

Courrier hebdomadaire

n° 2490-2491 • 2021

**L'économie de Karlsruhe.
L'intégration européenne à l'épreuve
du juge constitutionnel allemand**

Guillaume Grégoire

CRISP

Courrier hebdomadaire

Rédacteur en chef : Cédric Istasse

Assistante éditoriale : Fanny Giltaire

Le *Courrier hebdomadaire* est soutenu par l'Administration générale de l'Enseignement et de la Recherche scientifique de la Fédération Wallonie-Bruxelles. Il est également publié avec le concours du Fonds de la recherche scientifique-FNRS et de la Fondation universitaire de Belgique.



Une version numérique du *Courrier hebdomadaire* est disponible en *pay per view* (au numéro) et en accès gratuit pour les abonnés sur le site portail de CAIRN (<http://www.cairn.info>).

Le numéro simple : 6,90 euros – le numéro double : 12,40 euros

Abonnement : 235,00 euros

Souscription, commandes et informations :

CRISP – Place Quetelet, 1A – 1210 Bruxelles

Tél : 32 (0)2 211 01 80 – Fax : 32 (0)2 219 79 34

<http://www.crisp.be> – info@crisp.be

IBAN BE51 3100 2715 7662 – BIC BBRUBEBB

TVA 0408 141 158

Éditeur responsable : Jean Faniel – Place Quetelet, 1A – 1210 Bruxelles

Tous droits de traduction, d'adaptation ou de reproduction par tous procédés, y compris la photographie et le microfilm, réservés pour tous pays.

ISSN 0008 9664

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
1. MISE EN CONTEXTE HISTORIQUE DE L'AFFAIRE <i>PSPP</i> : CHRONIQUE D'UNE « GUERRE DU DERNIER MOT » ANNONCÉE	9
1.1. La Cour de Karlsruhe comme « gardien du pont » à l'heure de la crise des dettes souveraines	10
1.2. La divergence d'interprétation concernant le mandat de la BCE : de l'affaire <i>OMT</i> à l'affaire <i>PSPP</i>	14
2. UNE CRITIQUE MÉTHODOLOGIQUE : LA QUESTION DE LA PROPORTIONNALITÉ OU LA RÉAFFIRMATION DE LA DISTINCTION JURIDIQUE ENTRE POLITIQUE MONÉTAIRE ET POLITIQUE ÉCONOMIQUE	18
2.1. Le raisonnement de la Cour de Karlsruhe : le contrôle des effets réels comme garde-fou contre la <i>Kompetenz-Kompetenz</i> de la BCE	18
2.2. La Cour de Karlsruhe sous le feu des critiques : que reste-t-il de l'illustre sagesse du « gardien de la Constitution » ?	27
2.2.1. L'interprétation keynésienne du mandat de la BCE et sa conformité douteuse à l'esprit originel (néo-classique) de l'UEM	28
2.2.2. La critique économique praxéologique et ses impasses logiques et méthodologiques	32
2.2.3. La critique juridico-méthodologique au regard du droit européen : l'affirmation de la démarcation absolue entre principes d'attribution et de proportionnalité et ses inconséquences	35
2.2.4. La critique juridico-méthodologique au regard du droit constitutionnel allemand : le caractère <i>ultra vires</i> du contrôle <i>ultra vires</i> , question de perspectives ?	41
2.2.5. La critique institutionnelle : l'atteinte à l'indépendance des banques centrales au nom de l'indépendance des banques centrales ?	45
2.3. Conclusion	49
3. L'ÉMERGENCE DU LIBÉRALISME NÉO-CLASSIQUE COMME RÉFÉRENTIEL ÉCONOMIQUE DE LA COUR DE KARLSRUHE	51
3.1. L'endossement et l'intériorisation du référentiel néo-classique par la Cour de Karlsruhe	52
3.1.1. L'amorce des positions libérales néo-classiques dans la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe relative à l'UEM	52
3.1.2. L'affirmation du paradigme néo-classique dans l'arrêt <i>PSPP II</i> du 5 mai 2020	62
3.2. La prohibition absolue de toute mutualisation monétaire des dettes publiques ou le renversement de la doctrine du « <i>whatever it takes</i> »	72

4. L'« ORTHODOXIE ÉCONOMIQUE » DE KARLSRUHE : VERS UN RENVERSEMENT DU PRINCIPE DE NEUTRALITÉ ÉCONOMIQUE DE LA LOI FONDAMENTALE ?	81
4.1. La réaffirmation du référentiel néo-classique comme fondement de l'UEM	81
4.2. De la neutralité économique de la Loi fondamentale à l'ordre de marché constitutionnalisé ?	84
CONCLUSION	92

INTRODUCTION

« Il n'est en réalité pas d'analyse juridique sérieuse qui puisse ignorer l'une ou l'autre de ces deux dimensions – technique et axiologique – du droit. L'analyse juridique ne doit certainement pas viser à dissoudre le texte dans son contexte, comme tend à le faire le sociologisme ou l'économisme, mais elle ne doit pas davantage couper le texte de son contexte historique, anthropologique ou socio-économique. C'est à cette double condition qu'une analyse juridique sérieuse peut contribuer à l'intelligibilité de phénomènes dont aucune science ne peut prétendre détenir toutes les clés. La règle de droit (...) ne donne pas à voir le monde tel qu'il est, mais tel qu'une société pense qu'il devrait être, et cette représentation est l'un des moteurs de sa transformation. »

(A. SUPPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, p. 17-18.)

Rendu le 5 mai 2020, l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*, siégeant à Karlsruhe) relatif au programme d'acquisition de titres de dettes du secteur public (Public Sector Purchase Programme - PSPP) de la Banque centrale européenne (BCE)¹ constitue un véritable séisme. D'une magnitude particulièrement importante à en croire le nombre de commentaires médiatiques² et académiques³ qu'il a provoqués, ce séisme est bien sûr avant tout juridique, mais il se révèle également économique et politique. Or, comme toute secousse tellurique de grande ampleur, cet événement peut induire des conséquences importantes sur le relief et la topographie de la zone touchée – en l'occurrence, le champ économique-juridico-politique. Il est susceptible de modifier les frontières qui délimitent ce terrain, mais également de révéler certaines strates géologiques et autres sédimentations sur lesquelles repose cette délimitation. Pour un chercheur en sciences sociales, qu'il soit juriste, économiste, politologue, sociologue, philosophe ou autre, un tel incident constitue un terrain d'investigation presque inépuisable et chaque angle d'analyse spécifique mène à des découvertes singulières qui, loin de s'opposer, peuvent se compléter opportunément.

Ainsi, le conflit ouvert que cette décision fracassante a provoqué entre juridictions suprêmes d'ordres juridiques et politiques distincts quoiqu'imbriqués (en l'occurrence, le droit de l'Union européenne et le droit allemand) peut être abordé autrement que sous

¹ *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, *Recueil BVerfGE* 154, p. 17 et suivantes (disponible en version originale allemande et en versions traduites (anglaise et française) sur le site Internet de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : www.bundesverfassungsgericht.de).

² À titre purement illustratif, on dénombre, sur le portail Europresse, pas moins de 322 articles de presse parus entre le 5 mai 2020 et le 22 novembre 2020 et reprenant les sujets « PSPP » et « Karlsruhe » (<https://nouveau.europresse.com>).

³ Cf. notamment les nombreuses réactions sur les blogs consacrés aux matières constitutionnelles (<https://verfassungsblog.de>) ou européennes (<https://eulawlive.com> ; <https://europeanlawblog.eu>) ainsi que les dossiers spéciaux du *German Law Journal* (« The German Federal Constitutional Court's PSPP Judgment », volume 21, n° 5, 2020, www.cambridge.org), du *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (« Schwerpunktheft zum PSPP-Urteil des BVerfG », volume 31, n° 12, 2020, p. 489-544) et de la *Revue trimestrielle de droit européen* (« La BCE, entre union de droit et démocratie », n° 4, 2020, p. 785-930).

l'angle d'une étude qui se voudrait purement technique du droit positif. Par exemple, la théorie du droit pourrait être convoquée, afin de proposer une analyse en termes de hiérarchie des normes, de pouvoir du dernier mot ou d'étanchéité entre ordres juridiques. Il en va de même de la philosophie politique, qui tirerait sans aucun doute de l'arrêt en cause des enseignements au niveau du principe démocratique ou des théories de la fédération. L'affrontement s'étant en l'espèce cristallisé sur l'interprétation à donner aux dispositions de cet « ordre économique et monétaire » que constitue l'Union européenne (UE)⁴, une troisième approche, de type métajuridique, s'intéressant plus spécifiquement à l'idéologie économique qui imprègne le droit positif promet d'être particulièrement féconde. Loin d'une « analyse économique du droit » qui, en naturalisant ses postulats économiques, tend à nier le politique et à réduire le juridique à un simple instrument au service d'un ordre de marché objectivé⁵, cette approche contextuelle du droit économique cherche en effet à faire ressortir, à partir du droit positif, les diverses théories économiques sous-jacentes aux institutions juridiques et, le cas échéant, les considérations politiques qui imprègnent ces institutions et ces théories⁶. Telle est l'ambition de la présente livraison du *Courrier hebdomadaire*.

Après une brève mise en contexte historique de l'affaire qui a donné lieu à la décision commentée (Chapitre 1), nous mettrons en évidence, au-delà de la contingence de l'événement, la part de logique infrastructurelle qui conditionne celui-ci. Précisons d'emblée que l'objectif n'est pas ici de défendre la position de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, ni symétriquement de vouer aux gémonies son éventuelle inflexibilité. Il s'agit bien plutôt de mettre en perspective l'économie qui sous-tend la pensée et le raisonnement des juges de Karlsruhe, à la fois dans ce qu'elle recèle de proprement *méthodologique* (Chapitre 2), en particulier au regard de la logique de marché propre à l'Union économique et monétaire (UEM), mais également dans la part irréductiblement *idéologique* qu'elle charrie (Chapitre 3). Plus qu'une pure et simple exégèse des traités, c'est une véritable adhésion à – voire un endossement et une intériorisation de – certaines thèses issues du libéralisme néo-classique que ces traités consacrent que la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande donne à voir. Ce faisant, ce n'est rien de moins que le principe faitier de la constitution économique allemande (*Wirtschaftsverfassung*) – à savoir la « neutralité économique » de la Loi fondamentale (LF, *Grundgesetz*), pourtant jurisprudentiellement consacrée depuis les premières années de la République fédérale d'Allemagne par la Cour de Karlsruhe⁷ – qui s'en trouve potentiellement renversé (Chapitre 4).

⁴ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

⁵ Cf. notamment R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1973. Pour une analyse particulièrement fouillée des postulats de cette approche économique du droit, cf. en particulier R. LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, thèse de doctorat en droit public, Université de Nanterre - Paris X, 2009.

⁶ Sur l'approche contextuelle du droit en général, cf. en particulier A. BAILLEUX, F. OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 70, n° 1, 2013, p. 25-44. Sur l'approche contextuelle du droit économique, cf. notamment J.-J. SUEUR, « Pour une autre "analyse économique" du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 1, 2012, p. 107-144 ; M. A. WILKINSON, H. LOKDAM, « Law and Political Economy », London School of Economics and Political Science, *Working Papers*, n° 7, 2018 ; R. HARRIS, « The Encounters of Economic History and Legal History », *Law and History Review*, volume 21, n° 2, 2003, p. 297-346.

⁷ BVerfG, *Investitionshilfe*, Arrêt du 20 juillet 1954, 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96 et 114/54, *Recueil BVerfGE* 4, p. 7, § 37-39.

Quatre importantes précisions sémantiques sont nécessaires avant de débiter notre développement. *Primo*, le terme d'« idéologie » n'a ici aucune connotation négative, contrairement à ce qu'elle peut avoir par exemple dans certaines analyses marxistes, en étant rapportée à un système de représentations *faussées* servant à voiler les rapports de domination de classes⁸. Au sens où nous l'utilisons, il recouvre, de manière axiologiquement neutre, tout « système d'opinions qui, en se fondant sur un système de valeurs admis, détermine les attitudes et les comportements des hommes à l'égard des objectifs souhaités du développement de la société, du groupe social ou de l'individu »⁹.

Secundo, nous embrassons ici la double acception que peut recevoir le terme d'« économie », à savoir non seulement son sens strict renvoyant à la production, à la répartition et à la consommation des richesses (et à la discipline qui l'étudie), mais également son sens plus extensif de « distribution des éléments d'un ensemble complexe » (économie d'un texte, du corps humain, d'une peinture, etc.)¹⁰. En l'occurrence, il s'agit donc de restituer la distribution des éléments juridiques, méthodologiques et « économiques » (*sensu stricto*) qui se laissent apercevoir dans le raisonnement développé par les juges de Karlsruhe.

Tertio, nous regroupons notamment, sous l'appellation générique de « libéralisme néo-classique », les travaux de l'école de Chicago (George Stigler, Frank Knight, Ronald Coase, etc.) – et notamment du courant monétariste (Milton Friedman) –, de l'école du *public choice* de Virginie (James M. Buchanan, Gordon Tullock, etc.) et de la nouvelle macroéconomie classique (*new classical macroeconomics* : John Muth, Neil Wallace, Thomas J. Sargent, Robert E. Lucas Jr, Finn E. Kydland et Edward C. Prescott, etc.). Schématiquement, l'approche libérale néo-classique repose sur l'hypothèse d'un équilibre optimal de l'allocation des ressources (« optimum de Pareto »), assimilé au bien-être global de la société, atteint lorsque les agents économiques du système, placés en situation de concurrence pure et parfaite, recherchent la maximisation de leurs richesses (hypothèse de rationalité des agents économiques) sur le marché considéré comme « efficient » (hypothèse d'efficience des marchés), c'est-à-dire sur lequel les prix reflètent à tout moment l'ensemble des informations disponibles¹¹. Il est à noter que ceux qualifiés de

⁸ Cf. notamment L. ALTHUSSER, *Sur la reproduction*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 197-239 et 263-306.

⁹ A. SCHAFF, « La définition fonctionnelle de l'idéologie et le problème de la "fin du siècle de l'idéologie" », *L'Homme et la société*, volume 4, n° 1, 1967, p. 50. Sur les rapports entre idéologie et science, cf. notamment G. CANGUILHEM, *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, 2^e édition, Paris, Vrin, 2009 ; M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 240-265 ; M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, tome 1, Paris, Gallimard, 2001, p. 1406-1421 (« La vérité et les formes juridiques ») ; F. TAYLAN, *Concepts et rationalités. Héritages de l'épistémologie historique, de Meyerson à Foucault*, Paris, Éditions matériologiques, 2018.

¹⁰ Sur la notion extensive d'économie, cf. en particulier le travail de réappropriation conceptuelle du philosophe Alain Deneault, qui vise à examiner les sources du concept avant sa « monopolisation » par les « sciences de l'intendance », c'est-à-dire les sciences économiques *sensu stricto*. Trois tomes sont déjà parus : A. DENEAULT, *L'économie de la nature. Feuilleton théorique 1*, Montréal, Lux, 2019 ; *L'économie de la foi. Feuilleton théorique 2*, Montréal, Lux, 2019 ; *L'économie esthétique. Feuilleton théorique 3*, Montréal, Lux, 2020. Les trois tomes suivants, non encore publiés, seront consacrés à l'économie psychique, conceptuelle et politique.

¹¹ Sur les axiomes du courant néo-classique, quoique dans une perspective très critique, cf. notamment C. ARNSPERGER, Y. VAROUFAKIS, « What is neoclassical economics? The three axioms responsible for its theoretical oeuvre, practical irrelevance and, thus, discursive power », *Panoeconomicus*, volume 53, n° 1, 2006, p. 5-18. Toutefois, sur la difficulté de définir consensuellement ce courant néo-classique, cf. notamment J. MORGAN (dir.), *What is Neoclassical Economics? Debating the origins, meaning and significance*, Londres / New York, Routledge, 2015.

« nouveaux keynésiens » (*new keynesian economics* : Olivier Blanchard, Greg Mankiw, Joseph Stiglitz, Janet Yellen, Lawrence H. Summers, etc.) – qui sont les héritiers des « néo-keynésiens » (John Hicks, Paul Samuelson, Robert Mundell, etc.) – adoptent également le paradigme néo-classique (efficacité des marchés, prédominance de l'offre, etc.), tout en concédant l'existence de déviations à court terme (et seulement à court terme) qui nécessitent alors une intervention monétaire et, le cas échéant, budgétaire (mais prioritairement à destination de l'offre et non dans l'optique de stimuler directement la demande comme le préconise John M. Keynes) – c'est ce que l'on a appelé la « synthèse néo-classique ». Cependant, contrairement à la classification scientifique régulière, nous n'intégrons pas ici les nouveaux keynésiens aux libéraux néo-classiques, précisément parce que le critère de distinction réside, pour notre propos, dans le bien-fondé (ou non) d'une intervention monétaire destinée à corriger d'éventuelles déviations du marché, que celles-ci soient reconnues de manière structurelle ou seulement sur le court terme, comme chez les nouveaux keynésiens. En effet, c'est ce critère qui semble opposer, d'un côté, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, qui siège à Luxembourg) – et la BCE – et, de l'autre côté, la Cour constitutionnelle fédérale allemande – et la *Bundesbank*. Par conséquent, lorsque nous parlons de « libéralisme néo-classique » pour qualifier le référentiel économique des juges de Karlsruhe, nous excluons les nouveaux keynésiens, dont les positions tendraient plutôt à se rapprocher des raisonnements développés par la CJUE.

Quarto et à l'inverse, lorsque nous parlons de « keynésiens »¹², nous recouvrons tant les post-keynésiens (*post keynesian economics* : Nicholas Kaldor, Joan Robinson, Hyman Minsky, Paul Davidson, etc.) que les nouveaux keynésiens, nonobstant les grandes différences et oppositions qui existent entre ces derniers¹³. Ce faisant, nous regroupons sous le terme générique de « keynésiens » tous ceux qui, tout en se plaçant toujours dans le paradigme capitaliste de l'économie de marché, défendent une fonction interventionniste de l'État dans et sur le marché, afin de corriger ses éventuelles déviations et dysfonctionnements – que ces derniers ne soient admis qu'à court terme et nécessitant une politique prioritairement axée sur l'offre (comme chez les nouveaux keynésiens), ou qu'ils soient considérés comme potentiellement de long terme et requérant une politique axée avant tout sur la demande (comme chez les post-keynésiens). Le critère important est que, dans l'un et l'autre cas (et quoique ce ne le soit que de manière marginale chez les nouveaux keynésiens), il est reconnu à l'État la possibilité d'agir *efficacement et utilement* sur le marché, fût-ce à court terme et en devant se restreindre principalement à une politique de l'offre (pour les nouveaux keynésiens).

Ce *Courrier hebdomadaire* présente la situation arrêtée au 15 avril 2021.

¹² Cf. spécialement *infra*, section 2.2.1.

¹³ Cf. notamment G. MANN, *In the Long Run We Are All Dead: Keynesianism, Political Economy, and Revolution*, Londres / New York, Verso, 2017. Les post-keynésiens construisent leur discours sur les positions les plus hétérodoxes de la pensée de J. M. Keynes – en particulier l'insuffisance de la demande globale et l'incertitude radicale qui caractérise les anticipations des acteurs économiques (à l'opposé de l'hypothèse des anticipations rationnelles développées par les néo-classiques). Sur cette base, et tout en restant dans le paradigme capitaliste de l'économie de marché, ils prônent un rôle beaucoup plus actif de l'État, au niveau tant de la politique monétaire que de la politique budgétaire (qui doit être tournée prioritairement vers la demande, en raison du « multiplicateur keynésien »). Les post-keynésiens s'opposent dès lors aux libéraux néo-classiques (y compris donc, dans la classification scientifique régulière, les nouveaux keynésiens).

1. MISE EN CONTEXTE HISTORIQUE DE L'AFFAIRE *PSPP* : CHRONIQUE D'UNE « GUERRE DU DERNIER MOT » ANNONCÉE

Avec un ton somme toute assez condescendant, de nombreux auteurs, et non des moindres, ont pu présenter la longue jurisprudence européenne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en recourant à la métaphore du « chien qui aboie mais ne mord jamais »¹⁴. D'autres, sur une tonalité plus bienveillante (confinant cependant parfois à l'optimisme), y ont vu au contraire une illustration particulièrement manifeste du « pluralisme constitutionnel » ou, ce qui revient au même, du « constitutionnalisme multi-niveaux » (*Verfassungsverbund*)¹⁵ qui caractériserait désormais l'espace juridique européen.

Loin d'y voir un quelconque dialogue pacifié et encore moins une revendication anachronique d'un chien à qui l'on aurait confisqué son os de souveraineté, le juriste français Alain Supiot a récemment qualifié ces relations entre juridictions suprêmes

¹⁴ Cf. notamment C. U. SCHMID, « All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court's "Banana Decision" », *European Law Journal*, volume 7, n° 1, 2001, p. 95-113 ; J. H. H. WEILER, « Editorial: The "Lisbon Urteil" and the fast food culture », *European Journal of International Law*, volume 20, 2009, p. 505 ; R. D. KELEMEN, « On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 23, n° 1, 2016, p. 147. À la lecture de l'arrêt du 5 mai 2020, Miguel Poiares Maduro, ancien avocat général à la CJUE (2003-2009), a de nouveau eu recours à cette métaphore, mais pour considérer ici que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a sans doute « succombé à la tentation de montrer qu'elle peut "mordre" et pas seulement "aboyer" » (M. POIARES MADURO, « Quelques observations préliminaires sur l'arrêt *Weiss* de la Cour constitutionnelle allemande relatif au *PSPP* », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 4, 2020, p. 914).

¹⁵ Cf. notamment N. MACCORMICK, « The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now », *European Law Journal*, volume 1, n° 3, 1995, p. 259-266 ; I. PERNICE, « Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung », in R. BIEBER, P. WIDMER (dir.), *The European Constitutional Area*, Zurich, Schulthess, 1995, p. 225-264 ; I. PERNICE, « Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and "Multilevel Constitutionalism" », in E. RIEDEL (dir.), *German Reports on Public Law. Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol 26 July to 1 August 1998*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 40-66 ; J. BAQUERO CRUZ, « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », *European Law Journal*, volume 14, n° 4, 2008, p. 389-422 ; I. PERNICE, « La Rete Europea di Costituzionalità. Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, volume 70, 2010, p. 51-71 ; F. C. MAYER, M. WENDEL, « Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism », in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (dir.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Londres, Hart Publishing, 2012, p. 127-152 ; M. GOLDMANN, « Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion: The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 23, n° 1, 2016, p. 119-136.

européenne et allemande de véritable « guerre du dernier mot »¹⁶ – prenant à cette occasion fait et cause pour les juges de Karlsruhe, qui opposeraient une résistance démocratique à la logique de marché total de la CJUE¹⁷. Quant à nous, refusant de prendre parti pour l'une ou l'autre position, nous nous étions borné, dans une précédente publication, à mettre en évidence le « spectre d'une confrontation ouverte » qu'induit inévitablement cette revendication juridictionnelle concurrente du pouvoir du dernier mot¹⁸.

Sans revenir trop en détail sur les subtilités des positions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relative au contrôle de l'intégration européenne¹⁹ ou sur les détails du programme monétaire de la BCE qui a donné lieu à son arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020²⁰, il faut néanmoins relever que les tensions juridictionnelles, déjà en germes dans les jurisprudences historiques de la Cour de Karlsruhe et de la CJUE, sont apparues au grand jour à l'occasion de la crise des dettes souveraines (1.1) et, plus spécifiquement, de l'interprétation à donner au mandat de la BCE (1.2).

1.1. LA COUR DE KARLSRUHE COMME « GARDIEN DU PONT » À L'HEURE DE LA CRISE DES DETTES SOUVERAINES

Selon la métaphore développée par l'ancien juge constitutionnel et juge-rapporteur dans l'affaire *Maastricht*²¹, Paul Kirchhof, le droit de l'UE ne s'intègre au droit interne allemand que par le biais du « pont » que constitue la loi d'approbation (elle-même

¹⁶ A. SUPPIOT, « La guerre du dernier mot », in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2019, p. 489-503. L'auteur compare cette guerre du dernier mot entre ordres juridiques distincts mais s'appliquant aux mêmes sujets de droit (droits nationaux et droit de l'UE) aux relations entre ordres juridiques étatique et catholique, marquées par une confrontation entre le dogme de l'infaillibilité pontificale et (celui de) la souveraineté de l'État.

¹⁷ Sur cette « logique de marché total » à laquelle se rangerait la CJUE, cf. en particulier E. CHRISTODOULIDIS, « The European Court of Justice and “Total Market” Thinking », *German Law Journal*, volume 14, n° 10, 2013, p. 2005-2020.

¹⁸ G. GRÉGOIRE, « Crise des dettes souveraines et risque de conflit juridictionnel : retour sur l'affaire Outright Monetary Transactions », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 1, 2018, p. 170.

¹⁹ Cf. notamment D. GRIMM, M. WENDEL, T. REINBACHER, « European Constitutionalism and the German Basic Law », in A. ALBI, S. BARDUTZKY (dir.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. National Reports*, La Haye, TMC Asser Press, 2019, p. 407-492 ; R. C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa: von Solange über Maastricht und Lissabon zur EU-Grundrechtecharta*, 8^e édition, Baden-Baden, Nomos, 2020.

²⁰ Pour une analyse économique, cf. notamment G. CLAEYS, A. LEANDRO, « The European Central Bank's quantitative easing programme: limits and risks », *Bruegel Policy Contribution*, n° 4, 2016, www.bruegel.org, p. 14 ; A. VAN RIET, « The ECB's Fight against Low Inflation: On the Effects of Ultra-Low Interest Rates », *International Journal of Financial Studies*, volume 5, n° 2, 2017, p. 1-27 ; D. GROS, « Euro area quantitative easing: Large volumes, small impact? », *SUERF Policy Note*, n° 27, 2018, p. 12. Pour une analyse juridique, cf. notamment P. MOTSCH, « Le dernier “coup” monétaire de Mario Draghi, épilogue d'un activisme impuissant ? », *Civitas Europa*, n° 1, 2016, p. 213-225 ; K. TUORI, « The ECB's quantitative easing programme as a constitutional game changer », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 26, n° 1, 2019, p. 94-107.

²¹ BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993, affaires jointes 2 BvR 2134/92 et al., *Recueil BVerfGE* 89, p. 155.

habilitée constitutionnellement par l'article 23, alinéa 1^{er}, LF)²². Or, aux yeux des juges de Karlsruhe, il faut veiller non seulement à ce que, pour produire des normes susceptibles de pénétrer l'ordre interne, les institutions de l'UE 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*) –, mais également à ce que ce pont entre le droit interne et le droit de l'UE 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'UE (contrôle dit d'identité constitutionnelle).

Ce double contrôle ne peut s'opérer, *in fine*, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 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 LF) – en l'occurrence, la CJUE –, au risque sinon de transférer à cette dernière la « compétence de décider de la répartition des compétences » (*Kompetenz-Kompetenz*), ce que la LF interdit²³. Il est donc évident que cette position, pour juridiquement fondée qu'elle soit d'un point de vue purement interne, entre néanmoins en flagrante contradiction avec l'affirmation par la CJUE de la primauté absolue du droit européen sur le droit interne des États membres, fût-il constitutionnel²⁴. Le risque d'une « guerre du dernier mot » entre juridictions suprêmes²⁵ est donc structurellement inscrit dans les relations entre ordres juridiques européen et étatiques.

Devant la possibilité de conflit ouvert engendré par cette réserve à la primauté du droit de l'UE, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a cependant encadré le contrôle qu'elle s'autorise en définissant, dans l'arrêt *Honeywell* du 6 juin 2010²⁶, les conditions d'exercice du contrôle *ultra vires*. Au niveau procédural, la Cour de Karlsruhe ne peut déclarer un acte *ultra vires* sans que la CJUE ait eu l'occasion d'interpréter les dispositions du droit de l'UE 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 cause²⁷. Sur le plan des conditions matérielles, la transgression doit, pour être qualifiée d'acte *ultra vires*, non seulement être « manifeste » mais également impliquer une « modification d'ordre structurel du système de répartition des compétences »²⁸. La Cour constitutionnelle fédérale allemande va même jusqu'à reconnaître à la CJUE un « droit à la tolérance aux erreurs » (*Anspruch auf Fehlertoleranz*) : des interprétations jugées contestables par les

²² P. KIRCHHOF, « Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome 7, Heidelberg, Müller, 1992, p. 884-885.

²³ Pour plus de développements sur ce rôle de « gardien du pont » joué par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, cf. 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, J.-M. SOREL (dir.), *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 120-125. Cf. également D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la Cour constitutionnelle fédérale », *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 639-710.

²⁴ CJCE, *Costa/ENEL*, Arrêt du 15 juillet 1964, 6/64, *Recueil CJCE*, p. 1141 et suivantes ; CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Arrêt du 17 décembre 1970, 11/70, *Recueil CJCE*, p. 1125 et suivantes ; CJCE, *Simmenthal II*, Arrêt du 9 mars 1978, 106/77, *Recueil CJCE*, p. 629 et suivantes.

²⁵ A. SUPLOT, « La guerre du dernier mot », *op. cit.*

²⁶ BVerfG, *Honeywell*, Arrêt du 6 juin 2010, 2 BvR 2661/06, *Recueil BverfGE* 126, p. 286 et suivantes.

²⁷ *Ibidem*, § 60.

²⁸ *Ibidem*, § 61.

juges de Karlsruhe 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 compétences²⁹.

Si le risque d'une confrontation ouverte a ainsi pu longtemps être écarté, notamment grâce à une convergence jurisprudentielle progressive (en particulier au niveau de la garantie des droits fondamentaux individuels)³⁰, la gestion de la crise des dettes souveraines par les institutions européennes a conduit à une profonde divergence d'interprétation concernant les dispositions fondamentales de droit primaire qui régissent l'UEM et, en particulier, le mandat de la BCE – ranimant du même coup le risque de conflit juridictionnel. Au plus fort de la crise, la BCE a en effet pris politiquement le *leadership* pour sauver une zone euro au bord de l'implosion : les « lettres secrètes » envoyées par les présidents Jean-Claude Trichet puis Mario Draghi à certains chefs d'État ou de gouvernement de pays en difficulté financière, le rôle particulièrement proactif de l'institution dans la négociation, l'élaboration et le contrôle des programmes d'ajustement macroéconomique établis dans le cadre des mécanismes d'assistance financière³¹ ou encore l'adoption de mesures monétaires « non conventionnelles »³² témoigneraient ainsi d'une

²⁹ *Ibidem*, § 66.

³⁰ C. FRANZIUS, « Grundrechtsschutz in Europa. Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, volume 75, 2015, p. 383-412.

³¹ Ces mécanismes sont le Mécanisme européen de stabilité financière (MESF), le Fonds européen de stabilité financière (FESF) et le Mécanisme européen de stabilité (MES). Le MESF a été constitué par le règlement européen n° 407/2010 du 11 mai 2010 (*Journal officiel de l'Union européenne*, L 118, 12 mai 2010), en application de l'article 122, § 2, TFUE – c'est-à-dire pour cause d'« événements exceptionnels échappant au contrôle de l'État en difficulté et amenant une menace sérieuse de graves difficultés ». Toutefois, les prêts étant financés par des emprunts de la Commission européenne sur les marchés financiers, ils ne pouvaient être garantis par le budget de l'UE que dans les limites de ses ressources propres, c'est-à-dire à un montant maximum estimé à 60 milliards d'euros. Le FESF constitue une « entité *ad hoc* », ou « *special purpose vehicle* » (SPV) regroupant les représentants des États membres de la zone euro (Décision 9614/10 des représentants des gouvernements des États membres de la zone euro réunis au sein du Conseil de l'Union européenne, Ecofin 265, UEM 179, 10 mai 2010) sous la forme d'une société anonyme de droit luxembourgeois dénommée European Financial Stability Facility. Puisqu'il n'était pas garanti par le budget de l'UE mais par ses actionnaires (c'est-à-dire les États membres de la zone euro à titre individuel), ce mécanisme pouvait lever sur les marchés, selon ses statuts, jusqu'à 440 milliards d'euros et possédait donc une capacité d'action sans commune mesure avec celle du MESF. Ces deux mécanismes ont été remplacés par le MES à partir du 27 septembre 2012. Suite aux doutes émis par certains quant à la compatibilité des deux premiers mécanismes d'assistance financière avec les dispositions du TFUE relatives à la discipline budgétaire (articles 123 à 125 TFUE) et, en particulier, avec l'article 125 TFUE, il a été décidé d'appliquer la procédure de révision simplifiée des traités (article 48, § 6, TFUE), pour modifier l'article 136 TFUE afin d'y ajouter un troisième paragraphe prévoyant la création d'un mécanisme d'assistance financière sous stricte conditionnalité pour les États membres dont la monnaie est l'euro. Comme prévu par le Conseil européen, le MES a été « institué par un traité conclu entre les États membres de la zone euro, sous forme d'une organisation intergouvernementale relevant du droit public » (Conseil européen, « Conclusions. Annexe II, Modalités de fonctionnement du MES », 24-25 mars 2011). Après plusieurs mois de négociation, le Traité instituant le Mécanisme européen de stabilité a été signé par tous les États membres de la zone euro le 2 février 2012 et est entré en vigueur le 27 septembre 2012, créant ainsi le MES, institution financière internationale à part entière qui a coexisté avec le MESF et FESF jusqu'en juin 2013, puis les a remplacés à partir de cette date.

³² Celles-ci sont définies selon la BCE comme les « mesures temporaires prises par le Conseil des gouverneurs afin de soutenir l'efficacité de ses décisions en matière de taux d'intérêt et leur transmission à l'économie de la zone euro dans son ensemble, en raison des dysfonctionnements constatés sur certains compartiments des marchés financiers et, plus largement, au sein du système financier » (BCE, « Rapport annuel », 2012, p. 254). Les mesures sont donc « définies négativement comme toutes les mesures adoptées par une banque centrale ne consistant pas à fixer les taux d'intérêt » (F. MARTUCCI, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 78, n° 1, 2017, p. 142).

mutation constitutionnelle tacite du mandat de la BCE, qui n'agirait plus seulement, prioritairement, pour contrôler la stabilité des prix et, subsidiairement, comme « soutien aux politiques économiques générales dans l'Union » – conformément à son mandat³³ –, mais bien, plus fondamentalement, en tant que véritable *architecte* de celles-ci³⁴.

Le 26 juillet 2012, lors d'un discours tenu à Londres à l'occasion de la Global Investment Conference, le président de la BCE, M. Draghi, a déclaré : « Dans le cadre de notre mandat, la BCE est prête à faire tout ce qui est nécessaire (*whatever it takes*) pour préserver l'euro »³⁵. Cette doctrine du « *whatever it takes* », proclamée au plus fort de la crise, exprime bien l'inflexion tacite de la fonction de la BCE, qui passerait d'un contrôle technique d'objectifs monétaires à une supervision politique d'un projet économique – à moins que ce ne soit une supervision économique d'un projet politique. Or cette doctrine du « *whatever it takes* » a été juridiquement traduite par l'adoption du programme Opérations monétaires sur titres (Outright Monetary Transactions, OMT)³⁶ et des mesures d'assouplissement quantitatif (*quantitative easing*).

Lancé en septembre 2012, le programme OMT prévoit en particulier la possibilité pour l'Eurosystème de racheter, si besoin est en quantité illimitée et sans limite de temps, les dettes souveraines des États attaqués par les mouvements spéculatifs, sous réserve de

Sur ces mesures monétaires non conventionnelles adoptées par la BCE, cf. notamment « Les mesures non conventionnelles de la BCE, leur incidence et leur suppression », *Bulletin mensuel de la BCE*, juillet 2011, p. 55-69 ; E. CARRÉ, « Les politiques monétaires non conventionnelles de la BCE : théories et pratiques », *L'Économie politique*, n° 2, 2015, p. 42-55.

³³ Articles 119, § 2, et 127, § 1^{er}, TFUE et article 2 des statuts du SEBC et de la BCE. Durant les dix premières années de son existence, la BCE s'est en effet cantonnée – avec un certain succès d'ailleurs (*Numéro spécial du Bulletin mensuel pour le 10^e anniversaire de la BCE*, mai 2008, p. 40-49) – au respect strict de son mandat prioritairement orienté vers le contrôle de la stabilité monétaire. Cette dernière a été définie en octobre 1998 par le Conseil des gouverneurs de la BCE comme « une progression sur un an de l'indice des prix à la consommation harmonisé (IPCH) inférieure à 2 % dans la zone euro » (BCE, « Rapport annuel », 2003, p. 16). Cette définition a été complétée le 8 mai 2003 par ce même Conseil des gouverneurs, qui a précisé que « dans le cadre de la poursuite de la stabilité des prix, il visait à maintenir les taux d'inflation à des niveaux inférieurs à, mais proches de 2 % à moyen terme » (*ibidem*, p. 16-17). Or le taux d'inflation annuel moyen dans la zone euro a été légèrement supérieur à 2 % sur la période 1999-2008 – niveau proche donc de l'objectif et, surtout, bien inférieur à ceux enregistrés dans de nombreux États membres de la zone euro au cours des décennies antérieures (*Numéro spécial du Bulletin mensuel pour le 10^e anniversaire de la BCE, op. cit.*, p. 40-49).

³⁴ Cf. notamment T. BEUKERS, « The new ECB and its relationship with the eurozone Member States: Between central bank independence and central bank intervention », *Common Market Law Review*, volume 50, n° 6, 2013, p. 1579-1620 ; C. FONTAN, « Frankenstein in Europe. The impact of the European Central Bank on the management of the eurozone crisis », *Politique européenne*, volume 4, n° 42, 2013, p. 22-45 ; C. MANGER-LESTLER, R. BÖTTNER, « Ménage à trois? Zur gewandelten Rolle der EZB im Spannungsfeld zwischen Geldpolitik, Finanzaufsicht und Fiskalpolitik », *Zeitschrift Europarecht*, 2014, p. 632-636 ; T. TRIDIMAS, N. XANTHOULIS, « A Legal Analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 23, n° 1, 2016, p. 17-40 ; H. LOKDAM, « "We Serve the People of Europe": Reimagining the ECB's Political Master in the Wake of its Emergency Politics », *Journal of Common Market Studies*, volume 58, n° 4, 2020, p. 978-998.

³⁵ Sur l'importance de cette déclaration pour calmer les marchés et sauver la zone euro, cf. notamment D. WILSHER, « Ready to Do Whatever it Takes? The Legal Mandate of the European Central Bank and the Economic Crisis », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, volume 15, 2013, p. 503-536 ; M. V. D. HEIJDEN, R. BEETSMA, W. ROMP, « "Whatever it takes" and the role of Eurozone news », *Applied Economics Letters*, volume 25, n° 16, 2018, p. 1166-1169 ; J. RANDOW, A. SPECIALE, « The Inside Story of How Mario Draghi Saved the Euro », Bloomberg, 27 novembre 2018, www.bloomberg.com.

³⁶ BCE, « Technical features of Outright Monetary Transactions », Communiqué de presse, 6 septembre 2012, www.ecb.europa.eu. Ce communiqué de presse constitue la seule matérialisation des décisions arrêtées par le Conseil des gouverneurs de la BCE pour la définition du programme OMT.

respect de la « conditionnalité stricte et effective attachée à un programme approprié » du Fonds européen de stabilité financière (FESF) ou du Mécanisme européen de stabilité (MES)³⁷, ces derniers constituant l'habillage juridique de la fameuse « troïka » composée de la BCE, de la Commission européenne et du Fonds monétaire international (FMI) et chargée de négocier, au nom des ministres des Finances de la zone euro, les programmes d'ajustement structurel imposés en échange de l'assistance financière. Quant à elle, la batterie de mesures d'assouplissement quantitatif, à portée plus générale, habilite l'Eurosystème à racheter massivement des actifs financiers (Asset Purchase Programme - APP), y compris des titres de dette publique des États membres (Public Sector Purchase Programme - PSPP), afin, officiellement, de lutter contre le risque de déflation et de ramener l'inflation à un niveau proche de, mais inférieur à, 2 %, conformément au mandat de la BCE et de l'Eurosystème, prioritairement orienté vers la stabilité des prix³⁸. Pour ce faire, chaque banque centrale nationale de l'Eurosystème se trouve habilitée à racheter sur le marché secondaire, en proportion de la clé de répartition de chaque État au capital de la BCE, des titres éligibles provenant d'émetteurs publics de son propre pays³⁹.

Ce sont précisément le programme OMT et les mesures d'assouplissement quantitatif qui se trouvent au cœur du bras de fer juridictionnel entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la CJUE.

1.2. LA DIVERGENCE D'INTERPRÉTATION CONCERNANT LE MANDAT DE LA BCE : DE L'AFFAIRE OMT À L'AFFAIRE PSPP

Certes, le programme OMT n'a finalement jamais été activé. Toutefois, sa simple énonciation a permis d'apaiser les marchés financiers, soulagés d'apprendre que la BCE viendrait au secours d'un État en risque de défaut de paiement et diminuant par contrecoup drastiquement les taux d'emprunt des États en difficulté. La question a dès lors été de savoir quel était l'objectif sous-jacent à cette diminution des taux : résidait-il seulement, comme le prétendait la BCE, en accord avec son mandat (articles 119 et 127 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - TFUE), dans la restauration du mécanisme de transmission de la politique monétaire et la préservation de l'unicité de cette politique ? Ou bien visait-il plutôt à faciliter le financement des États en difficulté, afin d'éviter l'implosion de la zone euro, quitte justement à interférer avec la « logique disciplinaire du marché » pourtant consacrée dans les traités et à contourner l'interdiction de financement monétaire direct des États membres (inscrite dans l'article 123 TFUE) ? Saisie par plus de onze mille requérants et par un groupe parlementaire d'opposition,

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ BCE, « La BCE annonce un programme étendu d'achats d'actifs », Communiqué de presse, 22 janvier 2015, www.ecb.europa.eu ; Décision UE 2015/774 de la BCE du 4 mars 2015 concernant un programme d'achats d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires (BCE/2015/10), *Journal officiel de l'Union européenne*, L 121, 14 mai 2015. Le programme d'achat d'actifs APP est subdivisé en plusieurs sous-programmes, dont le Corporate Sector Purchase Programme (CSPP), le Public Sector Purchase Programme (PSPP), l'Asset-Backed Securities Purchase Programme (ABSPP) et le Third Covered Bond Purchase Programme (CBPP3). Pour plus de détails sur l'évolution de l'APP et sur les montants et caractéristiques de ces sous-programmes, cf. le site Internet de la BCE : www.ecb.europa.eu.

³⁹ Décision UE 2015/774 de la BCE du 4 mars 2015 précitée, article 6.2.

la Cour constitutionnelle fédérale allemande a activé son contrôle *ultra vires* et a déclenché, pour la première fois de son histoire, une question préjudicielle (aux intonations pour le moins comminatoires) à la CJUE⁴⁰.

Plus précisément, la question était double. D'une part, au regard des objectifs *réels* (et non simplement affirmés) du programme, des moyens utilisés pour atteindre cet objectif et des effets concrets attendus de cette mesure, la BCE n'outrepasse-t-elle pas ses compétences (articles 119 et 127 TFUE et article 2 des statuts du SEBC et de la BCE) en s'aventurant dans la politique économique et non plus seulement monétaire ? D'autre part, en ce que les conditions de mise en œuvre du programme OMT auraient des *effets équivalents* à l'achat de dette publique sur le marché primaire, ce programme ne constituerait-il pas une violation de l'interdiction des financements monétaires des États membres (article 123 TFUE) ?

Répondant négativement à ces deux questions, la CJUE a avalisé inconditionnellement le programme OMT⁴¹, en ignorant pour ce faire certaines conclusions plus nuancées de l'avocat général Pedro Cruz Villalón relatives à la place de la BCE dans l'établissement et le contrôle des programmes d'ajustement structurels imposés aux États en difficulté dans le cadre des programmes d'assistance financière sous stricte conditionnalité⁴². Si la Cour constitutionnelle fédérale allemande a finalement accepté la position de la CJUE en validant la conformité du programme OMT au droit primaire de l'UE et au droit constitutionnel allemand, elle n'en a pas moins maintenu de « sérieuses objections » qui concernent toutes, *in fine*, l'intensité du contrôle juridictionnel opéré par la CJUE⁴³ : en acceptant par principe les objectifs officiellement avancés par la BCE, sans même

⁴⁰ BVerfG, *OMT I*, Ordonnance de renvoi préjudiciel du 14 janvier 2014, 2 BvR 2728/13, *Recueil BVerfGE* 134, p. 366 et suivantes. Sur cette ordonnance historique de renvoi, cf. notamment *German Law Journal*, n° spécial : « The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court », 2014, p. 107-382.

