

Citation suggérée : Benedikt Riedl, La décision sur les ressources propres et le fonds de développement « Next Generation EU », un acte ultra vires ou une violation de l'identité constitutionnelle ? *Blogdroiteuropeen Working Paper* 3/2021, Avril 2021, Accessible à <https://wp.me/p6OBGR-48Y>

La décision sur les ressources propres et le fonds de développement « Next Generation EU », un acte ultra vires et/ou une violation de l'identité constitutionnelle ? Benedikt Riedl, assistant de recherche et doctorant à la LMU de Munich

Sommaire

I- Le contexte constitutionnel allemand de la mise en œuvre du plan Next Generation EU

- A- Un débat animé au Bundestag
- B- Le dépôt d'une plainte constitutionnelle assortie d'une demande urgente de protection des droits par le Bündnis Bürgerwille (Alliance de la volonté des citoyens)
- C- L'articulation entre la décision sur les ressources propres et le plan Next Generation EU
- D- La nécessité d'un examen ultra vires et d'un examen d'identité

II. Les trois problèmes de droit fondamentaux soulevés

- A- L'absence de base juridique base suffisante
- B- La probable violation de l'interdiction de la responsabilité mutuelle
- C- La violation de la responsabilité budgétaire globale du Bundestag allemand

III. La suite de la procédure

- A- Le rejet de la demande urgente par le BVerfG
- B- L'analyse de l'ordonnance de référé
- C- Vers une éventuelle question préjudicielle à la CJUE
- D- L'attente d'une future décision sur le fond de l'affaire

Le 26 mars 2021, la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Bundesverfassungsgericht - BVerfG) a estimé¹ que la loi de ratification de la résolution sur les ressources propres (ERatG)² ne devait pas être exécutée par le président fédéral pour le moment. Par une ordonnance du 15.04.2021 le BVerfG a rejeté la demande d'injonction temporaire dirigée contre l'ERatG.³ Le

¹ BVerfG, 2 BvR 547/21, 26 mars 2021. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210326_2bvr054721.html

² Deutscher Bundestag, Mediathek, 218. Sitzung, Top 10, ZP 9, 36: Eigenmittelsystem der EU, 25 mars 2021. Disponible en ligne : <https://www.bundestag.de/mediathek?videoId=7510785#url=L211ZGIhdGhla292ZXJsYXk/dmlkZW9pZD03NTUwNzgl&mod=mediathek>

³ BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 avril 2021. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/04/rs20210415_2bvr054721.html

BVerfG a constaté que le recours au principal n'était ni irrecevable d'emblée ni manifestement infondé. Cette double analyse d'impact réalisée en référé s'est faite au détriment des requérants. Par conséquent, il n'y a plus d'obstacle à l'entrée en vigueur de l'actuelle décision sur les ressources propres de l'UE du 14 décembre 2020 du côté allemand. Si la décision sur les ressources propres est ratifiée par les autres États membres, l'instrument de construction "Next Generation EU" (NGEU) pourra être mis en œuvre.

Dans une première partie le contexte constitutionnel allemand de la mise en œuvre du plan Next Generation EU sera évoqué (I). Ensuite les trois problèmes de droit soulevés par l'affaire seront analysés (II). La décision sur les ressources propres comme le NGEU lui-même pourraient constituer un acte ultra vires. En outre, une violation de l'identité constitutionnelle n'est pas exclue. Enfin, il sera question de l'évolution de la procédure à la suite de l'ordonnance de référé du BVerfG et de ce que l'on peut attendre de la procédure principale (III).

I- Le contexte constitutionnel allemand de la mise en œuvre du plan Next Generation EU

Le Bundestag a approuvé la loi de ratification sur les ressources propres le 25 mars 2021, suite à un vif débat (A) annonciateur d'une plainte constitutionnelle déposée par le Bündnis Bürgerwille (Alliance de la volonté des citoyens) (B). Une courte présentation de la décision sur les ressources propres et du plan Next Generation EU est nécessaire (C), afin de comprendre pourquoi ces dernières doivent faire l'objet d'un examen pour vérifier si elles constituent des actes ultra vires et si elles sont susceptibles de remettre en cause l'identité constitutionnelle allemande. (D)

A- Un débat animé au Bundestag

Le vote au Bundestag a été précédé d'un débat animé, au cours⁴ duquel Michael Roth (SPD), ministre d'État au ministère fédéral des Affaires étrangères, en sa qualité de représentant du gouvernement, a qualifié le système des ressources propres "d'étape nécessaire et tardive vers l'union fiscale".⁵ La décision sur les ressources propres n'est pas seulement un programme de reconstruction, mais les 750 milliards d'euros doivent être utilisés pour investir dans le renouvellement de l'Union européenne, dans la numérisation, la cohésion sociale et surtout dans une plus grande protection du climat. Le système des ressources propres devrait également contribuer à ce que l'Union européenne dispose à l'avenir de nouvelles taxes. Le Parlement européen ne devrait pas seulement être responsable des dépenses, mais aussi des recettes.

