ch., 16 juin 2015, *Gauweiler*, aff. C-62/14 », *Revue des Affaires Européennes*, 2015, pp. 439-450, spéc. p. 442.

(60) C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400.



Sur le plan procédural, la C.J.U.E. a en effet montré sa volonté de coopérer en déclarant recevable le renvoi préjudiciel malgré les nombreuses difficultés fonctionnelles de l'ordonnance de renvoi, notamment en ce qui concerne le caractère juridique d'un communiqué de presse — puisque le programme OMT n'ayant jamais été mis en œuvre concrètement, sa seule matérialisation résidait dans le communiqué de presse de la B.C.E. du 6 septembre 2012⁽⁶¹⁾ — et l'absence de reconnaissance par la juridiction de renvoi du caractère contraignant des interprétations de la Cour de justice — puisque le Bundesverfassungsgericht se réserve, en raison de son rôle de « gardien du pont », un droit résiduel de contrôle des décisions de la C.J.U.E.⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾.

En revanche, derrière cette ouverture quant à l'appréciation des conditions de sa saisine, la Cour contredit totalement les considérations du Bundesverfassungsgericht relatives au respect du droit primaire de l'Union. Après avoir rappelé le caractère contraignant des solutions dégagées par ses décisions⁽⁶⁴⁾, elle développe méthodiquement une argumentation favorable à la compatibilité du programme OMT avec le TFUE.

Pour déterminer le caractère *économique* ou *monétaire* du programme, la C.J.U.E. se fonde⁽⁶⁵⁾ à titre principal, dans la ligne de sa jurisprudence *Pringle*⁽⁶⁶⁾, sur les *objectifs annoncés* de la mesure (préserver une transmission appropriée de la politique monétaire ainsi que l'unicité de cette politique)⁽⁶⁷⁾, sans vérifier si, derrière ces objectifs officiels, se cacherait éventuellement un autre objectif qui ne relèverait pas des compétences de la B.C.E.⁽⁶⁸⁾. Accessoirement, elle s'appuie sur les *moyens utilisés*

(61) *Supra*, note 5.

(62) *Supra*, Section I, § 2, point A.

(63) Voy. not. J.-V. GUIOT et O. CLERC, « Règlement de compte (juridictionnel) et dettes souveraines : la Cour de justice valide le programme d'opérations monétaires sur titre mis en cause par la Cour constitutionnelle allemande dans le contrôle de l'*ultra vires* », *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 2015, pp. 2-7, disponible sur <http://jade.u-bordeaux.fr/?q=node/991> ; M. WENDEL, « Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes *Ultra-vires*-Vorlage an den EuGH », *op. cit.*, pp. 647-652.

(64) C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, précité, point 16.

(65) *Ibid.*, point 46.

(66) C.J.U.E., 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland e.a.*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756.

(67) C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, précité, point 47.

(68) F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines : l'arrêt *Gauweiler* entre droit et marché. Commentaire de l'arrêt



pour atteindre ces objectifs (le rachat de titres de dette souveraine)⁽⁶⁹⁾ en précisant que la sélectivité et la conditionnalité attachées à la mise en œuvre du programme ne seraient pas, contrairement à l'opinion du Bundesverfassungsgericht, de nature à qualifier ce dernier d'instrument de politique économique. D'une part, en effet, la B.C.E. pouvait légitimement considérer, selon la Cour, que la sélectivité était nécessaire pour « remédier aux perturbations de la politique monétaire du S.E.B.C. générées par la situation spécifique des obligations de certains États membres »⁽⁷⁰⁾. D'autre part, la conditionnalité aurait en réalité pour objectif de s'assurer « que [l]a politique monétaire du [S.E.B.C.] n'offre pas aux États membres dont il acquiert des obligations souveraines des possibilités de financement qui leur permettraient de s'écarter des programmes d'ajustement auxquels ceux-ci ont souscrit »⁽⁷¹⁾ et, partant, d'éviter que des mesures de politique monétaire n'interfèrent avec les décisions de politique économique⁽⁷²⁾.

CJ, GC, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a*, C-62-14 », *op. cit.*, p. 509 ; J.H. KLEMENT, « Der geldpolitische Kompetenzmechanismus », *JuristenZeitung*, 2015, pp. 754-760, spéc. p. 758. La Cour évacue effectivement cette question d'une manière assez superficielle en déclarant seulement que « le fait qu'un programme tel que celui annoncé dans le communiqué de presse soit éventuellement susceptible de contribuer également à la stabilité de la zone euro, qui relève de la politique économique (...), n'est pas susceptible de remettre en cause cette analyse » (C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, précité, point 51) et qu'« une mesure de politique monétaire ne peut être assimilée à une mesure de politique économique du seul fait qu'elle est susceptible d'avoir des effets indirects sur la stabilité de la zone euro » (*ibid.*, point 52). Comme le relèvent MM. Clerc et Kauffmann, « certains pourraient interpréter [cette argumentation] comme de la mauvaise foi » (O. CLERC et P. KAUFFMANN, *L'Union économique et monétaire européenne. Des origines aux crises contemporaines*, Paris, Pedone, 2016, p. 221), dans la mesure où n'y voir qu'un « programme éventuellement susceptible de contribuer », par des « effets indirects », à la stabilité de la zone euro constituerait un artifice seulement destiné à valider le programme OMT (J.H. KLEMENT, « Der geldpolitische Kompetenzmechanismus », *op. cit.*, pp. 759-760).

(69) C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, précité, point 53.

(70) *Ibid.*, point 89.

(71) *Ibid.*, point 60.

(72) Comme le relève M. Mayer, la Cour de justice ne répond cependant pas à l'objection soulevée par l'avocat général Villalón (Conclusions P.C. VILLALÓN, C.J.U.E., 4 janvier 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:7, points 140-151) concernant le fait que la B.C.E. est activement associée à l'élaboration et au contrôle des programmes d'assistance (F. C. MAYER, « Zurück zur Rechtsgemeinschaft: das OMT-Urteil des EuGH », *Neue Juristischen Wochenschrift*, 2015, pp. 1999-2003, spéc. p. 1999). Or, ceci pourrait constituer un indice qu'elle n'offrirait pas seulement un soutien



Si la Cour procède ensuite à un contrôle de proportionnalité du programme OMT⁽⁷³⁾, elle fait preuve, contrairement au Bundesverfassungsgericht qui postulait un contrôle judiciaire étendu des actes de la B.C.E., du plus grand degré de retenue judiciaire. En reconnaissant un large pouvoir d'appréciation à la B.C.E., en raison de son indépendance et de la technicité de la matière⁽⁷⁴⁾, elle prétend se limiter en effet à un simple contrôle de l'« erreur manifeste d'appréciation »⁽⁷⁵⁾, qui la conduit à conclure plus aisément à la compatibilité du programme OMT avec le mandat de la B.C.E. (articles 119 et 127 TFUE)⁽⁷⁶⁾.

Cette retenue judiciaire est également perceptible dans l'argumentation suivie par la Cour pour déclarer le programme compatible avec la prohibition des financements monétaires des États membres (article 123 TFUE), puisqu'elle s'appuie là encore sur les arguments de la B.C.E., tirés du communiqué de presse présentant les critères de mise en application du programme OMT et des précisions apportées ultérieurement sur ces critères⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾, pour conclure qu'il y a suffisamment de conditions garantissant que le programme ne constitue pas un financement monétaire des États membres⁽⁷⁹⁾.

§ 3. — *Troisième (et dernier) acte :*
l'arrêt définitif du Bundesverfassungsgericht,
capitulation ou simple cessez-le-feu ?