⁴¹ CJUE, *Peter Gauweiler et al./Deutscher Bundestag*, Arrêt du 16 juin 2015 (C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400). Sur le sujet, cf. notamment F. C. MAYER, « Zurück zur Rechtsgemeinschaft: das OMT-Urteil des EuGH », *Neue Juristischen Wochenschrift*, 2015, p. 1999-2003 ; A. HERVÉ, « “Europarechtsfreundlich” oder “Deutschlandrechtsfreundlich” ? CJUE, gde ch., 16 juin 2015, Gauweiler, aff. C-62/14 », *Revue des affaires européennes*, volume 2015, n° 2, 2015, p. 439-450 ; 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 (1) », *Cahiers de droit européen*, volume 51, n° 2, 2015, p. 493-534 ; A. HINAREJOS, « Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union: European Court of Justice, Judgment of 16 June 2015, Case C-62/14 Gauweiler and others v Deutscher Bundestag », *European Constitutional Law Review*, volume 11, n° 3, 2015, p. 563-576 ; S. BARONCELLI, « The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence: Between Substance and Form », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 23, n° 1, 2016, p. 79-98 ; C. JOERGES, « Preat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the Gauweiler Litigation? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 23, n° 1, 2016, p. 99-119.

⁴² Conclusions de l'avocat général P. C. Villalón, 14 janvier 2015, *Peter Gauweiler et al./Deutscher Bundestag*, C-62/14, publié au Recueil numérique (ECLI:EU:C:2015:7), points 140 à 151. En ce sens, cf. spécialement D. SARMIENTO, « The Luxembourg “Double Look”: The Advocate General's Opinion and the Judgment in the Gauweiler Case », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 23, n° 1, 2016, p. 40-55. Cf. également R. SCHMIDT, « Die entfesselte EZB », *JuristenZeitung*, 2015, p. 322 ; F. C. MAYER, « Zurück zur Rechtsgemeinschaft », *op. cit.*, en particulier p. 1999.

⁴³ BVerfG, *OMT II*, Arrêt du 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, *Recueil BVerfGE* 142, p. 123 et suivantes, en particulier § 182-189. Pour une analyse plus détaillée de l'affaire en cause, cf. notamment G. GRÉGOIRE, « La Banque centrale européenne et la crise des dettes souveraines : politique monétaire, politique économique ou état d'exception ? », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 2017, p. 33-54.

examiner et discuter les hypothèses factuelles sous-jacentes à ces objectifs de politique monétaire, et en conférant à cette institution une très large marge d'appréciation (en raison de son indépendance et de la technicité de la matière), la CJUE laisserait *de facto* à la BCE le pouvoir d'autodéterminer sa compétence, puisqu'il suffirait à la BCE d'annoncer arbitrairement poursuivre un objectif de politique monétaire pour s'approprier sous ce couvert les politiques économiques. Ce faisant, elle échouerait à faire respecter le principe fondamental d'attribution des compétences.

C'est à la lumière de ce premier bras de fer juridictionnel, lui-même à mettre en perspective avec la jurisprudence historique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qu'il faut donc lire l'affaire *PSPP*⁴⁴, puisque le programme monétaire d'acquisition d'actifs publics prolonge en quelque sorte la logique de son prédécesseur, quoiqu'avec des modalités différentes. Contrairement au programme OMT, jamais activé, cette batterie de mesures a mené au rachat, depuis 2015, de plus de 2 000 milliards d'euros de dettes publiques émises par les différents États membres de la zone euro⁴⁵. Au-delà des montants considérables engagés, la perspective de voir les éventuelles pertes issues d'un défaut souverain être réparties et partagées entre les différentes banques centrales de l'Eurosystème (comme semble le permettre l'article 32.4 des statuts de la BCE) a pu jouer un rôle important dans l'apaisement des marchés obligataires et le maintien du niveau historiquement bas des taux d'emprunt des États membres, jusqu'à les rendre parfois négatifs.

De nouveau, la double question du respect de son mandat par la BCE et d'un éventuel financement monétaire des États a été portée devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui a déclenché pour la seconde fois un renvoi préjudiciel auprès de la CJUE⁴⁶. Cette dernière, sans grande surprise, a confirmé la validité et la proportionnalité du PSPP au regard des traités⁴⁷, non sans refouler une nouvelle fois les arguments des objectifs réels et des effets économiques du PSPP, au nom de la porosité entre politique monétaire et politique économique⁴⁸, d'une part, et de la technicité de la matière ainsi que de l'indépendance de la BCE⁴⁹, d'autre part – et en rejetant au passage comme « hypothétique » la cinquième et dernière question relative au partage, entre banques centrales nationales de l'Eurosystème, des risques liés à l'acquisition des obligations souveraines⁵⁰. Refusant cette fois d'endosser ce blanc-seing jurisprudentiel, les juges de Karlsruhe ont déclaré *ultra vires* la décision de leurs homologues de Luxembourg ainsi que,

⁴⁴ En ce sens, cf. le récapitulatif et la mise en perspective historique opérée par Dieter Grimm, ancien juge de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (1987-1999) : D. GRIMM, « A Long Time Coming », *German Law Journal*, volume 21, n° 5, 2020, p. 944-949.

⁴⁵ Cf. la présentation du PSPP sur le site Internet de la BCE : www.ecb.europa.eu.

⁴⁶ BVerfG, *PSPP I*, Décision de renvoi préjudiciel du 18 juillet 2017, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15 et 2 BvR 2006/15, *Recueil BVerfGE* 146, p. 216 et suivantes. Cf. notamment J. GERMAIN, « Karlsruhe met à nouveau Luxembourg sous pression : le “quantitative easing” devant la Cour constitutionnelle allemande (renvoi préjudiciel à la CJUE du 18 juillet 2017) », *Revue de l'Union européenne*, n° 620, 2018, p. 453-458.

⁴⁷ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018, C-493/17 (ECLI:EU:C:2018:1000). Pour une analyse de cette décision, cf. notamment M. VAN DER SLUIS, « Similar, Therefore Different: Judicial Review of Another Unconventional Monetary Policy in Weiss (C-493/17) », *Legal Issues of Economic Integration*, volume 46, n° 3, 2019, p. 263-284 ; M. DAWSON, A. BOBIC, « Quantitative Easing at the Court of Justice. Doing whatever it takes to save the euro: *Weiss and Others* », *Common Market Law Review*, volume 56, n° 4, 2019, p. 1005-1040.

⁴⁸ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, points 60 à 67.

⁴⁹ *Ibidem*, points 73 et 91.

⁵⁰ *Ibidem*, points 159 à 167. Cf. *infra*, section 3.2.

en l'état actuel des informations divulguées, le PSPP – interdisant donc à la *Bundesbank*, sauf preuves contraires apportées dans les trois mois par la BCE, de continuer d'y participer⁵¹.

⁵¹ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité.

2. UNE CRITIQUE MÉTHODOLOGIQUE : LA QUESTION DE LA PROPORTIONNALITÉ OU LA RÉAFFIRMATION DE LA DISTINCTION JURIDIQUE ENTRE POLITIQUE MONÉTAIRE ET POLITIQUE ÉCONOMIQUE

Cet acte de défi sans précédent dans le chef de la juridiction constitutionnelle considérée comme la plus prestigieuse d'Europe a constitué, comme nous l'avons relevé en introduction, un véritable séisme, à la fois juridique, économique et politique. Cela n'a pas manqué de provoquer, en retour, une remise en cause et certaines critiques acerbes, tant de la décision que du raisonnement des juges de Karlsruhe. Après avoir proposé un premier aperçu de l'argumentaire de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (2.1), nous nous attacherons à discuter plus en détail certaines des principales critiques opposées à cette Cour (2.2) – ce qui nous permettra, en creux, de faire ressortir la cohérence méthodologique et exégétique des juges de Karlsruhe.

2.1. LE RAISONNEMENT DE LA COUR DE KARLSRUHE : LE CONTRÔLE DES EFFETS RÉELS COMME GARDE-FOU CONTRE LA *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DE LA BCE

Après avoir synthétisé les grands principes de sa jurisprudence historique⁵², la Cour constitutionnelle fédérale allemande commence certes par proclamer l'importance de résoudre de manière coopérative (et en les modérant par le respect et la compréhension mutuels) les tensions « inévitables », car inhérentes à l'« association d'États, de constitutions, d'administrations et de juridictions que constitue l'UE »⁵³. Il faut néanmoins admettre que les mots utilisés ensuite sont particulièrement forts, pour ne pas dire véhéments, d'autant plus par comparaison avec le langage juridique très feutré habituellement usité dans pareil « dialogue » entre juridictions suprêmes. Les juges de Karlsruhe qualifient ainsi le raisonnement de la CJUE d'« intenable » (*nicht*

⁵² *Ibidem*, § 98-110.

⁵³ *Ibidem*, § 111.

mehr vertretbar) et d'« incompréhensible » (*nicht mehr nachvollziehbar*)⁵⁴, donc d'« objectivement arbitraire » (*objektiv willkürlich*)⁵⁵, permettant *de facto* à la BCE de dissimuler un agenda économique-budgétaire derrière un objectif officiellement monétaire⁵⁶ – et nécessitant dès lors pour les juges de Karlsruhe de substituer leur propre contrôle de proportionnalité (étendu) à celui (restreint) opéré par leurs homologues de Luxembourg⁵⁷.

C'est donc bien à un nouveau « *Solange* »⁵⁸ – méthodologique et herméneutique cette fois – que s'est livrée la Cour constitutionnelle fédérale allemande : celle-ci se déclare certes liée par les décisions de la CJUE relatives à l'interprétation du droit de l'UE (même dans le cas où cette interprétation pourrait être contestée avec des arguments de poids), mais seulement aussi longtemps que (*solange*) son raisonnement peut être rattaché à des principes méthodologiques reconnus et qu'il n'apparaît pas objectivement arbitraire⁵⁹. Or force est de constater, selon les juges de Karlsruhe, que la méthode utilisée par la CJUE pour contrôler le respect par la BCE de son mandat est défailante⁶⁰, incohérente vis-à-vis de sa propre jurisprudence⁶¹, donc arbitraire et, partant, *ultra vires*⁶².

⁵⁴ Il est à noter que, quoique la plus adéquate, la traduction de l'adjectif *nachvollziehbar* (dérivé du verbe *nachvollziehen*) par « compréhensible » ne restitue pas parfaitement le sens du terme allemand : elle recouvre la possibilité de suivre et de reproduire un raisonnement ou une expérience – en ce sens, elle peut également être rapprochée du terme français « reproductible » utilisé dans le vocabulaire scientifique – et non simplement celle de saisir intellectuellement la signification d'un discours ou d'un raisonnement (qui sera plutôt traduit par le terme *verständlich*, dérivé du verbe *verstehen* : comprendre). Autrement dit, elle implique une idée d'endossement, une possibilité de se mettre dans les pensées, les idées, les actions, etc. de quelqu'un et de les faire siennes. Dès lors, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne dit pas tant que les propos de la CJUE sont inintelligibles ou insensés, mais qu'il n'est pas possible de la suivre dans son raisonnement, en raison des défauts et lacunes méthodologiques qui grèvent son argumentation.

⁵⁵ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 117-118.

⁵⁶ *Ibidem*, § 137, 143 et 162-163.

⁵⁷ *Ibidem*, § 164-178.

⁵⁸ L'expression « *Solange* », tirée de la conjonction allemande *solange* (« aussi longtemps que »), est utilisée pour qualifier certains arrêts de la jurisprudence allemande relative aux limites constitutionnelles allemandes de l'intégration européenne. En substance, ces différents arrêts visent à préciser que, « aussi longtemps » qu'une condition est respectée (ou, à l'inverse, n'est pas respectée), le droit européen peut (ou, à l'inverse, ne peut pas) primer certaines dispositions constitutionnelles allemandes. Sur la qualification, en l'espèce, de l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 comme « *Solange* méthodologique », cf. notamment D. KORFFSAYS, « “Methodological Solange” or the spirit of PSPP », *European Law Blog*, 18 juin 2020, <https://europeanlawblog.eu>.

⁵⁹ Selon les termes de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : « Il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle fédérale de substituer son interprétation à celle opérée par la CJUE lors de questions d'interprétation du droit de l'Union qui, dans le cadre habituel des débats doctrinaux suivant un raisonnement méthodologiquement valable, peuvent aboutir à des résultats différents (...). La Cour constitutionnelle fédérale doit respecter la décision de la CJUE y compris dans les cas où cette dernière parvient à des conclusions auxquelles des arguments très sérieux pourraient être opposés, aussi longtemps que (*solange*) ces conclusions reposent sur des principes méthodologiques reconnus et ne paraissent pas objectivement arbitraires » (*ibidem*, § 112). La Cour ajoute par ailleurs que, si elle reconnaît un certain « droit à l'erreur » à la CJUE (*Anspruch auf Fehlertoleranz*), il faut également admettre, symétriquement, que « la conclusion qu'il y a eu un excès manifeste de compétence ne présuppose toutefois pas que la question fasse l'unanimité et qu'il n'y ait pas d'opinions juridiques divergentes à son égard » – et, dès lors, « un tel excès peut toujours être “manifeste” lorsque la conclusion en ce sens résulte d'une interprétation méticuleuse et approfondie » (*ibidem*, § 113).

⁶⁰ *Ibidem*, § 119-145.

⁶¹ *Ibidem*, § 146-153.

⁶² *Ibidem*, § 154-163.

Le cœur des critiques de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, déjà en germe dans son arrêt *OMT II* du 21 juin 2016⁶³, cible en réalité la non-prise en compte, par la CJUE, des effets réels de la mesure contrôlée (en l'occurrence, le PSPP) non seulement au stade de la *qualification de la mesure*, mais également dans le cadre de l'examen du *respect du principe de proportionnalité*⁶⁴. Sans entrer dans les méandres du long argumentaire des juges de Karlsruhe, il peut être utile et opportun d'en synthétiser les grandes lignes.

Le point de départ réside dans le découplage, par les traités européens, entre la politique monétaire et la politique économique. La première est, pour les États ayant adopté l'euro, un domaine relevant de la compétence exclusive de l'UE et, plus spécialement, de la BCE et du Système européen de banques centrales (SEBC) (article 119, § 2, TFUE). La seconde demeure quant à elle décentralisée (article 119, § 1^{er}, TFUE) et, quoique coordonnée au niveau de l'UE, reste donc théoriquement de la compétence des États membres. Dès lors, la frontière entre politique monétaire et politique économique constitue la ligne de démarcation entre les compétences respectives de l'UE et celles des États membres. Cette délimitation est d'une importance fondamentale pour les juges de Karlsruhe, car c'est elle qui assure le respect du principe d'attribution des compétences (article 5, § 2, TUE), lui-même garant du principe démocratique, qui est garanti par la LF et qui implique que les délégations de compétence aux institutions de l'UE doivent être avalisées et ratifiées par les représentants du peuple au *Bundestag*⁶⁵. Et puisque la BCE, en tant qu'institution indépendante, constitue qui plus est une exception (certes justifiée « scientifiquement » selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁶⁶) au principe démocratique, un contrôle juridictionnel *strict* du respect de son mandat et de cette délimitation de compétence se révèle nécessaire.

Or, par son interprétation des dispositions de droit primaire, la CJUE brouillerait cette frontière, jusqu'à lui dénier toute pertinence. Selon les juges de Luxembourg, la qualification (« monétaire » ou « économique ») d'une mesure dépend en effet des seuls objectifs *affirmés* de la BCE et, accessoirement, des instruments utilisés à cette fin⁶⁷. Les effets (réels) de la mesure ne seraient quant à eux pas pertinents, étant donné que toute mesure monétaire a des effets (indirects) économiques et inversement⁶⁸. Cette idée est du reste renforcée, aux yeux de la CJUE, par le fait que la porosité entre le domaine

⁶³ BVerfG, *OMT II*, Arrêt du 21 juin 2016 précité, § 181-189.

⁶⁴ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 123. La Cour constitutionnelle fédérale allemande précise : « L'absence totale de prise en compte de toute conséquence économique du PSPP qui n'est déjà pas méthodologiquement compréhensible à l'occasion de la définition de l'objectif poursuivi par le SEBC (...) a pour effet que l'examen du respect du principe de proportionnalité perd sa fonction, étant donné que le caractère adapté et le caractère nécessaire du PSPP ne sont pas – sauf en ce qui concerne le risque de pertes – mis en relation avec les effets économiques au détriment des compétences des États membres et que ces effets négatifs ne sont pas mis en balance avec les avantages attendus » (*ibidem*, § 133).

⁶⁵ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 158.

⁶⁶ BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité, § 153-154. Cf. *infra*, section 3.1.1.1.

⁶⁷ CJUE, *Pringle*, Arrêt du 27 novembre 2012, C-370/12 (EU:C:2012:756), points 53 et 55 ; CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, point 46 ; CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 53.

⁶⁸ CJUE, *Pringle*, Arrêt du 27 novembre 2012 précité, point 56 ; CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, point 52 ; CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 61. Ainsi, selon les termes de la CJUE : « Une mesure de politique monétaire ne peut être assimilée à une mesure de politique économique en raison du seul fait qu'elle est susceptible de produire des effets indirects pouvant également être recherchés dans le cadre de la politique économique » (*ibidem*). Cf. *infra*, section 2.2.2.

monétaire et le domaine économique ne serait pas seulement factuelle mais également reconnue par les traités, puisque le mandat de la BCE ne couvre pas seulement l'objectif (prioritaire) de stabilité des prix, mais comprend également le soutien aux politiques économiques générales dans l'UE⁶⁹.

Pour les juges de Karlsruhe, cette position se révèle juridiquement désastreuse car insusceptible de faire respecter le principe d'attribution des compétences. D'une part, les « chevauchements » ou « recoupements » (*Überschneidungen*)⁷⁰ entre la sphère monétaire et le domaine économique n'impliquent guère, selon eux, qu'ils ne puissent être distingués *juridiquement* : la séparation entre politique monétaire et politique économique constitue précisément la « décision de politique fondamentale » (*politische Grundentscheidung*)⁷¹ qui régit la délimitation des compétences entre les institutions de l'UE et les États membres dans le domaine de l'UEM – ainsi que le niveau de légitimation démocratique requis pour ces différentes compétences. D'autre part, cette distinction ne peut se faire seulement à partir des objectifs *affirmés*⁷² (et, accessoirement, des instruments utilisés), sans tester et vérifier la réalité de ces objectifs, notamment au regard des effets de la mesure. En ne discutant pas les hypothèses factuelles sous-jacentes aux objectifs de politique monétaire affirmés au regard des effets (projetés et actuels) de la mesure, la CJUE permettrait ainsi à la BCE de dissimuler un agenda économique-budgétaire derrière un objectif monétaire potentiellement factice et, ce faisant, elle conférerait « *de facto* à la BCE une compétence (limitée) pour décider de ses propres compétences »⁷³, au mépris du principe d'attribution des compétences.

La prise en compte des effets se révèle donc fondamentale pour interroger les objectifs réels de la BCE et, le cas échéant, requalifier la mesure. Tous les effets ne doivent certes pas être pris en compte au stade de la qualification de la mesure ; en particulier, les effets « indirects », c'est-à-dire ceux qui « seraient juste une conséquence non prévisible avec certitude et rattachée à l'acte contesté seulement par l'intermédiaire d'actes supplémentaires », peuvent dès lors être écartés⁷⁴. Toutefois, contrairement à la position de la CJUE⁷⁵, les juges de Karlsruhe considèrent qu'il est méthodologiquement intenable « de parler d'effets indirects lorsque les effets économiques d'une mesure sont voulus, ou du moins sciemment acceptés, et qu'ils revêtent un poids comparable à celui de l'objectif de politique monétaire visé »⁷⁶. Autrement dit, il conviendrait selon eux de procéder, dès le stade de la question de la qualification, donc de l'attribution des compétences, à une pondération et à une mise en balance des effets « monétaires » et « économiques » prévisibles et sciemment acceptés de la mesure contrôlée ; cette dernière

⁶⁹ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 60 : « L'article 127, § 1, TFUE prévoit notamment que, d'une part, sans préjudice de son objectif principal de maintenir la stabilité des prix, le SEBC apporte son soutien aux politiques économiques générales dans l'Union et que, d'autre part, le SEBC doit agir en respectant les principes fixés à l'article 119 TFUE. Il s'ensuit que, au sein de l'équilibre institutionnel établi par les dispositions figurant au titre VIII du traité FUE, dans lequel s'insère l'indépendance garantie au SEBC par l'article 130 et l'article 282, § 3, TFUE, les auteurs des traités n'ont pas entendu opérer une séparation absolue entre les politiques économique et monétaire ».

⁷⁰ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 141.

⁷¹ *Ibidem*, § 159.

⁷² *Ibidem*, § 142.

⁷³ *Ibidem*, § 136.

⁷⁴ *Ibidem*, § 135.

⁷⁵ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, points 62 à 67.

⁷⁶ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 135.

ne pourrait être considérée comme relevant de la « politique monétaire » que si les effets « monétaires » désirés dépassent les effets « économiques » sciemment acceptés⁷⁷. À l'inverse, en disqualifiant comme « indirects » tous les effets « économiques », en ce compris ceux « prévisibles, sciemment acceptés, voire (tacitement) voulus »⁷⁸, la CJUE vide complètement de sens la question de la qualification de la mesure et porte dès lors atteinte au principe d'attribution des compétences.

Pendant, cette atteinte au principe d'attribution en raison de l'absence de prise en compte des effets (réels) de la mesure pourrait encore être tempérée, voire compensée au niveau non plus de l'*attribution* mais de l'*exercice des compétences*, par l'exercice d'un *contrôle étendu de la proportionnalité* de la mesure dans lequel serait prise au sérieux cette pondération des effets⁷⁹ – contrôle de proportionnalité qui comporte dès lors pour les juges de Karlsruhe une « fonction (...) de mécanisme correcteur protégeant les compétences des États membres »⁸⁰. Or, aux yeux de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, force est de constater que la prise en compte des effets économiques du PSPP est, sinon de manière extrêmement marginale, également absente de l'examen par la CJUE au niveau du respect du principe de proportionnalité. Cela conduit à entraver sa fonction

⁷⁷ La Cour constitutionnelle fédérale allemande développe alors concrètement ce point à partir du rachat par le SEBC des obligations souveraines : « Si l'achat d'obligations souveraines par le SEBC devait dans les faits se révéler comme constituant un octroi d'aides financières, il s'agirait alors d'une mesure de politique économique interdite à l'UE (...). La CJUE reconnaît certes explicitement que les achats d'actifs comportent une dimension de politique économique. Étant donné qu'elle la déclare toutefois insignifiante par rapport à l'objectif de politique monétaire avancé, elle avale également des achats d'actifs dans le cadre desquels l'objectif de politique monétaire ne serait qu'allégué, alors qu'en réalité l'objectif visé serait de nature économique et budgétaire. Comme elle l'avait déjà fait dans l'affaire *Gauweiler*, la CJUE accepte la déclaration de la BCE – pourtant contestée de manière motivée – selon laquelle le PSPP poursuit un objectif de politique monétaire, sans remettre en question ou du moins tenter de les comprendre dans le détail les hypothèses de fait sous-jacentes de la décision de la BCE, et sans mettre ces hypothèses en relation avec les indices qui militent contre une qualité de mesure de politique monétaire du programme. Dès lors, demeurent sans réponse le fait que les États membres de la zone euro pouvaient et peuvent toujours utiliser de manière ciblée l'émission d'obligations souveraines à faible rendement comme moyen pour améliorer leurs conditions de refinancement, le fait que certains États membres profitent plus que d'autres de ce programme, le fait que des études économiques récentes réfutent que le PSPP produit des effets de politique monétaire (...), ainsi que le fait que le PSPP a nettement amélioré la situation économique des banques commerciales et augmenté l'évaluation de la qualité du crédit dont elles bénéficient (...). L'explication avancée pour ces effets, à savoir, d'une part, qu'il n'est pas possible de totalement interdire au SEBC d'adopter de telles mesures, même si les effets de ces dernières étaient prévisibles et sciemment acceptés, au motif que les outils permettant de les prendre sont mis à la disposition du SEBC par les traités pour que ce dernier puisse réaliser les objectifs de la politique monétaire, et, d'autre part, qu'une telle interdiction pourrait constituer, notamment dans une situation de crise économique accompagnée d'un risque de déflation, un obstacle dirimant à l'accomplissement de la mission du SEBC (cf. CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 67), signifie que, en définitive, il n'est pas possible de s'opposer à des achats d'obligations souveraines même dans les cas où de tels achats seraient abusifs » (BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 135 et 137).

⁷⁸ *Ibidem*, § 143.

⁷⁹ La Cour constitutionnelle fédérale allemande indique : « La CJUE réaffirme que – eu égard au fait que les auteurs des traités n'ont pas prévu de séparation absolue entre la politique monétaire et la politique économique [cf. CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 60] – il découle de l'article 119, § 2, et de l'article 127, § 1, TFUE, combinés à l'article 5, § 4, TUE, qu'un programme d'acquisition d'obligations relevant de la politique monétaire ne peut être valablement adopté et mis en œuvre que pour autant que les mesures qu'il comporte sont proportionnées aux objectifs de cette politique [cf. CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, point 66 ; CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 71]. Cette approche repose sur l'idée qu'une interprétation généreuse d'une compétence attribuée peut jusqu'à un certain degré être compensée par un contrôle sérieux du respect du principe de proportionnalité » (*ibidem*, § 128 ; nous soulignons).

⁸⁰ *Ibidem*, § 123 et 133. Sur cette question, cf. *infra*, section 2.2.3.

correctrice, car « l'examen opéré fait l'impasse sur l'élément central d'un tel contrôle, à savoir la mise en balance d'intérêts entrant en collision », de sorte que cet examen se trouve, lui aussi, « vidé de son sens »⁸¹.

Si le contrôle de proportionnalité n'a en effet pas une essence prédéterminée et peut au contraire recouvrir des réalités diverses et être mis en œuvre avec des modalités parfois fort différentes⁸², sa philosophie, qui permet de subsumer différents contrôles juridictionnels sous le concept générique de « test de proportionnalité », réside dans la comparaison et la mise en balance des *effets* d'une mesure à la fois avec les *objectifs* de cette mesure mais également avec d'autres *intérêts* ou *valeurs* affectés par celle-ci⁸³ – avec, comme postulat implicite, la commensurabilité de ces effets, objectifs, intérêts et valeurs⁸⁴.

⁸¹ *Ibidem*, § 138.

⁸² Cf. notamment M. KOSKAS, « Le dynamisme de la proportionnalité : enjeux de la fragmentation tripartite du principe dans le processus juridictionnel », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, n° 15, 2019 ; J. RIVERS, « Proportionality and Variable Intensity of Review », *Cambridge Law Journal*, volume 65, n° 1, 2006, p. 174-207.

⁸³ Au sein du contrôle de proportionnalité systématisé en jurisprudence et en doctrine de langue allemande, le principe de proportionnalité est subdivisé en trois sous-principes. Le premier, celui d'aptitude (*Geeignetheit*), vise à vérifier que la mesure contrôlée contribue de manière *effective* à la réalisation de l'objectif. Le deuxième, de nécessité (*Erforderlichkeit*), a pour fonction de vérifier que l'objectif visé ne puisse être atteint de manière plus efficace par une autre mesure. Enfin, celui de proportionnalité *sensu stricto* (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) vise à mettre en balance les intérêts et valeurs en présence par une pondération des avantages des effets bénéfiques obtenus par la poursuite de l'objectif avec les éventuels préjudices occasionnés pour ce faire vis-à-vis d'autres intérêts et valeurs en cause. Le premier ne met en balance les effets de la mesure qu'avec les objectifs visés, alors que les deux autres intègrent, à des degrés certes différents, les intérêts et valeurs *tiers*. En effet, si le second test (de nécessité) vérifie l'efficacité de la mesure, cela signifie qu'il faut en minimiser les effets négatifs – qui ne peuvent être qualifiés de tel qu'à partir d'un jugement de valeur intégrant des intérêts ou valeurs tiers à l'objectif poursuivi. Le test de proportionnalité au sens strict va encore un pas plus loin, puisqu'il implique que la somme des effets négatifs doit non seulement être minimisée, mais également rester *inférieure* à celle des effets bénéfiques recherchés, donc à la réalisation des objectifs de la mesure. Si cette subdivision en trois étapes (et particulièrement l'utilisation du dernier test de proportionnalité au sens strict) n'est pas nécessairement toujours présente dans les contrôles développés par les différentes juridictions qui utilisent ce principe de « proportionnalité », le contrôle de proportionnalité semble donc impliquer en tout cas toujours, fût-ce implicitement, une évaluation des effets de la mesure par rapport aux objectifs de cette mesure et d'autres intérêts ou valeurs affectés par celle-ci. Cf. notamment A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 243-370.

⁸⁴ Cette commensurabilité et cette hiérarchisation juridictionnelle des objectifs, intérêts et valeurs (donc de choix axiologiques) présupposent elles-mêmes un cognitivisme éthique, c'est-à-dire la possibilité d'ordonner *rationnellement* les valeurs entre elles, donc de trancher rationnellement les conflits de valeur eux-mêmes. Il est à noter que le principe de proportionnalité, contrairement à ce que considère une partie substantielle de la doctrine qui le voit comme l'avènement de la « maturité juridique » – en ce qu'il incarnerait l'idéal de « neutralité », de « pondération » et d'« équilibre » du droit (A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 20) –, ne constitue cependant pas l'*alpha* et l'*omega* du raisonnement juridique (en particulier appliqué aux décisions des pouvoirs publics) et que d'autres principes peuvent tout à fait guider ce raisonnement, à partir d'autres présupposés et avec, à la clé, d'autres résultats. Par exemple, quoique dans la même logique de « balance » postulant la nécessité de rationalité des actes de la puissance publique, mais à un degré bien moins élevé, le « *wednesbury unreasonableness test* » (Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Associated provincial picture houses ltd v wednesbury corporation* (1948) 1 kb 223, 10 novembre 1947) implique de n'invalider qu'un acte considéré comme totalement irrationnel, c'est-à-dire « si outrageux dans son atteinte à la logique ou aux normes morales admises qu'aucune personne sensée ayant appliqué son jugement à la question à trancher n'aurait pu y parvenir » (« *so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it* »). Ce test implique donc un *self restraint* judiciaire bien plus important et, corrélativement, un pouvoir discrétionnaire bien plus élevé dans le chef des autorités législatives, exécutives et administratives.

Or ce que reprochent les juges de Karlsruhe à leurs homologues de Luxembourg, c'est non pas d'appliquer un contrôle de proportionnalité différent de celui, plus systématique, retenu en Allemagne⁸⁵, mais de laisser tomber l'un des éléments constitutifs de tout contrôle juridictionnel de proportionnalité, à savoir la vérification par le juge de la pondération des effets réels de la mesure contrôlée⁸⁶ non seulement vis-à-vis de l'objectif poursuivi (le PSPP contribue-t-il réellement et efficacement à l'objectif poursuivi ?), mais également à l'égard des intérêts tiers potentiellement affectés négativement par la mesure (le PSPP affecte-t-il trop les politiques économiques et sociales des États membres ?)⁸⁷.

En concédant un si large pouvoir d'appréciation à la BCE en raison de son expertise économique et de la technicité de la matière⁸⁸ – qui impliquerait de se borner à un contrôle de l'« erreur manifeste d'appréciation »⁸⁹ – et en se refusant à prendre en compte les effets économiques du PSPP, la CJUE ne permettrait ainsi pas au contrôle de proportionnalité d'opérer comme substitut du principe d'attribution des compétences, c'est-à-dire en tant que garde-fou du respect du mandat monétaire de la BCE⁹⁰. Il découle alors de tout cela,

À partir d'autres postulats encore, et en particulier d'un anti-cognitivismes éthique, il est possible de s'éloigner encore de la logique de commensurabilité du contrôle de proportionnalité, en considérant qu'il est impossible de trancher purement rationnellement les conflits de valeurs, c'est-à-dire que la balance entre ces valeurs (ainsi qu'entre les objectifs et effets d'une mesure) reste toujours, *in fine*, une question subjective et que ce choix en dernier ressort arbitraire peut (voire doit) revenir à quelqu'un d'autre que le juge – par exemple, dans une perspective démocratique, au peuple ou à tout le moins à ses représentants les plus directs, et en particulier élus –, ce qui implique de dénier au juge la compétence de substituer sa propre appréciation axiologique à celle des pouvoirs législatifs ou exécutifs, fût-ce de manière marginale et avec *self restraint*.

⁸⁵ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 112 et 126.

⁸⁶ « L'absence de prise en compte des effets économiques du PSPP conduit à empêcher que l'examen par la CJUE du respect du principe de proportionnalité puisse exercer sa fonction, car l'examen opéré fait l'impasse sur l'élément central d'un tel contrôle, à savoir la mise en balance d'intérêts entrant en collision. En définitive, cet examen se trouve vidé de son sens » (*ibidem*, § 138).

⁸⁷ « L'application du principe de proportionnalité (article 5, § 1, 2^e phrase, et § 4, TUE) pour délimiter la politique monétaire de la politique économique implique qu'un programme puisse être considéré comme disproportionné en raison des effets qu'il entraîne. (...) La CJUE n'exige toutefois pas de pondération de la contribution que le PSPP est susceptible d'apporter pour la réalisation de l'objectif visé, une contribution qui n'est nullement incontestée, eu égard à la consolidation du niveau bas des taux d'intérêt, aux exigences découlant de l'article 126 TFUE et du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (Pacte budgétaire), ainsi qu'au risque, débattu par la science financière et croissant avec le temps, d'un "effet inverse" (...). La CJUE ne tient pas non plus compte dans le cadre de son contrôle du respect du principe de proportionnalité des effets du programme sur la politique économique et sociale. Le fait qu'il soit interdit au SEBC d'agir en matière de politique économique et sociale n'exclut pas de prendre en compte, sous l'angle du principe consacré par l'article 5, § 1, 2^e phrase, et § 4, TUE, les effets entraînés par un programme d'achats d'obligations souveraines – par exemple en ce qui concerne la dette publique, l'épargne, les retraites, les prix de l'immobilier, le maintien en vie d'entreprises qui ne sont économiquement plus viables – et, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble, de les mettre en balance avec l'objectif de politique monétaire poursuivi et susceptible d'être réalisé » (*ibidem*, § 139).

⁸⁸ CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, point 68 ; CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, points 73 et 91.

⁸⁹ *Ibidem*, § 24, 78 et 91.

⁹⁰ « Tel qu'il est appliqué par la CJUE, le principe de proportionnalité est inadapté tant pour compenser la limitation insuffisante des compétences du SEBC en ce qui concerne leurs éléments matériels ("large pouvoir d'appréciation") que pour mesurer l'intensité de l'ingérence dans la compétence des États membres (...). L'approche adoptée par la CJUE a plutôt pour effet de permettre à la BCE de pouvoir choisir comme bon lui semble le moyen qu'elle estime le plus approprié, même si les avantages sont – en comparaison avec d'autres options – faibles et que les dommages collatéraux sont importants. En déclarant, malgré les points de recoupement entre politique économique et politique monétaire, comme non déterminantes les indications pointant en défaveur d'un rattachement du PSPP au domaine de la

selon les juges de Karlsruhe, que se révèle « manifestement incompatible avec (...) le droit constitutionnel [allemand] une interprétation des attributions de compétence en matière de politique monétaire qui, d'une part, considère qu'il est suffisant d'indiquer que les achats d'actifs poursuivent un objectif de politique monétaire et, d'autre part, déclare insignifiants, tant pour la délimitation des compétences que pour l'examen du respect du principe de proportionnalité, les effets économiques et fiscaux du PSPP, et ce même lorsque de tels effets sont prévisibles, sciemment acceptés, voire (tacitement) voulus »⁹¹. Du reste, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne se contente pas de qualifier cette méthodologie d'incompatible avec le droit constitutionnel allemand, mais s'attache à montrer l'inconséquence et la contradiction de la CJUE par rapport à sa propre jurisprudence « dans pratiquement tous les autres domaines entrant dans le champ de l'ordre juridique de l'UE »⁹².

La Cour constitutionnelle fédérale allemande estime alors que ces défauts méthodologiques impliquent que la décision de la CJUE constitue en elle-même un excès manifeste de compétences, dans la mesure où elle permettrait *de facto* à la BCE d'étendre ses compétences « de manière rampante » (*schleichende Kompetenzerweiterungen*)⁹³. Et cette violation du principe de répartition des compétences engendrerait un « glissement structurellement significatif au détriment des compétences des États membres »⁹⁴, puisqu'elle permet au SEBC de « mener une politique économique au moyen de l'achat d'obligations souveraines » et représente dès lors une « ingérence dans la compétence des États membres en matière de politique économique et de politique budgétaire »⁹⁵. Les juges de Karlsruhe en viennent donc, sur cette base, à déclarer *ultra vires* l'arrêt *Weiss* de la CJUE ; celui-ci n'est donc « pas contraignant en Allemagne »⁹⁶.

Pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, cette prise de position implique de substituer, dans la foulée, son propre contrôle de proportionnalité de la mesure. Si cet examen conduit également au constat du caractère *ultra vires* du PSPP lui-même⁹⁷, il faut toutefois souligner que cette conclusion ne résulte pas de l'affirmation de l'*existence* d'une disproportion entre les effets économiques et monétaires de la mesure, mais de l'*insuffisance des informations* transmises par la BCE sur la proportionnalité de cette mesure – et, partant, de l'impossibilité de conduire véritablement et sérieusement un examen juridictionnel de cette proportionnalité. Plus précisément, il ne ressortirait pas des décisions et communications de la BCE qu'a été effectuée une mise en balance entre l'objectif de politique monétaire et les effets économiques engendrés par les moyens employés⁹⁸,

politique monétaire, et en excluant d'emblée de procéder à une appréciation d'ensemble pour délimiter ces deux champs de politique (...), la CJUE renonce à exercer un contrôle effectif du respect des normes de compétence par la BCE. Certes, il est exact que la BCE dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit pour elle d'apprécier et d'évaluer les effets de ses mesures et de pondérer ces effets par rapport aux objectifs poursuivis par le programme d'achats d'actifs. Cependant, il n'est méthodologiquement plus soutenable que la CJUE estime que les effets d'un tel programme n'ont aucune importance juridique tant dans le cadre de la détermination de l'objectif visé par le SEBC que dans celui de l'examen du respect du principe de proportionnalité » (BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 140-141).

⁹¹ *Ibidem*, § 143.

⁹² *Ibidem*, § 146-153.

⁹³ *Ibidem*, § 155-156.

⁹⁴ *Ibidem*, § 157.

⁹⁵ *Ibidem*, § 162-163.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*, § 168.

⁹⁸ *Ibidem*, § 167.

puisque « les décisions ne contiennent pas de prévision ni quant à l'impact économique du programme ni en ce qui concerne la question de savoir si cet impact est raisonnable par rapport aux avantages monétaires visés »⁹⁹.

Les juges de Karlsruhe estiment notamment qu'il n'est pas possible de savoir si, et dans quelle mesure, ont bien été pris en compte les impacts sur les politiques de consolidation des finances publiques, sur le secteur bancaire, sur l'épargne privée et l'immobilier ou sur le financement des entreprises. En revanche, ils disent explicitement que la pondération précise ne doit pas revenir à la seule Cour constitutionnelle fédérale allemande, mais qu'il faut à tout le moins pouvoir, lors de l'office du juge, être en capacité de retracer cette mise en balance¹⁰⁰ – ce qui n'est en l'occurrence pas possible de faire selon eux¹⁰¹. Par ailleurs – mais ceci découle de ce constat d'insuffisance d'informations communiquées –, il faut noter que la Cour de Karlsruhe ne déclare pas définitivement le PSPP inapplicable en Allemagne mais donne un sursis de trois mois à la BCE pour transmettre ces informations et la mise en balance opérée entre ces impacts « économiques » et « monétaires »¹⁰².

Tout cela fait dire à un ancien juge de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, Dieter Grimm, que si le jugement de cette Cour « est moins modéré en ce qui concerne la CJUE », la Cour de Karlsruhe a néanmoins fait preuve de retenue (*restraint*), puisqu'elle « s'est abstenue d'accuser la BCE de franchir la limite entre la politique monétaire (qui fait partie de ses missions) et la politique économique (qui n'en fait pas partie) »¹⁰³. Il est à noter également que si le Conseil des gouverneurs de la BCE n'a pas pris de nouvelles décisions dans les trois mois, il a néanmoins communiqué de nouvelles justifications sur la pondération et la proportionnalité du PSPP, notamment en publiant des procès-verbaux

⁹⁹ *Ibidem*, § 168.

¹⁰⁰ « Il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle fédérale de trancher la question du poids devant revenir à de telles préoccupations lors de la pondération opérée dans le cadre d'une décision de politique monétaire ; ce qui est en revanche déterminant est le fait qu'il n'est pas licite de totalement ignorer des effets comme ceux qui viennent d'être énumérés et qui sont provoqués ou du moins amplifiés par le PSPP » (*ibidem*, § 173).

¹⁰¹ « Eu égard à ces effets économiques considérables du PSPP – dont l'énumération n'est pas exhaustive –, la BCE aurait dû les peser, les mettre en relation avec les avantages attendus en ce qui concerne la réalisation de l'objectif de politique monétaire qu'elle avait défini, puis les mettre en balance selon des critères de proportionnalité. Il semble qu'une telle mise en balance n'ait pas eu lieu, ni lors du lancement du programme, ni à un moment ultérieur, ce qui a pour conséquence qu'il n'est pas possible de procéder à un contrôle quant à la question de savoir si le fait de tolérer les effets économiques et sociaux du PSPP douteux en ce qui concerne la répartition des compétences était encore conforme au principe de proportionnalité ou s'il violait ce principe – et, dans l'affirmative, depuis quel moment. Une telle mise en balance ne ressort pas non plus des communiqués de presse de la BCE, ni des déclarations publiques de ses représentants » (*ibidem*, § 176). La Cour constitutionnelle fédérale allemande ajoute : « Il ne sera possible dans le cas de l'espèce d'apprécier définitivement la compatibilité du PSPP avec l'article 127, § 1, TFUE qu'une fois que le Conseil des gouverneurs de la BCE aura procédé à une évaluation claire de la conformité du programme au principe de proportionnalité » (*ibidem*, § 179).

¹⁰² « Il est interdit à la *Bundesbank*, passé un délai d'au plus trois mois nécessaire pour la coordination au sein de l'Eurosystème, de concourir, en procédant à des achats augmentant les stocks d'obligations détenues ou encore en participant à une nouvelle augmentation du volume des achats mensuels, à la mise en œuvre et à l'exécution de la décision (UE) 2015/774, des décisions (UE) 2015/2101, (UE) 2105/2464, (UE) 2016/702 et (UE) 2017/100 qui l'ont modifiée, ainsi que de la décision du 12 septembre 2019, si le Conseil des gouverneurs de la BCE ne procède pas, au moyen d'une nouvelle décision, à une démonstration claire établissant que les effets économiques et budgétaires entraînés par le PSPP ne sont pas disproportionnés par rapport aux objectifs de politique monétaire poursuivis par ce dernier. Sous la même condition, la *Bundesbank* est tenue de veiller à ce que soit procédé à une réduction des stocks d'obligations harmonisée et située sur le long terme » (*ibidem*, § 235).

¹⁰³ D. GRIMM, « A Long Time Coming », *op. cit.*, p. 948.

et en permettant à la *Bundesbank* de transmettre au gouvernement allemand et au *Bundestag* d'autres documents à ce programme ; ces derniers ont considéré sur cette base que le PSPP respectait bien les exigences constitutionnelles posées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande ¹⁰⁴.

2.2. LA COUR DE KARLSRUHE SOUS LE FEU DES CRITIQUES : QUE RESTE-T-IL DE L'ILLUSTRE SAGESSE DU « GARDIEN DE LA CONSTITUTION » ?

Au vu d'un certain « militantisme savant » ¹⁰⁵ qui a pu caractériser l'histoire de l'intégration européenne et une partie des études juridiques européenistes ¹⁰⁶, il n'apparaît guère étonnant de voir cette décision et le raisonnement qui la sous-tend à leur tour vertement critiqués. C'est en effet non seulement l'autorité de la CJUE qui est remise en cause, mais c'est également et plus fondamentalement sa rigueur méthodologique qui se trouve accusée. Les juges de Karlsruhe, pourtant réputés pour leur sagesse et leur maîtrise juridique en tant que « gardien de la Constitution » ¹⁰⁷, se sont dès lors eux-mêmes retrouvés sous le feu d'une contre-offensive doctrinale tendant à remettre en doute leur propre cohérence argumentative.