Selon Peter Boehringer (AfD), président de la commission du budget, le projet de loi marque en revanche "le dernier pas vers l'union fiscale illégale de l'UE". La décision relative aux ressources propres n'a pas de base juridique dans les traités européens, car il est fondamentalement interdit à l'Union européenne de financer ses dépenses à crédit. Le BVerfG

⁴ Deutscher Bundestag, Mediathek, Bundestag stimmt dem Eigenmittelsystem der Europäischen Union zu, 25 mars 2021. Disponible en ligne : <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw12-de-eu-eigenmittel-826488>

⁵ Deutscher Bundestag, Mediathek, Bundestag stimmt dem Eigenmittelsystem der Europäischen Union zu, 25 mars 2021. Disponible en ligne : <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw12-de-eu-eigenmittel-826488>

avait déjà jugé en 2012 que le Bundestag allemand n'était pas autorisé à approuver un mécanisme qui conduirait à la prise en charge de la responsabilité d'autres États.⁶

Eckhardt Rehberg (CDU/CSU) a cité l'article 311, paragraphe 3, du TFUE en liaison avec l'article 122 du TFUE comme base juridique de la décision de l'Union européenne en matière de ressources propres. Selon ce dernier, il s'agissait d'un instrument à utiliser dans des cas exceptionnels de difficultés économiques graves. Dans le même temps, les emprunts permanents de l'UE pour financer les dépenses du budget opérationnel ne sont pas autorisés. Lui et Christian Dürr (FDP) ont rejeté avec véhémence l'interprétation du ministre d'État Roth comme une voie vers une union de transfert.

B- Le dépôt d'une plainte constitutionnelle assortie d'une demande urgente de protection des droits par le Bündnis Bürgerwille (Alliance de la volonté des citoyens)

Le requérant de la plainte constitutionnelle et de la demande urgente du 22.03.2021 est l'alliance Bürgerwille autour de Bernd Lucke. Le requérant soulève trois problèmes de droit.

1) L'autorisation de l'Union européenne de contracter des dettes est contraire aux traités de l'Union en vigueur et constitue donc un acte ultra vires. Selon le libellé, la collecte de fonds externes n'est pas une décision sur les ressources propres.⁷

2) Ensuite, la requérante fait valoir que la décision relative aux ressources propres viole le principe de l'Union selon lequel les États membres ne sont pas tenus d'assumer la responsabilité réciproque de leurs engagements respectifs et sont libres d'agir de manière autonome dans leur politique fiscale.⁸

3) Enfin, la requérante considère qu'il existe aussi une violation de l'identité constitutionnelle allemande, puisque l'endettement de l'Union fait que le Bundestag n'est plus maître de ses droits budgétaires. Seule la Commission peut déterminer librement quels États membres doivent rembourser la dette en cas de responsabilité. En outre, la limite de responsabilité a été fixée à un niveau si élevé que l'Allemagne devrait être responsable de la totalité des 750 milliards d'euros dans le pire des cas.⁹

C- L'articulation entre la décision sur les ressources propres et le plan Next Generation EU

L'objet de la procédure en référé est la loi de ratification de la décision sur les ressources propres. Il s'agit de la loi allemande approuvant le financement de l'Union européenne jusqu'en

⁶ Deutscher Bundestag, Mediathek, Bundestag stimmt dem Eigenmittelsystem der Europäischen Union zu, 25 mars 2021. Disponible en ligne : <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw12-de-eu-eigenmittel-826488>

⁷ Bündnis Bürgerwille, Inhalt der Verfassungsbeschwerde, 15 avril 2021. Disponible en ligne : <https://buendnis-buergerwille.de/verfassungsbeschwerde/>