Dans sa décision du 21 juin 2016⁽⁸⁰⁾, le Tribunal constitutionnel fédéral s'est rallié à la position de la C.J.U.E. en confirmant la conformité du

mais serait en réalité un véritable architecte de la politique économique — et, partant, que le programme OMT serait un instrument de politique économique, donc outrepassant les compétences de politique monétaire de la B.C.E. (R. SCHMIDT, « Die entfesselte EZB », *JuristenZeitung*, 2015, pp. 317-327, spéc. p. 322). Voy. *infra*, Section III, § 1.

(73) C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, points 66-92.

(74) *Ibid.*, point 68.

(75) *Ibid.*, point 74.

(76) *Ibid.*, points 56 et 92.

(77) Respect d'un délai minimal entre l'émission d'un titre de dette et son rachat par le S.E.B.C. et exclusion de toute annonce par avance de sa décision de procéder à de tels rachats ainsi que du volume des rachats envisagés.

(78) *Ibid.*, points 105-107.

(79) *Ibid.*, point 121.

(80) *Supra*, note 11.



programme OMT au droit primaire de l'Union et au droit constitutionnel allemand⁽⁸¹⁾ et en rejetant, par conséquent, les recours⁽⁸²⁾.

Pour arriver à cette décision sans pour autant renier ouvertement sa position pour le moins défiante développée dans son ordonnance de renvoi préjudiciel, le Tribunal s'est toutefois livré à certaines arguties peu convaincantes : selon lui, le programme OMT ne constituerait pas un acte *ultra vires* seulement pour la raison que la C.J.U.E. aurait défini des conditions supplémentaires à la mise en œuvre de ce programme⁽⁸³⁾ ; or, ces « conditions préalables définies par la C.J.U.E. » soit ressortent déjà explicitement du communiqué de presse de la B.C.E. mis en cause dans l'affaire, soit ne constituent qu'une paraphrase de conditions prévues dans ce communiqué, soit encore ne représentent qu'une consolidation juridique d'intentions déjà exprimées par la B.C.E. postérieurement à son communiqué⁽⁸⁴⁾.

Si certains n'hésitent pas à déceler dans cette affaire un bon exemple de coopération juridictionnelle efficace entre deux juridictions suprêmes⁽⁸⁵⁾, il paraît difficile de partager cet optimisme. Au contraire, comme le relèvent plusieurs auteurs⁽⁸⁶⁾, cette acceptation de la décision de la C.J.U.E. ne vaut certainement pas approbation.

(81) *Ibid.*, §§ 190, 197 et 218.

(82) *Ibid.*, § 174.

(83) *Ibid.*, § 206 : « La *Bundesbank* allemande ne peut participer à une future application du programme OMT que si et dans la mesure où les conditions préalables établies par la Cour de justice sont remplies, c'est-à-dire si : [(1)] les achats ne sont pas annoncés ; [(2)] le volume des achats est limité par avance ; [(3)] il existe entre l'émission d'un titre de dette [sur le marché primaire] et son rachat par le S.E.B.C. [sur les marchés secondaires] un délai minimal défini par avance et qui permet d'éviter que les conditions d'émission d'obligations souveraines soient altérées ; [(4)] seuls des titres de dette d'États membres qui ont un accès au marché obligataire permettant leur financement sont acquis ; [(5)] les titres de dette acquis ne sont retenus jusqu'à échéance qu'à titre exceptionnel ; et [(6)] les achats sont limités ou cessent et les titres de dette sont remis sur le marché si la poursuite de l'intervention n'est plus nécessaire » (trad. libre).

(84) Voy. sur ce point : A. PLIAKOS, G. ANAGNOSTARAS, « Saving Face? The German Federal Constitutional Court Decides Gauweiler », *German Law Journal*, 2017, pp. 213-232, spéc. pp. 220-223.

(85) W. FRENZ, « No juridical Brexit by the German Federal Constitutional Court », *Eurojus*, p. 6, disponible sur <http://rivista.eurojus.it/no-juridical-brexite-by-the-german-federal-constitutional-court/?print=pdf>.

(86) A. PLIAKOS, G. ANAGNOSTARAS, « Saving Face? The German Federal Constitutional Court Decides Gauweiler », *op. cit.*, pp. 223-225 ; F. PENNESI, « The impossible constitutional reconciliation of the BVerfG and the ECJ in the OMT case. A legal analysis of the first preliminary referral of the BVerfG », *Perspectives on Federalism*,



D'une part, le Tribunal utilise le cadre juridique constitué par les prétendues conditions supplémentaires énoncées par la C.J.U.E. pour renforcer ses futures prérogatives de contrôle. Entre les lignes de l'arrêt⁽⁸⁷⁾, il semble ressortir que le Bundesverfassungsgericht croit pouvoir déduire de la réponse de la C.J.U.E. un droit de contrôle sur toute mise en œuvre du programme OMT, sans avoir à en référer de nouveau à la C.J.U.E. dans la mesure où celle-ci aurait déjà indiqué, dans sa décision du 16 juin 2015, que toute mise en œuvre du programme qui ne respecterait pas les critères qu'elle énonce serait *ultra vires*⁽⁸⁸⁾.

D'autre part, le Tribunal constitutionnel fédéral émet des critiques ouvertes — de « sérieuses objections » pour reprendre la terminologie employée par le Tribunal⁽⁸⁹⁾ — à l'encontre de la position de la Cour, qui risquent, à l'avenir, de ranimer la controverse et de déboucher, cette fois, sur un conflit juridictionnel ouvert.

Ces « sérieuses objections » concernent toutes, *in fine*, l'intensité du contrôle juridictionnel opéré par la C.J.U.E.⁽⁹⁰⁾ En effet, selon le Bundesverfassungsgericht, en acceptant par principe les objectifs officiellement avancés par la B.C.E., sans même examiner et discuter les hypothèses factuelles sous-jacentes à ces objectifs de politique monétaire⁽⁹¹⁾, et en conférant à cette institution une si large marge d'appréciation, la Cour laisse *de facto* à la B.C.E. le pouvoir d'autodéterminer sa compétence, puisqu'il suffirait à la B.C.E. d'annoncer arbitrairement poursuivre un objectif de politique monétaire pour s'appropriier sous ce couvert des politiques économiques, et échoue ainsi à faire respecter le principe fondamental d'attribution des compétences⁽⁹²⁾. Or, toujours selon le Tribunal,

Vol. 8, Issue 3, 2016, 21 p., disponible sur www.on-federalism.eu/index.php/articles/248-the-impossible-constitutional-reconciliation-of-the-bverfg-and-the-ecj-in-the-omt-case-a-legal-analysis-of-the-first-preliminary-referral-of-the-bverfg ; M. STARITA, « Openness Towards European Law and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme », *European Papers*, 2016, pp. 395-403.

(87) BVerfG, 21 juin 2016, *OMT II*, précité, § 207.

(88) Voy. également sur ce point : M. STARITA, « Openness Towards European Law and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme », *op. cit.*, pp. 400-403.

(89) BVerfG, 21 juin 2016, *OMT II*, précité, § 181.

(90) *Ibid.*, §§ 182-189. En ce sens, voy. également : R. SCHMIDT, « Die entfesselte EZB », *op. cit.*, pp. 323 et 325.

(91) BVerfG, 21 juin 2016, *OMT II*, précité, § 182.

(92) *Ibid.*, §§ 182-186. En ce sens, voy. également : R. SCHMIDT, « Die entfesselte EZB », *op. cit.*, pp. 323 et 325.

cette obligation de contrôle du respect de ce principe serait renforcée par le statut particulier de la B.C.E. qui, en tant qu'institution indépendante, fait figure d'exception notable au principe démocratique — principe au cœur des contrôles *ultra vires* et d'identité constitutionnelle que s'est arrogés le Tribunal. Ce statut dérogoratoire ne serait justifié que pour autant qu'il permet à la B.C.E. de se focaliser sur l'objectif de stabilité des prix et appellerait par conséquent, en tant qu'exception au principe fondamental de démocratie, une interprétation restrictive du mandat de la B.C.E. et un contrôle judiciaire étendu du respect des limites de celui-ci⁽⁹³⁾.