Cette riposte théorique s'articule principalement autour de cinq arguments, que nous nous proposons de discuter en détail. Deux d'entre eux se basent sur des raisonnements économiques pour en tirer des conséquences juridiques, soit en arguant de l'invalidation empirique, par la crise, du paradigme monétariste pour prôner une interprétation

¹⁰⁴ Cf. notamment D. UTRILLA, « Insight: "Three months after Weiss: Was nun?" », EU Law Live, 5 août 2020, <https://eulawlive.com>. Cela n'a pas empêché l'euro-sceptique et ex-député CSU Peter Gauweiler de considérer que la condition d'une nouvelle décision n'a pas été remplie et de saisir par conséquent la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour faire exécuter sa décision, et en particulier pour interdire à la *Bundesbank* de continuer à participer au programme PSPP. L'affaire est toujours en cours, mais a d'ores et déjà donné lieu à un rebondissement important, à savoir la mise à l'écart d'une nouvelle juge « pro-européenne » pour cause de « partialité » (cf. *infra*, section 4.2).

¹⁰⁵ A. COHEN, J. WEISBEIN, « Laboratoires du constitutionnalisme européen. Expertises académiques et mobilisations politiques dans la promotion d'une Constitution européenne », *Droit et société*, volume 60, n° 2, 2005, p. 370.

¹⁰⁶ Cf. notamment les travaux de sociologie relatifs à ce champ de recherche qui a émergé surtout en France à la suite des débats relatifs au projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, notamment sur la base des enseignements de Pierre Bourdieu : A. COHEN, A. VAUCHEZ, « Les juristes et l'ordre politique européen », *Critique internationale*, n° 26, 2005, p. 97-158 ; A. COHEN, « Constitutionnalistes en quête de Constitution. La Convention dans le champ du pouvoir européen », in A. COHEN, A. VAUCHEZ (dir.), *La Constitution européenne. Élités, mobilisations, votes*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 53-74 ; D. GEORGAKAKIS, « La sociologie historique et politique de l'Union européenne : un point de vue d'ensemble et quelques contre points », *Politique européenne*, n° 2, 2008, p. 53-85. Plus récemment, cf. H. CANIHAC, *La fabrique savante de l'Europe. Une archéologie des savoirs de l'Europe communautaire*, Bruxelles, Larquier, 2020. À l'inverse, d'autres ont pu mettre en évidence des « oppositions savantes » dans le chef d'un certain milieu académique juridique en Allemagne, centré sur l'étatisme de l'Allemagne et les limites à imposer à l'intégration européenne (C. MAJASTRE, *Des oppositions savantes à l'Europe ? Rapport au politique et pratiques d'intervention des juristes dans le débat allemand sur l'Union européenne de Maastricht à Lisbonne (1991-2007)*, thèse de doctorat en sciences politiques et sociales, Université Saint-Louis - Bruxelles, 2018).

¹⁰⁷ Cf. notamment O. LEMBCKE, *Hüter der Verfassung: eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingue, Mohr Siebeck, 2007.

« keynésienne » du mandat de la BCE (2.2.1), soit en défendant l'impossibilité juridique de distinguer entre effets économiques et effets monétaires en raison de l'impossibilité alléguée de démêler scientifiquement ces effets (2.2.2). Deux autres répliques se placent sur un angle *a priori* exclusivement juridique : l'un depuis une perspective interne au droit européen, à savoir la distinction entre principes d'attribution et de proportionnalité (2.2.3), l'autre du point de vue constitutionnel allemand et des critères dits Honeywell développés par la Cour constitutionnelle fédérale allemande (2.2.4). Enfin, le dernier argument se concentre, dans une optique institutionnelle, sur l'indépendance de la BCE, qui pourrait paradoxalement être remise en cause par l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 (2.2.5). Selon nous, aucun de ces cinq arguments ne se révèle cependant décisif.

2.2.1. L'interprétation keynésienne du mandat de la BCE et sa conformité douteuse à l'esprit originel (néo-classique) de l'UEM

Au niveau des raisonnements économiques, certains avancent, dans une perspective keynésienne (consciente ou inconsciente), que, à admettre même qu'il puisse être possible de distinguer entre politique économique et politique monétaire, les théories économiques ont évolué : le paradigme monétariste et néo-classique qui a présidé à la mise en place de l'UEM¹⁰⁸ ayant été remis en question (voire invalidé) par l'expérience de la crise des dettes souveraines¹⁰⁹, il faudrait donc interpréter le mandat de la BCE de manière extensive, en se fondant en particulier sur l'objectif secondaire de soutien aux politiques économiques générales dans l'UE pour assumer la finalité economico-budgétaire du PSPP – et, plus généralement, de la politique de la BCE.

Par exemple, l'économiste français Jean-François Goux considère ainsi que « l'objectif principal est la stabilité des prix, l'objectif secondaire est le soutien aux politiques économiques générales dans l'Union européenne et par définition, selon l'article 3 [TUE] : la croissance, le plein emploi et la protection sociale. La BCE ne fait rien d'autre, surtout en ce moment. Inutile de chercher ailleurs la justification de l'action de la BCE en matière d'achats de titres publics et de soutien à l'activité économique. Nul besoin d'évoquer la volonté d'atteindre un objectif d'inflation encore éloigné »¹¹⁰. De même, le juriste français Sébastien Adalid considère que la Cour constitutionnelle fédérale allemande « se fonde sur une conception datée de la politique monétaire, un curieux mélange entre ordolibéralisme et mythe de la neutralité de la monnaie, en opposition avec la lettre des traités et la réalité. Le tort de la CJ[UE] a été de se fier aveuglément aux objectifs affichés

¹⁰⁸ Cf. notamment M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom », *Common Market Law Review*, volume 35, n° 1, 1998, p. 9-32. Cf. également *infra*, section 3.1.1.1.

¹⁰⁹ Cf. notamment P. DE GRAUWE, Y. JI, « Mispricing of Sovereign Risk and Multiple Equilibria in the Eurozone », CEPS, *Working Document*, n° 361, 2012 ; P. DE GRAUWE, J. YUEMEL, « The EU Debt Crisis: Testing and Revisiting Conventional Legal Doctrine », *International Review of Law and Economics*, volume 51, 2016, p. 29-37. Pour une analyse critique (économique, sociologique et politique) de ce paradigme dès la mise en place de l'UEM, cf. déjà F. LORDON, *Les quadratures de la politique économique. Les infortunes de la vertu*, Paris, Albin Michel, 1997.

¹¹⁰ J.-F. GOUX, « La BCE n'a pas qu'un mandat unique », *Club de Mediapart*, 12 mai 2020, <https://blogs.mediapart.fr>.

par la BCE et aux analyses qu'elle fournit, alors même qu'un observateur un peu avisé pouvait déduire des programmes de la BCE qu'ils dépassent largement la stabilité des prix. Pour autant, l'analyse proposée par la [Cour constitutionnelle fédérale allemande] est tout aussi problématique. Elle assume une vision étroite de la compétence monétaire, à rebours de la lettre des traités. (...) La politique monétaire a deux objectifs : un "objectif principal (...) de maintenir la stabilité des prix", mais "sans préjudice de l'objectif de stabilité des prix, le SEBC apporte son soutien aux politiques économiques générales dans l'Union, en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union, tels que définis à l'article 3" du TUE (article 127 TFUE). (...) Le raisonnement de la [Cour constitutionnelle fédérale allemande] est donc largement contredit par une lecture attentive des traités. Ceux-ci ouvrent de larges moyens d'action à la BCE. Cette dernière doit cependant motiver correctement ses actes et assumer qu'elle poursuit le second objectif, et plus le premier »¹¹¹.

Sans être en capacité de discuter la pertinence (ou non) des diverses affirmations scientifiques touchant à la validité de certaines théories économiques, il est toutefois permis de noter que, en tout état de cause, ni la BCE ni la CJUE n'ont ouvertement assumé un éventuel objectif économique ; au contraire, toutes deux s'en sont tenues précisément au caractère strictement monétaire du PSPP, car poursuivant l'objectif d'unicité de la politique monétaire de l'Eurosystème. Il faudrait donc au minimum *désigner* clairement l'objectif économique précis qui est poursuivi et démontrer en quoi il *soutient* bel et bien les politiques économiques générales mises en œuvre dans l'UE – au risque sinon de renforcer l'idée que la BCE *façonne* et impulse la politique économique de l'UE¹¹². C'est d'ailleurs le sens du § 163 de l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020, qui insiste sur les termes employés dans les articles 119, § 2, et 127, § 1, alinéa 2, TFUE ainsi que dans l'article 2, alinéa 2, des statuts du SEBC, qui prévoient un *soutien* aux politiques économiques générales *dans* l'UE, sans que la BCE soit elle-même habilitée à mener une politique économique autonome – contrairement à ce qu'implique, selon les juges de Karlsruhe, l'arrêt *Weiss* de la CJUE¹¹³.

À supposer que le PSPP ne constitue qu'un tel soutien aux politiques économiques générales dans l'UE, il resterait en outre à discuter la question de la conformité aux traités de ces éventuelles politiques économiques. En effet, si elles restent de la compétence

¹¹¹ S. ADALID, « Les actes de la BCE face à la justice constitutionnelle allemande : entre dénonciation légitime et motifs hasardeux », *Association française d'études européennes*, 14 mai 2020, <https://afee-cedece.eu>.

¹¹² Cf. *supra*, note 34. S. Adalid a d'ailleurs bien conscience de ce problème, puisqu'il insiste sur le fait que la BCE « doit cependant motiver correctement ses actes et assumer qu'elle poursuit le second objectif, et plus le premier ». Son argumentation ne va cependant pas sans poser quelques difficultés, puisque, tout en soutenant le fait que la BCE respecte son mandat, il acquiesce au fait que « le refus de la [CJUE] de questionner les objectifs avancés par la BCE a *de facto* pour effet de lui accorder "une compétence (limitée) pour décider de sa propre compétence" (§ 136 ; § 156) » et puisque, ajoute-t-il, « sur ce point, la décision est salutaire. Depuis trop longtemps, la BCE étend implicitement son mandat, feignant d'ignorer les effets économiques de ses décisions » (S. ADALID, « Les actes de la BCE face à la justice constitutionnelle allemande », *op. cit.*). Or de deux choses l'une : soit la BCE agit bel et bien dans le cadre de son mandat (en raison de l'objectif secondaire de soutien aux politiques économiques générales dans l'UE), soit elle « étend implicitement son mandat » (précisément parce qu'elle s'aventure sur le terrain économique-budgétaire, contrairement à son mandat strictement limité à des considérations monétaires en raison d'une lecture restrictive du second objectif). Dans l'hypothèse de la première branche de l'alternative (défendue par S. Adalid), la BCE n'étend pas son mandat, fût-ce implicitement ; elle ne fait que développer toutes les potentialités de ce mandat et le problème se situe alors seulement dans la mauvaise justification de son action, non dans l'extension implicite (donc la violation) de son mandat.

¹¹³ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 163.

étatique (quoique coordonnées au sein des institutions de l'UE), elles n'en sont pas moins encadrées par les dispositions matérielles du titre VIII de la troisième partie du TFUE (consacré à l'UEM). Or ces normes de droit primaire ne se révèlent pas neutres idéologiquement, mais assurent au contraire l'imposition d'une logique économique particulière, à savoir la disciplinarisation des politiques économiques *sensu lato* (budgétaires, fiscales, industrielles, etc.) par les marchés¹¹⁴.

Rappelons notamment que, si l'article 119 TFUE – véritable « norme matricielle » de l'UEM¹¹⁵ – prévoit certes une « étroite coordination des politiques économiques des États membres » au service des objectifs économiques, sociaux et environnementaux de l'UE (cf. en particulier l'article 3 TUE), cette « étroite coordination » ne peut en revanche se faire que dans le respect du principe général « d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre » et des principes directeurs suivants : « prix stables, finances publiques et conditions monétaires saines et balance des paiements stable ». Les objectifs divers et variés de l'article 3 TUE se retrouvent donc enserrés dans un ordre de stabilité articulé autour du principe d'économie concurrentielle de marché¹¹⁶. Cet ordre est du reste garanti par un modèle de gouvernance tridimensionnel structuré autour de la responsabilisation financière individuelle des États membres (articles 123 à 125 TFUE), de la coordination de leurs politiques économiques (article 121 TFUE) et de l'établissement d'une discipline budgétaire (article 126 TFUE) prévoyant des limites aux déficits et dettes publiques des États membres¹¹⁷. À l'intérieur de ce cadre, le second objectif de « soutien » de la BCE aux politiques économiques générales dans l'UE peut s'interpréter comme consistant seulement à s'assurer du bon fonctionnement des mécanismes de marché (qui requiert une stabilité des prix) pour permettre la disciplinarisation, par les marchés, des finances publiques et des politiques économique-budgétaires et fiscales des États membres¹¹⁸. Qui plus est, il semblerait que la CJUE elle-même endosse cette interprétation,

¹¹⁴ Pour un développement détaillé de ce point, cf. G. GRÉGOIRE, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire : des théories économiques aux cadres juridiques », *Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, volume 35, 2019, p. 53-119. Pour un exposé théorique de cette logique de discipline par le marché, cf. notamment T. D. LANE, « Market Discipline », *IMF Staff Papers*, 1993, p. 53-88. Cf. également les positions d'économistes appartenant à la BCE qui, tout en essayant de justifier l'évolution de l'UEM (et les mesures de la BCE) à partir d'une logique *politique* de « dépendance au sentier » (*path-dependance*), reconnaissent cependant en creux les décalages *juridiques* opérés vis-à-vis du « design institutionnel » initial de l'UEM : J. YIANGOU, M. O'KEEFE, G. GLÖCKLER, « "Tough Love": How the ECB's Monetary Financing Prohibition Pushes Deeper Euro Area Integration », *Journal of European Integration*, volume 35, n° 3, 2013, p. 223-237.

¹¹⁵ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 86-87.

¹¹⁶ W. SAUTER, « The Economic Constitution of the European Union », *Columbia Journal of European Law*, volume 27, n° 4, 1998, p. 27-68 ; M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union », *op. cit.*

¹¹⁷ A. DE STREEL, « The evolution of the EU economic governance since the Treaty of Maastricht: an unfinished task », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, volume 20, n° 3, 2013, p. 337 ; K. HENTSCHELMANN, « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel. Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion », *Europarecht*, volume 46, n° 2, 2011, p. 282. Par ailleurs, les réformes post-crise des dettes souveraines (Six-Pack, Two-Pack et Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance - TSCG) ont amené un renforcement des mécanismes de surveillance et de contrôle du respect de cet ordre de stabilité articulé autour du principe d'économie concurrentielle de marché (G. GRÉGOIRE, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire », *op. cit.*, p. 82-84).

¹¹⁸ E. GROSSMAN, P.-E. MICOLET, « Le nouvel ordre de politique économique européen : une constitution économique au service de la stabilité monétaire ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 437, 2000, p. 243-251 ; M. VAN DER SLUIS, « Maastricht Revisited: Economic Constitutionalism, the ECB and the Bundesbank », in M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROCHE (dir.), *The constitutionalization of European budgetary constraints*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 105-123. Cf. également *infra*, section 3.1.1.1.

puisque cette compréhension restreinte (d'ascendance néo-classique) de l'objectif secondaire de « soutien aux politiques économiques dans l'Union » comme « garantie d'une politique budgétaire saine » apparaît à l'intérieur même des jurisprudences *Pringle* et *Gauweiler* de la CJUE ¹¹⁹.

Ainsi, de deux choses l'une. Ou bien le PSPP vise bel et bien à assurer cette discipline de marché ; mais alors, en l'absence de sélectivité et de conditionnalité ¹²⁰ permettant d'imposer les « réformes structurelles » que réclamerait cette logique de marché ¹²¹, il resterait à justifier en quoi l'achat massif de titres de dettes publiques par la BCE soutient effectivement cette disciplinarisation des politiques économiques, budgétaires et fiscales des États membres ¹²². Ou bien le PSPP vise précisément à tempérer, à contrer, voire

¹¹⁹ CJUE, *Pringle*, Arrêt du 27 novembre 2012 précité, § 143 ; CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, § 111-121. Au sujet de l'arrêt *Gauweiler*, Francesco Martucci note : « Intéressante s'avère (...) la précision selon laquelle l'objectif secondaire de la politique monétaire – le soutien aux politiques économiques générales dans l'Union – signifie que l'Eurosystème doit contribuer à inciter les États membres à mener une politique budgétaire saine. La Cour de justice retient ainsi une conception restrictive de l'objectif de soutien aux politiques économiques générales dans l'Union. Celui-ci doit être interprété en ce sens que la politique monétaire de la zone euro doit contribuer à la discipline budgétaire des États membres (...). Il s'agit ainsi d'éviter que le rachat de titres souverains ne neutralise les effets disciplinaires du marché sur les finances publiques. En ce sens, la Cour de justice ajoute que le rachat de titres souverains ne doit pas permettre "aux États membres ni d'adopter une politique budgétaire qui ne tiendrait pas compte du fait qu'ils seront conduits, en cas de déficit, à chercher des financements sur les marchés ni d'être protégés contre les conséquences que peut avoir, à cet égard, l'évolution de leur situation macro-économique ou budgétaire" (point 114). (...) L'arrêt *Gauweiler* reflète ainsi pleinement l'esprit des dispositions du traité relatives à la discipline budgétaire. En principe, les États membres doivent se financer en recourant aux marchés financiers (articles 123 à 125). Lorsqu'ils rencontrent des difficultés financières de nature à affecter la stabilité de la zone euro, ils peuvent faire l'objet d'une assistance financière dans le respect d'une stricte conditionnalité (article 136, § 3, TFUE). Les mesures adoptées au titre de la politique monétaire ne doivent ni dévoyer les États membres des marchés financiers comme source de financement ni fausser le fonctionnement des marchés financiers » (F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines », *op. cit.*, p. 531-533).

¹²⁰ M. IOANNIDIS, « EU Financial Assistance Conditionality after "Two Pack" », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, volume 74, 2014, p. 61-104.

¹²¹ Contrairement au programme OMT qui, lui, était sélectif (il ne visait que les États sous assistance financière) et conditionné au respect de la conditionnalité stricte attachée à un programme approprié du FESF ou du MES (BCE, « Technical features of Outright Monetary Transactions », *op. cit.* ; CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, points 60 et 61). Il faut noter que la conditionnalité n'est pas totalement absente du PSPP, puisque l'article 3, § 2, d) (lu en combinaison avec l'article 2, 5°) de la décision (UE) 2015/774 de la BCE relative au PSPP prévoit comme critère d'éligibilité au programme, pour les États sous assistance financière, la décision de décaissement par le MES ou le FMI – qui, elle, dépend du respect de la conditionnalité. Cependant, cette exigence de conditionnalité ne vaut que pour les États sous assistance financière ; or l'absence de sélectivité du programme implique que, sauf pour les États sous assistance financière, tous les autres États de la zone euro peuvent bénéficier du programme, sans contrepartie de « réformes structurelles ».

¹²² Un argument pourrait être qu'une augmentation trop importante des taux d'intérêt exigés par les marchés obligataires pour le refinancement des dettes souveraines de certains États pourrait mener ces derniers à se déclarer en défaut de paiement et, le cas échéant, à sortir de la zone euro (voire de l'UE) afin de « réarmer » leur banque centrale pour obtenir un financement monétaire direct – dit plus prosaïquement, pour « faire tourner la planche à billets » – et de restreindre (ou d'interdire) la libre circulation des capitaux pour éviter une fuite de ceux-ci, ce qui placerait donc *de facto* ces États hors de la « juridiction » des marchés et de leur pression disciplinante (non sans toutefois risquer évidemment d'autres « contraintes » économiques, au premier chef desquelles se trouvent l'inflation et la difficulté de compter sur des investissements étrangers pour relancer leur économie inévitablement atrophie par la crise). Sans tenir compte du fait que cet argument implique un changement de paradigme dans la conception du marché consacré par les traités et que l'on peut donc s'interroger sur la conformité de cet argument avec l'interprétation systémique et holistique des traités que nous venons de présenter brièvement – et en laissant de côté la difficulté politique de tenir ouvertement et officiellement un tel argument que d'aucuns

à mettre en défaut cette logique disciplinaire du marché – comme le réclame un ensemble d'acteurs politiques, médiatiques et scientifiques¹²³ – ; auquel cas, il est permis de se demander si une modification expresse des traités (même pour justifier rétroactivement une telle action) n'est pas nécessaire – comme le sous-entend du reste la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹²⁴.

En tout état de cause, il apparaît que l'interprétation des traités par la Cour de Karlsruhe, basée sur une lecture systémique et holistique des dispositions européennes, n'est pas sans argument ; on peut certes proposer une interprétation alternative à partir d'une lecture keynésienne du mandat de la BCE, mais, scientifiquement, on peut difficilement reprocher, nous semble-t-il, à la Cour constitutionnelle fédérale allemande de s'en tenir à l'interprétation, consacrée dès l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993, qui a conditionné la participation de la République fédérale d'Allemagne à l'UEM¹²⁵.

2.2.2. La critique économique praxéologique et ses impasses logiques et méthodologiques

Le second argument juridique tiré d'un raisonnement économique qui est opposé à la Cour constitutionnelle fédérale allemande consiste à nier la pertinence et la validité d'une répartition des compétences fondée sur une délimitation entre politique monétaire et politique économique, en avançant l'impossibilité même, pour les sciences économiques (et donc *a fortiori* pour un juge), de distinguer les domaines respectifs de politique monétaire et de politique économique¹²⁶. Cette idée repose sur l'argument « praxéologique » de Ludwig von Mises¹²⁷ selon lequel, d'après les mots de Francesco Martucci, « une action humaine (...), si elle n'a pas de finalité économique, a néanmoins toujours une incidence économique »¹²⁸.

risqueraient de qualifier de cynique –, on peut s'interroger sur la réaction des marchés eux-mêmes à une telle remise en question de leur prérogative, en particulier si l'on en croit certaines analyses consacrées à l'importance des interférences des représentations des acteurs de marché dans leur jugement (cf. déjà F. LORDON, « Marchés financiers, crédibilité et souveraineté », *Revue de l'OFCE*, volume 50, n° 1, 1994, p. 103-124 ; F. LORDON, « Les apories de la politique économique à l'époque des marchés financiers », *Les Annales. Histoire, Sciences sociales*, n° 1, 1997, p. 157-187 ; F. LORDON, *Les quadratures de la politique économique*, *op. cit.*, p. 155-311).

¹²³ Cf. notamment F. GIAVAZZI, G. TABELLINI, « How to jumpstart the Eurozone economy », *VoxEU*, 21 août 2014, <https://voxeu.org> ; M. CARON, « Monétiser », *Gestion Finances publiques*, n° 2, 2018, p. 25-31 ; J. QUATREMER, « Le dernier coup de "Super Mario" à la BCE », *Libération* en ligne, 12 septembre 2019, www.libération.fr ; S. ADALID, « Les actes de la BCE face à la justice constitutionnelle allemande », *op. cit.* ; J.-F. GOUX, « La BCE n'a pas qu'un mandat unique », *op. cit.*

¹²⁴ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 109. En ce sens, cf. aussi C. BLOT *et al.*, « Setting new priorities for the ECB's mandate », in *The ECB's Mandate: Perspectives on General Economic Policies. Compilation of Papers*, Luxembourg, Parlement européen, Département thématique des Politiques économiques, scientifiques et de la qualité de la vie, 2020, www.europarl.europa.eu, p. 83-114 (version française : C. BLOT, J. CREEL, E. FAURE, P. HUBERT, « De nouvelles priorités pour le mandat de la BCE », *OFCE Policy Brief*, n° 71, 2020, www.ofce.sciences-po.fr).

¹²⁵ BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité. Cf. *infra*, section 3.1.1.1.

¹²⁶ Cf. notamment F. MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : comprendre l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande », *Le Club des juristes*, 11 mai 2020, www.leclubdesjuristes.com ; S. ADALID, « Les actes de la BCE face à la justice constitutionnelle allemande », *op. cit.*

¹²⁷ L. VON MISES, *L'action humaine*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.

¹²⁸ F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire : du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 nov. 2012, Pringle », *Revue trimestrielle*

Ainsi, puisque toute action (y compris, et en particulier, « monétaire ») aurait une portée « économique », il serait impossible de s'attacher aux *effets* (économiques ou monétaires) d'une mesure pour en déduire un quelconque jugement sur la *compétence* de l'institution ayant pris cette mesure. Il faudrait dès lors s'en tenir à l'objectif visé et, accessoirement¹²⁹, au moyen utilisé, à l'exclusion donc des éventuels « effets économiques indirects » (comme le fait la CJUE dans ses arrêts *Pringle*¹³⁰, *Gauweiler*¹³¹ et *Weiss*¹³²)¹³³. Cette analyse des effets ne pourrait dès lors être prise en compte, ou alors seulement au moment du contrôle de l'exercice proportionné de cette compétence.

Sans de nouveau nous placer sur le terrain de la validité scientifique d'une telle affirmation économique, nous pouvons toutefois relever qu'un tel raisonnement ne répond pas au point central de l'argumentation des juges de Karlsruhe, à savoir celui selon lequel le fait de s'abstenir de vérifier les hypothèses factuelles sous-jacentes aux objectifs affirmés (notamment au regard des effets attendus et réels de la mesure) et d'accepter inconditionnellement ces objectifs proclamés implique *de facto* pour la BCE le pouvoir d'auto-définir sa compétence, au mépris et en violation du principe d'attribution des compétences, à tout le moins tel que compris en droit constitutionnel allemand¹³⁴. Que cette distinction entre domaine « économique » et domaine « monétaire » soit, en théorie économique, difficile, voire impossible, est une chose ; cela n'implique aucunement qu'il soit impossible *en droit* de les différencier, en particulier lorsque la distinction est textuellement consacrée dans les dispositions normatives de l'ordre juridique en cause. C'est en effet le propre de la fiction juridique d'imposer des constructions artificielles à la réalité.

Au surplus, même à admettre cet argument, la réserve de « l'erreur manifeste d'appréciation » développée par la CJUE au niveau de l'établissement de la *compétence* devient elle-même problématique, puisque l'on retombe, une fois de plus, sur une alternative irréductible. Selon la première branche de cette alternative, la porosité entre domaine monétaire et domaine économique (consubstantielle à cette vision praxéologique du monde) oblige à ne considérer que l'objectif affirmé. Cette réserve de l'erreur manifeste ne s'applique alors que de manière purement théorique sur le lien entre cet objectif déclaré

de droit européen, volume 49, n° 2, 2013, p. 239-266. Cf. également F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines », *op. cit.*, p. 511-514.

¹²⁹ « Accessoirement » car un même moyen peut servir deux objectifs différents, donc il ne peut au mieux qu'être un indice supplémentaire, non un argument décisif. Dans cette perspective, et à titre illustratif, une mesure telle que l'achat de titres de dettes souveraines peut à la fois servir la stabilité des prix (objectif monétaire) et, plus généralement, la stabilité financière (et politique) de la zone euro, d'où le fait qu'un tel instrument puisse être à la fois utilisé par la BCE dans le cadre de la politique monétaire et par le MES dans le cadre d'une assistance financière (sous stricte conditionnalité) à un État membre en difficulté (F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique monétaire en temps de crise de dettes souveraines », *op. cit.*, p. 513).

¹³⁰ CJUE, *Pringle*, Arrêt du 27 novembre 2012 précité, points 53 et 60, et en particulier points 53, 55 et 56.

¹³¹ CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, points 46 à 56 et en particulier point 46 et 52.

¹³² CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, points 53 à 70 et en particulier points 53 et 61 à 67.

¹³³ Comme le note F. MARTUCCI, « La Cour de justice face à la politique économique et monétaire », *op. cit.*, p. 248-249 : « Le rapprochement avec Von Mises est d'autant plus éclairant que celui-ci considère que « la praxéologie et l'économie s'occupent seulement des *moyens* d'atteindre les *buts* que les individus choisissent de donner à leur action » (nous soulignons).

¹³⁴ BVerfG, *PSPP I*, Décision de renvoi préjudiciel du 18 juillet 2017 précitée, § 119-121 ; BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 134-137. Cf. déjà BVerfG, *OMT II*, Arrêt du 21 juin 2016 précité, § 181-189.

et le mandat assigné par les traités¹³⁵ – et ne recouvre donc en réalité que le cas où la BCE réaliserait le tour de force d'invoquer explicitement un objectif qui outrepasserait manifestement son mandat (par exemple, financer directement les États membres). Il suffit alors à la BCE de mettre en avant de manière abstraite la stabilité des prix pour que sa compétence soit *toujours* validée – et l'on retombe sur la critique du juge constitutionnel allemand vis-à-vis de la *Kompetenz-Kompetenz* de la BCE. À l'inverse, suivant la seconde branche de l'alternative, l'examen de l'erreur manifeste d'appréciation au niveau de la délimitation des compétences nécessite, pour la CJUE, de se réserver la possibilité de contrôler la réalité de l'objectif avancé pour, le cas échéant, requalifier la mesure, ce qui suppose alors de tester les hypothèses factuelles sous-jacentes et de vérifier les liens entre les effets (le cas échéant « économiques ») de la mesure et l'objectif (« monétaire ») avancé¹³⁶. Dans ce cas, il faut alors admettre que, malgré les éventuels ou inévitables chevauchements, il est bel et bien possible de distinguer juridiquement les effets d'une mesure selon qu'ils sont « économiques » ou « monétaires » (que ce soit au niveau du contrôle de proportionnalité de l'exercice des compétences ou au stade préliminaire de la délimitation même de ces compétences^{137) 138}.

Or la CJUE emprunte en même temps, donc de manière quelque peu contradictoire, les deux voies de l'alternative. D'une part, elle essaie de montrer, dans le sens de l'argument praxéologique, que « le SEBC est nécessairement conduit à adopter des mesures ayant certains effets sur l'économie réelle, qui pourraient aussi être recherchés, à d'autres fins, dans le cadre de la politique économique »¹³⁹, de sorte que le fait d'« exclure toute possibilité, pour le SEBC, d'adopter de telles mesures quand leurs effets sont prévisibles et sciemment assumés lui interdirait, en pratique, d'utiliser les moyens mis à sa disposition par les traités en vue de réaliser les objectifs de la politique monétaire et pourrait, notamment dans le contexte d'une situation de crise économique impliquant un risque de déflation, constituer un obstacle dirimant à la réalisation de la mission qui lui échoit en vertu du droit primaire »¹⁴⁰. Mais d'autre part, pour arriver à sa conclusion (du rejet des « effets économiques indirects »), la CJUE en passe bel et bien par une *distinction* entre effets économiques et objectif monétaire¹⁴¹, démontrant donc en creux la possibilité même

¹³⁵ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, points 56 et 57.

¹³⁶ C'est également la voie que semble emprunter la CJUE (*ibidem*, points 65 et 66).

¹³⁷ Comme le défend notamment la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa décision de renvoi préjudicielle : « La *délimitation des compétences* dépend toutefois non seulement de l'objectif, mais aussi des moyens choisis pour atteindre l'objectif et de leurs effets. Selon la jurisprudence de la Cour européenne de justice, (...) l'octroi d'une aide financière ne relève "manifestement" pas de la politique monétaire [cf. CJUE, *Pringle*, Arrêt du 27 novembre 2012 précité, point 57]. Si et dans la mesure où le SEBC accorde une aide financière, il poursuit donc une politique économique interdite par l'Union européenne » (BVerfG, *PSPP I*, Décision de renvoi préjudiciel du 18 juillet 2017 précitée, § 109 ; nous soulignons).

¹³⁸ On retombe par ailleurs alors sur la question du caractère restreint ou étendu de cette pondération – et sur l'argument avancé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande depuis l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993 selon lequel une institution indépendante est une exception au principe démocratique et son mandat doit donc être interprété de manière stricte. Cf. *supra*, section 3.1.1.1.

¹³⁹ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 66.

¹⁴⁰ *Ibidem*, point 67.

¹⁴¹ *Ibidem*, points 65 et 66 : « Plus précisément, ainsi que l'a exposé la BCE devant la Cour, la transmission des mesures de politique monétaire du SEBC à l'évolution des prix passe notamment par la facilitation de la fourniture de crédit à l'économie ainsi que par la modification des comportements des opérateurs économiques et des particuliers en matière d'investissement, de consommation et d'épargne (...). En particulier, lorsque le maintien de la stabilité des prix impose au SEBC de chercher à augmenter l'inflation, les mesures que le SEBC doit adopter en vue d'assouplir, à cette fin, les conditions monétaires et financières dans la zone euro peuvent impliquer d'agir sur les taux d'intérêt des obligations souveraines,

de retracer le raisonnement sous-jacent à la décision de la BCE et donc, potentiellement, celle de mettre en balance les effets (économiques) et l'objectif (monétaire) – qui plus est *dès le stade de la qualification de la mesure*.

Par ailleurs, dans sa disqualification des « effets indirects », la CJUE répond en réalité à côté du raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui ne demande pas d'interdire *toute* mesure monétaire aux effets économiques prévisibles et assumés, mais bien de vérifier la réalité de l'objectif monétaire, ce qui demande de tester les hypothèses factuelles sous-jacentes, notamment en examinant les effets économiques prévisibles et assumés – qui, s'ils égalent ou dépassent les effets monétaires attendus (« l'objectif monétaire »), devraient alors amener à requalifier la mesure comme relevant du domaine de la politique économique¹⁴². Autrement dit, les juges de Karlsruhe n'attendent pas une interdiction des mesures monétaires aux effets économiques prévisibles et assumés, mais ils attendent de la CJUE qu'elle ne s'interdise pas de vérifier le lien entre les effets économiques prévisibles et assumés et l'objectif monétaire (en pondérant les effets attendus), afin de contrôler que la BCE ne dissimule pas un agenda économique et fiscal derrière son objectif officiel et abstrait de maintien de la stabilité des prix – et, partant, ne viole pas le principe de répartition des compétences.

2.2.3. La critique juridico-méthodologique au regard du droit européen : l'affirmation de la démarcation absolue entre principes d'attribution et de proportionnalité et ses conséquences

Si cette réflexion sur la pondération des effets économiques et monétaires au stade de la délimitation des compétences nous semble mettre en échec l'argument praxéologique, elle nous amène alors cependant tout droit à la troisième critique – juridico-méthodologique – adressée à la Cour constitutionnelle fédérale allemande, à savoir le reproche de confondre les principes d'*attribution* (qui régit la *répartition* des compétences) et de *proportionnalité* (qui s'applique à l'*exercice* des compétences)¹⁴³.

Selon cet argument, et comme l'avance le juriste français Jacques Ziller avec des termes pour le moins caustiques : « En l'espèce, les juges affirment que l'examen du respect du principe de la compétence d'attribution doit se faire sur la base du principe de

en raison, notamment, du rôle déterminant de ces taux d'intérêt sur la fixation des taux d'intérêt applicables aux différents acteurs économiques [cf., en ce sens, CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, points 78 et 108] ».

¹⁴² BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 134-137. Cf. déjà BVerfG, *PSPP I*, Décision de renvoi préjudiciel du 18 juillet 2017 précitée, § 119-121.

¹⁴³ Cf. notamment J. ZILLER, « L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. À propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne », *Blogdroiteuropeen*, *Working Paper* 4, 6 mai 2020, <https://blogdroiteuropeen.com> ; F. MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande », *op. cit.* ; I. PERNICE, « Machtspruch aus Karlsruhe: „Nicht verhältnismäßig? – Nicht verbindlich? – Nicht zu fassen... » », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, volume 12, 2020, p. 508-518 ; M. WENDEL, « Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception », *German Law Journal*, volume 21, n° 5, 2020, p. 985-986 ; D. U. GALETTA, J. ZILLER, « Les violations flagrantes et délibérées du droit de l'Union par l'arrêt "inintelligible" et "arbitraire" du Bundesverfassungsgericht dans l'affaire *Weiss* », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 4, 2020, p. 855-888.

proportionnalité, comme principe d'interprétation qui constituerait une tradition constitutionnelle commune des États membres. Le raisonnement des juges (...) ne tient pas debout. (...) Le problème est que [la Cour constitutionnelle fédérale allemande] se réfère à l'article 5 § 1 et § 4 TUE, et renvoie aux points 66 et suivants de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Gauweiler*. Or la CJUE ne dit jamais que le principe de proportionnalité s'applique à la délimitation des compétences, contrairement aux affirmations des juges (...). Et pour cause : il semble que les juges (...), dans leur zèle à démontrer le caractère *ultra vires* des décisions de la BCE et de l'arrêt de la CJUE, aient oublié de lire la première phrase de l'article 5 § 1 TUE : « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'UE. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences ». On ne saurait être plus clair. La prémisse du raisonnement qui suit dans l'arrêt n'est donc pas fondée. Un étudiant débutant en droit de l'Union européenne mériterait un zéro pointé »¹⁴⁴.

Ce contre-argument juridique a pour lui l'apparence de l'évidence, mais il laisse cependant de côté toute une partie du raisonnement des juges de Karlsruhe qui, précisément, tend à expliciter en quoi cette démarcation entre l'« attribution » et l'« exercice » des compétences est elle-même rendue poreuse par le truchement du principe de proportionnalité¹⁴⁵ – et que, de ce fait, exercer une compétence de manière disproportionnée peut amener une institution à déborder sa sphère d'attributions propre pour s'aventurer sur des domaines d'action assignés à d'autres institutions, donc à une violation du principe d'attribution des compétences¹⁴⁶. Il est certes vrai que la CJUE ne dit peut-être jamais *explicitement* que le principe de proportionnalité s'applique à la délimitation des compétences, mais – comme le met en avant la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁴⁷ – elle utilise pourtant bel et bien *de facto* cette logique dans d'autres domaines du droit de l'UE.

Si l'on observe ainsi l'exemple paradigmatique de l'application du principe de proportionnalité dans le domaine des libertés de circulation, il semblerait que la CJUE conçoit ce test comme un contrôle d'efficience¹⁴⁸ s'apparentant à une évaluation « coûts-

¹⁴⁴ J. ZILLER, « L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand », *op. cit.* Cf. aussi D. U. GALETTA, J. ZILLER, « Les violations flagrantes et délibérées du droit de l'Union par l'arrêt "inintelligible" et "arbitraire" du Bundesverfassungsgericht dans l'affaire *Weiss* », *op. cit.*

¹⁴⁵ Nous restons par ailleurs dubitatif face à un tel argument lorsque certains commentateurs avancent l'aspect hermétique d'une distinction telle que celle entre les principes d'« attribution » des compétences et de « proportionnalité » dans l'exercice de celle-ci – sur la base du fait que les textes se bornent à distinguer ces deux principes –, mais sont prêts, d'un autre côté, à nier une autre distinction pourtant elle aussi consacrée explicitement dans les traités, à savoir celle entre les domaines « monétaire » et « économique », au motif que celle-ci se révélerait dans les faits poreuse (argument praxéologique). Une attitude plus cohérente nous semble consister à tenter de penser et de systématiser, *dans les deux cas*, cette porosité des frontières tout en cherchant à donner sens à la distinction textuellement affirmée. Et c'est précisément – quoique peut-être imparfaitement – ce que tente de faire la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

¹⁴⁶ À titre simplement illustratif, un tel raisonnement appliquant la *proportionnalité de l'exercice des compétences* à la question de la *répartition des compétences* est également présent dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique (anciennement Cour d'arbitrage) (cf. notamment l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.6.2). Par cet exemple, nous ne prétendons pas que cette manière de raisonner est nécessaire ou la seule valable, mais qu'elle est à tout le moins possible – et présente dans les argumentaires de diverses juridictions suprêmes.

¹⁴⁷ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 146-153.

¹⁴⁸ Pour une analyse détaillée et plus générale du principe implicite d'efficience (économique) dans la jurisprudence de la CJUE (non limitée aux libertés de circulation), cf. A. PORTUESE, *Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, thèse de doctorat en droit, Paris 2 Panthéon-Assas, 2012.

bénéfices » des actions législatives des États membres et cette façon de procéder implique un « bouleversement de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres »¹⁴⁹. Faisant prévaloir, en raison du principe d'« effet utile », une norme « matérielle » (les libertés de circulation) sur les normes « institutionnelles » (articulées autour du principe d'attribution des compétences et de subsidiarité), la CJUE redéfinit alors la répartition des compétences à l'aune d'une autre norme, qui est précisément celle du contrôle de proportionnalité¹⁵⁰.

Pour comprendre la dialectique qui se noue autour du principe de proportionnalité, entre l'« attribution » et l'« exercice » des compétences, il faut alors observer comment les juges de Luxembourg font habituellement prévaloir, dans la mise en œuvre de ce contrôle, l'examen empirique des « effets réels » sur la question des « motifs » (avancés ou réels, d'ailleurs) – contrairement à ce qui est dit et fait dans les arrêts *Gauweiler* et *Weiss*, où les effets « réels » sont requalifiés en effets « indirects » pour mieux être disqualifiés au profit des « objectifs avancés » (et, accessoirement, des « instruments utilisés »). Dans le cadre de la protection des libertés de circulation des marchandises par exemple, la *ratio legis* des interdictions de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives est d'éviter que les États membres « déguisent » des mesures protectionnistes derrière des objectifs abstraits qui ressortissent de leur compétence réglementaire, ce qui peut notamment demander une analyse des effets empiriques d'une mesure pour questionner et le cas échéant remettre en doute le motif avancé. Cependant, cette appréciation a été « transformée par le juge communautaire en une question entièrement empirique, se rapportant exclusivement à l'identification des effets entraînés par la mesure en question, ce qui lui permet de faire totalement abstraction de la volonté dont résulte l'acte à l'origine de l'entrave »¹⁵¹. Et la CJUE peut donc aller jusqu'à censurer une mesure qui poursuit

¹⁴⁹ A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit., p. 489. L'auteur ajoute par ailleurs : « En définitive, nous constatons donc que les normes de répartition des compétences contenues dans les traités, dont principalement le principe d'attribution, disparaissent par l'effet de l'application des libertés de circulation, car interprétées fonctionnellement [par l'application du principe de proportionnalité]. La notion même de compétence exclusive des États membres, voire le principe fédéral, semble irréconciliable avec l'interprétation finaliste des libertés de circulation et le principe d'« omniscience » en faveur de l'Union qui en résulterait » (*ibidem*, p. 393).

¹⁵⁰ « À première vue, l'aménagement des compétences étatiques par rapport à celles de l'Union semblerait obéir aux normes « institutionnelles » de répartition des compétences prévues par les traités, dont notamment le « principe d'attribution ». En revanche, les libertés de circulation constitueraient des normes de nature « matérielle », contenant des obligations spécifiques à la charge des États membres. Pourtant, un regard plus approfondi révèle une autre réalité. Nous sommes bien obligés de constater que les libertés de circulation conditionnent également l'organisation des compétences au sein de l'Union, de sorte que l'application des principes de répartition des compétences contenus dans les traités se trouve en réalité subordonnée à l'application des libertés de circulation (...). Pour autant, nous constaterons que l'autonomie des États membres ne disparaît pas. Inhérente à l'application du principe de proportionnalité, une tension subsiste entre les dimensions institutionnelle et matérielle, car la décision sur les limites du principe de proportionnalité en implique une autre sur les contours des compétences communautaires. Il en résulte une nouvelle démarcation des territoires normatifs entre l'Union et les États membres » (A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit., p. 378). De ce fait, il apparaît que « la doctrine de proportionnalité est devenue le cadre au sein duquel une nouvelle théorie de la séparation des pouvoirs doit être réalisée » (J. RIVERS, « Proportionality and Variable Intensity of Review », op. cit., p. 176 ; cité par A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, op. cit., p. 395).

¹⁵¹ « En effet, depuis les arrêts *Dassonville* (où les mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives sont définies comme « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire » : CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, affaire 8/74, *Recueil CJCE*, p. 837, § 5) et *Cassis de Dijon* (CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*,

objectivement un objectif non protectionniste pour le simple fait que l'atteinte portée aux libertés de circulation serait disproportionnée.

La logique sous-jacente à ce raisonnement habituel de la CJUE est donc la suivante : le marché unique suppose le principe de libre concurrence et toute entrave aux libertés de circulation est donc présumée économiquement inefficace, si bien que, lorsque les États agissent dans l'un de leurs domaines d'attribution en allant à l'encontre de cette logique de marché (au nom d'une « raison impérieuse d'intérêt général »), ils doivent le faire en portant le moins atteinte possible à cette logique de marché. La rationalité économique de l'efficace (« coûts-bénéfices ») est donc elle-même réinscrite à l'intérieur du contrôle de proportionnalité, dans la pondération entre l'objectif avancé par l'État et la logique de marché défendue par les traités (à travers les libertés de circulation et le principe de concurrence libre et non faussée). L'interprétation jurisprudentielle extensive de la logique de marché inscrite dans les traités restreint donc *de facto* les compétences des États membres.