⁸ Bündnis Bürgerwille, Inhalt der Verfassungsbeschwerde, 15 avril 2021. Disponible en ligne : <https://buendnis-buergerwille.de/verfassungsbeschwerde/>

⁹ Bündnis Bürgerwille, Inhalt der Verfassungsbeschwerde, 15 avril 2021. Disponible en ligne : <https://buendnis-buergerwille.de/verfassungsbeschwerde/>

2027. Elle constitue la base juridique pour l'entrée en vigueur de l'actuelle décision sur les ressources propres de l'Union européenne du 14 décembre 2020. Les décisions relatives aux ressources propres de l'Union européenne¹⁰ sont fondées sur l'article 311, paragraphe 3, du TFUE et servent, en plus d'autres recettes, à financer le budget de l'UE. Cette nouvelle décision relative aux ressources propres permet à la Commission européenne, à l'article 5 (1a), de contracter des emprunts d'un montant maximal de 750 milliards d'euros pour une durée maximale de 38 ans. Avec ces fonds, l'Union européenne entend utiliser temporairement 750 milliards d'euros dans le cadre de son plan de relance économique Next Generation EU¹¹ pour réparer les dommages économiques et sociaux immédiats causés par la pandémie de Corona. L'instrument le plus important de ce plan de relance est le mécanisme de relance et de résilience¹², qui fournira 627,5 milliards d'euros de prêts et de subventions pour soutenir les réformes et les investissements dans les pays de l'Union européenne. La mise en œuvre des mesures de relance économique par l'Union européenne n'est possible que lorsque tous les États membres ont ratifié la décision relative aux ressources propres (article 311 paragraphe 3 phrase 3 du TFUE). C'est justement la loi de ratification de cette décision ressources propres que le Bundestag allemand a approuvée le 25 mars 2021.

D- La nécessité d'un examen ultra vires et d'un examen d'identité

La question centrale en droit européen est de savoir si la décision sur les ressources propres et l'autorisation de contracter des dettes violent les traités. Si tel est le cas, cela pourrait constituer un acte ultra vires de l'Union européenne. La question centrale en vertu du droit constitutionnel allemand est de savoir si le système des ressources propres affecte les limites fixées par la responsabilité budgétaire globale¹³ du Bundestag allemand et est incompatible avec l'art. 79 paragraphe 3 de la Loi fondamentale.¹⁴

Tout d'abord, la question se pose de savoir pourquoi la cour constitutionnelle d'un État membre peut se prononcer sur cette question de droit communautaire. Le point de départ est la primauté d'application du droit de l'Union sur tout droit national - y compris le droit constitutionnel - qui est reconnue aujourd'hui tant par le BVerfG que par la CJUE. Toutefois, depuis son arrêt Costa/E.N.E.L.¹⁵, la CJUE assume une primauté d'application inconditionnelle, qui découle de

¹⁰ KOTTMANN, Matthias, Kein vorbeugender Rechtsschutz gegen EU-Eigenmittelbeschlüsse, 23 mars 2021. Disponible en ligne : <https://verfassungsblog.de/kein-vorbeugender-rechtsschutz-gegen-eu-eigenmittelbeschluesse/>

¹¹ European Commission, NextGenerationEU is a €750 billion temporary recovery instrument, 21 juillet 2020. Disponible en ligne : https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en#nextgenerationeu

¹² European Commission, The Recovery and Resilience Facility, 19 février 2021. Disponible en ligne : https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_en

¹³ BVerfG, 2 BvR 859/15, 5 mai 2020. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html

¹⁴ L'article 79 paragraphe 3 de la Loi fondamentale est la clause dite d'éternité et interdit absolument au législateur, même à celui qui modifie la constitution, d'intervenir de manière particulière dans la constitution. Le texte de la norme est traduit comme suit : "Une modification de la présente Loi fondamentale par laquelle la division de la Fédération en Länder, la participation fondamentale des Länder à la législation ou les principes énoncés aux articles 1 et 20 sont affectés est inadmissible."

¹⁵ CJUE, Costa/E.N.E.L, Aff. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, 15 juillet 1964. Disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&qid=1618598113536&from=EN>

la nature particulière du droit de l'Union en tant qu'ordre juridique nouveau et indépendant. En revanche, le BVerfG, comme toutes les autres cours constitutionnelles et suprêmes européennes, ne tire pas la primauté d'application du droit de l'Union lui-même, mais l'assume en vertu de l'autorisation constitutionnelle des États membres¹⁶.