SECTION III. — PERSPECTIVES : L'EXPANSION
DU RISQUE DE CONFLIT JURIDICTIONNEL OUVERT

§ 1. — *La mutation constitutionnelle tacite du mandat de la B.C.E.,
facteur de tension inter-juridictionnelle*

Il ressort de l'arrêt *OMT II* que le Bundesverfassungsgericht, tout en acceptant avec réticence la conformité du programme OMT au droit primaire de l'Union et au droit constitutionnel allemand, soumet le raisonnement juridique de la C.J.U.E. à un examen critique minutieux et réaffirme par là même son droit résiduel, voire son devoir, de contrôler le droit de l'U.E. et, incidemment, les décisions de la C.J.U.E.⁽⁹⁴⁾, dans la mesure où une interprétation trop extensive du droit primaire de l'U.E. outrepasserait la loi d'approbation des traités et, par conséquent, le droit constitutionnel allemand⁽⁹⁵⁾. De surcroît, le Tribunal constitutionnel fédéral semble interpréter la réponse de la C.J.U.E. comme une habilitation à contrôler toute mise en œuvre du programme OMT, sans avoir à lui en référer préalablement⁽⁹⁶⁾.

(93) *Ibid.*, §§ 187-189.

(94) M. STARITA, « Openness Towards European Law and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme », *op. cit.*, p. 399.

(95) *Supra*, note 28.

(96) Le Bundesverfassungsgericht distingue entre la décision-cadre instituant le programme OMT et ses éventuelles applications de telle façon que la question du caractère *ultra vires* de ces dernières constitue une question distincte de celle du caractère *ultra vires* de la décision-cadre. Selon ses propres critères établis dans l'arrêt *Honeywell*, le Bundesverfassungsgericht devrait par conséquent, dans l'hypothèse d'un contrôle *ultra vires* d'une éventuelle mise en œuvre du programme OMT, permettre à la C.J.U.E. de se prononcer préalablement sur cette question. Or, en considérant qu'elle s'est déjà prononcée



Si cette attitude défiante du Tribunal, tant dans l'ordonnance de renvoi que, dans une moindre mesure, dans l'arrêt définitif, a pu être critiquée par plusieurs auteurs⁽⁹⁷⁾, elle ne nous paraît cependant pas incohérente compte tenu du type de rapport entre droit de l'U.E. et droit interne qu'induit la théorie du « gardien du pont »⁽⁹⁸⁾⁽⁹⁹⁾.

Le Tribunal de Karlsruhe semble effectivement vouloir découvrir, derrière l'argumentation économique-juridique de la B.C.E., ses *objectifs réels*⁽¹⁰⁰⁾ et, en conformité avec sa fonction de « gardien du pont », prévenir ainsi tout risque de modification implicite du mandat de la B.C.E. En effet, si modification de ce mandat il devait y avoir, celle-ci ne pourrait se réaliser que dans le cadre d'un changement explicite des traités — qui pourrait d'ailleurs donner lieu, le cas échéant, à un contrôle d'identité

sur les conditions d'application du programme dans l'arrêt *Gauweiler*, le Tribunal constitutionnel fédéral s'exonère de cette obligation.

(97) Concernant l'ordonnance de renvoi, voy. not. le dossier spécial du *German Law Journal* : « Special Issue: The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court », *German Law Journal*, 2014, pp. 107-382 ; voy. également W. HEUN, « Eine Verfassungsgerichtsentscheidung — der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14.1.2014 », *JuristenZeitung*, 2014, pp. 331-337. Pour l'arrêt définitif, si les critiques sont moins acerbes, puisque le Bundesverfassungsgericht a fini par entériner la conformité du programme OMT au droit primaire de l'Union et au droit constitutionnel allemand, elles n'en demeurent pas moins présentes. Voy. not. A. PLIAKOS, G. ANAGNOSTARAS, « Saving Face? The German Federal Constitutional Court Decides Gauweiler », *op. cit.* ; F. PENNESI, « The impossible constitutional reconciliation of the BVerfG and the ECJ in the OMT case. A legal analysis of the first preliminary referral of the BVerfG », *op. cit.*, pp. 15-16 ; M. STARITA, « Openness Towards European Law and Cooperation with the Court of Justice Revisited: The Bundesverfassungsgericht Judgment of 21 June 2016 on the OMT Programme », *op. cit.*, pp. 400-403.

(98) *Supra*, Section I, § 2, point A.

(99) Nous laissons donc volontairement de côté la question de savoir si la position du Tribunal constitutionnel fédéral par rapport au droit européen est légitime — autrement dit, de savoir qui, du Tribunal ou de la C.J.U.E., a raison en ce qui concerne la revendication du pouvoir du dernier mot. Nous n'affirmons évidemment pas que cette question est sans importance, mais cette querelle persistant et les deux cours suprêmes ne semblant pas être disposées à changer d'avis, juger de la pertinence de leur position respective sur cette question ne nous semble pas de nature à éclairer le débat académique. Il nous paraît plus intéressant de prendre acte de cette opposition et d'analyser la controverse juridique qui nous occupe, c'est-à-dire la conformité du programme OMT au mandat confié par le droit primaire à la B.C.E., à l'intérieur même des deux logiques qui s'affrontent : d'un côté, la recherche de l'uniformité juridique pour la C.J.U.E. ; de l'autre, le souci de la préservation des compétences attribuées pour le Bundesverfassungsgericht. Une telle démarche vise ainsi à appréhender au mieux les implications pratiques futures de cette controverse, sans la trancher pour autant puisque tel n'est pas le rôle de la science du droit.

(100) BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, précité, §§ 69-83.



constitutionnelle — et non par l'entremise d'un glissement implicite, par la voie d'une interprétation extensive, du contenu des compétences attribuées par les traités.

Or, nous sommes d'avis que, même si l'argumentation du Tribunal constitutionnel ne paraît pas exempte de toute maladresse⁽¹⁰¹⁾, il y a probablement bel et bien eu, dans l'affaire *OMT*, « mutation constitutionnelle cachée »⁽¹⁰²⁾ du mandat de la B.C.E. et, partant, violation des traités — donc, potentiellement⁽¹⁰³⁾, violation de la loi d'approbation et, par voie de conséquence, du droit constitutionnel allemand. En effet, durant les dix premières années de son existence, la B.C.E. s'est cantonnée, avec un certain succès d'ailleurs⁽¹⁰⁴⁾, au respect strict de son objectif prioritaire de contrôle de la stabilité monétaire. Depuis l'éclatement de la crise en revanche, la B.C.E. s'est de plus en plus arrogé des compétences de politique économique (participation à l'élaboration et au contrôle des plans d'ajustement structurel notamment⁽¹⁰⁵⁾). Le programme OMT par-

(101) Le Bundesverfassungsgericht fait par exemple référence, dans son ordonnance de renvoi préjudiciel, au *Bulletin mensuel* de la B.C.E. d'octobre 2012 (B.C.E., « Compliance of Outright Monetary Transactions with the Prohibition on Monetary Financing », *Bulletin mensuel*, octobre 2012, pp. 7-9, disponible sur www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/mb201210_focus01.en.pdf), dans lequel les instances de la B.C.E. auraient déclaré que le programme OMT a pour but de neutraliser les écarts entre les taux d'intérêts des États membres pour faciliter leur refinancement — ce qui relèverait de la politique économique — (BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, précité, § 70), alors même que le passage cité du *Bulletin mensuel* ne contient rien de tel et cherche au contraire à prouver l'objectif monétaire du programme, à savoir la restauration du mécanisme de transmission de la politique monétaire ainsi que la préservation de l'unicité de cette politique.