Il faut cependant noter que le principe de proportionnalité joue alors un rôle ambivalent. Certes, il détricote le principe d'attribution des compétences. Mais il n'annihile pas pour autant toute répartition des compétences ; il la réarticule plutôt autour d'un autre principe, qui est celui de l'efficace (qui requiert une analyse des effets et un contrôle de l'« adéquation » entre l'objectif et les effets réels des mesures contestées), tout en ouvrant du même coup une marge de manœuvre pour les États, au niveau des raisons impérieuses qu'ils invoquent – qui, elles, ne sont donc pas réellement discutées. La question de la répartition des compétences vient donc se redéployer, quoique différemment, au sein de la question de la proportionnalité de la mesure. En d'autres termes, le principe de proportionnalité joue en quelque sorte paradoxalement à la fois une fonction *dissolvante* et une fonction *corrective*, consistant à amoindrir la compétence des États tout en leur garantissant une latitude d'action minimale¹⁵² – d'où le raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la dialectique entre les principes de proportionnalité et d'attribution des compétences¹⁵³.

Or cette analyse des *effets* pour compenser la dissolution du principe d'attribution des compétences est précisément ce que se refuse à faire la CJUE dans les arrêts *Pringle*, *Gauweiler* et *Weiss*. Après avoir accepté sans réelle discussion, autre qu'abstraite, les motifs avancés pour statuer sur la délimitation des compétences – comme elle le fait, il est vrai, dans le cas des libertés de circulation (mais pas spécialement dans d'autres domaines¹⁵⁴) –, elle refuse également, au stade du contrôle de proportionnalité, de procéder à un contrôle autre que restreint et abstrait des « effets » de la mesure, au nom de l'indépendance de

affaire 120/78, *Recueil CJCE*, p. 649), il est tout simplement impossible de continuer à prétendre que les libertés de circulation cherchent à identifier des « restrictions déguisées » puisque la CJUE affirme explicitement que les libertés de circulation ont aussi pour effet d'interdire des mesures poursuivant en toute honnêteté des objectifs non économiques [G. DE BÚRCA, « Unpacking the Concept of Discrimination in EC and International Trade Law », in C. BARNARD, J. SCOTT (dir.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford / Portland Oregon, Hart Publishing, 2002, p. 188] » (A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, p. 54).

¹⁵² Si l'on considère le concept grec de « *pharmakon* » qui recouvre à la fois le « poison » et le « remède », on peut dire que le principe de proportionnalité a des propriétés « pharmacologiques » par rapport au principe d'attribution des compétences. Sur cette ambivalence du terme « *pharmakon* », cf. J. DERRIDA, *La dissémination*, Paris, Le Seuil, 2015, p. 190-213.

¹⁵³ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, en particulier § 123, 128 et 133.

¹⁵⁴ *Ibidem*, § 152.

la BCE et de la technicité de la matière¹⁵⁵. Certes, la CJUE développe une étude des effets au niveau du test de nécessité et, dans la décision *Weiss* particulièrement¹⁵⁶, un contrôle de proportionnalité *sensu stricto*, c'est-à-dire une pondération des intérêts en présence¹⁵⁷. Cependant, aux yeux des juges de Karlsruhe, cette mise en balance est extrêmement lacunaire et tellement superficielle qu'elle en devient négligeable, dans la mesure où elle ne vise *in fine* que la question de la répartition entre banques centrales de l'Eurosystème des risques de pertes issues d'un éventuel défaut souverain – c'est-à-dire implicitement l'interdiction de solidarité budgétaire entre États membres (article 125 TFUE)¹⁵⁸ – et laisse donc de côté bien d'autres considérations tout aussi importantes relatives notamment aux effets de la mesure sur « la dette publique, l'épargne, les retraites, les prix de l'immobilier, le maintien en vie d'entreprises qui ne sont économiquement plus viables »¹⁵⁹.

De ce fait, l'absence de prise en considération des « effets réels » au moment de l'examen des objectifs de la mesure – qui peut déjà poser question en termes de répartition des compétences – n'est même pas contrebalancée par un contrôle de proportionnalité complet et approfondi de la mesure en termes d'exercice de compétence. Il en ressort, comme l'expose la Cour constitutionnelle fédérale allemande, que « le principe de proportionnalité dans la version appliquée par la CJUE ne peut plus remplir sa fonction corrective visant à protéger les compétences des États membres » et, partant, « vide fondamentalement de sa substance le principe d'attribution »¹⁶⁰.

¹⁵⁵ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, points 24 et 73.

¹⁵⁶ *Ibidem*, points 93 à 99. Dans l'arrêt *Gauweiler*, cette « pondération » est seulement affirmée de manière apodictique : « Il importe de relever que le SEBC a pondéré les différents intérêts en présence de manière à effectivement éviter que puissent se produire, lors de la mise en œuvre du programme considéré, des inconvénients manifestement disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis par celui-ci » (CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, point 91).

¹⁵⁷ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, points 93 à 99.

¹⁵⁸ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 132. Il est à noter que l'appréhension de la question de la répartition des risques de pertes par la CJUE au stade de la proportionnalité et, qui plus est, d'une manière très formelle, n'est pas sans poser de sérieuses difficultés. Comme le relève M. Van Der Sluis, il faut mettre en relation cette problématique de la répartition des risques de pertes avec le rejet par la CJUE de la cinquième question posée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le cadre de ce renvoi préjudiciel : « La Cour constitutionnelle allemande avait soulevé dans son renvoi une question sur la conformité du partage illimité des risques avec les articles 123 et 125 TFUE. En rejetant cette question comme étant hypothétique et en abordant la question du partage des pertes sous l'angle de la proportionnalité, la Cour a apparemment tenté d'éviter un débat constitutionnel épineux et d'approuver l'approche de la BCE dans cette affaire comme étant une solution pragmatique. Le résultat de cette approche est plutôt insatisfaisant, car la motivation de l'absence de partage des pertes touche aux fondements constitutionnels de l'UEM, c'est-à-dire à la répartition des compétences entre l'UE et les États membres, telle que réglementée par les traités de l'UE. En approuvant l'approche de la BCE (...), la CJUE semble approuver la lecture constitutionnelle du mandat de la BCE. Cela serait déjà problématique en soi : les déclarations sur la structure constitutionnelle de l'Union monétaire devraient être exprimées clairement et dûment justifiées. Dans le cas présent, c'est particulièrement problématique, car la position de la BCE, et par conséquent de la CJUE, semble contredire un pilier fondamental de l'affaire *Gauweiler* » (M. VAN DER SLUIS, « Similar, Therefore Different », *op. cit.*, p. 276-277) – à savoir le fait que l'intégrité de la zone euro serait consubstantielle à l'objectif d'unicité de la politique monétaire et que cette intégrité nécessiterait, le cas échéant, une répartition entre banques centrales du SEBC des risques de pertes liées au rachat massif d'obligations souveraines (*ibidem*, p. 277-279). Sur cette question d'une éventuelle mutualisation monétaire indirecte des dettes souveraines, cf. *infra*, section 3.2.

¹⁵⁹ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 139. En ce sens, cf. également S. SIMON, H. RATHKE, « "Simply not comprehensible." Why? », *German Law Journal*, volume 21, n° 5, 2020, p. 950-955.

¹⁶⁰ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 123 et 133. Cf. également *supra*, section 2.1.

L'articulation du raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'est elle-même peut-être pas exempte de toute critique, puisqu'elle ne distingue pas rigoureusement la pondération des effets aux deux stades de la délimitation et de l'exercice des compétences mais entremêle ces deux niveaux, ce qui peut nuire à la compréhension de la problématique en cause. Il apparaît néanmoins que l'argument, avancé par une partie de la doctrine, de la non-compréhension par les juges de Karlsruhe de la distinction entre les principes d'attribution et de compétence se révèle *in fine* quelque peu factice, pour ne pas dire sophistique. L'application du principe de proportionnalité bouleverse bel et bien la répartition des compétences¹⁶¹ et remet par conséquent – au moins partiellement – en question le principe d'attribution. Par ailleurs, le fait d'appliquer qui plus est de manière juridiquement inconséquente ou incohérente¹⁶², en procédant à un contrôle restreint de la proportionnalité des mesures contestées, met en échec l'aspect correctif du principe et aboutit bel et bien, comme le pointe la Cour constitutionnelle fédérale allemande, à conférer *de facto* un certain pouvoir d'auto-habilitation à la BCE¹⁶³ – en contradiction flagrante avec le principe d'attribution¹⁶⁴.

Il est vrai que le raisonnement à géométrie (et à critère) variable de la CJUE au niveau de l'application du principe de proportionnalité, pour *juridiquement* inconséquent qu'il soit, peut néanmoins se révéler *politiquement* cohérent, notamment au regard des théories néo-fonctionnalistes qui pointent, avec le concept d'« effet de levier » (*spillover effect*), la tendance de la CJUE à prendre appui sur le droit de l'UE pour pousser toujours davantage, par des interprétations *extensives* des dispositions en cause, le programme d'intégration (juridique, politique et économique)¹⁶⁵. Dans cette perspective, si un contrôle empirique et étendu des « effets réels » se trouve utile lorsqu'il est appliqué aux mesures nationales – puisqu'il permet de circonscrire celles-ci au profit d'une harmonisation par la mise en concurrence normative des politiques publiques nationales (intégration « négative ») –, il devient avantageux de limiter ce contrôle lorsqu'il est appliqué aux institutions européennes – puisqu'il permet d'élargir leur champ d'action et d'accroître *de facto* leurs compétences pour promouvoir une harmonisation normative délibérée par les institutions de l'UE (intégration « positive »)¹⁶⁶. Toutefois, cette possible explication politique reste complètement irrelevante sur le plan strictement juridique, en particulier au regard du principe fondamental d'attribution des compétences.

¹⁶¹ La balance des pouvoirs entre judiciaire, législatif et exécutif s'en trouve du reste elle-même particulièrement modifiée au profit des juridictions suprêmes (A. STONE SWEET, J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, volume 47, 2008, p. 72-164).

¹⁶² De manière générale, sur cette application juridiquement inconséquente du principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CJUE, cf. également T.-I. HARBO, « The Function of the Proportionality Principle in EU Law », *European Law Journal*, volume 16, n° 2, 2010, p. 158-185.

¹⁶³ En ce sens, cf. également J. NOWAG, « The BVerfG's Proportionality Review in the PSPP Judgment and its Link to Ultra Vires and Constitutional Core: Solange Babel's Tower Has Not Been Finalised », *Lund University Legal Research Paper Series*, n° 1, juin 2020, <https://papers.ssrn.com>.

¹⁶⁴ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 136.

¹⁶⁵ A. STONE SWEET, W. SANDHOLTZ, « European integration and supranational governance », *Journal of European public policy*, volume 4, n° 3, 1997, p. 297-317 ; W. SANDHOLTZ, A. STONE SWEET, « Neo-functionalism and Supranational Governance », in E. JONES, A. MENON, S. WEATHERILL (dir.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 18-33.

¹⁶⁶ Précisons toutefois, d'une part, que ce raisonnement mériterait d'être autrement investigué et étayé pour pouvoir être affirmé de manière plus définitive et, d'autre part, que cette logique *politique* ne peut en tout état de cause constituer qu'une partie de l'explication : nous ne prétendons pas réduire la complexité de la problématique en cause à cette seule grille d'analyse néo-fonctionnaliste.

De ce fait, comme le note le juriste néerlandais Marijn Van Der Sluis – et « malgré les difficultés qu'induisent la position de la Cour constitutionnelle fédérale allemande » –, « la réponse de la CJUE est également décevante. La CJUE rejette l'approche de la Cour constitutionnelle allemande concernant les effets indirects, mais elle ne fournit pas d'autre point de vue sur les effets indirects, ni n'esquisse aucun autre mécanisme permettant de réfuter l'objectif déclaré. La CJUE fonde donc son examen de la nature du PSPP principalement sur son objectif déclaré. En tant que telle, la CJUE ne prend pas au sérieux la possibilité que la BCE poursuive effectivement d'autres objectifs sous le couvert de la poursuite de la stabilité des prix, ou que les effets économiques soient disproportionnés par rapport à l'objectif de politique monétaire. (...) En outre, le malentendu concernant le renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle allemande peut être interprété comme une mauvaise gestion et comme un obstacle à un dialogue judiciaire approprié. Les rôles semblent être inversés par rapport à l'affaire *Gauweiler*, où la Cour constitutionnelle allemande a été accusée d'avoir adopté une approche moins qu'amicale en menaçant de ne pas tenir compte d'une "mauvaise" réponse de la CJUE »¹⁶⁷.

2.2.4. La critique juridico-méthodologique au regard du droit constitutionnel allemand : le caractère *ultra vires* du contrôle *ultra vires*, question de perspectives ?

Constater une potentielle atteinte à la répartition des compétences ne signifie cependant pas que la Cour constitutionnelle fédérale allemande est elle-même habilitée à la censurer. Nous arrivons ainsi au second argument juridico-méthodologique, à savoir le caractère potentiellement *ultra vires* de ce contrôle *ultra vires* opéré par cette Cour¹⁶⁸. Selon la propre jurisprudence de celle-ci, et en particulier les critères *Honeywell*¹⁶⁹, il faut non seulement, au niveau procédural, que la CJUE ait l'occasion d'interpréter les dispositions du droit de l'UE en cause – ce qui nécessite de la saisir par renvoi préjudiciel si elle n'a pu déjà s'exprimer sur l'affaire en cause –, mais également, sur le plan matériel, que la transgression soit « manifeste » et qu'elle implique une « modification d'ordre structurel du système de répartition des compétences ».

Or, pour certains commentateurs, même en admettant que la question de la violation de la répartition des compétences puisse se poser, elle aurait dû nécessiter une seconde question préjudicielle sur les dispositions « méthodologiques » relatives aux principes

¹⁶⁷ M. VAN DER SLUIS, « Similar, Therefore Different », *op. cit.*, p. 272-273

¹⁶⁸ Cf. notamment M. WENDEL, « Paradoxes of Ultra-Vires Review », *op. cit.* ; F. C. MAYER, « Auf dem Weg zum Richterfaustrecht? Zum PSPP-Urteil des BVerfG », *Verfassungsblog*, 7 mai 2020, <https://verfassungsblog.de> ; F. MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande », *op. cit.* ; F. C. MAYER, « To Boldly Go Where No Court Has Gone Before. The German Federal Constitutional Court's ultra vires Decision of May 5, 2020 », *German Law Journal*, volume 21, n° 5, 2020, p. 1116-1127 ; M. GEHRING, « Overview over the German Constitutional Court's troubled relationship with the supremacy of EU Law », University of Cambridge, Center for European Legal Studies, 13 mai 2020, <https://sms.cam.ac.uk> ; S. GEIGER, « Une mise en perspective de l'arrêt "PSPP" de la Cour constitutionnelle allemande : mobilisation du citoyen allemand contre l'intégration européenne ou défense légitime des valeurs constitutionnelles ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 4, 2020, p. 831-854.

¹⁶⁹ BVerfG, *Honeywell*, Arrêt du 6 juin 2010 précité, § 60-61. Cf. *supra*, section 1.1.

de proportionnalité et d'attribution des compétences (article 5 TUE)¹⁷⁰. Surtout, elle ne pourrait guère être qualifiée de « manifeste », que ce soit dans le cas du programme de la BCE ou de la décision de la CJUE. D'une part, au niveau de la violation par la BCE, le fait que l'acte puisse être réparé dans les trois mois irait « à l'encontre du fait qu'il y ait ici une grave violation des compétences au sens des critères *Honeywell* »¹⁷¹. D'autre part, en ce qui concerne la transgression par la CJUE, le raisonnement des juges de Luxembourg serait à tout le moins suffisamment argumenté et explicite pour être « compréhensible » et aucun commentaire doctrinal dans la littérature n'aurait pointé un quelconque défaut méthodologique de la CJUE – ce qui constituerait un indice important que, si défaut il y a, il n'est en tout cas pas « manifeste »¹⁷².

Au surplus, on pourrait considérer que le caractère poreux, sinon évanescent, de la distinction entre politique monétaire et politique économique – et l'on retombe ici sur l'argument praxéologique – impliquerait inévitablement l'impossibilité d'une transgression « manifeste », puisque ce n'est qu'au bout d'un raisonnement économique particulièrement complexe et fastidieux qu'il serait le cas échéant envisageable (et encore, ceci resterait hypothétique) de trancher entre domaine économique et domaine monétaire pour décider de l'institution réellement compétente. Dans ce contexte, si violation de la répartition des compétences il peut y avoir, elle ne pourrait toutefois jamais être flagrante – seulement tout au plus discutable et incertaine. En tout état de cause, le fait même qu'il existe *in casu* des controverses scientifiques au niveau du bien-fondé économique de l'action de la BCE pourrait être un indice que la transgression n'est en l'occurrence pas manifeste. Enfin, même dans l'hypothèse où ce caractère manifeste devrait être constaté, on pourrait encore faire valoir qu'il reste douteux que la transgression implique une « modification d'ordre structurel du système de répartition des compétences », dans la mesure où le mandat de la BCE comprend le soutien aux politiques économiques générales dans l'UE et que ces politiques économiques générales sont certes de la compétence des États membres, mais qu'elles doivent être coordonnées au niveau de l'UE, de sorte que, si même on estime que la BCE outrepassa son mandat en impulsant pour partie les politiques économiques (au lieu de se cantonner à les soutenir), la modification dans la répartition des compétences resterait limitée et non « structurelle ».

Si cet argumentaire possède une force certaine, nous considérons néanmoins que la position inverse, tenue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, est loin d'être dénuée de tout fondement. C'est un truisme de le dire, mais, du point de vue interne à l'ordre constitutionnel allemand, si la LF contient bien, en son préambule et par son article 23, un objectif constitutionnel d'intégration européenne toujours plus poussée, cet objectif n'implique en aucune manière que cette intégration puisse se faire en dehors

¹⁷⁰ C. CALLIESS, « Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages », Doc 19(21)101, 25 mai 2020, www.bundestag.de, p. 8-9.

¹⁷¹ F. C. MAYER, « Das PSPP-Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020. Thesen und Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, Deutscher Bundestag, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union Montag, 25. Mai 2020 », Bundestag, 25 mai 2020, www.bundestag.de, p. 16. Cf. également A. CHAMPSAUR, « Opinion: The German Constitutional Court has fallen into its own trap », *International Financial Law Review*, 15 mai 2020, www.iflr.com ; M. WENDEL, « Paradoxes of Ultra-Vires Review », *op. cit.*, p. 990-991.

¹⁷² F. C. MAYER, « Das PSPP-Urteil des BVerfG vom 5. Mai 2020 », *op. cit.*, p. 14. Il est à noter toutefois que, contrairement à ce qu'affirme Franz C. Mayer, certains auteurs ont pourtant bel et bien pointé certaines contradictions méthodologiques de la CJUE (cf. notamment M. VAN DER SLUIS, « Similar, Therefore Different », *op. cit.* ; M. DAWSON, A. BOBIC, « Quantitative Easing at the Court of Justice », *op. cit.*).

des voies juridiques prévues à cet effet – et cela constitue le fondement logique du contrôle *ultra vires* et de la théorie du « gardien du pont »¹⁷³. S'il faut certes veiller à ce que ce contrôle soit mis en œuvre dans une perspective coopérative, en conformité avec l'ouverture de la LF à l'intégration européenne (*Europa(rechts)freundlichkeit*)¹⁷⁴ – qui implique même de reconnaître à la CJUE un droit à la tolérance aux erreurs¹⁷⁵ –, il faut également, aux yeux des juges de Karlsruhe, que soit donnée une acception suffisamment consistante aux conditions de transgression « manifeste » et de « déplacement structurellement significatif » pour que le contrôle soit effectif.

Dans cette perspective, et contrairement à ce que laissent entendre certaines critiques de l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020, les juges de Karlsruhe considèrent que le caractère « manifeste » de la transgression ne requiert ni l'absence totale d'avis juridique divergent sur la problématique en cause, ni que la violation soit perceptible au premier coup d'œil : « Une transgression de compétence peut également être “manifeste” lorsque cette conclusion résulte d'une interprétation minutieuse et fondée de manière détaillée »¹⁷⁶. Cela peut sembler au premier abord paradoxal – dans la mesure où l'adjectif « manifeste » peut recouvrir le fait d'être visible directement dans son extériorité –, mais ne se révèle pas pour autant incohérent¹⁷⁷. Pour prendre un exemple trivial permettant de saisir cette logique, nous pouvons remarquer qu'il est désormais « manifeste » que la planète Terre est de forme sphérique et qu'elle tourne autour du Soleil, mais ces affirmations ne sont pourtant pas directement perceptibles aux sens et elles ont nécessité un travail particulièrement important d'observations minutieuses, de calculs détaillés et de démonstrations argumentées pour s'imposer comme vérité – sans d'ailleurs que ces évidences ne fassent l'unanimité puisqu'il existe toujours aujourd'hui des défenseurs du géocentrisme ou des adeptes de la théorie de la Terre plate. *Mutatis mutandis*, le constat de la violation manifeste de la répartition des compétences peut résulter, selon la Cour de Karlsruhe, d'une analyse juridico-méthodologique pointue (dans le cas de la décision de la CJUE) ou d'une analyse économique détaillée (pour la balance entre les effets économiques et l'objectif monétaire des mesures de la BCE).

De même, pour le « déplacement structurellement significatif » de compétences au détriment des États membres, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère que cette condition n'implique pas que l'institution ou l'organe de l'UE s'approprie *plusieurs*

¹⁷³ Cf. *supra*, section 1.1.

¹⁷⁴ L'*Europarechtsfreundlichkeit*, déduite de l'objectif constitutionnel d'intégration européenne, a été proclamée dans l'arrêt *Lisbonne* (BVerfG, *Lisbonne*, Arrêt du 30 juin 2009, 2 BvE 2/08, *Recueil BVerfGE* 123, p. 267-437, § 225, 240-241 et 340) et est à la base des conditions de mise en œuvre du contrôle *ultra vires* développées dans l'arrêt *Honeywell* (BVerfG, *Honeywell*, Arrêt du 6 juin 2010 précité, § 58-66). Dans cette décision, les juges utilisent également le terme « *Europafreundlichkeit* » (*ibidem*, § 100) – et c'est ce dernier terme qui est utilisé dans l'arrêt *PSPP II* (BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 112). Sur le sujet, cf. notamment R. STREINZ, « Das Grundgesetz: Europafreundlichkeit und Europafestigkeit: Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts », *Zeitschrift für Politik Neue Folge*, volume 56, n° 4, 2009, p. 467-492 ; D. HANF, « Vers une précision de la *Europarechtsfreundlichkeit* de la Loi fondamentale. L'apport de l'arrêt “rétention des données” et de la décision *Honeywell* du BVerfG », *Cahiers de droit européen*, n° 3, 2010, p. 515-549.

¹⁷⁵ BVerfG, *Honeywell*, Arrêt du 6 juin 2010 précité, § 66 ; BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 112.

¹⁷⁶ *Ibidem*, § 113.

¹⁷⁷ Remarquons d'ailleurs que c'est le terme allemand « *offensichtlich* » (littéralement « potentiellement (-lich) ouvert (*offen*) à la vue (*Sicht*) ») qui est utilisé et non, par exemple, « *selbstverständlich* » (littéralement « compréhensible (*verständlich*) par soi-même (*selbst*) »), traduit généralement par « évident » ou « qui va de soi ».

compétences supplémentaires ou la *totalité* d'une compétence jusqu'à en déposséder les États membres, mais bien que la violation de la répartition des compétences engendre à tout le moins un basculement du centre de gravité des pouvoirs vers les institutions de l'UE. D'après le § 110 de l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020, il existe en effet un tel déplacement structurellement significatif (*strukturell bedeutsamen Verschiebung*) lorsque la transgression des compétences se révèle d'une importance considérable (*erheblich ins Gewicht fallen*) pour le principe d'attribution (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) et pour le caractère contraignant des lois inhérent au principe de l'État de droit (*rechtsstaatliche Gesetzesbindung*) – ce qui est particulièrement le cas lorsque l'exercice de cette compétence par les institutions de l'UE nécessiterait un amendement des traités¹⁷⁸.

Il faut relever que, si cette « importance considérable » est donc partiellement objectivée – dans la mesure où elle semble être liée à l'exigence de révision des traités –, elle présuppose néanmoins toujours une part subjective, en ce sens que l'attribution (ou non) d'une certaine compétence peut se révéler plus cruciale pour un État que pour un autre. Or, avec la distinction entre la politique monétaire « fédéralisée » – impulsée par une institution indépendante au mandat (monétariste) strictement délimité – et les politiques économiques maintenues au niveau national quoique sous supervision européenne – pour garantir une mise en concurrence et une disciplinarisation des politiques fiscales et budgétaires des États membres par le marché –¹⁷⁹, nous sommes précisément dans le cas d'une répartition des compétences dont l'importance s'est révélée (et se révèle toujours) fondamentale pour certains États, au premier rang desquels se trouve justement la République fédérale d'Allemagne¹⁸⁰.

Considérer que les auteurs du traité n'ont ainsi pas voulu créer une séparation étanche entre politique monétaire et politique économique pour la seule raison que la BCE se voit attribuer un objectif secondaire de soutien aux politiques économiques générales dans l'UE¹⁸¹ apparaît par conséquent particulièrement épineux et en contradiction avec certaines des conditions initiales d'adhésion de la République fédérale allemande telles que formulées dans l'arrêt *Maastricht*¹⁸². Qu'il puisse exister un chevauchement (limité) dans la répartition des compétences entre institutions de l'UE et États membres n'implique aucunement que le critère distinctif entre ces compétences se voie lui-même brouillé

¹⁷⁸ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 110. La Cour constitutionnelle fédérale allemande précise à cet égard que les organes constitutionnels ont une latitude politique assez large dans la manière de réagir aux mesures *ultra vires* et que cela peut consister en une légitimation rétroactive de cette transgression par le fait d'initier une modification du droit primaire en vue de transférer explicitement la compétence actuellement usurpée (dans le respect de l'identité constitutionnelle) (*ibidem*, § 109).

¹⁷⁹ Cf. notamment G. GRÉGOIRE, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire », *op. cit.* ; C. ROMMERSKIRCHEN, « Debt and Punishment: Market Discipline in the Eurozone », *New Political Economy*, volume 20, n° 5, 2015, p. 752-782.

¹⁸⁰ Cf. notamment K. H. F. DYSON, K. FEATHERSTONE, *The Road to Maastricht: Negotiating economic and monetary union*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Pour un exemple topique de la position allemande dans la crise des dettes souveraines, cf. également les prises de position du ministre des Finances Wolfgang Schäuble, notamment lors du Brussels Economic Forum de 2011 (W. SCHÄUBLE, « A Comprehensive Strategy for the Stabilization of the Economic and Monetary Union », Brussels Economic Forum, Bruxelles, 18 mai 2011, <https://ec.europa.eu>) ou dans diverses contributions écrites (W. SCHÄUBLE, « Staatsfinanzen in der Eurozone: Ansätze zur Bewältigung der aktuellen Herausforderungen », *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften / Journal for Comparative Government and European Policy*, volume 9, n° 3, 2011, p. 301-304).

¹⁸¹ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 60.

¹⁸² BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité, § 147-154. Cf. *infra*, section 3.1.1.1.

ou doit être considéré comme relatif. En l'occurrence, reconnaître à la BCE un objectif *secondaire* de soutien aux politiques économiques générales dans l'UE n'implique pas qu'il puisse être juridiquement considéré que la délimitation entre politique monétaire et politique économique est évanescence (confiant ainsi *de facto* à la BCE une large marge de manœuvre en matière de politique économique). Au contraire, cela peut être lu *a contrario* – en particulier à la lumière de l'architecture du traité – comme une réaffirmation du caractère monétariste et restreint de son mandat et, partant, comme une confirmation de la claire distinction entre ces deux champs « économique » et « monétaire » (ainsi que semble le reconnaître la CJUE dans l'affaire *Gauweiler*)¹⁸³.

Si, à l'inverse, la BCE utilise donc ses instruments « monétaires » pour influencer les marchés ou pour poursuivre et imposer son propre agenda de politique économique – autrement dit, si elle se place comme *architecte* et non plus comme simple « soutien » des politiques économiques générales (disciplinaires) dans l'UE¹⁸⁴ –, c'est la charpente même de toute la répartition des compétences au sein de l'UEM qui se trouve ébranlée. Il est par conséquent nécessaire, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, de procéder à un examen approfondi de la mesure et de ses effets pour vérifier dans quel domaine (monétaire ou économique) doit être classé le PSPP, afin de s'assurer, le cas échéant à l'issue d'un raisonnement substantiel, de l'absence de transgression « manifeste » de la répartition des compétences. Dans le cas contraire, c'est à une délimitation particulièrement importante des compétences qu'il serait porté atteinte, et il s'ensuivrait alors un déplacement structurellement significatif des pouvoirs au bénéfice des institutions de l'UE et au détriment des États membres, en violation du principe d'attribution.

Ces considérations peuvent apparaître particulièrement alambiquées, mais le raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'en conserve pas moins une cohérence certaine. Car nous retombons ici sur la critique particulièrement décisive des juges de Karlsruhe, qui, à notre connaissance, n'a jusqu'ici trouvé aucun contre-argument probant : le contrôle particulièrement restreint opéré par la CJUE, tant au stade de la détermination des compétences que du contrôle de proportionnalité, confère *de facto* à la BCE une certaine compétence d'autodéterminer sa compétence, donc une *Kompetenz-Kompetenz*, fût-elle limitée.

2.2.5. La critique institutionnelle : l'atteinte à l'indépendance des banques centrales au nom de l'indépendance des banques centrales ?

Toutefois, certains opposent une dernière critique, d'ordre *institutionnel* cette fois, contre la volonté des juges de Karlsruhe d'opérer un contrôle juridictionnel strict du respect du mandat de la BCE : ce contrôle porterait atteinte à l'indépendance des banques centrales

¹⁸³ Cf. *supra*, note 119. Dans cette interprétation stricte, voire restrictive, le « soutien » de la BCE aux politiques économiques générales consiste donc à s'assurer du bon fonctionnement des mécanismes de marché (qui requiert une stabilité des prix) pour permettre la disciplinarisation, par les marchés, des finances publiques et des politiques économique-budgétaires et fiscales des États membres.

¹⁸⁴ Cf. *supra*, note 34.

consacrée par les traités (articles 130 et 282, § 3, TFUE)¹⁸⁵ et défendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dès son arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993¹⁸⁶. Il est en effet reproché aux juges de Karlsruhe de développer un raisonnement paradoxal, dans la mesure où, d'un côté, ils réclament ce contrôle juridictionnel strict en raison de – et *en défense de*¹⁸⁷ – l'indépendance de la BCE et du SEBC¹⁸⁸, mais où, de l'autre côté, ce contrôle réduirait justement cette indépendance. Non seulement ils substituent leur propre examen de la proportionnalité du programme à celui de la BCE¹⁸⁹, mais ils exigent du *Bundestag* et du gouvernement fédéral allemand de s'opposer, si besoin, aux politiques de la BCE¹⁹⁰ et, surtout, ils somment directement la *Bundesbank* de ne plus participer au programme sans justification du Conseil des gouverneurs de la BCE dans les trois mois, ce qui équivaut du coup à enjoindre indirectement à ce dernier de se justifier¹⁹¹. De cette façon, la Cour constitutionnelle fédérale allemande émettrait elle-même des instructions à la *Bundesbank* et à la BCE et, qui plus est, pousserait d'autres organes constitutionnels allemands (le parlement et le gouvernement) à tenter d'influencer la BCE, en mépris flagrant des articles 130 et 282, § 3, TFUE, mais également de l'article 88 LF (qui consacre également cette indépendance) et de sa propre jurisprudence¹⁹².

¹⁸⁵ Cf. notamment F. MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande », *op. cit.* ; M. WENDEL, « Paradoxes of Ultra-Vires Review », *op. cit.*, p. 983 ; P. BOFINGER *et al.*, « The Independence of the Central Bank at Risk », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29 mai 2020, www.bruegel.org ; S. POLI, R. CISOTTA, « The German Federal Constitutional Court's Exercise of Ultra Vires Review and the Possibility to Open an Infringement Action for the Commission », *German Law Journal*, volume 21, n° 5, 2020, p. 1084-1085 ; F. C. MAYER, « Auf dem Weg zum Richterfaustrecht? », *op. cit.* ; C. CALLIÈS, « Schriftliche Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages », *op. cit.* ; M. WAIBEL, « Meaning of the judgment for the independence of the Bundesbank and the ECB », University of Cambridge, Center for European Legal Studies, 13 mai 2020, <https://sms.cam.ac.uk>.

¹⁸⁶ BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité, § 153-154. Sur les raisons de cette défense de l'indépendance de la BCE par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, cf. *infra*, section 3.1.1.1.

¹⁸⁷ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 161.

¹⁸⁸ Qui, pour justifiée qu'elle serait d'un point de vue scientifique selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande (cf. *infra*, section 3.1.1.1), n'en constitue pas moins une exception au principe démocratique (article 20, alinéas 1 et 2, LF), lui-même protégé constitutionnellement par la « clause d'éternité » de la LF (article 79, alinéa 3, LF).

¹⁸⁹ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 165-175.

¹⁹⁰ *Ibidem*, § 232 : « Dans la mesure où la BCE n'a pas démontré que le PSPP est proportionné à l'objectif poursuivi, ce dernier constitue un acte *ultra vires*, et le gouvernement fédéral et le *Bundestag* sont tenus en vertu de leur responsabilité dans le cadre du processus d'intégration européenne d'agir pour que la BCE procède à un examen du PSPP à l'aune du principe de proportionnalité. [La Cour constitutionnelle fédérale] a déjà constaté que l'indépendance de la BCE et l'indépendance de la *Bundesbank* (articles 130 et 282 TFUE ; article 88, 2^e phrase, LF) ne font pas obstacle à une telle obligation. Le gouvernement fédéral et le *Bundestag* doivent manifester clairement leur position juridique à l'encontre de la BCE ou veiller d'une autre manière à ce que soit rétabli un état des faits conforme aux traités ».

¹⁹¹ *Ibidem*, § 235 : « Dès lors, il est interdit à la *Bundesbank*, passé un délai d'au plus trois mois nécessaire pour la coordination au sein de l'Eurosystème, de concourir, en procédant à des achats augmentant les stocks d'obligations détenues ou encore en participant à une nouvelle augmentation du volume des achats mensuels, à la mise en œuvre et à l'exécution de la décision (UE) 2015/774, des décisions (UE) 2015/2101, (UE) 2105/ 2464, (UE) 2016/702 et (UE) 2017/100 qui l'ont modifiée, ainsi que de la décision du 12 septembre 2019, si le Conseil des gouverneurs de la BCE ne procède pas, au moyen d'une nouvelle décision, à une démonstration claire établissant que les effets économiques et budgétaires entraînés par le PSPP ne sont pas disproportionnés par rapport aux objectifs de politique monétaire poursuivis par ce dernier. Sous la même condition, la *Bundesbank* est tenue de veiller à ce que soit procédé à une réduction des stocks d'obligations harmonisée et située sur le long terme ».

¹⁹² BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité, § 153-154. Cf. *supra*, section 1.1.

Il est tout d'abord à noter que la Cour constitutionnelle fédérale allemande est effectivement un « organisme » au sens de l'article 130 TFUE¹⁹³ et que, par sa décision, elle émet bel et bien des « instructions » et cherche à « influencer » la BCE – la République fédérale d'Allemagne s'exposant dès lors à une procédure pour infraction au regard du droit européen¹⁹⁴. Mais cela n'est valable que du point de vue des traités européens qui, en droit interne, restent en revanche soumis à l'identité constitutionnelle de la LF et, donc, à la juridiction de la Cour de Karlsruhe¹⁹⁵. Entre cette identité constitutionnelle et une disposition de droit européen, fût-il primaire, il est conceptuellement logique, d'un point de vue strictement interne, que la Cour constitutionnelle fasse prévaloir la première sur la seconde.

Plus décisive apparaît alors la question de la contradiction des juges de Karlsruhe avec la LF et avec leur propre jurisprudence relative à l'indépendance des banques centrales. Or il faut bien admettre, à cet égard, qu'« indépendance » ne signifie pas omnipotence ou souveraineté ; et les institutions dites « indépendantes » n'en restent pas moins soumises à des limites juridiques garanties juridictionnellement. L'article 88 LF, qui consacre cette indépendance du banquier central, se trouve certes sous la protection de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, mais il s'insère néanmoins dans l'architecture de la LF et dans l'édifice jurisprudentiel développé par les juges de Karlsruhe autour de cette loi fondamentale¹⁹⁶. Et il semble alors difficile de parler de contradiction de la Cour constitutionnelle fédérale allemande avec ses normes de références et sa propre jurisprudence. On peut en effet interroger les prémisses sur lesquelles repose cette jurisprudence¹⁹⁷ mais, une fois ces prémisses posées, le raisonnement juridique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande apparaît au contraire, depuis l'arrêt *Maastricht*¹⁹⁸ et en passant par l'affaire *OMT*¹⁹⁹, d'une cohérence et d'une constance assez remarquables.

Dès l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993, les juges de Karlsruhe ont en effet insisté sur la nécessité de prévenir l'extension graduelle de compétences des institutions de l'UE²⁰⁰. Et cette déclaration suit directement l'affirmation selon laquelle l'indépendance des banques centrales constituait une restriction et une *modification* du principe démocratique qui, pour valables qu'elles soient au regard de la LF, ne l'étaient précisément que pour autant que la compétence de politique monétaire autonomisée et confiée à la BCE ne soit pas

¹⁹³ Cette disposition est rédigée comme suit : « Dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés par les traités et les statuts du SEBC et de la BCE, ni la Banque centrale européenne, ni une banque centrale nationale, ni un membre quelconque de leurs organes de décision ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions, organes ou organismes de l'Union, des gouvernements des États membres ou de tout autre organisme. Les institutions, organes ou organismes de l'Union ainsi que les gouvernements des États membres s'engagent à respecter ce principe et à ne pas chercher à influencer les membres des organes de décision de la Banque centrale européenne ou des banques centrales nationales dans l'accomplissement de leurs missions » (article 130 TFUE).

¹⁹⁴ Cf. notamment S. POLI, R. CISOTTA, « The German Federal Constitutional Court's Exercise of Ultra Vires Review and the Possibility to Open an Infringement Action for the Commission », *op. cit.*

¹⁹⁵ On ne se retrouve donc ici que dans un cas particulier de la problématique plus générale du conflit de suprématie entre ordres juridiques distincts quoiqu'imbriqués (cf. *supra*, section 1.1).

¹⁹⁶ De même, l'article 130 TFUE est à lire en relation avec le mandat de la BCE (article 119 et 127 TFUE) et n'implique pas que la BCE se trouve hors de portée d'éventuelles « instructions » de la CJUE – pourtant elle-même institution de l'UE – relatives au respect de son mandat par la BCE (CJUE, *Commission v. BCE* (aussi appelé *OLAF*), Arrêt du 10 juillet 2003, C-11/00 (ECLI:EU:C:2003:395)).

¹⁹⁷ Cf. *infra*, section 3.1.1.1.

¹⁹⁸ BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité.

¹⁹⁹ BVerfG, *OMT II*, Arrêt du 21 juin 2016 précité.

²⁰⁰ BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité, § 155-163.

étendue à d'autres domaines politiques²⁰¹ – y compris donc aux domaines économique, budgétaire et fiscal. Cette position a ensuite été qualifiée, dans la décision de renvoi préjudiciel lors de l'affaire *OMT*, de « fondement constitutionnel de l'adhésion de l'Allemagne à l'Union monétaire et du transfert de compétences à la BCE »²⁰². Rappelant que « le consentement constitutionnel à l'indépendance d'une Banque centrale européenne est cependant limité au domaine d'une politique monétaire prioritairement axée sur la stabilité et ne peut être transféré à d'autres domaines politiques »²⁰³, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a alors précisé, dans cette même ordonnance de renvoi *OMT*, que « l'indépendance de la BCE n'exclut pas le contrôle juridictionnel dans la définition de ses pouvoirs », dans la mesure où « il ne serait pas compatible avec le principe d'attribution des compétences (article 5, § 2, du TUE) qu'une institution de l'UE puisse déterminer elle-même les compétences qui lui sont conférées » – de sorte que « la délimitation des compétences de la BCE ne peut pas être exempte de contrôle juridictionnel, parce qu'autrement la BCE aurait la possibilité d'étendre ses propres compétences à volonté »²⁰⁴. Or la Cour de Karlsruhe a déjà estimé, dans son arrêt définitif relatif au programme *OMT*, que la CJUE n'avait pas répondu à ce « problème [selon lequel] l'indépendance accordée à la BCE (article 130 TFUE) entraîne une réduction sensible de la légitimité démocratique de ses actions et devrait donc donner lieu à une interprétation restrictive et à un contrôle juridictionnel particulièrement strict de son mandat »²⁰⁵.

Dans l'affaire *PSPP*, la Cour constitutionnelle fédérale allemande maintient donc sa position de principe et sanctionne son non-respect par la Cour de Luxembourg. Il est

²⁰¹ « Une autonomisation (*Verselbständigung*) de la politique monétaire placée sous la compétence régaliennne (*Hoheitskompetenz*) – qui ne peut être étendue à d'autres domaines politiques (*die sich nicht auf andere Politikbereiche übertragen läßt*) – d'une Banque centrale européenne indépendante remplit les exigences constitutionnelles suivant lesquelles le principe démocratique peut être modifié » (BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité, § 154, *in fine*; nous soulignons). Il est à noter que la traduction littérale du terme « *Hoheitskompetenz* » est « compétence souveraine » ou « compétence de souveraineté », mais peut également recouvrir l'idée de « compétence publique » ou « compétence du domaine public ». En l'occurrence, nous privilégions la traduction « compétence régaliennne », qui permet selon nous de mieux restituer l'ambivalence du terme « *Hoheitskompetenz* », en renvoyant à l'idée d'un domaine d'attributions d'une importance politique et juridique particulièrement fondamentale pour l'autorité publique, sans toutefois nécessairement impliquer le concept juridique de « souveraineté » au sens le plus éminent. Sur les difficultés de traduction du terme « *Hoheit* » et de ses dérivés (*Hoheitsrecht(e)*, *Hoheitsgewalt*, etc.), cf. notamment R. BIEBER, « La perception allemande de la notion de souveraineté », *L'Europe en formation*, n° 2, 2013, p. 61-77; H. MOSLER, « Die Übertragung von Hoheitsgewalt », in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, op. cit., p. 599-646. Dans sa traduction française de l'arrêt *Maastricht*, Ingo Winkelmann restitue pour sa part le passage cité dans les termes suivants : « Dès lors, le fait de confier la conduite à titre autonome de la politique monétaire à la compétence, relevant de la souveraineté, d'une Banque centrale européenne indépendante, sans possibilité de transposition à d'autres domaines politiques, satisfait aux exigences constitutionnelles auxquelles est subordonnée une modification du principe de démocratie » (I. WINKELMANN, « Übersetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993. Französische Fassung », in *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993. Dokumentation des Verfahrens mit Einführung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 746). Cependant, nous avons opté pour une autre traduction, afin de maintenir la traduction de « *Hoheitskompetenz* » par « compétence régaliennne » et d'exprimer le concept de « *Verselbständigung* » par celui d'« autonomisation », qui restitue nous semble-t-il mieux l'idée de mouvement, de processus, qui sous-tend ce néologisme.

²⁰² BVerfG, *OMT I*, Ordonnance de renvoi préjudiciel du 14 janvier 2014 précitée, § 32. Elle fait d'ailleurs explicitement référence à BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité, § 153-154.

²⁰³ BVerfG, *OMT I*, Ordonnance de renvoi préjudiciel du 14 janvier 2014 précitée, § 59, *in fine*.

²⁰⁴ *Ibidem*, § 60.

²⁰⁵ BVerfG, *OMT II*, Arrêt du 21 juin 2016 précité, § 187.

évident que cette position ne va pas sans mettre en tension l'indépendance de la BCE, puisqu'elle implique le cas échéant de limiter son action. Mais cette mise en tension ne constitue que le reflet du danger qu'induit cette indépendance pour le principe démocratique (et la souveraineté étatique). Loin de se contredire, la Cour de Karlsruhe affronte précisément cette tension pour en proposer une solution juridique qui, pour imparfaite que l'on puisse considérer qu'elle soit²⁰⁶, permet à tout le moins de concilier l'indépendance de la BCE avec le nécessaire contrôle de la répartition des compétences – et le refus corrélatif d'un transfert, fût-il latent et graduel (ou « rampant », selon ses termes²⁰⁷), de la *Kompetenz-Kompetenz* à une institution de l'UE.