Le contrôle d'*ultra vires*¹⁷ (c'est-à-dire le contrôle de l'autorité par une cour constitutionnelle d'un État membre) consiste à déterminer si les institutions de l'UE ont outrepassé leur autorité d'une manière suffisamment qualifiée et structurellement significative. Plusieurs cours constitutionnelles et suprêmes européennes ont déjà déclaré que des actes de l'Union étaient *ultra vires* (par exemple, l'arrêt Cohn-Bendit en France¹⁸, l'arrêt Holubec¹⁹ en République tchèque, l'arrêt Ajos²⁰ au Danemark ou l'arrêt PSPP²¹ en Allemagne). Dans le cas d'espèce, la question est de savoir si la décision sur les ressources propres viole manifestement les traités. En ce qui concerne la question de la base légale, même après la décision d'urgence du 21 avril 2021, il n'est pas exclu que la plainte constitutionnelle puisse aboutir sur le fond. La question de l'utilisation des fonds et du risque de responsabilité reste également ouverte.

II. Les trois problèmes de droit fondamentaux soulevés

A- L'absence de base juridique base suffisante

Il est incontesté que l'article 311, paragraphe 3, TFUE constitue la base juridique en droit de l'Union de la décision relative aux ressources propres européennes du 14.12.2020. Selon celle-ci, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à la procédure législative spéciale et après consultation du Parlement européen, a adopté une décision fixant les dispositions régissant les ressources propres de l'Union. Or, selon l'article 311, paragraphe 3, deuxième phrase, du TFUE, seules les ressources *propres* de l'Union peuvent être introduites. Les requérants font valoir que les fonds empruntés ne sont pas des ressources propres de l'Union. Cependant, selon le libellé des Traités de l'Union européenne, seuls les fonds propres de l'Union (ressources *propres*) et aucun fonds extérieur (ressources *externes*) ne peuvent être mobilisés. Il s'agit d'une

¹⁶ RIEDL, Benedikt, Es braucht nicht immer ein Gesetz, 10 mars 2021. Disponible en ligne : <https://verfassungsblog.de/organstreitverfahren-ceta/>; Pour une présentation historique de la position de la Cour Constitutionnelle allemande cf. Posts de Nils Pertersen, *blosdroiteuropeen* septembre 2016: <https://blogdroiteuropeen.com/tag/niels-petersen/>

¹⁷ BVerfG, 2 BvR 859/15, 5 mai 2020. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html

¹⁸ Conseil d'Etat, 11604 – *Ministre de l'Intérieur v. Sieur Cohn-Bendit*, Rec. p. 524, 22 Décembre 1978. Disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007666522/>

¹⁹ Ústavní soud, Pl. ÚS 5/12 – *Holubec*, 31 janvier 2012. Disponible en ligne : <https://www.usoud.cz/en/decisions/2012-01-31-pl-us-5-12-slovak-pensions>

²⁰ Højesteret, 15/2014 – *Ajos A/S v. Boet efter A*, 6 décembre 2016. Disponible en ligne : <https://domstol.dk/hoejesteret/decided-cases-eu-law/2016/12/the-relationship-between-eu-law-and-danish-law-in-a-case-concerning-a-salaried-employee/>

²¹ BVerfG, 2 BvR 859/15, 5 mai 2020. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html; Voir commentaire Jacques Ziller, L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand, *Blogdroiteuropeen* 8 mai 2020, <https://blogdroiteuropeen.com/2020/05/08/linsoutenable-pesanteur-du-juge-constitutionnel-allemand-par-jacques-ziller/>

interprétation littérale très restrictive fondé sur la différenciation entre les capitaux d'emprunt et les capitaux propres en économie d'entreprise. La CJUE, avec sa jurisprudence fortement orientée vers la téléologie et guidée par l'idée de l'*effet utile*, ne suivra très probablement pas cette ligne d'argumentation. Au lieu de cela, elle approuvera probablement une compréhension large des "ressources propres". Si le BVerfG devait suivre l'argumentation du requérant, un renvoi à la CJUE serait de toute façon nécessaire. Il n'existe aucun *acte clair* qui rendrait un renvoi inutile.