(102) F. PENNESI, « The impossible constitutional reconciliation of the BVerfG and the ECJ in the *OMT* case. A legal analysis of the first preliminary referral of the BVerfG », *op. cit.*, p. 12.

(103) Nous laissons cependant de côté la question de savoir si cette violation satisfait les conditions du test *Honeywell*, dans la mesure où le Bundesverfassungsgericht n'a jamais défini de manière précise ce qu'il faut entendre par violation « manifeste ».

(104) B.C.E., *Numéro spécial du Bulletin mensuel pour le 10^e anniversaire de la B.C.E.*, mai 2008, pp. 40-49. L'objectif de la BCE en termes de stabilité des prix est un taux d'inflation inférieur à, mais proche de, 2 % à moyen terme. Or, le taux d'inflation annuel moyen dans la zone euro a été légèrement supérieur à 2 % sur la période 1999-2008 — niveau bien inférieur à ceux enregistrés dans de nombreux États membres de la zone euro au cours des décennies antérieures.

(105) Voy. not. C. FONTAN, *Une institution politique à l'épreuve de la crise : la Banque centrale européenne dans l'Union économique et monétaire (août 2007-janvier 2012)*, Grenoble, Institut d'études politiques, 2012, pp. 398-467, disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00926443/document> ; C. MANGER-NESTLER et R. BÖTTNER,



ticipé de cette extension de compétences, puisque, via la conditionnalité attachée à ce programme (c'est-à-dire la subordination du rachat de titres de dette au respect des programmes d'assistance dont elle est un acteur majeur), elle renforce son contrôle sur ces plans et, donc, sa compétence de politique économique, même si elle veille toujours scrupuleusement à développer une argumentation tendant à justifier ses interventions à l'aune de son objectif de défense prioritaire de la stabilité des prix⁽¹⁰⁶⁾.

Cette mutation constitutionnelle cachée nous semble d'ailleurs présente au cœur même de l'argument central avancé par la B.C.E. pour justifier son intervention — et le Tribunal constitutionnel fédéral s'en prévaut d'ailleurs sans en tirer toutefois toutes les conséquences⁽¹⁰⁷⁾ —, lorsque celle-ci tire du caractère *injustifié* ou *irrationnel* des taux d'intérêts exigés par les marchés la justification de ses mesures⁽¹⁰⁸⁾.

En effet, la construction de l'U.E.M. et de la monnaie unique est basée sur une logique précise, à savoir la délégation du rôle d'arbitre en dernier ressort des politiques économiques et budgétaires des États membres aux marchés financiers⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾. En instituant les marchés financiers comme seuls prêteurs des États⁽¹¹¹⁾, en définissant les politiques structurelles à suivre à travers les « grandes orientations des politiques économiques » (en abrégé, GOPE)⁽¹¹²⁾ et en instituant une discipline

« Ménage à trois ? — Zur gewandelten Rolle der EZB im Spannungsfeld zwischen Geldpolitik, Finanzaufsicht und Fiskalpolitik », *Europarecht*, 2014, pp. 621-637, spéc. pp. 632-636.

(106) B.C.E., « Compliance of Outright Monetary Transactions with the Prohibition on Monetary Financing », *op. cit.*, pp. 7-9.

(107) BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, précité, § 98.

(108) Selon les termes de la B.C.E., ces taux résulteraient de « craintes *infondées* de la part des investisseurs de la réversibilité de l'euro » (trad. libre, c'est nous qui soulignons) : B.C.E., « Éditorial », *Bulletin mensuel*, septembre 2012, pp. 5-7, spéc. p. 5, disponible sur www.ecb.europa.eu/pub/pdf/mobu/mb201209en.pdf ; B.C.E., « Compliance of Outright Monetary Transactions with the Prohibition on Monetary Financing », *op. cit.*, pp. 7-9.

(109) J. YIANGOU, M. O'KEEFFE et G. GLÖCKLER, « “Tough Love”: How the ECB's Monetary Financing Prohibition Pushes Deeper Euro Area Integration », *Journal of European Integration*, 2013, pp. 223-237, spéc. pp. 226-227.

(110) Pour un exposé théorique de cette logique de discipline par le marché, voy. notamment l'étude du Fonds Monétaire International : T.D. LANE, « Market Discipline », *IMF Staff Papers*, mars 1993, pp. 53-88.

(111) Via l'interdiction de financement monétaire (article 123 TFUE) et de toute solidarité interétatique (article 125 TFUE). Il reste certes la possibilité de se financer auprès des particuliers, mais ce mode de financement est désormais très résiduel pour les États.

(112) Articles 120 et 121 TFUE. Le champ d'application de ces GOPE va des réformes structurelles du marché du travail aux conseils en matière de réglementation de l'éduca-



budgétaire⁽¹¹³⁾ caractérisée par la transparence⁽¹¹⁴⁾, les marchés sont élevés au rang d'arbitre ultime chargé de sanctionner financièrement, par la hausse des taux d'intérêt, tout comportement irrégulier, c'est-à-dire non conforme à la logique de discipline budgétaire et de réformes structurelles contenue dans les traités.

Or, la justification du programme OMT par le caractère *injustifié* des taux d'intérêt⁽¹¹⁵⁾ nous semble difficilement compatible avec ce postulat⁽¹¹⁶⁾. Nous sommes en effet face à une alternative irréductible. Selon la première branche de cette alternative, si l'on considère les marchés comme rationnellement les plus efficaces pour apprécier le bien-fondé des politiques économique et budgétaire des États, il semble logique, comme ce fut le cas pour l'élaboration de l'U.E.M., de construire un cadre juridique pour les mettre en position d'arbitre en dernier ressort. Dans cette hypothèse néanmoins, il est alors difficilement justifiable, sur le plan juridique, de considérer que la B.C.E. est compétente pour juger de la pertinence de la sanction des marchés, c'est-à-dire en l'occurrence pour considérer comme injustifiées les raisons les poussant à exiger tel ou tel taux d'intérêts et, *a fortiori*, pour agir en vue de contrer ces taux⁽¹¹⁷⁾. À l'inverse, suivant la seconde branche de l'alternative, on peut considérer, pour des raisons diverses (notamment sur la base d'enseignements empiriques des sciences économiques⁽¹¹⁸⁾), que les marchés finan-

tion en passant par la fiscalité et bien d'autres sujets. Néanmoins, ces GOPE n'ont aucun caractère obligatoire en tant que tels, mais ont seulement un poids politique, voire moral. Elles ne sont en effet que des recommandations approuvées par le Conseil européen. Ces différentes procédures de coordination furent rassemblées en 2000 dans la « Stratégie de Lisbonne », puis en 2010 dans la « Stratégie Europe 2020 ».

(113) Via la limitation des déficits et des dettes publiques des États membres (article 126 TFUE).

(114) Via la surveillance mutuelle et la possibilité de publicité des recommandations dans les procédures pour déficit excessif, mises en place par le Pacte de stabilité et de croissance (règlement n° 1466/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 et règlement n° 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997).

(115) C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, précité, points 72-76.

(116) En ce sens, voy. également H. SCHEPEL, « The Bank, the Bond, and the Bail-out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone », *Journal of Law and Society*, 2017, pp. 79-98, spéc. pp. 94-98.

(117) Voy. not. J.H. KLEMENT, « Der geldpolitische Kompetenzmechanismus », *op. cit.*, pp. 757-760 ; R. SCHMIDT, « Die entfesselte EZB », *op. cit.*, pp. 321-322.