2.3. CONCLUSION

Comme nous le voyons à travers cette discussion des critiques opposées à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les juges de Karlsruhe ne sont pas sans arguments solides à l'appui de leurs positions et de leurs raisonnements *juridiques*. Cela ne signifie bien sûr pas que ceux-ci soient purement objectifs et axiologiquement neutres. D'une part, le contenu du droit européen est lui-même idéologiquement situé, car articulé autour d'une logique économique particulière²⁰⁸. D'autre part, loin de se

²⁰⁶ Notamment au regard du principe démocratique justement, puisque la Cour constitutionnelle fédérale allemande fait elle aussi partie des institutions indépendantes *et non majoritaires* (qui peuvent être définies comme « les entités gouvernementales qui (a) possèdent et exercent un certain pouvoir public spécialisé, distinct de celui des autres institutions, mais (b) ne sont ni directement élues par le peuple, ni directement gérées par des mandataires élus » (« *those governmental entities that (a) possess and exercise some grant of specialised public authority, separate from that of other institutions, but (b) are neither directly elected by the people, nor directly managed by elected officials* » : M. THATCHER, A. S. SWEET, « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *West European Politics*, volume 25, n° 1, 2002, p. 2). Il est donc quelque peu kafkaïen que ce soit au nom de ce principe démocratique que les juges de Karlsruhe reprochent à une autre institution indépendante et non majoritaire (la CJUE) de ne pas suffisamment contrôler un troisième organe indépendant et non majoritaire (la BCE) – et qu'ils enjoignent dès lors à des institutions élues (*Bundestag*) ou contrôlées par ces institutions élues (gouvernement fédéral allemand) d'agir pour faire respecter ce mandat (cf. en ce sens S. ADALID, « Les actes de la BCE face à la justice constitutionnelle allemande », *op. cit.*). Mais ce « paradoxe démocratique » est consubstantiel à tout ordre juridique qui consacre le principe démocratique tout en instituant une juridiction suprême chargée de contrôler les décisions du législateur élu (M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 113-137). En tout état de cause, se contenter de critiquer le « paradoxe démocratique » de la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour mieux défendre l'indépendance de la BCE – donc sans s'engager dans un questionnement plus large sur l'avènement de toute institution non majoritaire expertale (y compris de la BCE) – relève de l'inconséquence, sinon du sophisme.

²⁰⁷ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 156.

²⁰⁸ F. LORDON, *Les quadratures de la politique économique*, *op. cit.* ; M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union », *op. cit.* ; R. COLLIAT, « Généalogie critique de la gouvernance macroéconomique européenne », in F. SNYDER, A. SONNTAG, W. SHEN (dir.), *La main visible / The visible hand*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 293-340 ; M. CARON, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 2, 2016, p. 557-595 ; F. MARTUCCI, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *op. cit.* ; C. MONGOUACHON, « Entre théories économiques et volonté politique, la constitution monétaire de l'Union en débat », in T. PERROUD, G. KALFÈCHE, M. RUFFERT (dir.), *L'avenir de l'UEM : une perspective franco-allemande*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2018, p. 75-110 ; G. GRÉGOIRE, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire », *op. cit.*

borner à contrôler les mesures en cause à l'aune de ce droit économique substantiel, les juges de Karlsruhe endossent ces théories économiques à un niveau supérieur : ils les intériorisent et les verrouillent pour en tirer alors certaines conclusions politiques d'une importance potentiellement fondamentale pour l'avenir du projet d'intégration économique. Autrement dit, derrière un raisonnement juridique robuste affleure une certaine *Wirtschaftsanschauung*, un certain référentiel économique²⁰⁹ qui sous-tend son analyse juridique et la prédétermine. Et c'est cette dernière qu'il s'agit d'appréhender et de restituer pour pleinement saisir les implications de cette décision.

²⁰⁹ Nous empruntons le terme « référentiel » à Frédéric Lordon, pour qui « un référentiel est une matrice théorico-idéologique. Il consiste d'abord en l'ensemble des contenus discursifs à la fois positifs et prescriptifs dont sont constitués le modèle du monde dominant et la norme de politique économique qui en est tirée. Le référentiel est donc l'ensemble des éléments constitutifs d'un corps de doctrine résumant le "fonctionnement de l'économie" ». L'auteur ajoute par ailleurs : « Le terme est employé ici en un sens très proche – même si la correspondance n'est pas parfaite – de celui que lui ont donné certains politologues (cf. entre autres [B. JOBERT, P. MULLER, *L'État en action. Politiques publiques et corporatismes*, Paris, Presses universitaires de France, 1987 ; A. FAURE, G. POLLET, P. WARIN (dir.), *La construction du sens dans les politiques publiques : débats autour de la notion de référentiel*, Paris, L'Harmattan, 1995]). Avec un peu plus d'audace, on se serait pourtant volontiers laissé tenter par l'aventure du néologisme pour nommer *idéognosis* cette construction institutionnelle. Il y a en effet dans la racine *gnomè* l'idée d'une représentation du monde mais dont la modalité est relativement sous-spécifiée, quoique présentant un biais en direction de l'opinion et de la croyance. (...) Il y a aussi dans *idéognosis* une proximité intéressante avec le mot français – idéologie – qui aurait en fait assez idéalement correspondu à l'effet recherché n'eût été le risque que fait courir sa polysémie » (F. LORDON, « Les apories de la politique économique à l'époque des marchés financiers », *op. cit.*, p. 161 ; repris dans F. LORDON, *Les quadratures de la politique économique*, *op. cit.*, p. 168-169). Cf. également P. MULLER, « Référentiel », dans L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT, P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, p. 555-562.

3. L'ÉMERGENCE DU LIBÉRALISME NÉO-CLASSIQUE COMME RÉFÉRENTIEL ÉCONOMIQUE DE LA COUR DE KARLSRUHE

Pour bien cerner la portée idéologique du raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il faut faire la part des choses entre, d'une part, l'imprégnation idéologique spécifique du droit (primaire et secondaire) de l'UE et, d'autre part, les postulats, croyances et certitudes économiques propres aux juges de Karlsruhe. Si l'on peut en effet difficilement reprocher à une juridiction suprême de raisonner de manière exégétique à l'intérieur du cadre juridique qu'elle est censée garantir – et, partant, du référentiel (économique, politique, etc.) que consacre ce cadre juridique –, il nous semble en revanche permis d'interroger l'éventuelle *objectivation* et *naturalisation*, par les juges, des théories qui sous-tendent ce référentiel. C'est pourtant ce que donne à voir l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 – et, plus généralement, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relative à l'UEM –, puisque non seulement cette Cour intériorise les thèses néo-classiques comme vérités scientifiques objectivement démontrées (3.1), mais, par répercussion, elle en tire également des conséquences juridiques d'une importance fondamentale pour l'avenir du projet d'intégration européenne, notamment au niveau du rejet de toute « mutualisation monétaire » des dettes publiques (3.2).

Précisons que les termes « objectivation » et « naturalisation » renvoient ici à la conception d'une partie des spécialistes de la science économique qui se réfèrent explicitement ou implicitement, sur la base de postulats non pas consentis en tant qu'hypothèses scientifiques (par définition toujours falsifiables) mais admis comme vérités irréfutables, à une objectivité et une naturalité intrinsèque des principes et régularités qu'ils prétendent avoir dégagés²¹⁰. L'« objectivation » et la « naturalisation » consistent alors ici, pour un organe juridique, à endosser et intérioriser certaines théories économiques comme vérités *objectives* – sinon comme lois *naturelles* – qui préexisteraient à l'organisation sociale de la société et, en l'occurrence, à sa structure juridique et à son ordre politique.

²¹⁰ Cf. notamment F. MUNIESA, « The Problem with Economics: Naturalism, Critique and Performativity », in I. BOLDYREV, E. SVETLOVA (dir.), *Enacting Dismal Science. New Perspectives on the Performativity of Economics*, New York, Palgrave Macmillan, 2016, p. 109-129 ; B. MARIS (dir.), « La légitimation du discours économique », *Sciences de la Société*, n° 55, 2002.

3.1. L'ENDOSSEMENT ET L'INTÉRIORISATION DU RÉFÉRENTIEL NÉO-CLASSIQUE PAR LA COUR DE KARLSRUHE

Lorsque l'on examine plus en détail certains raisonnements économiques explicitement développés, force est en effet de constater que les juges de Karlsruhe analysent l'économie à travers un prisme libéral néo-classique extrêmement marqué, défendant une conception du marché comme instance de *véridiction* et de *disciplinarisation* des États membres au sein de l'UEM. Nous entendons ici par « véridiction » du marché la capacité de celui-ci d'énoncer, à travers la formation d'un *prix* issu du fonctionnement des mécanismes concurrentiels (supposés naturels) du marché, la *valeur intrinsèque et objective* de l'objet échangé sur ledit marché – autrement dit, d'en dégager sa « vérité » essentielle (le prix) par le fonctionnement « naturel » du marché²¹¹. Appliquée au cas particulier des États au sein de l'UEM, cette véridiction du marché se comprend alors comme la capacité du marché d'exprimer la valeur objective d'un État (c'est-à-dire sa situation économique et financière censément objective) à travers la formation du prix de ses titres de dette publique (c'est-à-dire des taux d'intérêt exigés en contrepartie de ses obligations souveraines), elle-même issue de l'application des mécanismes concurrentiels (supposés naturels) des marchés financiers. Considérés comme intrinsèquement vrais (car émanant d'un hypothétique fonctionnement naturel du marché), ces prix servent alors d'étalon à l'aune duquel juger de la plus ou moins grande rationalité des politiques économiques *sensu lato* adoptées par les États. En ce qu'ils sont censés véhiculer la valeur objective de l'État par rapport à un standard hypothétique implicite (une situation économique et financière correspondant au taux d'intérêt nul, voire négatif), les taux d'intérêt des titres de dette publique sont donc censés être porteurs à la fois d'un jugement de fait (sur la situation objective de l'État) – c'est la fonction de *véridiction* du marché – et d'une injonction à entreprendre des réformes économiques entendues *sensu lato* (censées amener l'État à une situation économique correspondant à des taux d'intérêt inférieurs, voire nuls ou négatifs) – c'est la fonction de *disciplinarisation* par le marché.

Cette grille d'analyse idéologiquement située, pour manifester qu'elle apparaisse dans l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 (3.1.2), était cependant déjà perceptible à travers diverses positions adoptées à l'occasion des premiers arrêts de la jurisprudence constitutionnelle allemande relative à l'UEM (3.1.1).

3.1.1. L'amorce des positions libérales néo-classiques dans la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe relative à l'UEM

Au sein de la jurisprudence constitutionnelle allemande relative à l'UEM, l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993 et l'ordonnance de renvoi préjudiciel du 14 janvier 2014 dans l'affaire *OMT* donnent deux illustrations particulièrement révélatrices du référentiel libéral néo-classique qui fonde les raisonnements juridiques de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Dans le premier cas, c'est la justification « scientifique » de l'indépendance des

²¹¹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, 2004, p. 18-25 et p. 32-35.

banques centrales qui témoigne d'une imprégnation du discours économique néo-classique (d'ascendance monétariste) (3.1.1.1). Dans le second, c'est la compréhension conceptuelle de ce que représentent les taux d'intérêt qui trahit une conception du fonctionnement du marché que l'on peut rapprocher des travaux de l'économiste et philosophe britannique d'origine autrichienne Friedrich Hayek (3.1.1.2).

3.1.1.1. L'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993 : la justification « scientifique » de l'indépendance des banques centrales ou l'endossement juridique des arguments monétaristes

Si nous avons pointé, en conclusion de notre analyse juridique de la décision commentée, la part de logique structurelle qui conditionne la mise en tension entre la défense de l'indépendance des banques centrales et la revendication d'un contrôle juridictionnel strict de son mandat au nom du principe démocratique²¹², encore faut-il préciser sur quoi se fonde la prise de position en faveur de l'autonomisation d'une politique monétaire confiée à une banque centrale *indépendante* au mandat prioritairement orienté vers la stabilité des prix. À cet égard, l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993 offre une réponse particulièrement explicite et il n'apparaît dès lors pas même nécessaire de développer des hypothèses interprétatives plus ou moins complexes quant aux postulats économiques implicites de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ; elles se laissent saisir de manière précise dans la formulation des arguments utilisés pour justifier économiquement et politiquement l'indépendance de la BCE, et spécialement dans les deux paragraphes suivants de la décision.

« Les possibilités du *Bundestag* et, partant, des électeurs d'influencer l'exercice des compétences (*Hoheitsrechten*) par les institutions européennes disparaissent, il est vrai, presque entièrement dans la mesure où la BCE se voit octroyer l'indépendance vis-à-vis de la Communauté européenne et des États membres (article 107 du traité CE [actuel article 130 TFUE]). Un domaine politique essentiel, qui, par le biais de la valeur de l'argent, sous-tend la liberté individuelle et, par le biais de la masse monétaire, détermine également les finances publiques et les domaines politiques qui en dépendent, se trouve soustrait au pouvoir de direction des titulaires de la souveraineté (*Weisungsbefugnis von Hoheitsträgern*) et, du même coup – sauf modification du traité –, au contrôle du législateur sur les divers domaines d'attributions et moyens d'action. L'autonomisation (*Verselbständigung*) de la plupart des fonctions de politique monétaire sous la compétence d'une banque centrale indépendante soustrait certaines prérogatives régaliennes et souveraines de l'État (*staatliche Hoheitsgewalt*) de la responsabilité directe du parlement national ou supranational afin de mettre les questions monétaires (*Währungswesen*) hors de portée des groupes d'intérêt et des titulaires de mandats politiques intéressés à une réélection.

Si cette restriction de la légitimation démocratique émanant des électeurs dans les États membres affecte le principe de démocratie, elle est toutefois compatible, en tant que modification de ce principe prévue à l'article 88, 2^e phrase, LF, avec l'article 79, § 3, LF [c'est-à-dire la clause d'éternité interdisant notamment toute atteinte, fût-ce par le pouvoir constituant dérivé, au principe démocratique]. Le complément apporté

²¹² Cf. *supra*, section 2.2.5.

à l'article 88 LF dans la perspective de l'Union européenne permet un transfert de compétences de la *Bundesbank* à une banque centrale européenne, dès lors que celle-ci répond aux "critères rigoureux du traité de Maastricht et des statuts du SEBC en ce qui concerne l'indépendance de la banque centrale et la priorité donnée à la stabilité monétaire" (...). La volonté du législateur constitutionnel dérivé (*verfassungsändernden Gesetzgeber*) vise donc manifestement à créer, pour l'Union monétaire prévue par le traité de l'Union, un fondement de droit constitutionnel tout en limitant à ce cas l'octroi des compétences et institutions y relatifs, qui bénéficient de l'indépendance dans les conditions susmentionnées. Cette modification du principe de démocratie au service de la garantie de la confiance placée dans une monnaie peut se justifier car elle tient compte de la particularité – expérimentée dans l'ordre juridique allemand et également prouvée d'un point de vue scientifique – selon laquelle une banque centrale indépendante garantit plus sûrement la valeur de la monnaie et, partant, la base économique générale de la politique budgétaire de l'État et des prévisions et dispositions d'ordre privé dans le cadre de l'exercice des libertés économiques que des organes étatiques souverains (*Hoheitsorgane*) qui, pour leur part, sont largement dépendants, dans leurs possibilités et moyens d'action, de la masse monétaire et de la valeur de l'argent et tributaires du consentement à court terme des forces politiques. Dans cette mesure, une autonomisation (*Verselbständigung*) de la politique monétaire placée sous la compétence régaliennne (*Hoheitskompetenz*) – qui ne peut être étendue à d'autres domaines politiques (*die sich nicht auf andere Politikbereiche übertragen läßt*) – d'une Banque centrale européenne indépendante remplit les exigences constitutionnelles suivant lesquelles le principe démocratique peut être modifié. »²¹³

Derrière la défense du principe démocratique, on retrouve en réalité ici deux des grands thèmes portés par le discours scientifique libéral néo-classique. La justification constitutionnelle de l'indépendance des banques centrales au mandat prioritairement axé sur la stabilité monétaire repose en effet sur des prémisses qui seraient « scientifiquement prouvées » : d'un côté, les limites d'une démocratie représentative minée par les groupes d'intérêts particuliers et l'électoratisme court-termiste de mandataires politiques intéressés avant tout par leur réélection ; de l'autre, la nécessité d'autonomiser la politique monétaire des politiques économiques et budgétaires de l'État, seul moyen de garantir la valeur de la monnaie, elle-même indispensable tant au maintien de finances publiques saines qu'à l'exercice de la liberté individuelle.

Or ces deux affirmations « scientifiques » constituent le cœur des thèses du *public choice* de l'école de Virginie²¹⁴ et de la nouvelle macroéconomie classique de l'école de

²¹³ BVerfG, *Maastricht*, Arrêt du 12 octobre 1993 précité, § 153-154. Comme nous avons pu le noter et l'expliquer *supra* (note 201), nous nous écartons quelque peu de la traduction proposée par I. WINKELMANN, « Übersetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993 », *op. cit.*

²¹⁴ Cf. notamment J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962 ; J. M. BUCHANAN, « Constitutional Constraints on Governmental Taxing Power », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, volume 30, 1979, p. 349-359 ; G. BRENNAN, J. M. BUCHANAN, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, New York, Cambridge University Press, 1980 ; G. BRENNAN, J. M. BUCHANAN, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

Chicago²¹⁵, qui représentent deux des versants du programme scientifique néo-classique regroupé sous le qualificatif d'« économie constitutionnelle » (*constitutional economics*)²¹⁶.

Le premier courant cité vise à appliquer la rationalité économique néo-classique aux mandataires politiques et aux fonctionnaires, qui ne chercheraient donc qu'à maximiser leur utilité individuelle (pouvoir, richesses, etc.). Étant donné que, dans une démocratie représentative, le pouvoir passe par des élections, les décideurs publics auraient dès lors intérêt, à des fins électoralistes, à augmenter les dépenses sociales pour combler les attentes de groupes d'intérêts particuliers (spécialement en fin de mandat, à la veille des nouvelles élections)²¹⁷. Pour lutter contre cette tendance, il s'agirait dès lors de contraindre les choix discrétionnaires de ces décideurs politiques par une ingénierie normative spécifique, caractérisée par la sanctuarisation (si possible constitutionnelle) de règles précises qui s'imposeraient juridiquement à ces mandataires politiques. Il ne suffirait pas de confier ces domaines économiques à des autorités indépendantes – qui, en dernier ressort, ont toujours un certain lien de dépendance vis-à-vis des mandataires politiques –, mais il conviendrait surtout d'imposer aux décideurs (élus ou indépendants) un mandat juridique contraignant pour s'assurer de leur orthodoxie économique²¹⁸.

Le second versant, celui de la nouvelle macroéconomie classique, cherche quant à lui à étendre les hypothèses microéconomiques néo-classiques pour en déduire des modèles macroéconomiques descriptifs – qui, à leur tour, induisent des positions normatives sur

²¹⁵ Cf. notamment T. J. SARGENT, N. WALLACE, « The Stability of Models of Money and Growth with Perfect Foresight », *Econometrica*, volume 41, n° 6, 1973, p. 1043-1048 ; T. J. SARGENT, N. WALLACE, « "Rational" Expectations, the Optimal Monetary Instrument, and the Optimal Money Supply Rule », *Journal of Political Economy*, volume 83, n° 2, 1975, p. 241-254 ; R. E. LUCAS, « Econometric policy evaluation: A critique », *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, volume 1, 1976, p. 19-46 ; F. E. KYDLAND, E. C. PRESCOTT, « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, volume 85, n° 3, 1977, p. 473-491 ; J. B. LONG, C. I. PLOSSER, « Real Business Cycles », *Journal of Political Economy*, volume 91, n° 1, 1983, p. 39-69 ; B. T. MCCALLUM, « On "Real" and "Sticky-Price" Theories of the Business Cycle », *Journal of Money, Credit and Banking*, volume 18, n° 4, 1986, p. 397-414 ; P. R. MASSON, M. P. TAYLOR, « Fiscal Policy within Common Currency Areas », *Journal of Common Market Studies*, volume 31, n° 1, 1993, p. 29-44.

²¹⁶ Terme forgé par R. MCKENZIE, *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government*, Lexington, Lexington Books, 1984, puis systématisé par J. M. BUCHANAN, « The Domain of Constitutional Economics », *Constitutional Political Economy*, volume 1, n° 1, 1990, p. 1-18 ; J. M. BUCHANAN, *Constitutional Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1991. Cf. notamment I. PIES, *James Buchanans konstitutionelle Ökonomik*, Tubingue, Mohr Siebeck, 1996.

²¹⁷ Il est à noter que cette critique de l'extension sociale de l'État ne constitue qu'une reformulation d'analyses développées déjà à la fin des années 1920 et au début des années 1930, notamment en Allemagne, tant par des courants (ordo)libéraux (cf. en particulier A. RÜSTOW, « Freie Wirtschaft - starker Staat », *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, n° 187, 1932, p. 62-69, repris dans l'ouvrage compilant les articles du numéro spécial de cette revue : F. BOESE (dir.), *Deutschland und die Weltkrise. Verhandlungen des Vereins für sozialpolitik in Dresden 1932*, Munich, Duncker & Humblot, 1932, p. 62-69) que par des courants conservateurs voire fascistes (cf. en particulier C. SCHMITT, « Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern (Konferenz gehalten am 23.11.1932) », *Volk und Reich*, 1933, p. 81-94 ; pour une critique socialiste de cette position, cf. H. HELLER, « Autoritärer Liberalismus? », *Die Neue Rundschau*, volume 44, 1933, p. 289-298 ; pour une traduction française de ces deux contributions et une mise en contexte fouillée de cette controverse, cf. C. SCHMITT, H. HELLER, *Du libéralisme autoritaire*, Paris, La Découverte, 2020) – et quoique les solutions proposées à ce « problème » diffèrent évidemment entre les critiques (ordo)libérale et conservatrice-fasciste.

²¹⁸ Cf. notamment J. M. BUCHANAN, « Constitutional Constraints on Governmental Taxing Power », *op. cit.* ; G. BRENNAN, J. M. BUCHANAN, *The Power to Tax*, *op. cit.* ; G. BRENNAN, J. M. BUCHANAN, *The Reason of Rules*, *op. cit.* ; J. M. BUCHANAN, « The Domain of Constitutional Economics », *op. cit.* ; J. M. BUCHANAN, *Constitutional Economics*, *op. cit.* ; J. M. BUCHANAN, « The Constitutionalization of Money », *Cato Journal*, volume 30, n° 2, 2010, p. 251-258.

le cadre institutionnel et juridique nécessaire au bon fonctionnement de l'ordre économique. Sur la base notamment des travaux de M. Friedman sur la stabilité monétaire²¹⁹ et de J. Muth sur le modèle des anticipations rationnelles des agents économiques²²⁰, les auteurs de ce courant s'efforcent en particulier de disqualifier les politiques discrétionnaires, tant budgétaires que monétaires²²¹. À ce dernier niveau, R. E. Lucas²²², T. J. Sargent et N. Wallace²²³, à la suite de M. Friedman, défendent notamment l'idée que toute politique monétaire expansionniste, utilisée à des fins de politiques économiques discrétionnaires (lutte contre le chômage, stimulation de la croissance, etc.), se révélerait inévitablement inefficace en raison des anticipations rationnelles des agents économiques²²⁴. Sur cette base, F. E. Kydland et E. C. Prescott prescrivent l'adoption de règles s'imposant aux mandataires politiques, afin de restreindre leurs marges discrétionnaires²²⁵. Prolongeant ces différents travaux, l'économiste états-unien Kenneth Rogoff propose quant à lui de compléter la constitutionnalisation de règles spécifiques de politique économique par l'autonomisation de la politique monétaire vis-à-vis du processus politique, en la confiant à une banque centrale indépendante « conservatrice », c'est-à-dire axée sur la stabilisation de l'inflation – et non sur d'autres objectifs « économiques » comme la lutte contre le chômage²²⁶.

²¹⁹ Cf. notamment M. FRIEDMAN, « A Monetary and Fiscal Framework for Economic Stability », *The American Economic Review*, volume 38, n° 3, 1948, p. 245-264 ; M. FRIEDMAN, *Studies in the quantity theory of money*, Chicago, University of Chicago Press, 1956 ; M. FRIEDMAN, « Geldangebot, Preis- und Produktionsänderung », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, volume 11, 1959, p. 193-216 ; M. FRIEDMAN, « The Role of Monetary Policy », *The American Economic Review*, volume 58, n° 1, 1968, p. 1-17.

²²⁰ J. F. MUTH, « Rational Expectations and the Theory of Price Movements », *Econometrica*, volume 29, n° 3, 1961, p. 315-335.

²²¹ R. J. BARRO, « Are Government Bonds Net Wealth? », *Journal of Political Economy*, volume 82, n° 6, 1974, p. 1095-1117 ; R. J. BARRO, D. B. GORDON, « A Positive Theory of Monetary Policy in a Natural Rate Model », *The Journal of Political Economy*, volume 91, n° 4, 1983, p. 589-610.

²²² R. E. LUCAS, « Expectations and the neutrality of money », *Journal of Economic Theory*, volume 4, n° 2, 1972, p. 103-124 ; R. E. LUCAS, « Econometric policy evaluation », *op. cit.*

²²³ T. J. SARGENT, N. WALLACE, « The Stability of Models of Money and Growth with Perfect Foresight », *op. cit.* ; T. J. SARGENT, N. WALLACE, « "Rational" Expectations, the Optimal Monetary Instrument, and the Optimal Money Supply Rule », *op. cit.*

²²⁴ En effet, selon eux, les agents économiques anticiperont le fait que l'augmentation de la masse monétaire (qui peut donner l'impression d'une augmentation de richesses) se traduira en réalité par de l'inflation, c'est-à-dire par une augmentation des prix des biens et services, et donc par une non-augmentation de leurs avoirs personnels – les décourageant de ce fait, par avance, d'augmenter leurs dépenses et donc de stimuler (artificiellement, selon les néo-classiques) la consommation (contrairement à ce qu'avancent les thèses keynésiennes).

²²⁵ F. E. KYDLAND, E. C. PRESCOTT, « Rules Rather than Discretion », *op. cit.*

²²⁶ K. ROGOFF, « The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target », *Quarterly Journal of Economics*, volume 100, 1985, p. 1169-1189. Cf. aussi K. ROGOFF, « Social institutions for overcoming monetary policy credibility problems », American Economic Association Meetings, New Orleans, décembre 1986 ; A. ALESINA, « Macroeconomics and Politics », *NBER Macroeconomics Annual*, volume 3, 1988, p. 13-62 ; A. ALESINA, L. H. SUMMERS, « Central Bank Independence and Macroeconomic Performance: Some Comparative Evidence », *Journal of Money, Credit and Banking*, volume 25, n° 2, 1993, p. 151-162. Comme le relève Hjalte Lokdam, « si l'article [de F. E. Kydland et E. C. Prescott] fournit la justification théorique de l'indépendance de la banque centrale, il ne préconise pas explicitement l'indépendance de la banque centrale. Ce lien n'a été forgé que plus tard, notamment par Kenneth Rogoff (...), qui s'est inspiré de F. E. Kydland et E. C. Prescott ainsi que de R. J. Barro et D. B. Gordon (...) pour élaborer la justification théorique la plus systématique et la plus influente de l'indépendance de la banque centrale » (H. LOKDAM, *Banking on Sovereignty: A Genealogy of the European Central Bank's Independence*, thèse de doctorat en philosophie, London School of Economics and Political Science, 2019, p. 88). Plus précisément, « en tirant parti du modèle d'incohérence temporelle, qui présente la poursuite

Si ces raisonnements et prescrits libéraux néo-classiques entrent en résonance avec bien des positions juridico-institutionnelles ordolibérales²²⁷, il apparaît cependant que c'est sans doute le succès théorique international du monétarisme à partir des années 1970 qui semble avoir influencé les conceptions monétaires allemandes, gagnant les cercles académiques et se prolongeant au sein de la *Bundesbank* jusqu'à faire de la stabilité des prix l'unique objectif de politique monétaire²²⁸. Comme on le voit ici, cette quasi-hégémonie intellectuelle a également infusé au niveau gouvernemental le plus haut – la position allemande dans les négociations relatives à l'UEM visant à imposer ce schéma « monétariste » en transposant à la BCE le modèle de la banque centrale allemande (en le renforçant davantage encore²²⁹)²³⁰ –, mais aussi au niveau juridictionnel le plus élevé,

de la stabilité des prix comme étant neutre par rapport aux autres objectifs économiques, K. Rogoff développe un modèle qui promet de résoudre le problème de la politique par un ajustement institutionnel relativement mineur. Comme il n'y a pas de compromis entre l'inflation et le chômage, les intérêts de la société peuvent être servis sans problème par une banque centrale indépendante systématiquement orientée en faveur de la stabilité des prix. La politique monétaire est conçue comme étant neutre sur le plan de la redistribution et peut, en tant que telle, être retirée du processus politique qui exprime les priorités et les valeurs de la société » (*ibidem*, p. 96). Enfin, K. Rogoff ne manque pas de compléter son ingénierie institutionnelle par des considérations reposant sur la rationalité néo-classique des banquiers centraux, qui se verraient « incités » à suivre des politiques monétaires orthodoxes à des fins purement intéressées : « L'une des incitations que peut avoir le directeur de la banque centrale à contenir l'inflation est qu'il peut ainsi améliorer sa position dans la communauté financière, et donc gagner une plus grande rémunération en retournant dans le secteur privé » (K. ROGOFF, « The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target », *op. cit.*, p. 1179-1180).

²²⁷ Il apparaît trop simpliste de tracer une frontière étanche entre l'« ordolibéralisme » et le « libéralisme néo-classique », courants scientifiques dont les rapports se caractérisent bien plus par leur porosité et leurs imbrications, nonobstant les différences fondamentales qui subsistent (S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s) : une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2012). En effet, les ordolibéraux de première génération (Walter Eucken, Franz Böhm, Wilhelm Röpke, Leonhard Miksch, etc.) ont eux-mêmes théorisé l'idée d'une politique « ordonnatrice » (*Ordnungspolitik*) articulée autour de principes économiques constitutionnalisés (c'est-à-dire d'une « constitution économique », *Wirtschaftsverfassung*) mis en œuvre par des institutions d'experts (en particulier dans le domaine de la concurrence) (cf. notamment P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, Cergy-Pontoise, CIRAC, 2003 ; R. PTAK, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft: Stationen des Neoliberalismus in Deutschland*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 2004 ; H. RABAULT, *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brigau*, Paris, L'Harmattan, 2016 ; J. HIEN, C. JOERGES (dir.), *Ordoliberalism, law and the rule of economics*, Oxford / Londres, Hart Publishing, 2017). Ces théories ont du reste fortement influencé J. M. Buchanan et l'école du *public choice* (cf. notamment V. VANBERG, « “Ordnungstheorie” as Constitutional Economics. The German Conception of a “Social Market Economy” », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, n° 39, 1988, p. 17-31). Par ailleurs, F. Hayek, quoique irréductible à ces deux courants (cf. notamment S. CARÉ, « La dérive des continents néolibéraux : essai de typologie dynamique », *Revue de philosophie économique*, volume 17, n° 1, 2016, p. 21-55), a pu également constituer une passerelle entre les théories ordolibérales et libérales néo-classiques : toute sa vie durant, il a été un compagnon de route des ordolibéraux (il a notamment publié une douzaine de contributions dans la revue ordolibérale *Ordo* entre 1948 et 1975) ; après avoir enseigné une décennie à l'Université de Chicago (berceau du libéralisme néo-classique), il a repris, de 1961 à sa retraite en 1968, la chaire d'économie de l'Université de Fribourg-en-Brigau (berceau de l'ordolibéralisme) – chaire notamment occupée par W. Eucken lui-même jusqu'à sa mort en 1950 –, influençant dès lors nombre d'ordolibéraux de deuxième (E.-J. Mestmäcker, H. Willgerodt, F. W. Meyer, etc.) et troisième générations (L. Feld, V. Vanberg, M. E. Streit, W. Meyer, etc.).

²²⁸ Cf. notamment R. RICHTER, *Deutsche Geldpolitik 1948-1998*, Tubingue, Mohr Siebeck, 1999 ; L. P. FELD, E. A. KÖHLER, D. NIENTIEDT, « Ordoliberalism, Pragmatism and the Eurozone Crisis: How the German Tradition Shaped Economic Policy in Europe », *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, n° 4, 2015, <http://hdl.handle.net> ; C. MONGOUACHON, « Entre théories économiques et volonté politique, la constitution monétaire de l'Union en débat », *op. cit.*

²²⁹ Cf. notamment T. FRICKE, « D'une Bundesbank à l'autre ? La Banque centrale allemande comme modèle pour l'Europe », *Revue de l'OFCE*, volume 44, n° 1, 1993, p. 155-180.

puisque les juges de Karlsruhe endossent dans cet arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993 l'argumentaire néo-classique du clientélisme électoraliste des décideurs politiques (*public choice*) et de la neutralité de la politique monétaire pour justifier l'indépendance des banques centrales (nouvelle macroéconomie classique) – considérée comme « scientifiquement prouvée ».

3.1.1.2. L'impossibilité de juger de la « rationalité » des taux de dettes souveraines proclamée dans l'ordonnance de renvoi préjudiciel *OMT I* du 14 janvier 2014 ou la consécration implicite d'une conception hayékienne du marché

À strictement parler, les juges de Karlsruhe ne puisent cependant pas aux seules sources du libéralisme néo-classique. D'autres théories, quoique connexes, semblent également influencer leurs positions juridiques. Dans cet assemblage théorique composite qui constitue le référentiel économique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la conception hayékienne du marché comme mise en réseau de l'ensemble des informations disponibles dans la société (et reflétées dans le mécanisme de formation des prix)²³¹ apparaît ainsi infuser et conditionner l'argumentation juridique de la Cour de Karlsruhe. C'est en tout cas en ce sens qu'il nous semble possible d'interpréter la controverse de l'affaire *OMT* relative à la question de la possibilité (ou non), pour une institution publique, de juger du caractère « justifié » et « rationnel » des taux d'intérêt exigés par les marchés en contrepartie des prêts octroyés à certains États membres de la zone euro.

Si, durant les dix premières années de son existence, la BCE s'est en effet cantonnée au respect strict de son mandat monétariste prioritairement orienté vers le contrôle de la stabilité monétaire, elle a en revanche infléchi son action depuis l'éclatement de la crise. Outre sa participation à l'élaboration et au contrôle des programmes d'ajustement macroéconomique établis dans le cadre des mécanismes d'assistance financière (MESF, FESF, MES), elle a également adopté les mesures dites non conventionnelles, dont le programme *OMT* chargé de traduire en acte la doctrine monétaire du « *whatever it takes* » de M. Draghi²³². Or, pour justifier cette mesure particulièrement forte, la BCE et, à sa suite, la CJUE ont mis en avant les « graves distorsions » affectant les marchés des obligations d'États, qui seraient dues à des craintes « infondées » des investisseurs quant à la réversibilité de l'euro, de sorte que l'accroissement des écarts de valorisation des titres de dettes souveraines serait dès lors « injustifié » au regard des situations économiques et budgétaires « réelles » de ces États²³³. Dans cette perspective, il serait donc possible

²³⁰ Cf. notamment la position du *Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (Comité consultatif scientifique du Ministère fédéral de l'Économie et de la Technologie) dans son rapport « Thema: Europäische Währungsordnung » de janvier 1989 établi dans le cadre des négociations concernant l'établissement de l'UEM (document reproduit dans *Der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Sammelband der Gutachten von 1987 bis 1997*, Berlin, De Gruyter, 2000, p. 1462-1472).

²³¹ Cf. notamment F. A. HAYEK, « The Pretence of Knowledge », *The American Economic Review*, volume 79, n° 6, 1989, p. 3-7 ; F. A. HAYEK, « Die Anmaßung von Wissen », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, volume 26, 1975, p. 12-21 ; M. E. STREIT, « Wissen, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung. Zum Gedenken an Friedrich August von Hayek », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, volume 43, 1992, p. 1-30.

²³² Cf. *supra*, section 1.1.

²³³ « Éditorial », *Bulletin mensuel de la BCE*, septembre 2012, p. 5-11 ; « Compliance of Outright Monetary Transactions with the Prohibition on Monetary Financing », *Bulletin mensuel de la BCE*, octobre 2012, p. 7-9. Reprenant cet argumentaire, la CJUE a estimé que les « écarts extrêmes » entre les taux d'intérêt

de distinguer entre des conditions « normales » et « anormales » de financement par le marché et de différencier les taux d'intérêt du marché selon qu'ils sont « justifiés » ou non au regard des situations économiques et budgétaires « réelles » et objectives des États. Autrement dit, c'est la rationalité même des marchés qui est dès lors *jugée*, aux sens tant scientifique que juridique du terme.

Or c'est contre cette possibilité même que s'est élevée la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans son ordonnance de renvoi préjudiciel *OMT I* du 14 janvier 2014, puisque, en prenant une nouvelle fois appui sur l'« expertise convaincante » (*überzeugende Expertise*) de la *Bundesbank*, elle y déclare :

« De l'avis de la *Deutsche Bundesbank*, l'hypothèse d'une perturbation du mécanisme de transmission de la politique monétaire est douteuse (*zweifelhaft*) et ne justifie pas la décision d'adopter l'OMT. Les majorations de taux d'intérêt (*Zinsaufschläge*) sur les obligations d'État ne peuvent être divisées en composantes justifiées et irrationnelles (*gerechtfertigte und irrationale Bestandteile*). Le développement économique plus mauvais d'un État membre justifie des majorations de taux d'intérêt plus élevés. Que la décision *OMT* ne traite en fait pas de l'efficacité de la politique monétaire est démontré par le fait qu'une perturbation du mécanisme de transmission de la politique monétaire devrait être acceptée si un État membre ne remplit pas ses obligations en vertu des accords avec le FESF ou le MES. (...) »

Selon la BCE, ces majorations de taux d'intérêt reposent en partie sur la crainte des investisseurs – qualifiée d'irrationnelle – d'une réversibilité de l'euro. Toutefois, selon l'expertise convaincante (*überzeugende Expertise*) de la *Bundesbank*, de telles majorations de taux d'intérêt ne font que refléter le scepticisme des acteurs du marché quant à la capacité des États membres individuels à maintenir une discipline budgétaire suffisante pour rester solvables à long terme. Selon l'architecture (*Konzeption*) du TFUE, l'existence de tels écarts est parfaitement délibérée. Car ils sont l'expression de la responsabilité individuelle des budgets nationaux fondée sur les incitations du marché (comme la CJUE l'a également souligné dans son arrêt *Pringle*), et ne peuvent être réduits par des achats d'obligations de la banque centrale sans abroger cette responsabilité individuelle (...) ²³⁴. En tout état de cause, selon les observations de la *Bundesbank*, les écarts de taux d'intérêt ne peuvent en pratique être séparés en une partie rationnelle et une partie irrationnelle (*in einen rationalen und einen irrationalen Teil trennen*). » ²³⁵

des obligations souveraines des différents États membres de la zone euro « trouv[er]aient, en partie, leur origine dans l'exigence de primes de risque excessives pour les obligations émises par certains États membres, destinées à couvrir un risque d'éclatement de la zone euro » (CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, point 72) – risque d'éclatement de la zone euro qui aurait été « injustifié » (*ibidem*, point 76).

²³⁴ À propos de l'article 125 TFUE, cf. CJUE, *Pringle*, Arrêt du 27 novembre 2012 précité, point 135 ; Déclaration de la BCE déposée auprès de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 16 janvier 2013, p. 13.

²³⁵ BVerfG, *OMT I*, Ordonnance de renvoi préjudiciel du 14 janvier 2014 précitée, § 13 et 71. Pour le détail des arguments avancés par la *Bundesbank*, cf. Deutsche Bundesbank, « Renditedifferenzen von Staatsanleihen im Euro-Raum », *Monatsbericht*, juin 2011, p. 29-47. Selon la *Bundesbank*, « la forte augmentation des écarts de taux dans certains pays périphériques est principalement imputable, du point de vue des investisseurs, à l'augmentation du risque de crédit spécifique à chaque pays, reflétant des données fondamentales défavorables tels que le ratio d'endettement, le déficit budgétaire, la balance courante, la compétitivité des prix et la situation du secteur financier » (*ibidem*, p. 29). Par ailleurs, la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'appuie également, pour faire prévaloir cette position, sur les analyses du *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Gesamtwirtschaftlichen Entwicklung* (Conseil

On comprend dès lors que, pour les juges de Karlsruhe (et les experts de la *Bundesbank*), ni la BCE, ni les États membres, ni aucune autre institution publique ne sont aptes, et encore moins autorisés, à juger de la rationalité des marchés et à agir pour corriger d'hypothétiques réactions irrationnelles de ces derniers²³⁶. Selon cette conception, c'est précisément la croyance des marchés dans le fait que les États impécunieux seraient renfloués *de facto* quoique *contra legem* par les autres États membres qui aurait permis à ces États d'emprunter à des taux avantageux pendant la première décennie de la monnaie unique et les aurait ainsi incités à adopter et à entreprendre des politiques économiques et budgétaires « malsaines », c'est-à-dire non conformes à la logique de marché. L'augmentation de leurs taux d'intérêt traduirait alors simplement l'intégration dans le logiciel des marchés de la résolution des États membres de s'en tenir à leurs engagements juridiques. L'exclusion d'un des États membres du financement des marchés serait alors la conséquence du processus darwinien de sélection « naturelle » du marché et permettrait à l'avenir à ces marchés d'évaluer à leur véritable valeur les politiques économiques et budgétaires des États membres, puisqu'excluant enfin définitivement un hypothétique renflouement de ceux-ci par les autres membres de la zone euro.

En revendiquant ainsi l'impossibilité de distinguer les taux d'intérêt entre partie « justifiée » (*gerechtfertigte Bestandteile*) et partie « irrationnelle » (*irrationale Bestandteile*), la *Bundesbank* et la Cour constitutionnelle fédérale allemande rejoignent en réalité une conception du marché que nous pourrions rapprocher de l'ordre de marché (ou « catallaxie ») développé par F. Hayek²³⁷. Selon cette conception, le fonctionnement réel du marché ne sera pas nécessairement un fonctionnement parfait – celui d'un marché avec une concurrence parfaitement libre et atomistique et une transparence totale des informations –, mais il sera en tout état de cause optimal (quoique d'une optimalité relative), dans le sens où aucune intervention extérieure n'est susceptible d'atteindre un meilleur résultat que celui du marché²³⁸. Le marché étant, dans cette théorie, la mise en réseau des savoirs et connaissances de tous les agents économiques – savoirs et connaissances cristallisés dans les prix des biens et services échangés spontanément sur ce marché (en l'occurrence, les taux d'intérêt des obligations d'État) –, nul ne peut,

allemand des experts en économie) : « Geldpolitik und fiskalische Konsolidierung im Euro-Raum », *Jahresgutachten 2013/14*, 2013, p. 98-155.

²³⁶ Du reste, le fait d'intervenir – monétairement dans l'affaire *OMT* en cause, mais également, *mutatis mutandis*, via une assistance financière institutionnelle – contreviendrait respectivement à l'interdiction de financement monétaire des États de l'article 123 TFUE (cf. notamment M. RUFFERT, « The European debt crisis and European Union law », *Common Market Law Review*, volume 48, n° 6, 2011, p. 1787-1788 ; J. H. KLEMENT, « Der geldpolitische Kompetenzmechanismus », *JuristenZeitung*, 2015, p. 754-760 ; R. SCHMIDT, « Die entfesselte EZB », *op. cit.* ; C. MANGER-LESTLER, R. BÖTTNER, « Ménage à trois? », *op. cit.* ; U. HÄDE, « Haushaltsdisziplin und Solidarität im Zeichen der Finanzkrise », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 399-403) et à la clause de non-renflouement de l'article 125 TFUE (cf. notamment K. HENTSCHELMANN, « Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel », *op. cit.*). Ces assistances monétaires et financières annihileraient de fait la responsabilité individuelle des États membres et, partant, neutraliseraient l'ensemble de l'architecture juridique qui établit une communauté de stabilité conforme à l'économie concurrentielle de marché et fondée, à ce titre, sur une disciplinarisation des États par le marché (G. GRÉGOIRE, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire », *op. cit.*). Sur le sujet, cf. *supra*, section 2.2.1.