L'affectation des fonds du règlement établissant le Fonds de reconstruction Corona soulève également un problème de base légale. Conformément à l'article 122, paragraphes 1 et 2, du TFUE, l'Union européenne peut agir par des mesures concrètes au moyen d'actes juridiques contraignants, par exemple pour accorder à un État membre une aide financière sous certaines conditions en cas de graves goulets d'étranglement dans l'approvisionnement, de catastrophes naturelles ou d'événements extraordinaires. Les instruments de droit de l'Union susmentionnés dans le cadre des mesures de relance économique de l'UE de la prochaine génération et du mécanisme de relance et de résilience se fondent explicitement sur cette disposition. Le point critique ici est de savoir si les paquets de stimulation économique visent uniquement à surmonter les conséquences immédiates du Covid-19. Ce n'est que s'ils restent limités à ce cas exceptionnel et respectent l'affectation étroite qu'ils peuvent être fondés sur la disposition exceptionnelle de l'article 122 du TFUE, qui doit être interprétée de manière étroite en principe²².

Un fonds de reconstruction qui, à cet égard, ne sert pas seulement de programme de reconstruction mais déborde sur de nombreux autres domaines, serait difficilement conciliable avec l'article 122 du TFUE. L'Allemagne, par exemple, prévoit d'utiliser 37% des allocations de l'Union européenne pour la protection du climat et 20% pour la numérisation²³. Si l'utilisation des fonds pour la numérisation peut être directement liée à l'urgence Corona en raison des conséquences du verrouillage et des possibilités limitées de contacts directs entre les personnes, ce n'est pas le cas pour l'utilisation des fonds pour la protection du climat. On ne voit pas pourquoi la part de loin la plus importante de l'aide Corona devrait être consacrée à la protection du climat, qui n'a aucun lien avec la pandémie Corona. Au contraire, si la pandémie a des effets "positifs", ils sont liés au climat mondial. Bien sûr, les investissements dans la protection du climat peuvent aussi créer des emplois. Mais il est douteux que cela soit encore suffisamment lié directement à la lutte contre les conséquences de Corona. Pour cette seule raison, le BVerfG examinera également de très près l'affectation des ressources propres de l'Union européenne. Ici, la plainte constitutionnelle a une chance réaliste de succès.

B- La probable violation de l'interdiction de la responsabilité mutuelle

²² Official Journal of the European, Council Regulation (EU) No 407/2010 of, 11 mai 2010. Disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ENG/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0407&qid=1516716281506&from=DE>

²³ Deutscher Bundestag, 19/2783819, Zusätzliche Berichtspflichten der Bundesregierung zum EU-Aufbauinstrument Next Generation EU, 23 mars 2021. Disponible en ligne : <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/278/1927838.pdf>

Une violation de l'article 310 et de l'article 125 du TFUE par la décision relative aux ressources propres et les actes juridiques mettant en œuvre le fonds de reconstruction Next Generation EU n'est pas improbable. De ces normes découle le principe de l'Union selon lequel les États membres agissent de manière autonome dans leur politique budgétaire et ne doivent pas assumer mutuellement la responsabilité de leurs engagements respectifs. L'article 125, paragraphe 1, du TFUE contient à cet égard la "clause de non-renflouement". Selon cette clause, la péréquation financière entre les États membres est interdite en droit de l'Union. Ni l'Union n'est responsable des engagements des États membres, ni les États membres ne sont responsables des engagements des autres États membres.

Le volume d'engagement possible et la période d'engagement sont ici très importants. En raison de la longue durée des prêts, les futurs parlements fédéraux seront liés à la décision sur les ressources propres jusqu'en 2058. Personne ne peut sérieusement supposer que des vagues de crises régulières et récurrentes ne se produiront pas en Europe jusqu'à la dernière échéance de remboursement en 2058. De nouveaux paquets d'aides seront également mis en place lors des prochaines crises, comme cela s'est toujours produit dans le passé récent. À cet égard, la décision sur les ressources propres pourrait marquer le premier pas de l'Union européenne vers une union fiscale. L'urgence Corona pourrait être exploitée pour rendre inévitable une union fiscale grâce au pouvoir normatif de facto. Au lieu de s'engager dans la voie de la modification des traités, les États membres et l'UE semblent tenter de former une union fiscale dans le cadre de la planification budgétaire²⁴.