(118) Voy. not. P. DE GRAUWE, Y. JI, « Mispricing of Sovereign Risk and Multiple Equilibria in the Eurozone », *CEPS Working Documents*, n° 361, January 2012, 21 p., disponible sur <https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/359742/1/De>.



ciers font parfois preuve d'irrationalité. Il est alors cohérent de prétendre les destituer de leur rôle d'arbitres ultimes des politiques économiques et budgétaires des États membres, au profit d'autres instances jugées plus compétentes (par exemple, une institution telle que la B.C.E.). Toutefois, dans ce cas, il serait alors juridiquement obligatoire, en vertu des principes d'État de droit et de sécurité juridique, de modifier le cadre institutionnel des traités pour transférer cette compétence à ces instances.

En revanche, il paraît en tout état de cause difficilement justifiable, sur le plan purement *juridique*, d'accepter ce transfert à la B.C.E. du rôle d'arbitre en dernier ressort des politiques économiques des États membres *dans le cadre actuel des traités*⁽¹¹⁹⁾.

§ 2. — *L'expansion géographique du risque de conflit juridictionnel ouvert*

L'affaire *OMT*, et le désaccord qu'elle illustre au sujet de l'interprétation à donner au droit primaire de l'Union européenne, en ce qui concerne aussi bien les limites du mandat de la B.C.E. que l'extension du contrôle juridictionnel de son action, jette en outre une lumière crue sur le problème de la revendication du « pouvoir du dernier mot » entre deux juridictions suprêmes d'ordres juridiques distincts, quoique imbriqués. D'un côté, le Bundesverfassungsgericht, l'une des juridictions constitutionnelles nationales les plus prestigieuses du continent européen, défend, en cohérence avec son rôle de « gardien du pont », une interprétation exégétique et respectueuse de l'intention originelle des rédacteurs des traités. De l'autre, la Cour de justice de l'Union européenne, attachée à la primauté absolue du droit européen sur les droits internes, y compris de leurs constitutions, recourt plus volontiers, dans la ligne du projet d'intégration progressive que constitue l'Union européenne, à une interprétation évolutionniste. Dans cette configuration d'ordres juridiques revendiquant chacun, par la voix de leurs juridictions suprêmes respectives, la primauté sur l'autre, le spectre d'une confrontation ouverte ne peut être écarté.

(119) Pour reprendre les termes de A. J. Menéndez : « *the fact that the crises have revealed the limits of some rules does not result in a licence to reshape the European constitution at will in the name of an underlying emergency, thus bypassing not only the processes of constitutional reform, but also any requirement of consistency* » (A. J. MENÉNDEZ, « The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic *Rechtsstaat* to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance », *Journal of Law and Society*, 2017, pp. 56-78, spéc. p. 63).

Or, nonobstant le ralliement formel du Bundesverfassungsgericht à la position de la C.J.U.E. dans l'affaire *OMT*, les « sérieuses objections » émises par celui-ci témoignent de la persistance d'un désaccord profond sur l'interprétation à donner au droit primaire de l'Union européenne en ce qui concerne la distinction entre politiques monétaire et économique et sur la répartition des compétences qui en découle. Dans ce contexte, l'inconséquence juridique que constitue le transfert d'attributions au profit de la B.C.E. sans modification des traités s'avère particulièrement susceptible de réactiver ce risque de conflit juridictionnel ouvert. En effet, s'il semble désormais peu probable que le programme OMT soit jamais mis en œuvre, d'autres événements apparaissent en mesure de ranimer ces tensions, en particulier le programme étendu d'achat d'actifs (*Expanded Asset Purchase Program*) de la B.C.E.⁽¹²⁰⁾⁽¹²¹⁾, qui fait d'ores et déjà l'objet d'une nouvelle question préjudicielle du Bundesverfassungsgericht à la C.J.U.E.⁽¹²²⁾, et l'éventuel allègement de la dette grecque⁽¹²³⁾.

(120) Plus communément appelé programme de *Quantitative Easing*, il consiste à racheter de vastes quantités d'actifs sur les marchés secondaires (entre 60 et 80 milliards d'euros par mois) parmi lesquels, majoritairement, des titres de dette d'États membres de l'U.E.M., au prorata de la clé de répartition de la participation de chaque banque centrale nationale au capital de la B.C.E., et à l'exclusion des États membres dont la notation financière n'est pas jugée suffisante (concrètement, la Grèce et Chypre).

(121) Communiqué de presse de la B.C.E., « La B.C.E. annonce un programme étendu d'achats d'actifs », 22 janvier 2015, disponible sur www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150122_1.fr.html ; décision BCE/2015/774 de la B.C.E. du 4 mars 2015 instaurant un programme pour les marchés de titres (BCE/2015/10), *J.O.U.E.*, L 121, 14 mai 2015, p. 20 ; décision BCE/2015/2101 de la B.C.E. du 5 novembre 2015 modifiant la décision (UE) 2015/774 concernant un programme d'achats d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires (BCE/2015/33) concernant un programme d'achats d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires (BCE/2015/10), *J.O.U.E.*, L 303, 20 novembre 2015, p. 106 ; décision BCE/2016/702 de la B.C.E. du 18 avril 2016 modifiant la décision (UE) 2015/774 concernant un programme d'achats d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires (BCE/2016/8), *J.O.U.E.*, L 121, 11 mai 2016, p. 24 ; décision BCE/2016/1041 de la B.C.E. du 22 juin 2016 concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou totalement garantis par la République hellénique et abrogeant la décision (UE) 2015/300 (BCE/2016/18), *J.O.U.E.*, L 169, 28 juin 2016, p. 14.

(122) BVerfG, 18 juillet 2017, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15 et 2 BvR 2006/15, non encore publié au *Recueil BVerfGE*, disponible sur le site du Bundesverfassungsgericht, www.Bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/07/rs20170718_2bvr085915.html.

(123) Voy. not. A. STEINBACH, « The “Haircut” of Public Creditors under EU Law », *European Constitutional Law Review*, 2016, pp. 223-239.



De surcroît, à cet accroissement du risque de conflit juridictionnel ouvert, s'ajoute son expansion à d'autres ordres juridiques nationaux. Si l'affaire *OMT* est sans aucun doute à ce jour l'illustration la plus significative du risque latent de conflit entre une juridiction constitutionnelle nationale et la Cour de justice de l'Union européenne, il faut effectivement noter que cette résurgence de la controverse sur le pouvoir du dernier mot n'est pas cantonnée à l'ordre juridique allemand mais traverse au contraire, depuis la crise des dettes souveraines, plusieurs ordres juridiques étatiques appartenant à l'U.E.⁽¹²⁴⁾, comme en attestent notamment les jurisprudences du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle de Belgique concernant la conformité du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (en abrégé, TSCG)⁽¹²⁵⁾ à leurs normes constitutionnelles respectives.

A. — *Le pouvoir du dernier mot
selon le Conseil constitutionnel français*

Le Conseil constitutionnel a, de longue date⁽¹²⁶⁾, consacré l'existence de limites constitutionnelles au transfert de compétences étatiques aux institutions européennes. Selon la formule désormais consacrée, depuis la décision *Maastricht I* du 9 avril 1992, « au cas où des engagements internationaux souscrits (...) contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle »⁽¹²⁷⁾.

Si cette formulation du double encadrement — par la Constitution et par le principe de souveraineté nationale — du transfert de compétences étatiques au niveau européen semble *a priori* impliquer l'absence de

(124) Voy. not. F. FABBRINI, « The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective », *Berkeley Journal of International Law*, 2014, pp. 64-123, spéc. pp. 74-103.

(125) Traité pour la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, 2 mars 2012, disponible sur http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A1403_3.