²³⁷ Cf. notamment F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Paris, Presses universitaires de France, 2013, p. 529-575 et 727-780.

²³⁸ On voit ici que F. A. Hayek s'écarte quelque peu des postulats libéraux néo-classiques, mais c'est pour mieux fonder concrètement et dans la réalité la légitimité du marché comme principe régulateur de la société.

par nécessité logique, posséder une connaissance plus grande que le marché lui-même. Les prix ne peuvent donc pas être « irrationnels » ou « injustifiés », puisqu'ils reflètent à tout moment l'ensemble des informations disponibles et qu'aucune personne ou autorité ne peut par définition posséder plus d'informations que l'ensemble des informations disponibles.

Si le marché n'est donc peut-être jamais parfait, on ne peut en tout cas jamais faire mieux que le marché par l'intervention d'une autorité externe, aux connaissances par nature moindres que celles du marché. Comme le note F. A. Hayek, « le système tout entier est conditionné par les incitations qu'il fournit pour que chacun s'emploie de son mieux à observer les circonstances où il se trouve, afin de prévoir le plus exactement possible les changements imminents » et « ce genre d'incitation disparaîtrait si à chaque décision n'était attaché un risque de perte, ou *si une autorité avait à décider si telle ou telle erreur de pronostic était ou non excusable* »²³⁹. Dans cette perspective, la rationalité (toujours imparfaite car considérée dans un sens dynamique de procédure et de découverte²⁴⁰) provient de la concurrence des marchés réels²⁴¹ et il apparaît par conséquent *logiquement* impossible (donc *juridiquement* inadmissible) d'émettre un jugement (scientifique ou juridique) sur la rationalité du comportement des marchés²⁴², comme le défend la Cour constitutionnelle fédérale allemande à la suite de la *Bundesbank*.

²³⁹ F. A. HAYEK, « L'ordre de marché ou catallaxie », *op. cit.*, p. 562 (nous soulignons). Avant d'arriver à cette conclusion, F. A. Hayek note par ailleurs : « La concordance des anticipations qui rend possible aux diverses parties de réaliser ce qu'elles recherchent est en fait engendrée par un processus d'apprentissage par essais et erreurs qui implique nécessairement que certaines anticipations soient déçues. Le processus d'adaptation opère, comme les ajustements de n'importe quel système auto-organisé, par ce que la cybernétique nous a appris à appeler le "feedback négatif", ou rétroaction ; à savoir le fait que les réponses aux différences entre le résultat escompté et le résultat effectif des actions tendent à diminuer ces écarts. Il en découlera une coïncidence croissante dans les anticipations des diverses personnes, pour autant que les prix courants fournissent quelque indication sur ce que seront les prix futurs – c'est-à-dire aussi longtemps que dans un cadre connu et assez stable, un petit nombre de données de fait se modifieront à chaque moment – et aussi longtemps que le mécanisme des prix opérera comme instrument de communication des informations, assurant que les faits connus par quelques-uns influent sur les décisions des autres, à travers l'effet sur les prix des opérations des premiers informés. Il peut sembler d'abord paradoxal que, pour procurer le maximum de certitude possible, il soit nécessaire de laisser incertains les termes dans lesquels les biens pourront être achetés et vendus, termes qui sont un élément si important dans les anticipations. Le paradoxe disparaît, toutefois, lorsque l'on réfléchit à ceci : nous ne pouvons viser qu'à fournir la meilleure base possible pour juger de ce qui est incertain par nature, et pour provoquer une adaptation continue à ce qui n'a pas été connu auparavant : nous ne pouvons prétendre qu'à utiliser au mieux notre connaissance partielle de ce qui est en changement constant, connaissance communiquée principalement par des mouvements de prix ; notre problème n'est pas la meilleure utilisation d'un stock de connaissances donné et permanent. *Le mieux que nous puissions atteindre dans une telle situation n'est pas la certitude, mais l'élimination des incertitudes évitables ; et cela, nous ne pouvons l'obtenir en empêchant les changements imprévisibles d'engendrer de proche en proche leurs conséquences, mais seulement en facilitant l'adaptation à ces changements* » (*Ibidem*, p. 561-562 ; nous soulignons). F. A. Hayek avance donc ici l'impossibilité d'aboutir à un résultat meilleur et plus conforme à un hypothétique marché parfait par une intervention extérieure entravant les conséquences du fonctionnement réel du marché. Appliqué à la crise des dettes souveraines, cela revient à dire que court-circuiter les réactions du marché (supposées être des « prophéties auto-réalisatrices ») par l'intervention publique (monétaire ou financière) ne peut aboutir qu'à des résultats économiques sub-optimaux par rapport à l'absence de cette intervention, considérée comme artificielle.

²⁴⁰ F. A. HAYEK, « Politique gouvernementale et marché », *op. cit.*, p. 732-735 (sous-section « La concurrence, procédure de découverte »).

²⁴¹ *Ibidem*, p. 745-746 (sous-section « Concurrence et rationalité »).

²⁴² Puisque cela supposerait une rationalité plus grande que celle des marchés qui représentent pourtant, dans cette théorie, la rationalité suprême car mettant en réseau l'ensemble des informations disponibles.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a certes finalement accepté la position de la CJUE ²⁴³ – en déclarant donc le programme OMT conforme au droit européen et à la LF –, mais non sans toutefois maintenir de « sérieuses objections » à l'encontre du raisonnement de la CJUE – et, indirectement, de l'action de la BCE ²⁴⁴. Surtout, cette validation critique n'induit guère une évolution dans l'affirmation progressive d'un référentiel économique spécifique par les juges de Karlsruhe car, loin de marquer le début d'une ère de *judicial self restraint* en matière économique, cette décision a été directement suivie du déclenchement de l'affaire *PSPP*, qui a vu la Cour constitutionnelle fédérale allemande affirmer de manière plus manifeste encore le paradigme libéral néo-classique qui sous-tend sa jurisprudence en matière de politiques économique et monétaire européennes.

3.1.2. L'affirmation du paradigme néo-classique dans l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020

Cette montée en puissance d'un référentiel économique spécifique dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, loin de constituer un épiphénomène, s'inscrit donc au contraire dans la durée. Et l'arrêt *PSPP II* conforte ce constat, puisque l'on y voit les thèses néo-classiques des juges de Karlsruhe s'exprimer avec plus de vigueur encore. Que ce soit au niveau de la fonction *véridictionnelle* et *disciplinaire* des marchés vis-à-vis des politiques économiques et budgétaires des États membres (3.1.2.1) ou des « conséquences pertinentes » sur les agents économiques *privés* à prendre juridiquement en compte pour évaluer la proportionnalité du PSPP (3.1.2.2), la Cour constitutionnelle fédérale allemande fonde son argumentation juridique sur des prémisses théoriques qui ressortissent clairement des thèses libérales néo-classiques, allant d'ailleurs jusqu'à mobiliser ouvertement la littérature scientifique de ce courant théorique.

3.1.2.1. La logique de disciplinarisation des politiques économiques et budgétaires des États membres par le marché et la mobilisation explicite de la littérature économique néo-classique

Comme nous l'avons déjà relevé, une analyse détaillée de l'architecture juridique de l'UEM ²⁴⁵ révèle une conception du marché spécifique, appréhendé et institué comme instance de *véridiction* et de *disciplinarisation* des politiques économiques et budgétaires des États membres ²⁴⁶. Il n'est donc en soi guère critiquable, d'un point de vue strictement juridique, que la Cour constitutionnelle fédérale allemande prenne acte de cette ingénierie

²⁴³ Qui implique que le marché réel peut défaillir et que les autorités publiques (en l'occurrence européennes) sont donc habilitées à agir pour assurer la logique « idéale » d'un hypothétique marché parfait.

²⁴⁴ BVerfG, *OMT II*, Arrêt du 21 juin 2016 précité, § 181-189.

²⁴⁵ Qui comprend le droit primaire (spécifiquement les articles 119 et suivants TFUE, lus en combinaison avec l'article 3(3) TUE et les dispositions des statuts du SEBC et de la BCE et les dispositions du protocole n° 12 sur la procédure concernant les déficits excessifs) et secondaire (en particulier le Pacte de stabilité et de croissance - PSC, le Six-Pack et le Two-Pack) de l'UE ainsi que certains traités connexes au droit de l'UE (TSCG et Traité instituant le Mécanisme européen de stabilité).

²⁴⁶ Cf. *supra*, section 2.2.1. Sur le sujet, cf. G. GRÉGOIRE, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire », *op. cit.*

institutionnelle particulière et développe son raisonnement à l'intérieur de cette structure normative précise. Ce qui apparaît néanmoins plus questionnable touche au fait que cette conception du marché émerge, dans le discours jurisprudentiel des juges de Karlsruhe, comme une vérité scientifique préexistante à l'ordre juridique et social dans lequel s'inscrit cette institution du marché. De ce fait, cette conception s'en trouve objectivée voire naturalisée²⁴⁷ – et, par contrecoup, *constitutionnellement* consacrée. Les § 170 et 171 de l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 illustrent à cet égard très clairement cette intériorisation et cette affirmation d'une grille d'analyse économiquement située :

« Le PSPP améliore les conditions de financement des États membres, car ces derniers peuvent emprunter sur le marché des capitaux à des conditions nettement plus avantageuses. (...) L'abaissement des taux d'intérêt généraux favorisé par le PSPP réduit indubitablement la pression pesant sur les budgets des États membres (...). Dès lors, le risque est réel (...) que les efforts d'assainissement et de réforme *nécessaires* ne soient plus poursuivis ou mis en œuvre (...). Malgré les garanties indiquées par la CJUE, l'étendue et la durée du PSPP peuvent conduire à ce que *même des effets conformes aux dispositions du droit primaire deviennent excessifs, dès lors qu'ils dissuadent les États membres de mener une politique budgétaire saine* et qu'ils conduisent d'une manière générale à ce que des considérations monétaires dictent la conduite politique (« dominance monétaire »), ce qui, à son tour, conduit à ce que la BCE détermine la politique budgétaire des États membres (...)»²⁴⁸. Dans ces conditions, il était prévisible dès le moment où la décision (UE) 2015/774 [établissant le PSPP] fut adoptée que plusieurs États membres de la zone euro procéderaient plus à de nouveaux emprunts, afin de relancer leur économie au moyen de programmes d'investissements.»²⁴⁹

²⁴⁷ Il est à noter que nous n'entendons pas nier la contrainte factuelle que peuvent constituer les marchés. Cependant, nous voulons insister sur le fait que cette contrainte est *produite* progressivement par le cadre juridique et la conviction normative intériorisée et partagée, à un degré plus ou moins élevé, au niveau des organes et institutions qui établissent le cadre juridico-économique. Il existe donc un « rapport de conditionnement réciproque » (F. MARTUCCI, « L'utilisation des faits économiques dans l'Union économique et monétaire : une approche théorique d'un droit de la politique économique », in P. MADDALON (dir.), *Les utilisations des faits économiques dans le droit de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2013, p. 125) entre le cadre juridique et l'ordre économique, qui peut mener néanmoins à un phénomène de *path-dependence* qui complique alors toute possibilité de changement du cadre juridique et d'inflexion de la rationalité économique qui lui est sous-jacente (P. PIERSON, « The Path to European Integration: A Historical Institutionalist Analysis », *Comparative Political Studies*, volume 29, n° 2, 1996, p. 123-163 ; P. PIERSON, « Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics », *The American Political Science Review*, volume 94, n° 2, 2000, p. 251-267 ; cf. également, pour une application du concept de *path-dependence* aux réformes post-crise des dettes souveraines, J. YIANGOU, M. O'KEEFFE, G. GLÖCKLER, « “Tough Love” », *op. cit.*). Toutefois, il n'en reste pas moins que, si cette réalisation du marché rend malaisée une potentielle modification du cadre juridique et de sa logique interne, celui-ci reste lui-même, *in fine*, le fruit de choix politiques (conscients ou inconscients, directs ou indirects) cristallisés dans ces normes juridiques. Loin d'être une donnée factuelle objective, ce cadre demeure donc un institué contingent toujours théoriquement susceptible d'être défait et remodelé autour d'une rationalité alternative.

²⁴⁸ L'arrêt renvoie ici aux trois articles scientifiques suivants : F. SANDER, « “Gestörte geldpolitische Transmission”. Eine kompetenzrechtliche Sackgasse », *JuristenZeitung*, volume 73, n° 11, 2018, p. 525-534 ; T. J. SARGENT, N. WALLACE, « Some Unpleasant Monetarist Arithmetic », *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review*, volume 5, n° 3, 1981, p. 1-17 ; A. BELKE, T. POLLEIT, « How much fiscal backing must the ECB have? The euro area is not (yet) the Philippines », *International Economics*, n° 124, 2010, p. 5-30.

²⁴⁹ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 170-171 (nous soulignons). Il est à noter que la version française proposée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande traduit, en ce qui concerne les finances publiques, l'adjectif allemand « *solid* » (solide) par « sain » (*gesund*) et le terme « *Konsolidierung* »

Ce passage de l'arrêt nous semble particulièrement éloquent, en ce qu'il manifeste un affermissement et un approfondissement des racines libérales néo-classiques déjà en germes dans l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993²⁵⁰.

D'un côté, on y retrouve de nouveau la critique implicite de l'école du *public choice* sur l'incapacité des acteurs politiques à poursuivre des politiques économiques et budgétaires adéquates et sur la nécessité corrélative de soumettre ces acteurs politiques (et, par extension, les politiques économiques et budgétaires qu'ils mettent en œuvre) à des contraintes « externes », juridique (par la constitutionnalisation de règles précises) et économique (par la mise en marché de la dette publique afin de discipliner les finances publiques par l'instrument des taux d'intérêt) – l'une étant du reste complémentaire de l'autre. Cela est en effet clairement perceptible dans l'enchaînement logique opéré par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : la politique monétaire du PSPP diminue « indubitablement » la pression des marchés par les taux d'intérêt, ce qui engendre à son tour un risque important que les efforts de consolidation et de réforme « nécessaires » ne soient mis en œuvre ou poursuivis et que les États soient donc « dissuadés » de suivre des politiques budgétaires « saines » – puisqu'implicitement, sans la pression des marchés, les acteurs politiques seraient aveuglés par les échéances électorales court-termistes et donc prompts à assouplir les politiques budgétaires pour combler les intérêts particuliers des électeurs et des lobbys²⁵¹. Le « dès lors » (*hierdurch*) induit d'ailleurs clairement ce lien de *causalité* entre la contrainte du marché (par l'instrument des taux d'intérêt) et

(consolidation) par « assainissement ». Cette traduction apparaît cependant conforme au lexique des juges de Karlsruhe, puisque, hormis ce cas, la Cour constitutionnelle fédérale allemande utilise à chaque fois (c'est-à-dire à neuf occasions) le qualificatif « *gesund* ». C'est pourquoi nous avons décidé de préférer ici, à une traduction plus littérale de ce passage, cette traduction qui est proposée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande elle-même et qui nous semble plus révélatrice du raisonnement opéré par les juges de Karlsruhe (cf. *infra*, note 251).

²⁵⁰ Cf. *supra*, section 3.1.1.1.

²⁵¹ Il est à noter, au passage, l'usage particulièrement significatif du qualificatif « sain » (*gesund*) tant dans le droit primaire de l'UE que dans le lexique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Cet adjectif renvoie en effet à la fois à la *normalité* et à la *rationalité* d'un comportement, d'une opinion ou d'une politique et à la *naturalité* d'un corps nécessitant, en cas de lésion, d'altération ou de contamination, une intervention thérapeutique. Consacrer l'exigence de santé (conçue comme critère objectif) des politiques économiques et budgétaires des États et instituer le marché comme étalon de cette santé revient donc à reconnaître à ce dernier la capacité *naturelle* d'évaluer, à travers le mécanisme des prix, la *rationalité* des comportements étatiques. Le marché serait à ce titre intrinsèquement porteur et producteur d'une vérité à l'aune de laquelle mesurer les politiques économiques *sensu lato* des États. L'utilisation du qualificatif « sain » à l'intérieur même du discours juridique officiel de l'UEM nous semble ainsi constituer une illustration topique de la croyance – qui fonde les théories économiques libérales – dans la capacité naturelle de véridiction du marché (cf. *supra*, section 3.1). Plus encore, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère ici que des effets du programme qui seraient pourtant *conformes* au droit primaire pourraient se révéler *disproportionnés* s'ils « découragent » ou « dissuadent » (*abhalten*) les États d'adopter et de poursuivre ces politiques budgétaires « saines », c'est-à-dire conformes aux attentes du marché. Il semble donc que les juges de Karlsruhe endossent clairement et s'approprient ce critère (objectif) de « santé » des finances publiques, puisqu'ils l'appliquent même à des effets « pourtant conformes aux dispositions de droit primaire ». Soit dit en passant, on retrouve dans ce lexique de « santé » la « conception organistique » imprégnant le « modèle de marché » et pointée par M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, volume 40, 1995, p. 286-313. Le vocabulaire utilisé au cours de la période de la crise des dettes souveraines démontre la prééminence des références issues de ce champ lexical biologique relatif à la « santé » des politiques économiques et budgétaires consacrée par le droit de l'UE – et des phénomènes de naturalisation et de médicalisation qui accompagnent ces débats et ces controverses politiques et juridiques – : le « malade » grec a été mis sous « perfusion » financière et a reçu un « traitement de choc » afin d'« assainir » les finances publiques, de « revitaliser » l'économie du pays et d'éviter le risque de « contagion » à d'autres États membres.

l'adoption d'« efforts d'assainissement et de réforme » qualifiés de *nécessaires*, et l'abaissement de cette contrainte économique (implicitement considérée comme objective) engendrerait donc la rupture de toute conduite rationnelle.

De l'autre côté, on retrouve une fois encore les thèses de la nouvelle macroéconomie classique discréditant, à partir des postulats de la « neutralité » de la monnaie et des anticipations rationnelles des agents économiques, toute politique discrétionnaire tant budgétaire que monétaire²⁵². Ici, les juges de Karlsruhe ne dissimulent d'ailleurs pas leur source d'inspiration théorique, puisque ce sont précisément les analyses monétaristes de T. J. Sargent et N. Wallace (datant de 1981)²⁵³ et leur remobilisation par les économistes Ansgar Belke et Thorsten Polleit (dans le cadre de la gestion de la crise des dettes souveraines par la BCE)²⁵⁴ que *citent* ouvertement les juges de Karlsruhe à l'appui de leur raisonnement (§ 171, *fine*), endossant dès lors *explicitement* ces thèses néo-classiques comme fondement scientifique objectif à partir desquels développer leur argumentation juridique.

On peut certes remarquer que la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'emmêle quelque peu dans la mobilisation des arguments développés par cette littérature d'ascendance monétariste, puisqu'elle confond et mélange les deux types de « domination » mis en évidence par T. J. Sargent et N. Wallace et repris par A. Belke et T. Polleit, à savoir la domination « budgétaire » (*fiscal dominance*), d'une part, et la domination « monétaire » (*monetary dominance*), d'autre part. Selon ces auteurs, on peut en effet distinguer schématiquement deux types de relations entre les autorités « budgétaire » (le gouvernement) et « monétaire » (la banque centrale).

Dans le premier type de relations (domination budgétaire), le gouvernement impose ses politiques budgétaires, le cas échéant en creusant ses déficits de manière non soutenable – c'est-à-dire en refusant de réduire ses dépenses ou d'augmenter ses impôts –, poussant ensuite la banque centrale à monétiser sa dette publique et ses déficits, engendrant de ce fait une inflation importante, voire une hyperinflation²⁵⁵.

²⁵² Cf. *supra*, section 3.1.1.1.

²⁵³ T. J. SARGENT, N. WALLACE, « Some Unpleasant Monetarist Arithmetic », *op. cit.* Il est à noter que cette citation n'est présente que dans la version allemande (la seule qui fasse juridiquement foi) et non dans la version anglaise ou française de la décision.

²⁵⁴ A. BELKE, T. POLLEIT, « How much fiscal backing must the ECB have? », *op. cit.*

²⁵⁵ Selon les termes de T. J. Sargent et N. Wallace : « Imaginez que la politique budgétaire domine la politique monétaire. L'autorité budgétaire établit ses budgets de manière indépendante, en annonçant tous les déficits et excédents actuels et futurs et en déterminant ainsi le montant des recettes qui doivent être obtenues par la vente d'obligations et le seigneurage [c'est-à-dire les revenus qui découlent de l'émission de la monnaie]. Dans ce (...) schéma de coordination, l'autorité monétaire est confrontée aux contraintes imposées par la demande d'obligations d'État, car elle doit essayer de financer par le seigneurage tout écart entre les recettes demandées par l'autorité fiscale et le montant des obligations qui peuvent être vendues au public. (...) Si les déficits de l'autorité fiscale ne peuvent pas être financés uniquement par de nouvelles ventes d'obligations, l'autorité monétaire est alors obligée de créer de l'argent et de tolérer une inflation supplémentaire » (T. J. SARGENT, N. WALLACE, « Some Unpleasant Monetarist Arithmetic », *op. cit.*, p. 2). En se fondant d'ailleurs explicitement sur les travaux de T. J. Sargent et N. Wallace, A. Belke et T. Polleit prolongent en expliquant qu'« une vaste littérature a souligné les dangers d'une domination budgétaire influençant la conduite de la politique monétaire ([T. J. SARGENT, *Rational Expectations and Inflation*, New York, Harper & Row Publishers, 1986, p. 19-39], qui, à son tour, attribue l'idée à N. Wallace). Il applique le jeu du « bras de fer » (*game of chicken*) au conflit potentiel entre une autorité monétaire indépendante et l'autorité fiscale. L'autorité monétaire vise la stabilité des prix mais a également un œil sur la stabilité financière. L'autorité fiscale accorde elle aussi un certain poids à la stabilité des prix et à la

Dans le second type de relations (domination monétaire), c'est la banque centrale qui arrive à imposer sa politique anti-inflationniste aux autorités budgétaires, en refusant de financer (directement ou indirectement) les éventuels déficits publics et en forçant dès lors ces autorités à une disciplinarisation des finances publiques et à l'équilibre budgétaire (en coupant dans les dépenses ou en augmentant les recettes par l'impôt, la privatisation, etc.)²⁵⁶. A. Belke et T. Polleit ajoutent que, si beaucoup d'auteurs plaident pour un « appui budgétaire » (*fiscal back-up*) européen²⁵⁷ capable le cas échéant de recapitaliser la BCE afin de rendre plus crédible son action, tout cela ne serait qu'une pure illusion entretenue dans une perspective de domination budgétaire et qui se révélerait *in fine* contre-productive²⁵⁸.

stabilité financière. Toutefois, elle n'est pas disposée à corriger un déficit budgétaire primaire insoutenable par des réductions de dépenses ou des augmentations d'impôts et souhaite que la banque centrale monétise le déficit et la dette publics. Le résultat où la banque centrale se rend et, en fin de compte, monétise la dette et les déficits publics est généralement appelé *domination fiscale* » (A. BELKE, T. POLLEIT, « How much fiscal backing must the ECB have? », *op. cit.*, p. 6 ; ce sont les auteurs qui soulignent).

²⁵⁶ Selon les termes de T. J. Sargent et N. Wallace : « Imaginez que la politique monétaire domine la politique budgétaire. Dans le cadre de ce schéma de coordination, l'autorité monétaire fixe de manière indépendante la politique monétaire en annonçant, par exemple, les taux de croissance de la monnaie de base pour la période actuelle et les périodes futures. Ce faisant, l'autorité monétaire détermine le montant des recettes qu'elle fournira à l'autorité budgétaire par le biais du seigneurage. L'autorité budgétaire est ensuite confrontée aux contraintes imposées par la demande d'obligations, puisqu'elle doit établir ses budgets de manière à ce que tout déficit puisse être financé par une combinaison du seigneurage choisi par l'autorité monétaire et des ventes d'obligations au public. Grâce à ce système de coordination, l'autorité monétaire peut contrôler en permanence l'inflation dans une économie monétariste, car elle est totalement libre de choisir n'importe quelle trajectoire pour la monnaie de base » (T. J. SARGENT, N. WALLACE, « Some Unpleasant Monetarist Arithmetic », *op. cit.*, p. 1-2). Les auteurs réaffirment cette position en conclusion de leur article : « On peut interpréter les propositions de restriction monétaire (...) comme des appels à laisser l'autorité monétaire agir en premier et à imposer ainsi une discipline à l'autorité budgétaire. Dans cette interprétation, l'autorité monétaire agit en premier en annonçant une règle fixe (...). En faisant cela de manière contraignante, l'autorité monétaire oblige l'autorité budgétaire à choisir une [politique budgétaire] (...) cohérente avec la politique monétaire annoncée. Cette forme de contrainte monétaire permanente est un mécanisme qui impose effectivement une discipline budgétaire. (...) Rien dans notre analyse ne nie la possibilité que la politique monétaire puisse affecter de manière permanente le taux d'inflation dans le cadre d'un régime monétaire qui discipline effectivement l'autorité budgétaire » (*ibidem*, p. 7). Ainsi, comme le résumait alors A. Belke et T. Polleit, « La *domination monétaire* (...) signifie que l'autorité budgétaire cède et réduit les dépenses publiques et/ou augmente les impôts pour stabiliser, voire réduire le ratio dette publique/PIB afin de rendre improbable un défaut de paiement de la part d'un État » (A. BELKE, T. POLLEIT, « How much fiscal backing must the ECB have? », *op. cit.*, p. 6 ; ce sont les auteurs qui soulignent).

²⁵⁷ C'est-à-dire une autorité ou une structure budgétaire unique qui ait la possibilité de recapitaliser la BCE ou l'Eurosystème dans son ensemble dans les cas où l'Eurosystème souffre de pertes en capital qui remettent en cause sa capacité à mener ses politiques monétaires en stricte conformité avec ses mandats visant à assurer la stabilité des prix et la stabilité financière (A. BELKE, T. POLLEIT, « How much fiscal backing must the ECB have? », *op. cit.*, p. 7).

²⁵⁸ Si différentes raisons poussent ces auteurs à critiquer cette demande d'« appui budgétaire » (notamment le fait que l'existence d'une telle autorité budgétaire créerait au contraire un risque accru de pression politique à soutenir monétairement la politique budgétaire), la raison principale est la suivante : « Le fait que les opérations d'« appui budgétaire » (*fiscal back-up*) se déroulent généralement *dans le contexte de crise budgétaire (fiscal distress) du gouvernement* suggère qu'il est particulièrement naïf de supposer que le gouvernement « soutiendra » (*stand behind*) la banque centrale en temps utile pour garantir le respect des engagements de politique [monétaire]. Le pouvoir de taxation, souvent cité comme le garant ultime de la monnaie, a peu de chances d'être utilisé précisément dans ces circonstances extrêmes où la banque centrale aurait besoin d'un soutien pour ses opérations. En effet, c'est précisément dans ces circonstances que la « taxe inflationniste » (*inflation tax*) est considérée comme un outil efficace et la stabilité des prix comme un luxe superflu. L'expérience acquise dans le monde entier suggère que les « longues et profondes poches » du Trésor (*Treasury's "deep long pockets"*) (...) *peuvent être assez profondes et en fin de compte – ou du moins pendant une période très importante – potentiellement vides* » (*ibidem*, p. 21 ; ce sont les auteurs qui soulignent).

Selon eux, seule une politique monétaire tournée vers la stabilité des prix, contraignant l'autorité publique à une discipline budgétaire stricte (donc une domination monétaire), serait en mesure de prévenir toute dégradation de la situation monétaire *et* budgétaire – et, dans ce cas, aucun *fiscal back-up* ne serait nécessaire ²⁵⁹.

Ainsi, les juges de Karlsruhe se contredisent en apparence quelque peu dans le passage cité, puisqu'ils invoquent une littérature qui *prône* une domination monétaire tout en *reprochant*, dans le cas d'espèce, cette domination monétaire en ce qu'elle aurait pour conséquence de permettre à la BCE de déterminer la politique budgétaire des États membres. En réalité, ce que reproche la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'est pas que *la* politique monétaire s'impose aux politiques économiques et budgétaires des États membres, mais que *cette* politique monétaire spécifique, à savoir expansionniste et tendant à monétiser *de facto* une partie des dettes souveraines, permette aux États membres de mettre en place des plans de relance par l'emprunt (et non par des recettes propres), les exemptant de discipliner leurs finances publiques pour tendre vers l'équilibre budgétaire. Or, contrairement à ce qu'expose la Cour de Karlsruhe, une telle situation est précisément l'hypothèse d'une domination budgétaire (tendant à la monétisation du financement public) et non celle d'une domination monétaire (garantissant la disciplinarisation des finances publiques), quoique cette domination budgétaire soit ici imposée justement par la banque centrale elle-même.

En réalité, cette hypothèse nouvelle d'une domination budgétaire par l'action volontaire de la banque centrale est précisément mise en évidence dans le troisième article que citent les juges de Karlsruhe à l'appui de leur raisonnement, à savoir celui du juriste Florian Sander ²⁶⁰. Dans cette contribution, F. Sander mobilise les travaux de T. J. Sargent et N. Wallace ainsi que ceux de A. Belke et T. Polleit, mais également d'autres publications classiques de la littérature monétariste ²⁶¹ et de l'école du *public choice* ²⁶². Pour expliquer « l'impasse en termes de compétences de l'argument de la “perturbation de la transmission de la politique monétaire” » (traduction française du titre de cette contribution), il revient sur la distinction opérée par T. J. Sargent et N. Wallace (et reprise par A. Belke et T. Polleit) entre dominance budgétaire et dominance monétaire, et procède sur cette base à une analyse globale et générale de la politique de la BCE depuis 2008. Il en conclut à une extension graduelle et potentiellement illimitée des compétences de la BCE grâce à l'argument auto-habilitant du « rétablissement de la transmission perturbée de la politique monétaire », ce qui aboutirait dès lors à une domination budgétaire d'un type particulier, à savoir non par *l'imposition* d'une politique monétaire par les pouvoirs « politiques » pour des raisons budgétaires, mais par un *engagement volontaire* de la BCE de mettre la politique monétaire au service de considérations budgétaires et économiques afin de garantir un objectif éminemment politique (la pérennité de l'UEM).

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 19-27.

²⁶⁰ F. SANDER, « “Gestörte geldpolitische Transmission” », *op. cit.* Cet article a semble-t-il fortement influencé la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, puisqu'outre ce § 171, les § 157 et 161 contiennent également cette référence.

²⁶¹ Cf. notamment A. ALESINA, L. H. SUMMERS, « Central Bank Independence and Macroeconomic Performance », *op. cit.* ; M. FRIEDMAN, A. J. SCHWARTZ, *A Monetary History of the United States, 1867-1960*, Princeton, Princeton University Press, 1963 ; M. FRIEDMAN, A. J. SCHWARTZ, *Monetary Trends in the United States and United Kingdom: Their Relation to Income, Prices, and Interest Rates, 1867-1975*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

²⁶² Cf. notamment J. M. BUCHANAN, R. E. WAGNER, *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes*, New York, Academic Press, 1977.

F. Sander qualifie ce nouveau type de domination budgétaire de « domination budgétaire par “auto-surreponsabilisation” fonctionnelle » (*fiscal Dominance durch funktionale Selbstüberantwortung*)²⁶³ : la BCE s’affirmerait, contre toute rationalité économique, en tant que « responsable » du bon fonctionnement de l’économie dans son ensemble (d’où le terme de « sur-responsabilisation ») sans qu’aucune norme juridique ne le prévoie (d’où l’expression « auto-surreponsabilisation »), et cette « auto-surreponsabilisation » se fonderait sur une conception *fonctionnaliste* articulée autour des « effets utiles et des pouvoirs implicites » de la BCE – qui s’attribuerait un pouvoir d’agir partout où il y a des obstacles à l’efficacité de la politique monétaire, alors même que ces obstacles peuvent être de nature véritablement économique ou même résulter de l’architecture asymétrique des traités²⁶⁴. On serait donc entré dans une ère de domination budgétaire par « une soumission volontaire (*Indienstnahme*) de la politique de la banque centrale à des considérations de politiques budgétaires, pour laquelle la réponse institutionnelle traditionnelle d’indépendance maximale s’avère inefficace »²⁶⁵. Selon l’auteur – et ceci constitue sa conclusion –, la ligne de démarcation entre politique monétaire et politique économique se révèle certes « ténue » (*fein*), sinon « artificielle » (*artifizuell*), mais elle n’en reste pas moins nécessaire juridiquement pour éviter toute « instrumentalisation de la politique monétaire » (*Instrumentalisierung der Geldpolitik*) destinée à gérer les crises budgétaires, par le biais d’un soutien monétaire détourné à l’économie (*geldpolitische Querfinanzierung der Wirtschaft*) et d’un financement monétaire de l’État (*monetäre Staatsfinanzierung*).

L’aboutissement du raisonnement de F. Sander semble particulièrement bien résumer la position de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, et il nous paraît donc utile de le citer ici *in extenso* : « La crise de l’Espace économique européen (*Krise des europäischen Wirtschaftsraums*) causée par de multiples facteurs de politique économique (crise financière et bancaire ; crise de la dette souveraine ; manque de discipline budgétaire ; réticence et incapacité des États membres à se conformer aux exigences d’austérité du droit primaire) est essentiellement un fait de politique économique (*wirtschaftspolitischer Sachverhalt*). Il peut être traité de deux manières : soit par le biais de la politique budgétaire – les États membres se tenant mutuellement ou individuellement davantage responsables –, soit par le biais de la politique monétaire – en instrumentalisant la banque centrale comme organisme de redressement [économique] (*Reparaturinstanz*). La rhétorique de la transmission perturbée de la politique monétaire tend vers cette dernière direction. Elle usurpe ainsi une considération de politique monétaire au départ valable et pertinente – la réflexion sur les mécanismes de transmission de la politique monétaire à l’économie réelle – pour élargir son mandat, en sortant cette idée de son contexte originel et en abolissant les frontières de la politique monétaire. En cas de situation de crise, la ligne de partage des compétences entre les deux options consiste à assurer la réception des impulsions et à restaurer l’économie avec toutes ses facettes budgétaires et cycliques afin que les impulsions de la politique monétaire puissent avoir un effet. Cette ligne de démarcation est fine et, dans un certain sens, artificielle : la réalité économique est infiniment variable et l’établissement de limites normatives impose à la réalité ce qui

²⁶³ F. SANDER, « “Gestörte geldpolitische Transmission” », *op. cit.*, p. 533.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 532.

²⁶⁵ « Ein Zeitalter der fiskalpolitischen Indienstnahme von Zentralbankpolitik angebrochen, auf die die traditionelle institutionelle Antwort einer möglichst ausgeprägten Unabhängigkeit ins Leere läuft » (*ibidem*, p. 533).

ne s'y trouve pas. Mais ce n'est que lorsque l'idée de séparation est prise au sérieux que le soutien monétaire détourné à l'économie peut être évité et que le financement monétaire de l'État peut être efficacement empêché. Si nous renonçons à la distinction, il n'y a pas d'obstacle à l'instrumentalisation de la politique monétaire pour la gestion des crises, y compris budgétaires »²⁶⁶.

Les différents arguments avancés par F. Sander, fondés sur une grille d'analyse néo-classique, se retrouvent repris et endossés à différents stades du raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, témoignant dès lors de l'imprégnation monétariste et néo-classique du référentiel économique de la Cour de Karlsruhe, qui va jusqu'à mentionner explicitement les références scientifiques sur lesquelles elle se base.

Certes, la Cour constitutionnelle fédérale allemande commet une erreur – ou plutôt un raccourci – lorsqu'elle parle de « dominance monétaire », puisque l'on serait plutôt, à en croire la littérature mobilisée, dans le cas d'une dominance budgétaire quoiqu'imposée par l'autorité monétaire. Loin de mettre en doute le référentiel libéral néo-classique implicite des juges de Karlsruhe, cette erreur en dit au contraire plus long encore sur les postulats économiques qui sous-tendent les raisonnements de ceux-ci. En effet, il nous semble possible de reformuler le raisonnement implicite en ces termes. Si la BCE s'entient à une politique monétaire prioritairement axée sur la stabilité des prix, les marchés sont censés être dans leur position (naturelle) de discipliner les politiques budgétaires des États membres par l'instrument de la dette publique, les contraignant à entreprendre les « efforts d'assainissement et de réforme nécessaires » – et aux yeux de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la BCE n'impose alors aucunement sa politique monétaire aux politiques budgétaires : elle ne fait que remplir sa fonction en quelque sorte objective au regard du postulat (néo-classique) de « neutralité de la monnaie ». À l'inverse, si la BCE développe une politique d'assouplissement quantitatif consistant à racheter des titres de dettes publiques (fût-ce officiellement au nom du contrôle de l'inflation et de restauration de la transmission perturbée de la politique monétaire), elle favorise les conditions de financement des États membres en diminuant les taux d'emprunt exigés et court-circuite donc la fonction disciplinarisante du marché (elle « dissuade (...) les États membres de mener une politique budgétaire saine ») – et, ce faisant, elle « dicte » et « détermine » les politiques budgétaires des États membres.

Ce qui est mis en cause n'est donc pas que la politique budgétaire soit conditionnée par la politique monétaire (domination monétaire), mais qu'elle le soit par une politique monétaire considérée comme nuisible et pour ainsi dire contre nature, car orientée vers le soutien au financement des politiques budgétaires. *In fine*, l'indépendance de la BCE se révèle donc accessoire – ou, à tout le moins, instrumentale – dans la pensée économique des juges de Karlsruhe, puisqu'elle s'avère importante non pas pour elle-même, mais pour le but qu'elle poursuit : elle vise à faciliter l'imposition d'une politique monétaire réputée « neutre », orientée vers la stabilité des prix, seule à même de contraindre les décideurs publics à adopter une politique budgétaire et économique « saine » (décideurs politiques qui, autrement, se laisseraient aller à toutes les impérities électoralistes, économiquement insoutenables). Dût-elle en revanche poursuivre une politique monétaire expansionniste et son indépendance devient alors elle-même problématique, nécessitant dès lors l'intervention d'un ultime garde-fou en la figure du juge constitutionnel, chargé

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 534.

de faire respecter la « sagesse économique » consacrée dans les traités de l'UE²⁶⁷. Si les théories néo-classiques se trouvent certes bien à la base de l'architecture de l'UEM, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne se contente donc pas de prendre acte de cette structure juridique spécifique pour en proposer une lecture systémique et exégétique à la lumière des thèses qui l'ont inspirée ; elle intériorise celles-ci en en faisant des vérités scientifiques démontrées qui préexisteraient à l'armature juridique et à l'ordre politique de la société²⁶⁸, dont elle se fait le *gardien en dernier ressort*.

3.1.2.2. Les « conséquences pertinentes » du PSPP sur les acteurs économiques privés et le risque de survie d'entreprises non viables économiquement

Ce qui apparaît encore plus significatif est que cette conception du marché est étendue aux acteurs économiques privés, pourtant non directement régis par les dispositions européennes relatives à l'UEM. Cela transparait assez clairement dans la suite du raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : celle-ci prolonge ses analyses en insistant – de manière tout à fait cohérente avec ces présupposés néo-classiques – sur les impacts économiques jugés néfastes de cette politique monétaire.

« Les conséquences pertinentes du PSPP en matière de politique économique comprennent également le risque de bulles immobilières et boursières ainsi que des effets économiques et sociaux pour la quasi-totalité des citoyens, qui en sont, du moins indirectement, affectés en leur qualité d'actionnaires, de locataires, de propriétaires d'immeubles, d'épargnants ou encore de preneurs d'assurance. Ainsi des risques de pertes considérables pèsent-ils sur les épargnes. Il en découle des conséquences directes en ce qui concerne les retraites (privées) et la rentabilité des plans d'épargne retraite (...). Grâce aux taux d'intérêt généraux abaissés, le PSPP permet également aux entreprises qui ne sont en principe économiquement plus viables (*nicht mehr lebensfähige*) de demeurer sur le marché, puisque de telles entreprises ont accès à des prêts à des conditions favorables. »²⁶⁹

Encore une fois, on retrouve ici un condensé de raisonnement néo-classique présupposant le caractère véridictionnel et disciplinarisant du marché²⁷⁰, puisque c'est de nouveau le marché qui constitue *l'étalon de vérité* permettant de discerner, de distinguer et de discriminer les pratiques et les politiques des agents économiques (ici les « entreprises » ou les « citoyens », et non plus les « États ») sur la base d'une vérité qui leur serait intrinsèque et qui se manifesterait à travers la formation des prix lorsque les mécanismes naturels du marché (lois de l'offre et de la demande, principe de concurrence, etc.) s'appliquent pleinement. En l'occurrence, la « viabilité » (*Lebensfähigkeit*) des entreprises constitue en quelque sorte ici l'équivalent fonctionnel de la « santé » (*Gesundheit*) des politiques budgétaires et des finances publiques²⁷¹. La logique sous-jacente réside donc dans le fait qu'il existerait un taux *naturel* du marché, mais que ce taux serait

²⁶⁷ M. J. HERDEGEN, « Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union », *op. cit.*

²⁶⁸ Cf. *supra*, section 3.

²⁶⁹ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 173-174.

²⁷⁰ Sur cette fonction de « véridiction » et de « disciplinarisation » du marché vis-à-vis des politiques économiques de l'État, cf. *supra*.

²⁷¹ Cf. *supra*, note 251.

(artificiellement) abaissé par la politique monétaire « non conventionnelle » de la BCE et que, dès lors, des entreprises qui, dans les conditions *naturelles* du marché, ne résisteraient pas à la concurrence seraient désormais en capacité de déroger (artificiellement) à cette sélection naturelle.

En cohérence avec la logique libérale néo-classique, les « effets économiques et sociaux » de cette politique pour ainsi dire contre nature sont évidemment considérés négatifs pour la « quasi-totalité » des citoyens (c'est-à-dire des agents économiques) par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Les « conséquences pertinentes » ciblées par les juges de Karlsruhe sont une fois encore des plus éloquents. Nulle trace, par exemple, de quelques citoyens qui se trouveraient être des « travailleurs » ou des « emprunteurs » et qui (dans les théories keynésiennes, à tout le moins) profiteraient des effets économiques de cette politique expansionniste²⁷². Sont pris en compte les « actionnaires », les « propriétaires », les « épargnants », etc., ainsi que les « régimes de retraites *privés* et leur rentabilité » (c'est-à-dire les systèmes de pensions par capitalisation)²⁷³. La Cour constitutionnelle fédérale allemande ajoute certes qu'« il n'est pas nécessaire de décider ici du poids à accorder à ces préoccupations dans le cadre d'une décision de politique monétaire ; ce qui est décisif, c'est que ces effets, qui sont soit causés, soit au moins amplifiés par le PSPP, ne peuvent être complètement ignorés »²⁷⁴. Néanmoins, en ne considérant les (éventuels) effets positifs du programme monétaire qu'en termes de stabilité des prix et en n'observant les autres effets que dans leurs versants « négatifs » à partir d'un raisonnement monétariste (alors qu'un raisonnement keynésien pourrait amener à les estimer positifs), la Cour de Karlsruhe maintient donc un référentiel néo-classique particulièrement affirmé.

Cette objectivation et naturalisation juridiques de théories économiques idéologiquement situées²⁷⁵ par une juridiction suprême peut certes déjà, en soi, poser certaines questions. Cependant, les juges de Karlsruhe ne s'arrêtent pas là : dans la dernière partie de la décision, consacrée à la question de savoir si le PSPP ne constitue pas une mesure équivalente à un financement monétaire des États membres (interdit par l'article 123 TFUE), ils déduisent de ce référentiel libéral néo-classique des implications juridiques et politiques

²⁷² Très schématiquement, les taux bas de la BCE auraient deux effets. D'une part, ils permettraient aux États d'emprunter à des taux avantageux et d'ainsi pratiquer à bas coûts des politiques économiques contracycliques en investissant dans l'économie par des plans de relance, permettant par ricochet aux entreprises de remplir leurs carnets de commande, et donc d'embaucher pour s'acquitter de leurs contrats (diminution du chômage) – relançant un cercle vertueux qui verrait la croissance reprendre et, par effet indirect, les recettes de l'État augmenter (à taux d'imposition égaux, une activité économique plus importante implique plus de recettes). D'autre part, outre les plans de relance publics, les entreprises pourraient emprunter également à taux bas et donc être tentées de réaliser des investissements – qui stimuleraient à leur tour la demande pour d'autres entreprises et relanceraient donc un cercle vertueux pour toute l'économie. L'inflation supplémentaire qui résulterait de cette politique monétaire expansionniste serait certes négative pour les intérêts particuliers des épargnants, mais elle serait au contraire positive pour ceux des emprunteurs.