La question décisive est de savoir si l'Allemagne seule serait entièrement responsable de 750 milliards d'euros si nécessaire. Si les garanties sont insuffisantes dans le système des ressources propres de l'Union européenne, une violation de l'article 125 du TFUE est inévitable. Enfin, le manque de transparence économique dans l'obtention des fonds est également problématique. Où et comment l'Union européenne va-t-elle lever 750 milliards d'euros de dettes ? Quelles institutions fourniront les prêts ? La Commission européenne a-t-elle les coudées franches en la matière ?

Un examen plus approfondi de la décision relative aux ressources propres peut apporter quelques réponses, du moins pour l'instant.

L'article 9 (4) et (5)²⁵ de la décision sur les ressources propres semble initialement rassurant. Il en résulte que si les ressources budgétaires de l'UE sont insuffisantes pour rembourser la dette, la Commission européenne comblera d'abord ce déficit de financement par une gestion active de la trésorerie et, si nécessaire, par le recours à un financement à court terme sur le marché monétaire. Ce n'est que si ces possibilités ne sont pas suffisantes que la Commission peut, en dernier recours, exiger des États membres qu'ils mettent provisoirement à disposition le déficit en proportion de leur contribution respective au budget de l'UE. Ce financement provisoire

²⁴ LANDFRIED, Christine, Wer die Fiskalunion will muss die Bürger fragen, 6 septembre 2020. Disponible en ligne : <https://www.faz.net/aktuell/politik/europa-denken/gastbeitrag-wer-die-fiskalunion-will-muss-die-buerger-fragen-16938352.html>

²⁵ Official Journal of the European, Council Decision 2020/2053, 14 décembre 2020. Disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ENG/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020D2053&from=EN>

proportionnel semble exclure, du moins formellement, la responsabilité selon la devise « un seul est responsable pour tous ».

La même mise à disposition au prorata des fonds s'applique si un État membre ne peut pas faire face à sa part du remboursement de la dette. L'État membre défaillant reste tenu de payer sa part de financement du remboursement de la dette. On peut en conclure qu'il ne s'agit pas d'une prise en charge au sens propre du terme, puisque le financement des autres États membres n'est que temporaire et non définitif. Légalement, l'État membre défaillant reste responsable et redevable de sa part de financement et doit la payer dès que possible. Il est cependant possible que certains États membres puissent ne pas être en mesure d'effectuer ces paiements.

L'article 9, paragraphe 6 de la décision relative aux ressources propres révèle, à travers plusieurs références (article 6 et article 3 paragraphe 1 et 2), l'ampleur considérable du risque de responsabilité pour chaque État membre. Actuellement, selon l'article 3, paragraphe 1, de la décision relative aux ressources propres, le montant total des « ressources propres » dont dispose l'Union pour les crédits annuels pour paiements ne doit pas dépasser 1,40 % de la somme des revenus nationaux bruts de tous les États membres. À l'avenir, à partir de 2028, selon l'article 6, le plafond annuel des « ressources propres » sera relevé de 0,6 point de pourcentage supplémentaire jusqu'en 2058. Cela peut sembler peu, mais en réalité, c'est beaucoup. C'est ce que confirme l'exemple de calcul suivant pour l'Allemagne. Selon l'Office fédéral de la statistique (Destatis)²⁶, le revenu national brut de l'Allemagne s'élève à 3 427 milliards d'euros en 2020. Il en résulterait pour l'Allemagne une somme de responsabilité de 0,6 % du revenu national brut avec 20,5 milliards d'euros (à titre d'exemple pour l'année 2020) par an. Selon l'art. 5, l'emprunt de 750 milliards d'euros est au prix de 2018 et est soumis à un déflateur fixe de 2% par an. Il faut donc s'attendre à une dette totale de l'Union européenne pouvant atteindre 820 milliards d'euros d'ici 2026. Avec un délai de remboursement de 31 ans (de 2028 à 2058), le montant de la dette pour un État membre comme l'Allemagne pourrait s'élever à 770 milliards d'euros²⁷ dans le pire des cas. Cela conduirait effectivement à une union fiscale.