(126) Cons. const., n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Ressources propres*, *J.O.R.F.*, 21 juin 1970, p. 5806, cons. 9 ; Cons. const., n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, *Décision des Communautés européenne relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, *J.O.R.F.*, 31 décembre 1976, p. 7651, cons. 2.

(127) Cons. const., n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, *J.O.R.F.*, 11 avril 1992, p. 5354, cons. 13.



noyau dur intangible et intransmissible en droit constitutionnel français, ceci fait cependant l'objet de vives controverses au niveau doctrinal⁽¹²⁸⁾. Sans entrer dans le détail de ces controverses, qui excèdent le propos de cette contribution, relevons néanmoins que, en toute hypothèse, si le Conseil constitutionnel déclarait incompatibles avec la Constitution certaines dispositions d'un traité — au motif que ces dispositions contiendraient « une clause contraire à la Constitution » ou porteraient atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » — et que le pouvoir constituant dérivé venait ensuite à refuser de réviser la Constitution afin de remédier à cette incompatibilité, la décision du Conseil constitutionnel ferait obstacle à la ratification dudit traité. Ainsi, la Constitution et « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » constituent des limites — à tout le moins *relatives*⁽¹²⁹⁾ — au transfert de compétences étatiques aux institutions européennes⁽¹³⁰⁾.

(128) Certains auteurs mettent en effet en avant, en tant que limites absolues s'imposant au pouvoir constituant dérivé, l'article 89, alinéa 5, de la Constitution — « [l]a forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet de révision » — (voy. not. O. PFERSMANN, « Les interdictions de réviser », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 115-117) ainsi que l'interdiction, pour le pouvoir constituant dérivé, de transférer tout ou partie de la souveraineté, caractérisée par la compétence de la compétence, — par opposition au transfert de compétence, c'est-à-dire de *l'exercice* de cette souveraineté, toujours par définition réversible tant que la souveraineté n'a pas été transférée — (voy. not. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 307-491 ; O. BEAUD « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *Revue française de droit administratif*, 1993, pp. 1045-1068) ou les compétences régaliennes inhérentes à cette souveraineté (J.-P. DEROSIER, « Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne. Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *Politeia*, 2013, pp. 311-343.). On ne peut s'empêcher de voir un parallèle entre ces thèses et la position du Bundesverfassungsgericht sur l'intangibilité de la *Kompetenz-Kompetenz* et sur l'existence du noyau dur intangible et intransmissible constitué par la « clause d'éternité » de l'article 79, alinéa 3, LF. Sur cette controverse touchant à la notion de souveraineté, ainsi que sur le rapprochement de celle-ci avec le droit constitutionnel allemand, voy. également R. KOVAR, « La souveraineté nationale est-elle soluble dans l'intégration européenne », in F. BERROD *e.a.* (dir.), *Europe(s), Droit(s) européen(s) — Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 283-311, spéc. pp. 296-304.

(129) C'est-à-dire abstraction faite des hypothétiques limites *absolues* que constitueraient la forme républicaine du gouvernement, d'une part, et la souveraineté nationale, d'autre part (*supra*, note 128).

(130) Comme en attestent d'ailleurs les différentes révisions constitutionnelles intervenues suite aux quatre arrêts du Conseil constitutionnel ayant constaté une non-conformité partielle de certaines dispositions des traités européens à la Constitution : Cons. const.,



Le Conseil constitutionnel a, du reste, complété et renforcé, dans sa jurisprudence récente, le caractère limitatif du droit constitutionnel interne vis-à-vis du droit de l'Union en consacrant les « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » en tant que limite à l'applicabilité en droit interne des actes de droit dérivé adoptés par les institutions de l'Union⁽¹³¹⁾ — et en particulier des directives⁽¹³²⁾⁽¹³³⁾.

Par conséquent, au contrôle des traités européens à l'aune de la Constitution et de la souveraineté nationale s'ajoute la possibilité d'un contrôle des actes des institutions de l'Union à l'aune de l'identité consti-

n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, précité ; Cons. const., n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, *J.O.R.F.*, 3 janvier 1998, p. 165 ; Cons. const., n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *J.O.R.F.*, 24 novembre 2004, p. 19885 ; Cons. const., n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, *J.O.R.F.*, 29 décembre 2007, p. 21813.

(131) La terminologie employée ici est donc absolument identique à celle retenue par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand même si, en droit allemand, le contrôle d'identité constitutionnelle peut aussi bien porter sur le droit primaire que sur le droit dérivé (*supra*, Section I, § 2, point C).

(132) « [L]a transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le Constituant y ait consenti » (Cons. const., n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *J.O.R.F.*, 3 août 2006, p. 11541, cons. 19). Cette formulation existait déjà en germes, depuis 2004, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. const., n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *J.O.R.F.*, 22 juin 2004, p. 11182, cons. 7).

(133) La question se pose alors de savoir si ce raisonnement s'applique également, *mutatis mutandis*, aux autres normes de droit dérivé de l'Union. Si cette formulation concernant l'identité constitutionnelle de la France n'a, à ce jour, jamais été appliquée qu'à des dispositions législatives transposant des directives, il faut néanmoins noter que le Conseil constitutionnel a eu plusieurs fois à connaître de la constitutionnalité de dispositions législatives contenant des mesures prises en application d'autres normes de droit dérivé de l'Union et, en particulier, de règlements européens. Il nous semble pouvoir induire de ces différentes décisions la possibilité, à tout le moins théorique, d'une décision d'inconstitutionnalité d'un acte interne édicté en application d'un acte de droit dérivé de l'Union, fût-il autre qu'une directive (voy. en ce sens : P. GAÏA, « Le contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements internationaux est-il exclusif de tout contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des actes internationaux ? », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 182-187) — déclaration d'inconstitutionnalité qui pourrait alors, le cas échéant, être prise en raison de la non-conformité de l'acte en cause aux « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ».

tutionnelle⁽¹³⁴⁾. Or, comme le note P. Gaïa, « l'examen au fond, entrepris le cas échéant sur la loi [appliquant ou exécutant certaines prescriptions édictées par les institutions de l'Union], peut insensiblement remonter toute la chaîne normative jusqu'à affecter le traité lui-même qui pourrait se trouver en quelque sorte "contaminé" par les vices d'inconstitutionnalité substantiels propres à la loi »⁽¹³⁵⁾.

C'est dans ce contexte jurisprudentiel qu'est intervenue la décision du 9 août 2012 concernant la constitutionnalité du TSCG⁽¹³⁶⁾. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a, certes, par une interprétation « constructive »⁽¹³⁷⁾ et « audacieuse »⁽¹³⁸⁾, voire « périlleuse »⁽¹³⁹⁾,

(134) Cette interprétation de l'articulation entre, d'une part, le contrôle constitutionnel des engagements internationaux (et donc également des traités européens) à l'aune de la Constitution et de la souveraineté nationale et, d'autre part, le contrôle constitutionnel des actes de droit dérivé des institutions de l'Union — par le truchement des actes internes pris en application ou en exécution de ces actes de droit dérivé — à l'aune des « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » (noyau dur plus restreint que la Constitution) semble confirmée par la décision du 31 juillet 2017 du Conseil constitutionnel relative à la constitutionnalité de l'Accord économique et commercial global (en abrégé : AECG — en anglais : CETA) conclu avec le Canada : Cons. const., n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, non encore publié au *J.O.R.F.*, ECLI:FR:CC:2017:2017.749.DC, cons. 12-14 et 73.