²⁷³ Alors que, pour les régimes de retraite par *répartition*, il pourrait être argumenté, dans une perspective keynésienne, que l'augmentation de l'activité économique qu'impliquerait une politique monétaire expansionniste permettrait une augmentation de l'emploi, donc une augmentation des recettes issues des cotisations sociales (plus d'assujettis pour un même taux) – et donc, *in fine*, un effet positif sur l'équilibre financier du régime de retraite *par répartition*.

²⁷⁴ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 174.

²⁷⁵ Cf. *supra*, section 3.

de première importance²⁷⁶, en particulier en ce qui concerne la possibilité de prévoir une « mutualisation monétaire », fût-elle indirecte, des dettes souveraines nationales, même en cas de modification expresse des traités. Autrement dit, la Cour constitutionnelle fédérale allemande semble amenée à défendre, à partir de ses présupposés économiques spécifiques, une limite *absolue* à l'intégration européenne, à tout le moins sous l'empire de la LF.

3.2. LA PROHIBITION ABSOLUE DE TOUTE MUTUALISATION MONÉTAIRE DES DETTES PUBLIQUES OU LE RENVERSEMENT DE LA DOCTRINE DU « *WHATEVER IT TAKES* »

Précisons d'emblée que, par l'expression de « mutualisation monétaire, fût-elle *indirecte* des dettes souveraines nationales », nous entendons le fait que, par la combinaison du rachat des dettes publiques sur le marché obligataire secondaire par le SEBC et la possibilité pour le Conseil des gouverneurs de la BCE de prévoir une indemnisation des pertes subies par l'une des banques centrales nationales (article 34.2, alinéa 2, des statuts du SEBC et de la BCE), chaque État membre peut se trouver *de facto*, par le truchement de sa banque centrale, dans un rapport de solidarité (relative) avec les dettes souveraines des autres États membres de la zone euro. Une « mutualisation monétaire *directe* » consisterait, elle, à prévoir directement cette solidarité (au sens juridique), en prévoyant explicitement dans le programme que la BCE et les banques centrales de l'Eurosystème achèteront indistinctement des titres de dette publique de tous les États de la zone euro.

Il convient par ailleurs de distinguer cette mutualisation « monétaire », directe ou indirecte, de toute mutualisation « budgétaire », comme celle proposée par la Commission européenne, sur la base de la proposition du président français Emmanuel Macron et de la chancelière fédérale allemande Angela Merkel, et adoptée, après de vives négociations, le 21 juillet 2020, dans le cadre du « plan de relance » de 750 milliards d'euros (*Next Generation EU*) financé par un emprunt commun contracté par la Commission européenne sur les marchés²⁷⁷ – et dont les contours ont été précisés dans la décision du 14 décembre 2020 relative au système des ressources propres de l'Union européenne²⁷⁸. En effet, une mutualisation budgétaire des dettes ne peut conceptuellement (et concrètement) se substituer à l'action d'une banque centrale agissant en prêteur en dernier

²⁷⁶ Les analyses qui suivent sont élaborées à partir d'un article, remanié et étendu, consacré à cette question spécifique : G. GRÉGOIRE, « L'impossible mutualisation monétaire des dettes souveraines selon Karlsruhe », *Revue de l'euro*, n° 55, 2021, <https://resume.uni.lu>.

²⁷⁷ Conseil européen, « Réunion extraordinaire du Conseil européen (17, 18, 19, 20 et 21 juillet 2020). Conclusions », EUCO 10/20, CO EUR 8, Concl 4, 21 juillet 2020, www.consilium.europa. Pour une analyse des problèmes juridiques que soulève ce plan de relance, cf. M. RUFFERT, « Le bouleversement de l'Union économique et monétaire dans la crise pandémique », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 4, 2020, p. 915-930.

²⁷⁸ Décision (UE, Euratom) 2020/2053 du Conseil du 14 décembre 2020 relative au système des ressources propres de l'Union européenne et abrogeant la décision 2014/335/UE, Euratom, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 424, 15 décembre 2020. La ratification de cette décision par la République fédérale d'Allemagne fait d'ores et déjà l'objet d'une nouvelle plainte devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande (cf. *infra*, section 4.2).

ressort. D'une part, le caractère limité de la mutualisation budgétaire opérée en l'espèce échoue à répondre au caractère illimité de la potentielle mutualisation monétaire d'une banque centrale. D'autre part, et plus généralement, en cas d'absence d'une banque centrale assumant son statut de prêteur en dernier ressort (le cas échéant, en raison d'une interdiction juridique d'assumer un tel rôle), toute mutualisation budgétaire des dettes souveraines, qui implique d'en passer par les marchés pour financer les emprunts publics, se heurte théoriquement aux mêmes risques que l'émission de dettes publiques non mutualisées, à savoir la perte éventuelle de confiance des marchés, amenant un accroissement des taux d'intérêt sur le refinancement des États jusqu'à un niveau prohibitif qui peut mener à une situation d'insolvabilité et de défaut de paiement. L'existence même de cette fonction de prêteur en dernier ressort a pour objectif (et résultat) d'empêcher un tel engrenage : la certitude de voir la BCE fournir, si besoin en quantité illimitée, les liquidités nécessaires aux institutions publiques amène à apaiser (par avance) les craintes des marchés relatives à cette hypothèse d'insolvabilité et, par conséquent, à prévenir toute spirale spéculative auto-réalisatrice²⁷⁹.

Ces précisions étant posées, relevons enfin que l'interdiction du financement monétaire des États membres consacrée par l'article 123 TFUE constitue en quelque sorte la clé de voûte de l'architecture néo-classique de l'UEM, puisqu'elle soutient, d'un côté, au niveau du pilier « monétaire », le mandat de la BCE prioritairement tourné vers la stabilité des prix²⁸⁰ et qu'elle garantit, de l'autre côté, c'est-à-dire pour le pilier « économique-budgétaire », l'imposition de la logique disciplinaire du marché sur les finances publiques des États membres²⁸¹. Elle traduit donc juridiquement, avec l'appui de l'article 125 TFUE²⁸², la recherche d'une domination monétaire contre toute domination budgétaire²⁸³.

D'où l'importance, pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, de s'assurer que le PSPP ne soit pas une mesure d'effet équivalent à un financement monétaire des États membres. Dans l'arrêt *Gauweiler* relatif à l'affaire *OMT*, la CJUE a en effet reconnu que le SEBC, s'il peut certes agir sur les marchés secondaires en rachetant des obligations souveraines, ne peut en revanche utiliser cette prérogative pour contourner l'interdiction d'acquisition directe des dettes souveraines des États membres sur le marché primaire des obligations d'États²⁸⁴. Néanmoins, le PSPP a mené au rachat sur le marché secondaire, depuis 2015, de plus de 2 000 milliards d'euros de dettes publiques émises par les différents

²⁷⁹ Pour une brève explication sur la fonction de « prêteur en dernier ressort » et sur la distinction avec une mutualisation budgétaire des dettes publiques (du type des mécanismes d'assistance (FESF, MESF, MES), mais applicable également, *mutatis mutandis*, à l'emprunt commun prévu pour le plan *Next Generation EU*), cf. P. DE GRAUWE, « La Banque centrale européenne, un prêteur de dernier ressort », *La vie économique. Revue de politique économique*, n° 11, 2011, p. 17-20.

²⁸⁰ Pour financer les déficits publics, la BCE pourrait en effet prêter aux États membres en créant de la monnaie pour l'occasion, augmentant de ce fait la masse monétaire en circulation et causant dès lors un risque inflationniste.

²⁸¹ Si l'État peut compter sur des prêts directs de la BCE, il ne devra pas (ou à tout le moins plus autant) combler ses déficits publics par l'émission d'obligations souveraines sur les marchés financiers et ceux-ci ne pourront donc plus jouer (ou plus autant) leur rôle disciplinaire.

²⁸² Pour rappel, cette clause de non-renflouement consacrée à l'article 125 TFUE interdit en principe toute solidarité financière entre les institutions de l'UE et les États membres et entre les États membres eux-mêmes.

²⁸³ Cf. *supra*, section 3.1.2.1.

²⁸⁴ CJUE, P. *Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, point 97.

États membres de la zone euro²⁸⁵ – chaque banque centrale nationale de l'Eurosystème achetant des titres éligibles provenant d'émetteurs publics de son propre pays, en proportion de la clé de répartition de chaque État au capital de la BCE²⁸⁶. Si, en principe, ce procédé vise précisément à éviter tout risque d'aléa moral, la perspective de voir les éventuelles pertes issues d'un défaut souverain être réparties et partagées entre les différentes banques centrales de l'Eurosystème²⁸⁷ (comme semble le permettre l'article 32.4 des statuts du SEBC et de la BCE²⁸⁸) a pu jouer un rôle important dans l'apaisement des marchés obligataires et le maintien du niveau historiquement bas des taux d'emprunt des États membres, jusqu'à les rendre parfois négatifs.

Dans la ligne de cette jurisprudence *Gauweiler* consacrant l'interdiction des mesures d'effet équivalent à un financement monétaire des États membres, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a donc posé, dans sa décision de renvoi préjudiciel du 18 juillet 2017, une cinquième et dernière question concernant cette hypothèse d'une éventuelle répartition, entre les différentes banques centrales de l'Eurosystème, des pertes issues d'un défaut souverain. Observant notamment que, « en cas de défaillance des obligations émises par une administration centrale, il semble probable, voire inévitable, que le Conseil des gouverneurs de la BCE réagisse en adoptant une décision en vertu de l'article 32.4 des statuts du SEBC qui entraînerait un partage complet des risques »²⁸⁹, les juges de Karlsruhe ont demandé à leurs homologues de Luxembourg si un tel partage illimité des risques ne violait pas l'interdiction de financement monétaire des États membres (article 123 TFUE) et la clause dite de « non-renflouement » ou de « *no bail-out* » (article 125 TFUE). En cas de défaut de paiement d'un État membre consécutif à un programme de rachat massif de dettes souveraines par le SEBC, la possibilité de répartir entre les différentes banques centrales de l'Eurosystème les pertes subies par la banque centrale de l'État « failli » pourrait en effet nécessiter de recapitaliser, à leur tour, ces banques centrales par une intervention de l'État dont elles relèvent respectivement. Cela signifierait, *in fine*, que chaque État membre se trouverait budgétairement garant, par le truchement de sa banque centrale, des autres États membres de la zone euro – contrairement au prescrit de l'article 125 TFUE²⁹⁰.

²⁸⁵ Cf. « Account of the monetary policy meeting of the Governing Council of the ECB held in Frankfurt am Main on Wednesday and Thursday, 21-22 January 2015 », BCE, Eurosystème, 19 février 2015, www.ecb.europa.eu ; M. DRAGHI, « Déclaration introductive », BCE, Eurosystème, Conférence de presse du 22 janvier 2015, www.ecb.europa.eu ; Décision (UE) 2015/774 de la BCE du 4 mars 2015 précitée. Pour un état des lieux évolutif du programme, cf. la présentation du PSPP sur le site Internet de la BCE : www.ecb.europa.eu. Cf. *supra*, section 1.1.

²⁸⁶ Décision (UE) 2015/774 de la BCE du 4 mars 2015 précitée, article 6.2.

²⁸⁷ Cf. notamment W. BUTTER, « Global Economics View. The Euro Area: Monetary Union or System of Currency Boards? », Citi Research, 19 mars 2015, <https://willembutter.com>, p. 18-19.

²⁸⁸ L'article 32.4 du Protocole n° 4 sur les statuts du SEBC et de la BCE dispose : « Le Conseil des gouverneurs peut décider d'indemniser les banques centrales nationales pour les frais encourus à l'occasion de l'émission de billets ou, dans des circonstances exceptionnelles, pour des pertes particulières afférentes aux opérations de politique monétaire réalisées pour le compte du SEBC. L'indemnisation prend la forme que le Conseil des gouverneurs juge appropriée ; ces montants peuvent être compensés avec le revenu monétaire des banques centrales nationales ».

²⁸⁹ BVerfG, *PSPP I*, Décision de renvoi préjudiciel du 18 juillet 2017 précitée, § 130. La Cour constitutionnelle fédérale allemande ajoute : « Cela équivaudrait à une redistribution des risques d'une ampleur inconnue jusqu'alors et pour laquelle la BCE n'a pas de mandat » (*ibidem*).

²⁹⁰ *Ibidem*, § 132-134.

La CJUE a néanmoins rejeté cette dernière question préjudicielle au motif qu'elle serait « hypothétique », puisqu'aucune décision en ce sens n'avait été explicitement prise par la BCE et que seuls les titres des émetteurs internationaux (approximativement 10 % du montant total des rachats opérés dans le cadre du PSPP) étaient soumis à un régime de partage des risques²⁹¹. S'il semble difficile de donner juridiquement tort sur ce point à la CJUE, force est cependant de constater qu'elle aurait tout aussi bien pu opter pour une solution plus diplomatique en répondant, par une « réserve d'interprétation », à cette cinquième question qui lui était soumise²⁹².

Sans doute particulièrement courroucée par cette (absence de) réponse, mais loin de s'en laisser conter, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a certes validé le PSPP au regard des articles 123 et 125 TFUE²⁹³, mais non sans maintenir de nouveau de « sérieuses objections » (*erheblichen Bedenken*) sur la méthodologie de la CJUE²⁹⁴ et, surtout, en finissant par retourner l'argument du caractère « hypothétique » de la question pour en déduire finalement, par un raisonnement en trois temps²⁹⁵, une interdiction absolue de toute mutualisation monétaire indirecte des dettes souveraines nationales²⁹⁶.

Le premier élément de son argumentation réside dans le fait que, d'une part, le volume des obligations achetées (plus de 2 000 milliards d'euros au moment de l'arrêt) « dépassait

²⁹¹ CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, points 162 à 166.

²⁹² C'est du reste ce que la CJUE a fait pour le programme OMT, puisque, tout en étant juridiquement prévu par une norme de droit de l'UE (en l'occurrence, un communiqué de presse), celui-ci restait néanmoins « hypothétique » – comme le soutenaient d'ailleurs les gouvernements italien, hellénique et finlandais (*ibidem*, points 20 et 21) –, dans la mesure où il dépendait encore d'une décision d'activation par le Conseil des gouverneurs de la BCE. Or la CJUE a tout de même accepté de répondre au renvoi préjudiciel après avoir rejeté cet argument du caractère hypothétique du programme (*ibidem*, point 28). On se retrouve donc ici, *mutatis mutandis*, dans une situation comparable mais avec un résultat pourtant différent.

²⁹³ Contrairement à la question du respect par la BCE de son mandat (articles 119 et 127 TFUE) donc, qui a vu la Cour constitutionnelle fédérale allemande censurer l'arrêt de la CJUE et le PSPP (cf. *supra*, section 2.1).

²⁹⁴ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 184-196. La Cour constitutionnelle fédérale allemande explique notamment que, de son point de vue, « l'application de certains de ces critères par la CJUE dans l'affaire *Weiss* suscite de sérieuses objections. En ce qui concerne l'article 123 TFUE, le raisonnement de l'arrêt rendu dans l'affaire *Weiss* repose essentiellement sur les mesures de précaution prévues par le PSPP destinées à éviter un contournement de cet article. L'arrêt *Weiss* s'abstient toutefois d'opérer une évaluation approfondie de ces mesures et n'examine pas les indices pointant dans le sens opposé (...). Comme il a déjà été établi [cf. § 140 et suivants], une telle approche ne satisfait pas aux exigences qu'un contrôle juridictionnel effectif de l'interdiction de contourner l'article 123 TFUE doit remplir, et elle se trouve également en contradiction avec l'approche adoptée par la CJUE dans d'autres domaines » (*ibidem*, § 184). La Cour développe ces « sérieuses objections » dans les § 185 à 196, avant de les résumer ainsi : « Certes, la CJUE a largement supprimé l'effet des "garanties" individuelles telles que l'interdiction d'annonces *a priori*, la période de *blackout*, la détention jusqu'à l'échéance finale et la nécessité d'établir un plan de sortie ; pour une partie de ces "garanties", il n'est pas non plus compréhensible (*nachvollziehbar*), en l'absence d'un examen plus approfondi par la CJUE, qu'elles soient appropriées pour assurer l'incertitude nécessaire des États membres et des opérateurs de marché en ce qui concerne les achats [d'obligations souveraines par l'Eurosystème], puisque leur effet dépend de la volonté – qui ne peut être ni imposée ni contrôlée juridiquement – du Conseil des gouverneurs de la BCE de les utiliser effectivement dans la mise en œuvre du programme. En tout état de cause, la Cour n'examine pas si ces garanties ont déjà été appliquées, ni dans quelle mesure la non-utilisation de certaines possibilités d'action consolide les attentes du marché d'une manière telle qu'il en résulte une quasi-certitude pour les opérateurs de marché » (*ibidem*, § 214). Toutefois, sur la base de l'obligation de respecter, pour l'achat des actifs publics, la proportion de la clé de répartition de chaque État au capital de la BCE avec une limite maximale d'acquisition pour chaque État membre de 33 % de l'ensemble des obligations émises par celui-ci, « un contournement manifeste de l'article 123, § 1, TFUE ne peut être établi » (*ibidem*, § 216-217).

²⁹⁵ *Ibidem*, § 222-228.

²⁹⁶ Sur l'acceptation donnée à cette notion de mutualisation monétaire indirecte, cf. *supra*, section 3.2.

largement le montant des réserves existantes, du moins en cas de défaut de paiement d'un État membre important » et que, d'autre part, un régime différent de partage des risques avait déjà été appliqué dans le passé (notamment à l'occasion du Securities Market Programme - SMP), de sorte que, « si la BCE était autorisée à adopter un tel régime de partage des pertes sur la base des traités actuels, la cinquième question n'aurait pas été hypothétique au moment où la CJUE a rendu sa décision »²⁹⁷. Comme le relève M. Van Der Sluis, cette question s'avère d'autant moins hypothétique que M. Draghi a reconnu que des banques centrales ont été indemnisées pour leurs pertes dans le passé et, surtout, qu'« il y a une règle provenant d'une combinaison des statuts de la BCE et d'une décision du Conseil des gouverneurs selon laquelle un mode par défaut est un mode de partage complet des risques »²⁹⁸ – position qui est partagée par les banques centrales nationales et notamment par la *Bundesbank*, qui a pu déjà relever en 2011 que les pertes sont « habituellement supportées conjointement, en fonction d'une décision du Conseil des gouverneurs de la BCE »²⁹⁹.

Il faut néanmoins noter qu'en l'occurrence, la BCE s'explique sur le régime *limité* de répartition des pertes³⁰⁰ et qu'elle déclare donc explicitement que ce ne sera pas un régime de partage total des risques de pertes – même si l'hypothèse a été discutée, comme elle le reconnaît expressément. Cependant, rien n'aurait *a priori* interdit juridiquement à la BCE de modifier cette déclaration et ce programme pour prévoir d'éventuelles pertes. Il était donc possible, sinon probable, qu'en cas de défaut de paiement d'un État membre important (telle l'Italie, par exemple), le Conseil des gouverneurs de la BCE aurait été « contraint » de modifier ses décisions pour prévoir un partage des pertes afin de sauvegarder l'intégrité de la zone euro – intégrité qui ferait partie, selon la jurisprudence *Gauweiler*, des conditions de l'unicité de la politique monétaire³⁰¹. D'où, précisément, la question de la Cour constitutionnelle fédérale allemande³⁰².

Ces divers éléments tendent à démontrer que la déclaration d'irrecevabilité de la cinquième question par la CJUE n'était pas inévitable. À partir des mêmes coordonnées du problème mais en adoptant un angle différent, la CJUE aurait pu trouver une autre réponse juridique. Pour les juges de Karlsruhe, il en découle alors – et ceci constitue la deuxième étape de leur raisonnement – qu'il faut interpréter le caractère « hypothétique » proclamé par la CJUE non seulement comme le fait qu'un tel partage des risques est

²⁹⁷ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 224.

²⁹⁸ « Account of the monetary policy meeting of the Governing Council of the ECB held in Frankfurt am Main on Wednesday and Thursday, 21-22 January 2015 », *op. cit.* ; M. DRAGHI, « Déclaration introductive », *op. cit.*

²⁹⁹ Deutsche Bundesbank, « Annual Report 2011 », 2012, www.bundesbank.de, p. 49.

³⁰⁰ « Account of the monetary policy meeting of the Governing Council of the ECB held in Frankfurt am Main on Wednesday and Thursday, 21-22 January 2015 », *op. cit.*

³⁰¹ CJUE, *P. Gauweiler et al.*, Arrêt du 16 juin 2015 précité, points 76 et 77.

³⁰² À l'inverse, selon M. Van Der Sluis, l'approche de la BCE et de la CJUE se révèle donc partiellement incohérente : d'un côté, elles considèrent dans l'affaire *OMT* que le partage des risques est lié à l'intégrité de la zone euro et à l'unicité de la politique monétaire (le partage des risques est nécessaire à dissiper les « craintes infondées » du marché, qui elles-mêmes perturbent la transmission de la politique monétaire) ; de l'autre côté, elles considèrent dans l'affaire *PSPP* que le régime de partage des pertes « n'a rien à voir avec l'unicité de la politique monétaire » (M. DRAGHI, « Déclaration introductive », *op. cit.*). De ce fait, « en acceptant les déclarations de la BCE sur le partage des pertes sans examiner les motivations sous-jacentes et les préoccupations constitutionnelles, la CJUE semble donc valider une approche incohérente de la BCE à l'égard de sa responsabilité dans le maintien d'une politique monétaire unique » (M. VAN DER SLUIS, « Similar, Therefore Different », *op. cit.*, p. 278-279).

« factuellement incertain », mais qu'il se trouve désormais également « juridiquement impossible » (*nicht nurtatsächlicher Hinsicht für ungewiss, sondern auch für rechtlich nicht möglich*) en l'état actuel des traités européens. Les réponses des juges de Luxembourg relatives aux quatre premières questions (c'est-à-dire à la proportionnalité et au mandat de la BCE) impliqueraient « qu'il existe une interdiction de modifier rétroactivement la répartition des risques »³⁰³ – autrement dit, de revenir sur les modalités de répartition des éventuelles pertes du PSPP telles que prévues initialement³⁰⁴ –, mais, en outre, « la déclaration d'irrecevabilité de la cinquième question a des conséquences spécifiques en termes de droit matériel : elle exclut tout futur acte de droit secondaire ou tertiaire créant un tel régime de partage des pertes »³⁰⁵. L'inverse impliquerait en effet, selon les juges allemands, une violation de l'autonomie budgétaire nationale, qui constitue pourtant un principe constitutif de l'union monétaire (articles 123 et 125 TFUE) garantissant que les États membres restent soumis à la logique du marché lorsqu'ils s'endettent³⁰⁶.

À ce stade du raisonnement, le constat est donc clair. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'article 32.4 des statuts du SEBC et de la BCE ne peut constituer une base légale pour un partage des risques aussi conséquent. La possibilité d'indemnisation prévue par cet article ne peut jouer que de manière limitée et exceptionnelle, au risque sinon de mettre en échec toute la logique disciplinarisante du marché telle qu'elle ressort de l'architecture des traités³⁰⁷. Cela est affirmé avec force au § 226 de l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 :

« Une redistribution des pertes résultant d'opérations d'*open market* effectuées dans le cadre du PSPP par les banques centrales nationales constituerait – hormis dans les cas d'exception prévus à l'article 32, § 4, des statuts du SEBC – une violation du principe du droit de l'UE consacré aux articles 123 et 125 TFUE d'autonomie des budgets nationaux – un principe fondamental constitutif pour l'Union monétaire (cf. *Recueil BVerfGE* 129, 124 <181 et 182> ; 132, 195 <248, point 128> ; 134, 366 <393, point 41> ; 135, 317 <407, point 180>). Les traités ne prévoient pas de redistribution

³⁰³ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 225.

³⁰⁴ Décision (UE) 2015/774 de la BCE du 4 mars 2015 précitée, article 6.2.

³⁰⁵ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 224.

³⁰⁶ *Ibidem*, § 225. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande : « Un partage complet des risques permettrait à certains États membres d'échapper aux conséquences d'une détérioration de leur situation budgétaire [cf. CJUE, *Weiss et al.*, Arrêt du 11 décembre 2018 précité, point 140] et viderait rétroactivement de leur sens les "garanties" établies par le PSPP pour empêcher un contournement de l'article 123 TFUE. Il est dès lors permis de tirer de l'arrêt de la CJUE en tant qu'acte éclairé la conclusion que les règles en matière de répartition des risques constituent l'un des éléments déterminants pour évaluer le respect du principe de proportionnalité par le PSPP et qu'une modification "rétroactive" de ces règles est par conséquent exclue » (*ibidem*, § 225).

³⁰⁷ Pour une analyse (critique) de la position de la Cour constitutionnelle fédérale allemande concernant l'interprétation de l'interdiction de financement monétaire de l'article 123 TFUE (lu en combinaison avec l'article 125 TFUE) et le risque que fait courir cette interprétation pour le Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) (BCE, « ECB annonce €750 billion Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) », Communiqué de presse, 18 mars 2020, www.ecb.europa.eu ; Décision (UE) 2020/440 de la Banque centrale européenne du 24 mars 2020 relative à un programme temporaire d'achats d'urgence face à la pandémie (BCE/2020/17), *Journal officiel de l'Union européenne*, L 91, 25 mars 2020), cf. notamment A. VITERBO, « The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank », *European Papers. A Journal on Law and Integration*, volume 5, n° 1, 2020, p. 671-685 ; M. POIARES MADURO, « Quelques observations préliminaires sur l'arrêt *Weiss* de la Cour constitutionnelle allemande relatif au PSPP », *op. cit.* Le PEPP fait en effet d'ores et déjà l'objet d'un nouveau recours devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande (cf. *infra*, section 4.2, dont la note 369).

entre les budgets nationaux (...). Cette constatation n'est pas invalidée par le fait que la clause de non-renflouement prévue à l'article 125 TFUE ne prohibe pas catégoriquement toute forme d'assistance financière (...) ³⁰⁸. Au contraire, les traités garantissent que les États membres restent soumis à la logique du marché lorsqu'ils contractent des dettes (...) ³⁰⁹. Un partage complet des risques de pertes éventuelles ne serait manifestement plus couvert par l'article 32, § 4, des statuts du SEBC et constituerait un financement direct des États. (...) Si les banques centrales nationales des autres États membres allégeaient la banque centrale d'un État membre de pertes survenues (ou sur le point de l'être) relatives à des obligations acquises dans le cadre du PSPP, elles financeraient de fait ces obligations à l'égard de la banque centrale nationale en question qui détient ces titres. Une telle aide financière *ex post* ne relève toutefois manifestement pas de la politique monétaire, ce que confirme d'ailleurs la jurisprudence de la CJUE (...) ³¹⁰. » ³¹¹

En conséquence, cette hypothétique mutualisation monétaire indirecte des dettes souveraines par partage entre banques centrales de l'Eurosystème des risques de pertes liées à un éventuel défaut souverain nécessiterait en tout état de cause une révision des traités, avec ratification par chaque État ³¹² et, le cas échéant, validation par leur juridiction constitutionnelle nationale. Or c'est précisément cette possibilité même que les juges de Karlsruhe semblent avoir enterrée par la troisième et ultime étape de leur argumentation – et plus précisément dans le § 227 de leur décision ³¹³. Ils ne s'arrêtent effectivement pas à l'affirmation de l'impossibilité juridique de cette mutualisation monétaire indirecte des dettes souveraines *dans le cadre actuel des traités*, mais en font également, quoique implicitement, une interdiction pour l'avenir, c'est-à-dire *même en cas de révision des traités*, puisqu'un tel régime de partage des risques serait en tout état de cause (*jedenfalls*) non conforme avec la « responsabilité budgétaire générale » (*haushaltspolitische Gesamtverantwortung*) du *Bundestag*. Cette dernière est reconnue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande comme l'émanation économique du « principe démocratique », qui relève lui-même de l'« identité constitutionnelle » allemande protégée par la « clause d'éternité » de l'article 79, alinéa 3, LF – et se trouve donc hors de portée de toute révision constitutionnelle ³¹⁴.

Contraire à cette responsabilité budgétaire générale constitutionnellement immunisée, un tel partage des risques de défaut souverain entre les banques centrales nationales de

³⁰⁸ L'arrêt renvoie ici à CJUE, *Pringle*, Arrêt du 27 novembre 2012 précité, point 136.

³⁰⁹ L'arrêt renvoie ici à *ibidem*, point 135.

³¹⁰ L'arrêt renvoie ici à *ibidem*, point 57.

³¹¹ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 226.

³¹² En ce sens : *ibidem*, § 103-104 et 109.

³¹³ Cette partie de l'arrêt est rédigée comme suit : « En tout état de cause, eu égard au volume de plus de 2 000 milliards d'euros des obligations acquises dans le cadre du PSPP, une modification (ultérieure) de la répartition des risques relatifs à ces obligations porterait atteinte au domaine protégé, tel qu'il a été défini par [la Cour constitutionnelle fédérale], de la responsabilité budgétaire globale du *Bundestag* allemand (...) et serait contraire à l'article 79, alinéa 3, LF. Une telle modification serait susceptible de conduire à une recapitalisation de la *Bundesbank* (...) et constituerait, sur le fond, une prise en charge – interdite par la LF – de la responsabilité pour des décisions prises par un tiers et engendrant des conséquences difficiles à évaluer » (*ibidem*, § 227).

³¹⁴ *Ibidem*, § 104.

l'Eurosystème ne passerait donc pas le stade du contrôle de constitutionnalité de la loi d'approbation d'un hypothétique nouveau traité³¹⁵.

Ainsi, après avoir affirmé la nécessité d'une modification des traités, ne serait-ce que pour concevoir un tel partage de risques de pertes, les juges allemands ont dès à présent compromis, sinon anéanti, cette possible révision – déjà pourtant difficilement envisageable au vu de l'unanimité requise. Ce faisant, c'est bien au renversement de la ligne politique du « *whatever it takes* », proclamé en juillet 2012 par M. Draghi, que l'on vient peut-être d'assister avec l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 : quoi qu'il en coûte, et même si cela doit mener à l'implosion de la zone euro, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne laissera pas la République fédérale d'Allemagne participer à une « mutualisation », fût-elle indirecte et par voie monétaire, des dettes publiques nationales.

Si cette position particulièrement intransigeante de la Cour constitutionnelle fédérale allemande se fonde, pour partie, sur une théorie du droit et une philosophie politique spécifiques, elle présuppose également un référentiel économique particulier (en l'occurrence, néo-classique), car le refus de partage des risques de pertes d'une telle ampleur ne repose pas seulement sur la nécessité de préserver, dans une perspective démocratique, l'autonomie budgétaire du Parlement allemand – en tant qu'organe représentant la volonté du peuple allemand –, mais s'appuie également sur l'argumentaire monétariste de la nocivité de tout financement monétaire des déficits publics et de solidarité budgétaire interétatique, qui porteraient atteinte à la logique de disciplinarisation des politiques publiques par les marchés.

Dans le cadre du présent article, nous ne pouvons développer en détail la théorie du droit et la philosophie politique sur laquelle se fondent les juges de Karlsruhe. Très schématiquement cependant, notons que les présupposés juridico-politiques de la Cour constitutionnelle fédérale allemande – visibles particulièrement nettement dans les arrêts *Maastricht* du 12 octobre 1993 et *Lisbonne* du 30 juin 2009 – se basent sur certains enseignements de la théorie du droit (hiérarchie des normes ; « identité constitutionnelle » comme limite absolue au pouvoir constituant dérivé ; juridiction suprême comme « gardien de la constitution » et de l'identité constitutionnelle ; pluralisme juridique basé sur une étanchéité entre ordres juridiques tempérée par la possibilité de donner relevance aux normes d'autres ordres juridiques, etc.) et de la philosophie politique (principe démocratique, théorie de la fédération, etc.). Ces deux niveaux (juridique et politique) viennent s'articuler autour du concept double de souveraineté (étatique et populaire) : la « démocratie » (souveraineté du peuple) se trouve être une condition de l'« étaticité » (souveraineté de l'État), qui elle-même implique une hiérarchisation entre normes « internes » et « externes » (quoiqu'intériorisées, mais par décision unilatérale souveraine, à travers la loi d'approbation)³¹⁶.

³¹⁵ BVerfG, *PSPP II*, Arrêt du 5 mai 2020 précité, § 228, lu *a contrario* : « Toutefois, le PSPP dans sa forme actuelle ne prévoit pas un tel partage des risques pour les obligations d'État de ses États membres acquises par les banques centrales nationales. Selon la BCE, elle n'est pas envisagée dans la présente procédure et, comme déjà mentionné, elle serait de toute façon interdite en vertu du droit primaire. Dans ce contexte est écartée toute atteinte à l'identité constitutionnelle de la LF en général (article 23, § 1, combiné avec les articles 79, § 3, et 20, § 1-2, LF), et à la responsabilité budgétaire globale du *Bundestag* allemand en particulier ».

³¹⁶ Cette articulation spécifique n'est du reste pas sans poser de sérieuses difficultés – en particulier entre le principe démocratique et la limite absolue imposée, par la notion d'« identité constitutionnelle », au

Pour l'intelligibilité de notre propos, observons encore que selon la Cour de Karlsruhe, la LF « ne présuppose (...) pas seulement la qualité d'État souverain de l'Allemagne, mais elle la garantit aussi »³¹⁷. Cette étaticité implique deux limites absolues à l'intégration européenne : d'une part, l'interdiction pour l'UE de devenir un État fédéral ; d'autre part, l'obligation pour l'État allemand de garder une « marge d'action politique suffisante à l'égard de la vie économique, culturelle et sociale »³¹⁸ – et, corrélativement, l'interdiction de transférer ce noyau dur de compétences étatiques³¹⁹. Cependant, ces deux limites n'existent qu'à l'intérieur de l'ordre constitutionnel découlant de la LF. Quant à lui, ce cadre constitutionnel peut en revanche – et la Cour constitutionnelle fédérale allemande le reconnaît explicitement – être modifié : en application du principe de souveraineté populaire, le peuple allemand, assemblé en pouvoir constituant, est en droit, par référendum, de rendre caduque la LF du 8 mai 1949 et de transférer la souveraineté au niveau européen, substituant par là même un État européen à l'État allemand³²⁰. Mais la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne renonce pas à la possibilité de contrôler, au regard du principe démocratique constitutionnellement garanti, cette décision souveraine du peuple transférant la souveraineté au niveau européen³²¹.

De tout cela, il découle que, si un régime de partage des risques entre banques centrales nationales du SEBC nécessiterait à tout le moins une décision souveraine du peuple allemand visant à transférer la souveraineté au niveau européen pour en faire un véritable État fédéral, même cette décision pourrait potentiellement être censurée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande – en cas d'approfondissement insuffisant du principe démocratique au niveau de ce nouvel État européen. Cette décision, pour essentiellement juridico-politique qu'elle soit, peut néanmoins être partiellement conditionnée par le référentiel économique à partir duquel est pensé le principe démocratique (et notamment les théories néo-classiques issues du courant du *public choice* ou de la nouvelle macroéconomie classique exposées *supra*).

pouvoir constituant dérivé –, mais nous laissons ici ces questions de côté. Pour une étude généalogique de la théorie juridico-politique sous-jacente à la jurisprudence européenne de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, cf. cependant – quoique dans une perspective critique des positions « europhobes » des juges de Karlsruhe que nous ne partageons pas nécessairement – J. E. K. MURKENS, *From empire to union: Conceptions of German constitutional law since 1871*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

³¹⁷ BVerfG, *Lisbonne*, Arrêt du 30 juin 2009 précité, § 216.

³¹⁸ *Ibidem*, § 249.

³¹⁹ Pour le détail précis des domaines relevant de ce noyau dur incessible, cf. *ibidem*, § 252-260.

³²⁰ *Ibidem*, § 179.

³²¹ *Ibidem*, § 217 : « La question de savoir si, en raison de l'universalité des valeurs de dignité, de liberté et d'égalité, cette restriction [à savoir l'intangibilité du principe démocratique, consacré par l'article 79, alinéa 3, LF] s'applique même à l'encontre du pouvoir constituant, c'est-à-dire également au cas où le peuple allemand se donnerait, en pleine liberté de décision mais en continuité avec le régime constitutionnel établi par la LF, une nouvelle constitution (...), peut demeurer sans réponse ici ». Sur le sujet, cf. également G. GRÉGOIRE, « Le contrôle de l'intégration européenne à l'aune du principe démocratique : le cas du Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in Q. CORDIER, X. MINY, A. QUINTART, F. VANRYKEL (dir.), *The Strong, the Weak and the Law. Proceedings of the 6th ACCA Conference held in Liege on June 23, 2017*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 113-127.

4. L'« ORTHODOXIE ÉCONOMIQUE » DE KARLSRUHE : VERS UN RENVERSEMENT DU PRINCIPE DE NEUTRALITÉ ÉCONOMIQUE DE LA LOI FONDAMENTALE ?

De cette exploration des soubassements économiques sur lesquels se fondent les juges de Karlsruhe pour développer leur argumentation méthodologico-juridique, ressortent, nous semble-t-il, deux enseignements particulièrement significatifs. Le premier réside dans la réaffirmation, par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, du référentiel économique³²² néo-classique comme paradigme constitutionnel de l'Union économique et monétaire (3.1). Le second renvoie à l'évolution des juges de Karlsruhe par rapport à leur propre jurisprudence relative à l'ordre constitutionnel économique de la République fédérale d'Allemagne (3.2).

4.1. LA RÉAFFIRMATION DU RÉFÉRENTIEL NÉO-CLASSIQUE COMME FONDEMENT DE L'UEM

À rebours de l'interprétation évolutionniste, téléologique et fonctionnelle³²³ (et, parfois, contradictoire³²⁴) des traités et du mandat de la BCE par la CJUE, la Cour de Karlsruhe, attentive à l'intention originelle des rédacteurs des traités, aux théories économiques qui ont pu les inspirer ainsi qu'aux conditions fixées dans sa propre jurisprudence « européenne », campe, elle, sur une interprétation plus exégétique du droit de l'UEM.

³²² Pour rappel, concernant l'acception donnée au terme « référentiel », cf. *supra*, note 209.

³²³ H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986 ; S. BRITAIN, « Justifying the teleological methodology of the European Court of Justice: A Rebuttal », *Irish Jurist*, volume 55, 2016, p. 134-165. Cf. cependant, pour une tentative de justification des méthodes d'interprétation de la CJUE (par son président), K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

³²⁴ Comme cela a pu être le cas avec le rejet de la cinquième question préjudicielle au motif du caractère hypothétique de la question, dans une hypothèse pourtant relativement semblable à celle de l'affaire *OMT*, déclarée recevable (cf. *supra*, note 292). De même pour la relation entre le partage des risques et l'unicité de la politique monétaire, qui est affirmée dans l'affaire *OMT* puis niée ou relativisée dans celle *PSPP* (cf. *supra*, note 302). Enfin, de manière plus générale, nous avons pu pointer, sinon une contradiction, du moins une application à géométrie variable et quelque peu conséquentialiste du principe de proportionnalité en fonction des matières et des intérêts en cause, mettant en tension le principe d'attribution des compétences (cf. *supra*, section 2.2.3, en particulier note 158).

Tant dans la décision de renvoi préjudiciel que dans l'arrêt définitif concluant, pour la première fois de leur histoire, au caractère *ultra vires* d'une décision de la CJUE, les juges constitutionnels allemands cherchent à mettre en évidence la logique économique particulière qui, selon eux, sous-tend l'architecture des articles 119 et suivants TFUE. Comme nous l'avons exposé, cette dernière s'articule autour de l'idée d'une disjonction et d'une séparation entre la politique monétaire – confiée à une banque centrale indépendante prioritairement (voire quasi exclusivement) orientée vers la stabilité des prix – et les politiques économique-budgétaires qui, quoique coordonnées au niveau européen, sont maintenues au niveau des États membres tout en étant encadrées et disciplinées par les marchés financiers – eux-mêmes institués, en raison de l'ordonnancement juridique spécifique des traités, comme arbitre chargé de s'assurer, le cas échéant sous la contrainte des taux d'intérêt, de la « rationalité » de ces politiques économiques et budgétaires étatiques³²⁵.

Loin de trouver sa raison d'être dans l'éther d'une science économique coupée de la réalité sociale qu'elle se donne pour objet d'observer et d'expliquer, cette articulation doit être située dans – et mise en perspective avec – les rapports de force théoriques et idéologiques qui ont pu la conditionner³²⁶. En effet, cette configuration juridique spécifique ne peut se comprendre sans avoir à l'esprit le retournement qui s'est opéré en théorie économique au tournant des années 1970-1980³²⁷, à la suite des chocs pétroliers et du phénomène inédit de stagflation³²⁸. L'incapacité alléguée du paradigme keynésien à penser ces crises a en effet mené à son déclin et à l'avènement quasi hégémonique du référentiel libéral néo-classique³²⁹, structuré autour des thèses de la nouvelle macroéconomie classique relatives, d'une part, à la neutralité de la monnaie (avec, pour corollaire, l'inefficacité de toute

³²⁵ Cf. *supra*, section 2.2.1. Cette disciplinarisation des politiques économiques et budgétaires des États membres par le marché est d'ailleurs explicitement reconnue par la CJUE (cf. *supra*, note 119).

³²⁶ Dans cette perspective d'une discipline qui cherche à comprendre et à restituer les cadres institutionnels qui conditionnent le système économique temporellement et géographiquement situé, en liant cadres juridiques, théories économiques et logiques politiques, cf. en particulier les travaux des courants « institutionnalistes » de l'économie politique et en particulier, aux États-Unis, l'économie institutionnaliste (J. R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, Macmillan, 1924) et néo-institutionnaliste (O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, Free Press, 1985 ; G. M. HODGSON, *Economics and Institutions: A Manifesto for a Modern Institutional Economics*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1988 ; W. SAMUELS, *The Founding of Institutional Economics*, Londres, Routledge, 1999 ; W. J. SAMUELS, *Economics, Governance and Law: Essays on Theory and Policy*, Cheltenham / Northampton, Edward Elgar, 2002 ; G. M. HODGSON, *The Evolution of Institutional Economics*, Londres / New York, Routledge, 2004 ; G. M. HODGSON, *Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future*, Chicago, University Of Chicago Press, 2015) ou, en France, l'école de la régulation (M. AGLIETTA, *Régulation et crises du capitalisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1976 ; R. BOYER, *La théorie de la régulation : une analyse critique*, Paris, La Découverte, 1986 ; F. LORDON, *Les quadratures de la politique économique*, *op. cit.* ; R. BOYER, Y. SAILLARD (dir.), *Théorie de la régulation : l'État des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002 ; R. BOYER, *Économie politique des capitalismes : théorie de la régulation et des crises*, Paris, La Découverte, 2015 ; R. BOYER (dir.), *La théorie de la régulation au fil du temps. Suivre l'évolution d'un paradigme au gré des transformations des capitalismes contemporains*, Plaine Saint-Denis, Éditions des maisons des sciences de l'homme associées, 2018).

³²⁷ N. CHRISTODOULAKIS, *How Crises Shaped Economic Ideas and Policies: Wiser After the Events?*, Cham, Springer International, 2015, p. 171-184.

³²⁸ Ce terme est la contraction de « stagnation » (économique) – c'est-à-dire d'absence ou de très faible croissance – et d'« inflation » – donc d'augmentation des prix des biens et services –, accompagnées généralement par un chômage élevé.

³²⁹ A. GOUTSMEDT, *Les macroéconomistes et la stagflation : essais sur les transformations de la macroéconomie dans les années 1970*, thèse de doctorat en sciences économiques, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017.

politique monétaire expansionniste et, partant, la primauté à donner à la stabilité des prix) et, d'autre part, à la nécessaire neutralisation des politiques budgétaires conjoncturelles³³⁰. Cette nouvelle « orthodoxie économique »³³¹ a trouvé appui non seulement au niveau des institutions européennes (notamment à travers le rapport Emerson de la Commission³³²), mais également à l'échelon national avec la conversion de divers gouvernements, y compris conduits par des partis historiquement plus hostiles à l'économie de marché, à la doctrine de la « désinflation compétitive »³³³.

Si d'autres conditions historiques et politiques ont évidemment contribué à l'édification de l'UEM³³⁴, ce contexte idéologique permet ainsi d'éclairer l'architecture institutionnelle spécifique de cet « ordre économique et monétaire de l'Union européenne »³³⁵ et contribue à élucider – sans pour autant ni justifier ni condamner – le raisonnement et les positions juridiques adoptées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande à l'occasion de la crise des dettes souveraines et de sa gestion par la BCE.

Il est évident que ces fondements d'inspiration néo-classique n'impliquent aucunement de fixer une fois pour toutes la signification à donner aux traités européens. Comme toute

³³⁰ Cf. *supra*, section 3.1.1.1.