(135) P. GAÏA, « Le contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements internationaux est-il exclusif de tout contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des actes internationaux ? », *op. cit.*, p. 183. L'auteur ajoute : « [c]'est ainsi que, prenant appui sur la loi qui, selon le cas, opère transposition ou application d'un acte dérivé ou même parfois, exécution d'un arrêt de la Cour de justice, la saisine invite plus ou moins ouvertement le Conseil constitutionnel à faire porter son examen de constitutionnalité sur la norme [du droit de l'Union] elle-même ou au minimum à faire en sorte que le contrôle aboutisse à la priver d'effet » (*ibid.*, p. 184).

(136) Cons. const., n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, *J.O.R.F.*, 11 août 2012, p. 13283.

(137) E. OLIVA, « Le pacte de stabilité devant les juridictions constitutionnelles. La décision du Conseil constitutionnel du 9 août 2012 », *Revue française de droit administratif*, 2012, pp. 1043-1057, spéc. p. 1050 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire : Busiris, rue de Montpensier », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, pp. 855-876, spéc. p. 875.

(138) E. SLAUTSKY, « L'arrêt relatif au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance : comparaison avec la situation en France », *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 2017, pp. 330-346, spéc. p. 338.

(139) A. LEVADE, « TSCG et Constitution française : quand l'interprétation fait la compatibilité ! », *Constitutions*, 2012, n° 4, pp. 575 et s., spéc. p. 579 ; J. ROUX, « Le Conseil



de certaines des dispositions du TSCG, déclaré celui-ci conforme à la Constitution, mais il n'en a pas moins réaffirmé avec vigueur son pouvoir du dernier mot vis-à-vis de la C.J.U.E. En effet, par une lecture *a contrario* du considérant 30 de la décision⁽¹⁴⁰⁾, il est inévitable de conclure que le Conseil constitutionnel a incorporé aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » l'interdiction d'un contrôle de conformité de la Constitution à un traité par la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹⁴¹⁾ et a, partant, confirmé la primauté, dans l'ordre juridique interne français, de la Constitution sur tout traité international en même temps que son pouvoir du dernier mot.

Ainsi, il y a donc peu de doutes concernant la volonté du Conseil constitutionnel de poser, par le développement jurisprudentiel des concepts de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et de « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », des limites à la revendication de la primauté du droit de l'Union — limites dont la décision *TSCG* du 9 août 2012 confirme que le Conseil constitutionnel est bien décidé à en être le gardien ultime, au détriment exprès de la C.J.U.E. Ces positions ne peuvent dès lors que confirmer l'accroissement du risque de conflit ouvert, par juridictions suprêmes interposées, entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel français.

constitutionnel et le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire : Busiris, rue de Montpensier », *op. cit.*, p. 872.

(140) « Considérant que, le paragraphe 2 de l'article 3 [contenant l'obligation de transposition en droit interne de la règle d'équilibre budgétaire “au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles, ou dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon”, *NdA*] n'imposant pas qu'il soit procédé à une révision de la Constitution, les stipulations de l'article 8 [prévoyant un contrôle par la C.J.U.E. du respect de l'obligation de transcription en droit interne de la règle d'équilibre budgétaire, *NdA*] n'ont pas pour effet d'habiliter la Cour de justice de l'Union européenne à apprécier, dans ce cadre, la conformité de dispositions de la Constitution aux stipulations du présent traité ; que, *par suite*, si la France décide de faire prendre effet aux règles énoncées au paragraphe 1 de l'article 3 du traité [contenant la règle d'équilibre budgétaire, *NdA*] selon les modalités fixées à la seconde branche de l'alternative de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 3 [c'est-à-dire au moyen de dispositions “dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon” que par des dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles], l'article 8 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (c'est nous qui soulignons).

(141) E. OLIVA, « Le pacte de stabilité devant les juridictions constitutionnelles. La décision du Conseil constitutionnel du 9 août 2012 », *op. cit.*, pp. 1048-1049.

B. — *Le pouvoir du dernier mot
selon la Cour constitutionnelle de Belgique*

De surcroît, cette lame de fond consistant à (ré-)affirmer les limites constitutionnelles à l'intégration européenne atteint même certains ordres juridiques réputés pourtant pour leur bienveillance à l'égard de l'ordre européen, comme en atteste notamment l'exemple du droit belge.

En effet, si, depuis l'arrêt *Écoles européennes* du 3 février 1994⁽¹⁴²⁾, la Cour constitutionnelle de Belgique s'est, il est vrai, prononcée en faveur de la primauté, dans l'ordre interne, de la Constitution sur le droit international⁽¹⁴³⁾, elle s'est néanmoins par la suite signalée par sa coopération particulièrement bienveillante avec la C.J.U.E.⁽¹⁴⁴⁾

Plus encore, pour éviter au maximum le risque, contenu en germes dans la position de la Cour constitutionnelle, d'un conflit avec la juridiction suprême d'un ordre juridique inter- ou supranational, le législateur belge a exclu, par une loi spéciale du 9 mai 2003, la possibilité de tout contrôle constitutionnel des lois d'assentiment aux traités européens — ainsi d'ailleurs qu'à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à ses Protocoles additionnels⁽¹⁴⁵⁾.

Toutefois, l'arrêt du 28 avril 2016, rendu également à propos de la conformité du TSCG à la Constitution⁽¹⁴⁶⁾, semble marquer un retour à l'avant-plan de la revendication, par la Cour constitutionnelle, du pouvoir du dernier mot. En effet, la Cour rappelle d'abord sa position de

(142) C. const. (alors Cour d'arbitrage), 3 février 1994, *Écoles européennes*, n° 12/94, *M.B.*, 11 mars 1994, p. 6137.

(143) Elle se distingue à cet égard de la position de la Cour de cassation belge qui prône, depuis l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971 (Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886), un monisme à primauté absolue du droit international (ayant effet direct) sur le droit interne, fût-il constitutionnel (Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1795).

(144) Voy. not. M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2011, pp. 81-109.

(145) Article 26, § 1^{er}bis, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 ; voy. aussi C. const. (alors Cour d'arbitrage), 14 janvier 2004, n° 3/2004, *M.B.*, 9 mars 2004, p. 13348.

(146) C. const., 28 avril 2016, *TSCG*, n° 62/2016, *M.B.*, 8 juillet 2016, p. 42718 ; note P. DERMINE, « La discipline budgétaire européenne à l'aune de la Constitution belge », *Journal des Tribunaux*, 2016, pp. 470-472. À noter que le TSCG, bien que fortement lié au droit de l'Union européenne, reste un traité de droit international classique et n'est par conséquent pas soumis à l'exclusion du contrôle constitutionnel prévu par l'article 26, § 1^{er}bis, de la loi spéciale du 6 janvier 1989.



principe, déjà émise dans l'arrêt du 3 février 1994⁽¹⁴⁷⁾, à savoir que, « lorsqu'il porte assentiment à un traité, le législateur ne peut porter atteinte aux garanties prévues par la Constitution [dans la mesure où l]e Constituant, qui interdit au législateur d'adopter des normes législatives contraires aux normes visées à l'article 142 de la Constitution⁽¹⁴⁸⁾, ne peut en effet être réputé autoriser ce législateur à adopter indirectement de telles normes, en donnant assentiment à un traité international »⁽¹⁴⁹⁾. Cependant — et c'est là que réside la nouveauté —, la Cour pousse ensuite plus loin son raisonnement en ajoutant que « l'article 34 de la Constitution⁽¹⁵⁰⁾ ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées [de droit international public], lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées » et que « [l]'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit »⁽¹⁵¹⁾.

Il est particulièrement remarquable de relever la proximité de cet *obiter dictum*, relatif à l'articulation du droit international et du droit constitutionnel, avec la théorie du « gardien du pont » du Bundesverfassungsgericht. D'une part, la prohibition de tout « blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées [de droit international public], lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées », fait directement écho à la notion d'actes *ultra vires* et d'interdiction de transfert de la *Kompetenz-Kompetenz*. D'autre part, la référence à l'identité nationale inhérente aux valeurs et structures fondamentales de la Constitution comme limite aux délégations de souveraineté à une institution internationale rappelle

(147) C. const. (alors Cour d'arbitrage), 3 février 1994, *Écoles européennes*, précité, B.4., al. 1^{er}.

(148) À savoir le Titre II de la Constitution (articles 8 à 32 relatifs aux droits et libertés des Belges), les articles 170 et 172 (légalité et égalité des impôts), 191 (protection des étrangers) et 143, § 1^{er}, de la Constitution (principe de la loyauté fédérale) ainsi que les règles répartitrices de compétence prévues par la Constitution et par les lois de réformes institutionnelles.

(149) C. const., 28 avril 2016, *TSCG*, précité, B.8.5.

(150) Cet article autorise la délégation de l'*exercice* de pouvoirs souverains à des institutions internationales — y compris à l'Union européenne donc. Il est rédigé en ces termes : « L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public ».

(151) C. const., 28 avril 2016, *TSCG*, précité, B.8.7., al. 2.

à maints égards⁽¹⁵²⁾ la conception de l'« identité constitutionnelle » du Bundesverfassungsgericht⁽¹⁵³⁾. Si, en l'espèce, ces précisions n'ont pas porté à conséquence⁽¹⁵⁴⁾, la Cour n'en rappelle pas moins de manière claire la compétence qu'elle se réserve de contrôler la constitutionnalité de normes internationales et, partant, sa revendication du pouvoir du dernier mot.

Certes, l'exclusion de la possibilité de tout contrôle de constitutionnalité des lois d'assentiment aux traités européens empêche la Cour constitutionnelle d'examiner, au regard de l'identité nationale inhérente aux valeurs et structures fondamentales de la Constitution, la loi d'assentiment à ces traités et, partant, les traités européens sur lesquelles elle porte⁽¹⁵⁵⁾. De même, l'absence, dans les normes de références dont la Cour constitutionnelle assure la protection⁽¹⁵⁶⁾, de l'article 34 de la Constitution exclut la possibilité que la Cour invalide un acte de l'Union

(152) Il faut noter néanmoins que l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale repose sur la « garantie d'éternité » déclarée hors de portée de toute révision constitutionnelle (article 79, al. 3, LF), alors qu'en Belgique, l'article 195 de la Constitution, régissant la procédure de modification de la Constitution, ne prévoit aucune exception pour un article particulier de la Constitution (C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'État — Manuel*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 160). Ainsi, aucune des normes de référence dont la Cour constitutionnelle assure la protection (*supra*, note 148) n'est irrévocable. Par conséquent, il serait théoriquement possible de modifier l'identité nationale inhérente aux valeurs et structures fondamentales de la Constitution du Royaume de Belgique en vue d'adopter un traité international qui aurait porté atteinte, en l'absence d'une telle révision constitutionnelle, à cette identité nationale.

(153) Les termes utilisés par la Cour constitutionnelle sont certes plus proches de la formulation de l'article 4.2 TUE (« L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (...) »), mais ils s'en écartent — et se rapprochent du même coup de la conception du Bundesverfassungsgericht — en ce que, ici, c'est la Cour constitutionnelle qui se déclare compétente pour juger de la conformité du droit international à cette « identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit », contrairement à l'article 4.2 TUE qui ne se conçoit que comme autolimitation interne au droit européen et qui, à ce titre, ne peut être contrôlé que par la juridiction de l'ordre juridique de l'Union, à savoir la C.J.U.E. Sur cette interprétation de l'article 4.2 TUE, voy. not. M. WENDEL, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur l'évolution des traités européens. Un conte d'aiguilleurs et de gardiens du pont », *op. cit.*, pp. 120-122.

(154) La Cour a rejeté le recours pour cause de défaut d'intérêt à agir des requérants (C. const., 28 avril 2016, *TSCG*, précité, B.8.9 à B.10).

(155) *Supra*, note 145.

(156) *Supra*, note 148.



européenne *purement ultra vires* — c'est-à-dire qui outrepasserait le mandat confié par la loi d'assentiment (et donc contraire à l'article 34 de la Constitution) mais qui ne porterait cependant pas atteinte à une des normes de références dont la Cour assure le respect⁽¹⁵⁷⁾. Pour autant, tout contrôle par la Cour constitutionnelle du respect, par les institutions européennes, de la Constitution ne peut être exclu : un acte juridique de l'Union qui, tout à la fois, serait contraire aux dispositions constitutionnelles dont la Cour constitutionnelle assure le contrôle *et* outrepasserait la loi d'assentiment des traités pourrait en théorie faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité⁽¹⁵⁸⁾ et, partant, être déclaré, par la Cour constitutionnelle, inapplicable en Belgique. En effet, dans ce cas, la Cour constitutionnelle ne contrôlerait pas la loi d'assentiment au regard de la Constitution, mais bien, par le truchement de la norme interne prise en exécution ou en application de cet acte, un acte des institutions européennes non couvert par la loi d'assentiment — donc non protégé par la clause d'exclusion de contrôle constitutionnel des lois d'assentiment des traités européens — et entrant dans son domaine de compétence — puisque contraire aux dispositions constitutionnelles protégées par la Cour constitutionnelle.

Ainsi, pour autant que l'on considère les normes de référence dont la Cour constitutionnelle assure la protection comme relevant de l'identité nationale inhérente aux valeurs et structures fondamentales de la Constitution, la Cour constitutionnelle pourrait contrôler et, le cas échéant, déclarer inapplicable sur le territoire du Royaume de Belgique, un acte *ultra vires* contraire à l'identité nationale inhérente aux valeurs et structures fondamentales de la Constitution.

CONCLUSION

Le bras de fer juridictionnel qu'illustre l'affaire *OMT* est sans doute à ce jour le témoignage le plus manifeste et significatif de l'existence d'une menace de conflit ouvert entre juridictions suprêmes de ces ordres juridiques distincts, quoique imbriqués, que constituent les droits des États membres, d'une part, et le droit de l'Union européenne, d'autre part. S'il

(157) *Ibid.*

(158) En toute hypothèse, ce contrôle de constitutionnalité ne serait qu'indirect, dans la mesure où il ne pourrait porter que sur la norme interne prise en application de cet acte juridique de l'Union. Toutefois, pour incident qu'il serait, il n'en impliquerait alors pas moins le contrôle de cet acte à l'aune de la loi d'assentiment et de la Constitution.

était *in fine*, sinon logique, du moins relativement prévisible, que cet avertissement provienne de la juridiction constitutionnelle ayant développé et théorisé de la manière la plus aboutie les limites constitutionnelles à l'intégration européenne — à savoir le Bundesverfassungsgericht —, il est néanmoins remarquable de constater que ce phénomène d'accroissement du risque de conflit juridictionnel ouvert, accentué par la mutation constitutionnelle tacite du mandat de la B.C.E., est complété par un mouvement d'expansion géographique de cette menace, comme en attestent les jurisprudences récentes du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle de Belgique.

Il restera alors à vérifier si cette menace de conflit juridictionnel ouvert — actuellement latente mais toujours susceptible de se concrétiser — se matérialisera effectivement un jour, c'est-à-dire à observer si le Bundesverfassungsgericht, le Conseil constitutionnel français, la Cour constitutionnelle de Belgique ou toute autre juridiction constitutionnelle d'un État membre de l'U.E. choisira d'aller au bout de son raisonnement afin de faire prévaloir, contre les institutions européennes, sa primauté dans l'articulation entre systèmes juridiques... au risque alors de provoquer une crise politique et économique majeure.