³³¹ R. BOYER, « Orthodoxie, hétérodoxies et capitalismes contemporains », *Revue de la régulation. Capitalisme, institutions, pouvoirs*, n° 22, 2017, p. 1-33. Comme le relève cet auteur, « l'émergence d'une orthodoxie ne fait pas appel à une causalité simple et linéaire mais à un entrelacs de déterminations qui appartiennent respectivement au champ intellectuel, à la logique de l'intérêt économique et à la structuration du champ politique » (*ibidem*, p. 12), de sorte qu'« un basculement de l'orthodoxie se situe à la rencontre de trois processus : le premier concerne la vie des idées autour des conceptions, y compris normatives, de la société et son organisation ; le second se caractérise par l'entrée en crise d'un régime socio-économique et le désarroi des décideurs politiques qui constatent la perte de contrôle de leurs interventions hier si efficaces ; le troisième repose sur la capacité d'une alliance politique en devenir de tirer les bénéfices de la mise à l'oeuvre pratique des idées apportées par un courant intellectuel hier dominé et marginal, mais qui fournit alors le paradigme qui fédère les acteurs de l'économie et de la politique dans leur conquête de l'hégémonie » (*ibidem*, p. 7).

³³² Commission des Communautés européennes, Direction générale des Affaires économiques et financières, « One market, one money. An evaluation of the potential benefits and costs of forming an economic and monetary union », *European Economy*, n° 44, 1999. Cf. notamment N. JABKO, « In the name of the Market: how the European Commission paved the way for monetary union », *Journal of European Public Policy*, volume 6, n° 3, 1999, p. 475-495 ; F. MARTUCCI, « Théorie économique et constitutionnalisme de l'Union », *op. cit.*, p. 137.

³³³ Cf. notamment W. SANDHOLTZ, « Choosing Union: Monetary Politics and Maastricht », *International Organization*, volume 47, n° 1, 1993, p. 1-39 ; F. LORDON, *Les quadratures de la politique économique*, *op. cit.* Cette conversion progressive des institutions politiques européennes (communautaires et nationales), parfois qualifiée de « consensus de Bruxelles » (A. BÉNASSY-QUÉRÉ, B. COEURÉ, *Économie de l'euro*, Paris, La Découverte, 2010, p. 71-73 ; F. MARTUCCI, « L'utilisation des faits économiques dans l'Union économique et monétaire », *op. cit.*, p. 107-108) est loin d'ailleurs de constituer une exception au niveau mondial, puisqu'elle renvoie au « consensus de Washington » (J. WILLIAMSON, « What Washington means by policy reform », in J. WILLIAMSON (dir.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, Institute for International Economics, 1990) qui a marqué en particulier les nouvelles orientations du FMI et de la Banque mondiale (cf. notamment S. GILL, « New constitutionalism, democratisation and global political economy », *Pacific Review: Peace, Security and Global Change*, volume 10, n° 1, 1998, p. 23-38 ; S. GILL, « European governance and new constitutionalism: Economic and Monetary Union and alternatives to disciplinary Neoliberalism in Europe », *New Political Economy*, volume 3, n° 1, 1998, p. 5-26 ; A. MONTEVERDI, « From Washington Consensus to Brussels Consensus », in E. SCISO (dir.), *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*, Berlin, Springer, 2017, p. 73-90).

³³⁴ Cf. notamment K. H. F. DYSON, K. FEATHERSTONE, *The road to Maastricht*, *op. cit.* Au premier rang de ces conditions socio-historiques, on peut évidemment citer la chute du mur de Berlin et la réunification allemande subséquente.

³³⁵ F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, *op. cit.*

norme juridique, les dispositions qui régissent l'UEM sont sujettes à interprétation et celle-ci peut évoluer au gré des circonstances et des rapports de force, comme en témoignent d'ailleurs les revirements de la BCE et de la CJUE à la suite de la crise des dettes souveraines. À l'inverse, et réciproquement, les modifications et transformations de l'environnement extra-juridique n'empotent à aucun moment obligation ou nécessité, pour les juridictions suprêmes des ordres juridiques en cause, d'infléchir leur interprétation. Il ne nous appartient dès lors pas, sur un plan scientifique, de juger de la légitimité (ou non) du raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande – ni, de même, de celui de la CJUE. Il ne nous revient guère non plus d'énoncer une hypothétique interprétation « authentique » des traités. Face à deux juridictions suprêmes d'ordres juridiques distincts quoiqu'imbriqués revendiquant chacune la primauté de son ordre constitutionnel respectif – et, partant, le « pouvoir du dernier mot » –, il nous apparaissait en revanche fondamental, au vu du séisme qu'a constitué l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020, d'exposer le raisonnement des juges de Karlsruhe et d'explicitier les présupposés implicites sur lesquels ce raisonnement repose.

4.2. DE LA NEUTRALITÉ ÉCONOMIQUE DE LA LOI FONDAMENTALE À L'ORDRE DE MARCHÉ CONSTITUTIONNALISÉ ?

Ce faisant, une autre problématique apparaît alors – et ceci constitue le second enseignement de notre étude archéologique des postulats économiques des juges de Karlsruhe. En remontant le fil du raisonnement développé à l'occasion de l'affaire *PSPP*, mais déjà présent en filigranes dans les décisions *OMT* et *Maastricht*, nous avons pu mettre en évidence une grille d'analyse idéologiquement située car fortement imprégnée des théories économiques néo-classiques. Comme nous avons pu le relever, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne se borne pas à proposer une exégèse des traités européens à la lumière des théories économiques qui ont pu les fonder. Elle endosse les thèses monétaristes et néo-classiques, arguant de la scientificité des études sur l'indépendance de la BCE³³⁶, avançant l'impossibilité de juger de la rationalité des taux d'intérêt – et, à travers eux, du marché –³³⁷, mobilisant explicitement la doctrine économique monétariste pour défendre la logique de disciplinarisation des marchés vis-à-vis des politiques économiques publiques³³⁸ ou triant encore sur le volet les conséquences « pertinentes » du PSPP pour les acteurs économiques privés, en pointant notamment le risque de survie artificielle sur le marché d'entreprises « non viables économiquement »³³⁹.

Qui plus est, cette adhésion aux thèses néo-classiques amène la Cour constitutionnelle fédérale allemande à adopter des positions catégoriques et présentées comme définitives au niveau de l'évolution potentielle de l'intégration économique et monétaire, prohibant pour l'avenir et de manière absolue, c'est-à-dire même en cas de révision des traités, toute

³³⁶ Cf. *supra*, section 3.1.1.1.

³³⁷ Cf. *supra*, section 3.1.1.2.

³³⁸ Cf. *supra*, section 3.1.2.1.

³³⁹ Cf. *supra*, section 3.1.2.2.

mutualisation monétaire, fût-elle indirecte, des dettes souveraines des États membres³⁴⁰. À la doctrine du « *whatever it takes* » de M. Draghi, les juges de Karlsruhe opposent donc une autre déclaration de principe : toute avancée sur le terrain de la mutualisation des dettes souveraines (en particulier par voie monétaire)³⁴¹ qui contreviendrait aux principes de responsabilité individuelle des États membres en matière de finances publiques devrait être déclarée inconstitutionnelle, car contraire au principe démocratique et à l'« étaticité » de la République fédérale d'Allemagne, mais également à la logique de disciplinarisation des politiques économiques publiques par le marché.

Or cet endossement du référentiel libéral néo-classique ne va pas sans questionner le rapport qu'entretient la Cour constitutionnelle fédérale allemande avec son propre édifice jurisprudentiel et en particulier avec le principe faitier censé régir l'ordonnement constitutionnel de l'économie en République fédérale d'Allemagne, à savoir la neutralité économique, certes relative, de la LF. Saisie, dès les premières années de son existence, de la question de l'ordre économique constitutionnellement consacré par la LF, la Cour de Karlsruhe a en effet posé, dans son arrêt *Investitionshilfe* du 20 juillet 1954³⁴², ce principe de neutralité économique de la Constitution en ces termes :

« La LF ne garantit ni la neutralité des pouvoirs exécutif et législatif en matière de politique économique, ni une “économie sociale de marché” réalisée exclusivement avec des moyens conformes au marché³⁴³. La LF n'est neutre sur le plan de la politique

³⁴⁰ Cf. *supra*, section 3.2.

³⁴¹ Sur la distinction entre mutualisation monétaire et mutualisation budgétaire, cf. *supra*, section 3.2.

³⁴² Était en cause dans cette affaire l'adoption d'une loi de soutien financier public au secteur énergétique national destiné à contrer la dépendance pétrolière vis-à-vis de l'étranger et qui était, selon les plaignants, contraire à l'économie de marché et donc anticonstitutionnelle : BVerfG, *Investitionshilfe*, Arrêt du 20 juillet 1954 précité.

³⁴³ Cette « “économie sociale de marché” réalisée exclusivement avec des moyens conformes au marché » renvoie au concept de *Soziale Marktwirtschaft* théorisé par le compagnon de route des ordolibéraux Alfred Müller-Armack (A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Hambourg, Verlag für Wirtschaft und Sozialpolitik, 1947 ; A. MÜLLER-ARMACK, « Soziale Irenik », *Weltwirtschaftliches Archiv*, volume 64, 1950, p. 181-203). Cette notion est depuis des décennies au cœur de nombreuses controverses et discussions doctrinales, à la fois sur le contenu réel du concept, sur sa parenté avec les théories ordolibérales et sur son application en Allemagne et en Europe (cf. notamment A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik: Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Fribourg-en-Brigau, Rombach, 1966 ; R. BLUM, *Soziale Marktwirtschaft. Wirtschaftspolitik zwischen Neoliberalismus und Ordoliberalismus*, Tubingue, Mohr Siebeck, 1969 ; D. HASELBACH, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden, Nomos, 1991 ; A. SCHÜLLER, « Soziale Marktwirtschaft und Dritte Wege », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, volume 51, 2000, p. 169-202 ; R. PTAK, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft*, *op. cit.* ; W. ABELSHAUSER, « Aux origines de l'économie sociale de marché état, économie et conjoncture dans l'Allemagne du 20^e siècle », *Vingtième siècle*, volume 34, n° 1, 1992, p. 175-191 ; P. J. TETTINGER, « L'économie sociale de marché comme ordre économique de l'Allemagne unie », *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, p. 43-58 ; P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand*, *op. cit.* ; V. VANBERG, « “Ordnungstheorie” as Constitutional Economics », *op. cit.* ; A. T. PEACOCK, H. WILLGERODT (dir.), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, Londres, Palgrave Macmillan, 1989 ; C. JOERGES, F. ROEDL, « “Social Market Economy” as Europe's Social Model? », *EUI Working Paper LAW*, n° 8, 2004). En particulier, le juriste Hans Carl Nipperdey a défendu, au début des années 1950, la thèse selon laquelle la LF consacrerait en réalité le principe d'une économie de marché où l'État n'interviendrait qu'en vue de garantir l'ordre de concurrence, lui-même garant de l'ordre social ; autrement dit, la LF constitutionnaliserait l'« économie sociale de marché » (H. C. NIPPERDEY, « Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts », *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, volume 5, n° 9, 1950, p. 193-198 ; H. C. NIPPERDEY, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Karlsruhe, Müller, 1954). Sur le sujet, cf. en particulier C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 90, 2012, p. 303-337.

économique que dans la mesure où le Constituant ne s'est pas explicitement prononcé pour un système économique particulier. Cela autorise le législateur à conduire la politique économique qui lui semble opportune dès lors qu'il respecte la LF. L'ordre économique et social actuel est certes un ordre compatible avec la LF mais en aucun cas le seul possible. Il repose sur une décision de politique économique et sociale qui découle de la volonté du législateur ; cette décision peut être abrogée ou remplacée par une autre décision. Pour cette raison, la question de savoir si la loi sur les investissements est conforme à l'ordre économique et social actuel et si le moyen utilisé pour diriger l'économie est "conforme au marché", est dépourvue de toute pertinence sur le plan constitutionnel. »³⁴⁴

Après la révision constitutionnelle de 1967 intégrant à l'article 109 LF l'objectif constitutionnel d'équilibre budgétaire (*Staatsziel des Gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts*)³⁴⁵, cette position a du reste été confirmée à l'occasion de l'importante décision du 1^{er} mars 1979 relative à la constitutionnalité de la loi sur la cogestion (*Mitbestimmung*)³⁴⁶. D'après cette double jurisprudence fondatrice, la neutralité de la Constitution impliquerait dès lors la liberté du législateur d'adopter la politique et le système économique de son choix et ce dernier n'aurait donc *a priori* aucune obligation (ni interdiction) de se conformer aux prescrits de l'économie de marché. Cette neutralité reste certes, en dernière analyse et de l'aveu même de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, « relative »³⁴⁷, dans la mesure où la liberté du législateur existe « dès lors qu'il respecte la LF »³⁴⁸, c'est-à-dire « dans les limites qui lui sont fixées par la LF »³⁴⁹ et en particulier par les droits fondamentaux de l'individu³⁵⁰. En revanche, comme il est relevé

³⁴⁴ BVerfG, *Investitionshilfe*, Arrêt du 20 juillet 1954 précité, § 37-39 (traduction de C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *op. cit.*, p. 321-322).

³⁴⁵ Fünfzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Quinzième loi de révision de la Loi fondamentale), 8 juin 1967, *Bundesgesetzblatt*, tome 1, n° 32, 13 juin 1967. Sur cette obligation constitutionnelle d'équilibre budgétaire et son évolution, notamment au regard du droit européen, cf. F. BENDLER, *Die Verpflichtung Deutschlands zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts im Lichte der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, Hambourg, Kovač Verlag, 2006.

³⁴⁶ BVerfG, *Mitbestimmung*, Arrêt du 1^{er} mars 1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 et BvL 21/78, *Recueil BVerfGE* 50, p. 290. La Cour constitutionnelle fédérale allemande déclare notamment : « La LF, qui se limite dans son premier chapitre essentiellement aux droits fondamentaux classiques, ne comporte pas de détermination ni de garantie directe d'un ordre économique particulier. Contrairement à la Constitution de Weimar (article 151 et suivants), elle ne comporte pas de principes constitutionnels concrets pour l'organisation de la vie économique. Cet ordre est bien plutôt laissé au législateur qui est libre de décider à ce sujet, dans les limites qui lui sont fixées par la LF, sans devoir se justifier davantage que par sa légitimation démocratique générale. Comme cette mission d'organisation qui incombe au législateur fait partie, au même titre que la garantie des droits fondamentaux, des éléments constitutifs de la Constitution démocratique, elle ne peut pas être limitée par le biais de l'interprétation des droits fondamentaux au-delà de ce qu'imposent les droits fondamentaux individuels » (*ibidem*, § 140 ; traduction de C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *op. cit.*, p. 323). Sur l'évolution de l'interprétation des droits fondamentaux par les juges de Karlsruhe, cf. également D. GRIMM, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

³⁴⁷ La Cour constitutionnelle fédérale allemande parle elle-même d'une « ouverture relative de l'ordre constitutionnel » (BVerfG, *Mitbestimmung*, Arrêt du 1^{er} mars 1979 précité, § 141). Cette « ouverture » (relative) n'est donc que le corollaire de la « neutralité » (relative) de la Constitution dans le domaine économique, puisque cette neutralité implique que l'ordre constitutionnel est « ouvert » à divers systèmes économiques.

³⁴⁸ BVerfG, *Investitionshilfe*, Arrêt du 20 juillet 1954 précité, § 38.

³⁴⁹ BVerfG, *Mitbestimmung*, Arrêt du 1^{er} mars 1979 précité, § 140.

³⁵⁰ *Ibidem*, § 139-141.

dans le passage cité ci-dessus, la « conformité au marché » n'est pas réputée être, en tant que telle, un critère de constitutionnalité de l'action du parlement. Et cela se justifie aux yeux de la Cour de Karlsruhe par la nécessité, pour le législateur élu, de prendre en compte le caractère évolutif de la réalité socio-économique³⁵¹.

Or, par l'objectivation du marché³⁵² comme lieu de véridiction et instance de disciplinarisation³⁵³ des politiques économiques et budgétaires des États³⁵⁴ mais aussi des comportements des agents économiques privés³⁵⁵, on peut se demander si les juges de Karlsruhe n'en sont pas arrivés, dans l'édification progressive de leur jurisprudence « européenne », à renverser, quoique tacitement, cette position fondatrice et à consacrer, fût-ce indirectement, l'ordre concurrentiel de marché comme système économique constitutionnel³⁵⁶.

Nous ne pouvons évidemment affirmer que cette orientation sera maintenue pour l'avenir. Ainsi, le renouvellement des juges siégeant à la Cour constitutionnelle fédérale allemande pourrait mener à des modifications (plus ou moins substantielles) de la ligne politico-économique adoptée par l'institution dans sa jurisprudence³⁵⁷. De même, la gestion,

³⁵¹ *Ibidem*, § 141 : « L'élément d'ouverture relative de l'ordre constitutionnel qui se manifeste [dans la neutralité économique de la LF] est nécessaire pour, d'un côté, tenir compte de la mutation historique qui, dans une certaine mesure, caractérise la vie économique, et d'un autre côté, pour ne pas mettre en jeu la force normative de la Constitution. Toutefois, la prise en compte de la liberté du législateur de façonner [l'ordre économique] ne doit pas conduire à une réduction de ce que la constitution entend garantir de manière intangible, à savoir (...) les droits fondamentaux individuels sans lesquels, selon la conception de la LF, une vie dans la dignité humaine n'est pas possible. La tâche [de la Cour constitutionnelle fédérale allemande] consiste dès lors à concilier la liberté fondamentale d'organisation de la politique économique et sociale, qui doit rester une garantie pour le législateur, avec la protection constitutionnelle de la liberté que le citoyen peut justement faire valoir face au législateur ».

³⁵² Sur cette notion d'objectivation, cf. *supra*, section 3.

³⁵³ Sur cette notion de véridiction et disciplinarisation des politiques économiques et budgétaires des États par le marché, cf. *supra*, section 3.1.

³⁵⁴ Cf. *supra*, section 3.1.2.1.

³⁵⁵ Cf. *supra*, section 3.1.2.2.

³⁵⁶ Pour certains auteurs, c'était déjà le cas depuis la réunification allemande et la consécration de l'économie sociale de marché dans le préambule et les articles 1 (3) et 2 du traité du 18 mai 1990 sur la création d'une union monétaire, économique et sociale entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande, lui-même intégré au traité du 31 août 1990 entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande relatif à l'établissement de l'unité allemande par l'article 40 de ce traité (M. SCHMIDT-PREUB, « Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz vor dem Hintergrund des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1993, p. 236-247). Pour d'autres, c'est l'adoption du Traité de Maastricht et l'avènement de l'UE qui ont amené une dimension supplémentaire au cadre constitutionnel, confirmant cette constitutionnalisation de l'ordre de marché (H.-J. PAPIER, « Wirtschaftsordnung und Grundgesetz », *Aus Politik und Zeitgeschichte*, n° 12, 2007, p. 3-9) et le dépassement de ce principe constitutionnel purement national qu'est la neutralité économique de la LF (M. RUFFERT, « Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, volume 134, n° 2, 2009, p. 197-239). Néanmoins, dans l'un et l'autre cas, cette consécration n'est que législative, à tout le moins du point de vue constitutionnel allemand, puisque, d'une part, l'article 45, § 2, du traité du 31 août 1990 relatif à l'établissement de l'unité allemande prévoit que le traité a le rang de droit (législatif) fédéral et que, d'autre part, les traités européens ne sont intégrés à l'ordre constitutionnel allemand que par l'adoption de la loi d'assentiment au traité (cf. *supra*, section 1.1). Sur ces débats, cf. notamment C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *op. cit.*, p. 330-337 ; D. JUNGBLUTH, « Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht? », *Europarecht*, volume 45, n° 4, 2010, p. 471-489.

³⁵⁷ En ce sens, cf. notamment J. GERMAIN, « Droit constitutionnel et pandémie en Allemagne : la Constitution économique, les droits fondamentaux et les pouvoirs parlementaires à l'épreuve de la crise », *Civitas Europa*, n° 1, 2020, p. 252-253.

par le gouvernement et le Parlement allemands, de la crise sanitaire et socio-économique liée à la pandémie de Covid-19 pourrait mener la Cour constitutionnelle fédérale allemande à infléchir en sens contraire ses positions, c'est-à-dire vers une plus grande ouverture à des orientations économiques qui, sans être nécessairement hostiles à l'ordre concurrentiel du marché, dévient cependant des dogmes néo-classiques « fondamentalistes »³⁵⁸ présents dans la jurisprudence « européenne » de la Cour de Karlsruhe. Cette gestion a en effet été caractérisée, au niveau strictement national, par la levée du « frein à l'endettement » – introduit en 2009³⁵⁹ en remplacement de l'ancien dispositif d'équilibre budgétaire, qui datait de 1969 et était considéré comme trop peu contraignant car d'inspiration keynésienne³⁶⁰ – par voie législative³⁶¹ ainsi que par l'adoption d'un plan de relance historique, financé notamment par l'augmentation des déficits, et la création d'un fonds public de participation permettant de nationaliser partiellement ou totalement certaines entreprises en difficulté³⁶². Au niveau de la politique européenne de l'autorité fédérale allemande, les nouveaux mécanismes de ressources propres de l'UE prévus dans le cadre du plan de relance *Next Generation EU* – initié par une proposition de la chancellerie allemande A. Merkel et du président de la République française E. Macron³⁶³ – ont quant à eux d'ores et déjà été avalisés par le Parlement allemand³⁶⁴, témoignant également du possible infléchissement de Berlin en matière économique – qui pourrait potentiellement pousser la Cour de Karlsruhe à assouplir ses propres positions.

Néanmoins, il convient de nuancer aussitôt ces perspectives d'évolution. D'une part, en ce qui concerne la possible réorientation « keynésienne » du gouvernement et du Parlement allemands, il faut noter que le plan de relance national et la suspension corrélative du frein à l'endettement sont toujours considérés comme exceptionnels et que plusieurs commentateurs appellent déjà, une fois la crise gérée, à reprendre (avec plus de vigueur encore) les politiques d'« assainissement budgétaire »³⁶⁵. D'autre part, au niveau

³⁵⁸ 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*, volume 44, n° 1, 2017, p. 79-98.

³⁵⁹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d) (Loi de révision de la Loi fondamentale), 29 juillet 2009, *Bundesgesetzblatt*, tome 1, n° 48, p. 2248.

³⁶⁰ Issue de la « grande coalition » CDU-CSU/SPD et résultant des anciens articles 109, 110 et 115 LF (cf. Zwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Vingtième loi de révision de la Loi fondamentale), 12 juin 1969, *Bundesgesetzblatt*, tome 1, n° 37, p. 357), cet ancien dispositif de limitation des dettes prévoyait toutefois une notion large de « dépenses d'investissement », jugée insusceptible de réellement contraindre à suivre une politique budgétaire équilibrée (cf. S. FLIZOT, « Les règles constitutionnelles de limitation de l'endettement public : l'exemple allemand », *Jus Politicum*, n° 8, 2012).

³⁶¹ Nachtraghaushaltsgesetz 2020 (Loi de finances rectificative pour l'année 2020), 27 mars 2020, *Bundesgesetzblatt*, tome 1, n° 14, p. 556.

³⁶² Pour une analyse juridique de cette gestion de crise, cf. notamment J. GERMAIN, « Droit constitutionnel et pandémie en Allemagne », *op. cit.*, p. 225-253. Pour une analyse économique, cf. notamment F. DORN, C. FUEST, F. NEUMEIER, « After the Great Economic Collapse: Germany's Stimulus Package to Recover the Economy in Times of Covid-19 », *CESifo Forum*, volume 21, n° 2, 2020, p. 38-46.

³⁶³ Cf. *supra*, section 3.2.

³⁶⁴ Gesetz zum Beschluss des Rates über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, Euratom (Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz – ERatG) (Loi sur la décision du Conseil relative au système des ressources propres de l'Union européenne et abrogeant la décision 2014/335/UE, Euratom (Loi de ratification de la décision relative aux ressources propres)). Cette loi a été adoptée le 25 mars 2021 par le *Bundestag* (218^e session, 25 mars 2021, Plenarprotokoll 19/218, www.bundestag.de) et le 26 mars par le *Bundesrat* (1002^e session, 26 mars 2021, Plenarprotokoll 1002, www.bundesrat.de).

³⁶⁵ Cf. notamment H. GEBHARDT, L.-H. SIEMERS, « Staatsfinanzen in der Corona-Krise: Günstige Bedingungen sichern Handlungsfähigkeit », *Wirtschaftsdienst*, volume 100, n° 7, 2020, p. 501-506.

de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, on peut remarquer que le renouvellement des juges n'est pas sans créer certaines tensions qui auront une influence pour le dernier acte en date de l'affaire *PSPP*, à savoir la décision relative à la requête en exécution de l'arrêt du 5 mai 2020, par laquelle l'ancien député conservateur de la CSU Peter Gauweiler réclame de mettre en œuvre l'interdiction pour la *Bundesbank* de continuer de participer au programme *PSPP*. La nouvelle juge « pro-européenne » de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, Astrid Wallrabenstein, a en effet été récemment écartée, pour cause de « partialité », des débats relatifs à cette demande d'exécution, en raison d'une intervention dans la presse tendant à minimiser la portée de l'arrêt du 5 mai 2020³⁶⁶. Par ailleurs, la loi d'approbation des nouvelles ressources propres de l'Union européenne n'a pas manqué de provoquer une nouvelle plainte constitutionnelle, amenant la Cour constitutionnelle fédérale allemande à suspendre, en extrême urgence, la procédure de ratification³⁶⁷. Si cette suspension a finalement été levée le 15 avril 2021, au motif que le risque d'inconstitutionnalité, pourtant avéré, n'était pas suffisamment élevé (au regard des enjeux économiques en cause et des conséquences internationales d'une telle suspension), il a néanmoins été explicitement déclaré que l'identité constitutionnelle était potentiellement affectée et qu'une analyse minutieuse devrait être opérée dans le cadre de la procédure au principal – laissant ainsi entrevoir un possible nouveau renvoi préjudiciel et un éventuel nouvel affrontement entre les juges de Karlsruhe et ceux de Luxembourg³⁶⁸. Cette possibilité se trouve renforcée par la contestation du programme

³⁶⁶ BVerfG, Décision du 12 janvier 2021, 2 BvR 2006/15 (décision non encore publiée au *Recueil BVerfGE* mais disponible sur le site Internet de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, www.bundesverfassungsgericht.de). Cette décision fait suite à la demande en récusation déposée le 7 août 2020 par l'eurosceptique P. Gauweiler, concomitamment à sa demande d'exécution de l'arrêt *PSPP* – qui a donc été introduite dès l'échéance du délai de trois mois prévu par l'arrêt du 5 mai 2020. Déclarée fondée par les juges de Karlsruhe (malgré l'absence d'unanimité parmi ceux-ci), l'accusation de partialité portée par P. Gauweiler contre cette juge ouvertement favorable à un fédéralisme budgétaire européen est basée sur une interview donnée par A. Wallrabenstein au *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* le 21 juin 2020 (c'est-à-dire la veille de sa nomination par le président de la République fédérale allemande mais alors qu'elle était déjà élue par le *Bundestag* et le *Bundesrat*), dans laquelle elle était revenue sur l'affaire en cours, en affirmant notamment que, selon elle, il n'était pas nécessaire que les explications de la BCE soient publiées dans une nouvelle décision (contrairement à la lettre de l'arrêt du 5 mai 2020) et qu'il fallait peut-être, pour la Cour de Karlsruhe, « passer l'éponge » (« *Schwamm drüber* ») sur le passé pour se concentrer désormais sur l'avenir (K. SCHULLER, « Wallrabenstein sieht Lösungen im Streit zwischen Karlsruhe und EZB », *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* en ligne, 21 juin 2020, www.faz.net).

³⁶⁷ BVerfG, *EU-Wiederaufbaufonds I*, Ordonnance suspensive du 26 mars 2021, 2 BvR 547/21 (décision non encore publiée au *Recueil BVerfGE* mais disponible sur le site Internet de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, www.bundesverfassungsgericht.de). Par cette décision, la Cour de Karlsruhe ne préjugeait pas de la constitutionnalité (ou de l'inconstitutionnalité) de cette ratification de la décision « ressources propres de l'Union européenne », ni ne statuait même sur le bien-fondé de la demande de suspension temporaire de la ratification jusqu'à la décision finale dans la procédure au principal, mais ordonnait seulement au président de la République de ne pas contresigner la loi d'approbation votée par le *Bundestag* et le *Bundesrat* avant qu'elle ne se prononce sur cette demande d'injonction provisoire (qui fut finalement rejetée par décision du 15 avril 2021, cf. *infra*, note 368).

³⁶⁸ BVerfG, *EU-Wiederaufbaufonds II*, Ordonnance du 15 avril 2021, 2 BvR 547/21 (décision non encore publiée au *Recueil BVerfGE* mais disponible sur le site Internet de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, www.bundesverfassungsgericht.de). Le caractère limité par avance des montants en cause – qui, économiquement, constitue certes le talon d'Achille de la proposition de mutualisation budgétaire, puisqu'il échoue à répondre au caractère illimité de la potentielle mutualisation monétaire promise par M. Draghi et censurée par les juges de Karlsruhe (cf. *supra*, section 3.2) – pourrait potentiellement sauver le plan de relance européen d'un nouveau veto de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Dans la ligne de leur jurisprudence relative au Traité instituant le Mécanisme européen de stabilité (BVerfG, *ESM Vertrag*, Arrêt du 18 mars 2014, affaires jointes 2 BvR 1390/12 et al., *Recueil BVerfGE* 135, p. 317 et

monétaire de rachat d'actifs PEPP, destiné à lutter contre les conséquences de la pandémie, qui vient également de se voir attaquer devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande³⁶⁹ par un groupe d'entrepreneurs et de professeurs mené par l'économiste Markus Kerber, laissant présager là aussi de nouvelles tensions³⁷⁰, qui pourraient se répercuter rapidement sur les marchés financiers³⁷¹.

Quoi qu'il en soit, la conception particulièrement dogmatique, objectivante et naturalisante du marché adoptée à l'occasion de l'arrêt *PSPP II* du 5 mai 2020 dévoile l'élément fondamental de l'ordonnancement de l'économie dans le système constitutionnel allemand : le pouvoir des juges de Karlsruhe de décider, par leur interprétation des dispositions de la LF, du (plus ou moins grand) degré de liberté laissé au législateur en matière de structuration de l'ordre économique. Derrière l'apparente tautologie affirmée dans les arrêts *Investitionshilfe* et *Mitbestimmung* d'après laquelle le choix économique du législateur est constitutionnel pour autant qu'il respecte la LF – et au-delà de la retenue juridictionnelle (*judicial self-restraint*), sinon la déférence, affichée à l'égard du législateur –, gît en réalité, en creux, « le véritable sens de la neutralité économique de la Constitution : la liberté d'action du législateur subordonnée au pouvoir d'interprétation de la Cour constitutionnelle »³⁷².

La marge de manœuvre laissée au pouvoir législatif est donc fondamentalement évolutive, car tributaire d'éventuels changements opérés à l'intérieur même des conceptions interprétatives des juges de Karlsruhe. Comme il a pu être relevé, la limite imposée par le respect des droits fondamentaux – et le degré corrélatif de liberté laissé au législateur – n'est pas figée, mais elle se modifie au fil du temps, au gré des interprétations données par la Cour constitutionnelle fédérale allemande³⁷³. Nous pouvons observer que

suivantes), les juges constitutionnels allemands pourraient en effet valider le principe des nouvelles ressources propres et des emprunts communs, l'action de la Commission européenne étant soumise à un certain contrôle parlementaire et la responsabilité budgétaire générale du *Bundestag* n'étant pas compromise si les montants sont strictement limités à l'avance – double condition qui semble ici remplie. Mais toute la question reste de savoir si les mécanismes prévus sont considérés comme uniquement temporaires et conditionnés par la situation de crise liée à la pandémie (comme le permet l'article 122 TFUE) ou si, au contraire, ils vont plus loin, en jetant notamment les bases d'une union fiscale (comme l'a laissé entendre le ministre SP Michael Roth devant le *Bundestag*) ou en servant également d'autres objectifs que la seule lutte contre les conséquences de la crise sanitaire (par exemple, la transition écologique). S'il ne fait aucun doute que la CJUE penchera, en cas de renvoi préjudiciel, pour la première lecture, il n'est pas impossible que les juges de Karlsruhe adoptent, eux, la seconde interprétation, auquel cas la procédure de ratification risque d'être invalidée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande car jugée *ultra vires* voire contraire à l'identité constitutionnelle de la LF (cf. B. RIEDL, « Der Corona-Aufbaufonds, die Fiskalunion und das Bundesverfassungsgericht », *Verfassungsblog*, 27 mars 2021, <https://verfassungsblog.de>), portant alors un coup fatal au plan de relance européen, qui requiert la ratification unanime des États membres. En ce sens, cf. aussi l'opinion de Lars Feld, l'influent professeur de politique économique de l'Université de Fribourg-en-Brisgau, directeur du Walter Eucken Institut et ancien membre (de 2011 à 2021) du *Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung* (Conseil allemand des experts économiques) : L. FELD, « Das Bundesverfassungsgericht will den Weg in die Fiskalunion verhindern », *Neue Zürcher Zeitung* en ligne, 7 avril 2021, www.nzz.ch.

³⁶⁹ BVerfG, Affaire pendante 2 BvR 420/21.

³⁷⁰ D'autant que la limite des rachats à 33 % des titres de dette par État membre prévue pour le PSPP, pourtant jugée comme décisive par les juges de Karlsruhe, ne s'applique pas pour le PSPP (cf. les analyses juridiques mentionnées *supra*, note 294).

³⁷¹ H. ZSCHÄPITZ, « “Krasser Fall von Staatsfinanzierung“ – EZB wird an Grenzen ihres Mandats erinnert », *Die Welt* en ligne, 11 mars 2021, www.welt.de.

³⁷² C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *op. cit.*, p. 327.

³⁷³ On peut notamment voir une évolution entre les années 1950, caractérisées par une lecture libérale des droits fondamentaux concentrée sur la défense des droits-libertés, et les années 1970, marquées

l'« ouverture » de la LF dépend également, *mutatis mutandis*, du référentiel adopté par les juges de Karlsruhe pour appréhender le fonctionnement de l'économie et la relation qu'entretiennent l'État et les individus avec cette sphère économique. D'une position niant la « conformité au marché » comme condition de constitutionnalité, on se retrouve désormais face à une Cour constitutionnelle fédérale allemande postulant le marché comme ordre objectif préexistant (et prédéterminant) l'ordre politique et juridique – en l'occurrence, européen.

par l'avènement des droits-créances à partir d'une conception spécifique de la dignité humaine lue en combinaison avec le principe constitutionnel d'État social – ouvrant donc les possibilités d'interférer de manière plus marquée dans l'économie, le cas échéant pour atténuer voire contrer les mécanismes de marché (*ibidem*, p. 328-329).

CONCLUSION

Si les modifications des relations de pouvoirs infusent dans le domaine du savoir³⁷⁴, l'inverse est également vrai³⁷⁵. Il convient donc non seulement d'analyser les débats théoriques dans leur rapport aux contextes historiques et politiques dans lesquels ils émergent, mais également, et symétriquement, de comprendre comment ces luttes d'interprétation jouent, par effet retour, sur l'évolution des équilibres institutionnels et transforment de ce fait ces contextes historico-politiques.

L'économiste français Robert Boyer a pu relever que, pour comprendre l'émergence et l'évolution d'une « orthodoxie » économique, il est nécessaire de s'attacher non seulement aux débats scientifiques et aux politiques étatiques menées dans le champ économique, mais également, entre les deux, aux « dispositions hétérogènes des acteurs et [à] la façon dont ils se représentent le fonctionnement du système économique »³⁷⁶. Tenter de restituer le référentiel économique des juges de Karlsruhe, c'est à cet égard contribuer à l'étude de ces *représentations* dans le chef des acteurs qui façonnent l'organisation (juridique) de l'économie ; par là, c'est aussi, et peut-être surtout, replacer les juridictions suprêmes dans l'orbite du politique³⁷⁷.

À la question de savoir comment garantir *politiquement* un ordre *économique* (le marché) théorisé comme objectif et autorégulé, certains courants de la science économique proposent de « dépolitiser » l'économie en la sanctuarisant *juridiquement* par sa constitutionnalisation³⁷⁸. Mais cette substantialisation économique des normes hiérarchiquement les plus hautes engendre alors à son tour une juridictionnalisation

³⁷⁴ Cf. notamment les enseignements de l'épistémologie historique (F. TAYLAN, *Concepts et rationalités*, *op. cit.*).

³⁷⁵ Cf. notamment les travaux en histoire des concepts (*Begriffsgeschichte*) : R. KOSELLECK, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2016, p. 127-148.

³⁷⁶ R. BOYER, « Orthodoxie, hétérodoxies et capitalismes contemporains », *op. cit.*, p. 5.

³⁷⁷ En ce sens, cf. A. STONE SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2000 ; N. THIRION, L. FRANÇOIS, « Les juges dans la politique », in G. GRANDJEAN, J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 53-77.

³⁷⁸ B. DU MARAIS, « Constitution économique ou constitutionnalisation de l'économie ? », in C. MONGOUACHON, F. MARTUCCI (dir.), *La constitution économique. En hommage au professeur Guy Carcassonne*, Paris, La Mémoire du droit, 2015, p. 3-18. Cf. également, pour une étude généalogique du concept de « constitution économique », L. ZEVOUNOU, « Le concept de "constitution économique" : une analyse critique », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018, p. 445-482. Enfin, sur la fonction de discrimination entre droit et politique jouée par la Constitution (quoique non spécifiquement au domaine économique) : C. MÖLLERS, « Les gardiennes d'une séparation : les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 1-16.

des questions économiques – manifestation spécifique du phénomène plus général de « juridicisation »³⁷⁹ et de « judiciarisation »³⁸⁰ du politique³⁸¹. La crise des dettes souveraines a contribué, de manière décisive, à mettre en lumière cette métamorphose des questions économiques qui, de conflits idéologiques à trancher par des institutions assumées comme politiques, se voient transfigurées en litiges techniques et juridiques à résoudre judiciairement par les juridictions suprêmes.

Loin d'une « sacralisation » du juge constitutionnel³⁸², appréhendé comme oracle d'un ordre supérieur objectif³⁸³, l'approche contextuelle du droit (en l'occurrence économique) permet de réintégrer la fonction juridictionnelle à l'intérieur de la renégociation permanente des rapports de pouvoirs et autres équilibres institutionnels qui traversent et structurent la société. Or, à l'issue de cette immersion au cœur du raisonnement juridique et du référentiel économique de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, un constat s'impose à cet égard : si le schisme économique qui semble se dessiner entre Karlsruhe et Berlin devait se confirmer et s'ancre dans le temps, c'est non seulement l'équilibre constitutionnel interne de l'Allemagne qui pourrait être compromis, mais c'est également et surtout tout l'édifice institutionnel européen qui se trouverait en péril.

³⁷⁹ P. RAYNAUD, « Le droit, la liberté et la puissance. Portée et limites de la juridicisation de l'ordre politique », *Revue européenne des sciences sociales*, volume 38, n° 118, 2000, p. 75-82 ; J. COMMAILLE *et al.*, *La juridicisation du politique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010.

³⁸⁰ A. STONE SWEET, « Judicialization and the Construction of Governance », *Comparative Political Studies*, volume 32, n° 2, 1999, p. 147-184 ; A. STONE SWEET, A. SHAPIRO, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2002 ; J. COMMAILLE, L. DUMOULIN, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, volume 59, n° 1, 2009, p. 63-107.

³⁸¹ P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2009.

³⁸² J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 5^e édition, Paris, Montchrestien / Lextenso, 2010, p. 128.

³⁸³ R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, p. 543-548.

Le CRISP, Centre de recherche et d'information socio-politiques, est un organisme indépendant. Ses travaux s'attachent à montrer les enjeux de la décision politique, à expliquer les mécanismes par lesquels elle s'opère, et à analyser le rôle des acteurs qui y prennent part, que ces acteurs soient politiques, économiques, sociaux, associatifs, etc.

Par ses publications, le CRISP met à la disposition d'un public désireux de comprendre la société belge des informations de haute qualité, dans un souci d'exactitude, de pertinence et de pluralisme. Son objectif est de livrer à ce public les clés d'explication du fonctionnement du système socio-politique belge et de mettre en évidence les structures réelles du pouvoir, en Belgique et dans le cadre de l'Union européenne.

Le *Courrier hebdomadaire* paraît au rythme de 40 numéros par an, certaines livraisons correspondant à deux numéros. Chaque livraison est une monographie consacrée à l'étude approfondie d'un aspect de la vie politique, économique ou sociale au sens large. La revue du CRISP constitue depuis 1959 une source d'information incontournable sur des sujets variés : partis politiques, organisations représentatives d'intérêts sociaux et groupes de pression divers, évolution et fonctionnement des institutions, négociations communautaires, histoire politique, groupes d'entreprises et structures du tissu économique, conflits sociaux, enseignement, immigration, vie associative et culturelle, questions environnementales, européennes, etc. C'est également dans le *Courrier hebdomadaire* que sont publiés les résultats des élections commentés par le CRISP.

Les auteurs publiés sont soit des chercheurs du CRISP, formés en diverses disciplines des sciences humaines, soit des spécialistes extérieurs provenant des mondes scientifique, associatif et socio-politique. Dans tous les cas, les textes sont revus avant publication par le rédacteur en chef et par un groupe d'experts sélectionnés en fonction de la problématique abordée, afin de garantir la fiabilité de l'information proposée. Cette fiabilité, ainsi que la rigoureuse objectivité du *Courrier hebdomadaire*, constituent les atouts principaux d'une revue dont la qualité est établie et reconnue depuis plus de 60 ans.

Fondateur : Jules Gérard-Libois

Président : Vincent de Coorebyter

Équipe de recherche :

Benjamin Biard, Pierre Blaise (*secrétaire général*), Fabienne Collard, Jean Faniel (*directeur général*), Cédric Istasse, Vincent Lefebve, Caroline Sägesser, David Van Den Abbeel (*coordinateur du secteur Économie*), Marcus Wunderle

Conseil d'administration :

Louise-Marie Bataille, Aline Bingen, Jacques Brassinne de La Buissière (*vice-président honoraire*), Vincent de Coorebyter (*président*), Hugues Dumont, Éric Geerkens, Nadine Gouzée, Serge Govaert, Anne Heldenbergh, Laura Iker, Rémy Leboutte, Michel Molitor (*vice-président*), Solveig Pahud, Pierre Reman (*administrateur délégué*), Robert Tollet (*vice-président*), Pascale Vielle, Els Witte

Derniers numéros du *Courrier hebdomadaire* parus

- 2488-2489 Les effets de l'emploi atypique sur la protection sociale des travailleurs migrants
Carlo Caldarini
- 2486-2487 Les COP sur les changements climatiques
Fabienne Collard
- 2485 La politique d'accueil et d'intégration des primo-arrivants en Région bruxelloise (2004-2020)
Jean-Paul Nassaux
- 2483-2484 La régulation juridique des partis politiques
Thibault Gaudin
- 2482 L'adoption en Communauté française
Aurélie Aromatario, Louise de Morati et Kenzo Nera
- 2480-2481 La libération conditionnelle :
de la « loi Le Jeune » à l'instauration de la période de sûreté
Benjamin Biard et Vincent Lefebvre
- 2479 Le dialogue entre l'Union européenne
et les organisations religieuses et philosophiques
Déborah Pimpurniaux
- 2477-2478 Les mini-publics en Belgique (2001-2018) :
expériences de panels citoyens délibératifs
Julien Vrydagh, Sophie Devillers, David Talukder,
Vincent Jacquet et Jehan Bottin
- 2475-2476 Grèves et conflictualité sociale en 2019
II. Lutttes sociales : entre salariat et précarité
Iannis Gracos
- 2473-2474 Grèves et conflictualité sociale en 2019
I. Concertation interprofessionnelle et fonctions collectives de l'État
sous tension
Iannis Gracos
- 2471-2472 La formation du gouvernement De Croo (mai 2019 - octobre 2020)
Caroline Sägerser

La collection intégrale du *Courrier hebdomadaire* est accessible sur www.cairn.info.

L'accès est gratuit pour les numéros parus depuis plus d'un an.

Découvrez notre catalogue complet incluant nos autres publications sur
www.crisp.be.

Pour être informé de nos publications dès leur parution,
inscrivez-vous en ligne à notre lettre d'information électronique.