C- La violation de la responsabilité budgétaire globale du Bundestag allemand

Même si le nouveau système de ressources propres de l'Union européenne est jugé conforme au droit européen, la loi d'approbation allemande ne doit pas violer l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale. Les actes de souveraineté relevant du droit de l'Union doivent être contrôlés à l'aune de la Loi fondamentale si cela est indispensable pour veiller à la préservation

²⁶ Statistisches Bundesamt, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen, 24 février 2021. Disponible en ligne : https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Volkswirtschaftliche-Gesamtrechnungen-Inlandsprodukt/Tabellen/inlandsprodukt-volkseinkommen1925-pdf.pdf?__blob=publicationFile

²⁷ HEINEMANN, Friedrich, Die Überdeckung der Next Generation EU-Schulden, 26 octobre 2020. Disponible en ligne : http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/gutachten/HEINEMANN_Friedrich_Eigenmittelbeschluss_Stellungnahme.pdf

de l'identité constitutionnelle²⁸ de l'Allemagne, qui est garantie par l'article 23, paragraphe 1, troisième phrase, en liaison avec l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale (GG).

Le BVerfG ancre la protection de la responsabilité budgétaire globale du Bundestag allemand²⁹ directement dans l'article 79 paragraphe 3 de la Loi fondamentale. Le noyau inaltérable du principe de la démocratie est violé si le Bundestag allemand est privé de sa responsabilité budgétaire parlementaire par une mesure de l'Union européenne dès lors que lui-même ou les futurs parlements fédéraux ne peuvent plus exercer le droit budgétaire sous leur propre responsabilité. Cela inclut également l'interdiction d'être solidairement responsable des décisions de tiers dont les conséquences sont difficilement calculables.

La question de la violation de la responsabilité budgétaire globale du Bundestag allemand est fortement liée au deuxième problème. Ici aussi, la question est de savoir si l'Allemagne est exposée à des risques de responsabilité incalculables. Dans l'arrêt ESM³⁰, le BVerfG avait décidé que le principe de démocratie n'est respecté que si le Bundestag reste le lieu où les décisions sur les recettes et les dépenses sont prises sous sa propre responsabilité, également en ce qui concerne les responsabilités internationales et européennes. Dans cet arrêt, le BVerfG n'avait pas assumé une violation de la responsabilité budgétaire parce que les obligations de paiement assumées avec le traité MES ne dépassaient pas 190 milliards d'euros et qu'une responsabilité au-delà était exclue par une déclaration commune des membres du MES qui était contraignante en vertu du droit international.

Après la décision sur le fond, le plein succès des pétitionnaires sur la question de la violation de l'autonomie budgétaire semble très peu probable. Cependant, il est possible que la BVerfG insiste sur les mécanismes de sauvegarde. En conséquence, une garantie possible³¹ que le BVerfG pourrait exiger dans le cas du système des ressources propres serait, par exemple, une déclaration protocolaire excluant l'obligation de verser des contributions supplémentaires pour la dette de l'UE contractée au titre de la facilité de redressement et de résilience.

III. La suite de la procédure

A- Le rejet de la demande urgente par le BVerfG

Dans le cadre de la procédure en référé, le BVerfG a jugé que la demande d'injonction temporaire était infructueuse (par. 64).³²

²⁸ BVerfG, 2 BvR 2735/14, 15 décembre 2015. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html

²⁹ BVerfG, 2 BvR 859/15, 5 mai 2020. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.html

³⁰ BVerfG, 2 BvR 1390/12, 18 mars 2014. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/03/rs20140318_2bvr139012.html

³¹ FELDT, Lars P, Neue Zürcher Zeitung, Das Bundesverfassungsgericht will den Weg in die Fiskalunion verhindern, 7 avril 2021. Disponible en ligne : <https://www.nzz.ch/meinung/bundesverfassungsgericht-will-weg-in-die-fiskalunion-verhindern-ld.1609753>

³² BVerfG, 2 BvR 547/21, 15 avril 2021. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/04/rs20210415_2bvr054721.html

En ce qui concerne la question de l'ultra vires, le BVerfG a déclaré qu'il n'était en tout cas pas exclu que l'autorisation de la Commission de lever 750 milliards d'euros sur le marché des capitaux aille au-delà de l'autorisation contenue dans l'article 311 paragraphe 3 TFUE (paragraphe 94). Il est frappant de constater que - contrairement à la question de l'identité constitutionnelle - elle a renoncé à un examen sommaire supplémentaire, car un acte ultra vires peut être déclaré nul par la CJUE ou inapplicable en Allemagne par le BVerfG (par. 72). On peut en déduire que le BVerfG considère qu'un acte ultra vires est plus facile à corriger qu'une violation de l'identité constitutionnelle.

Sur la question de l'atteinte à l'identité, le BVerfG a laissé ouverte, dans le cadre d'un examen sommaire, la question de savoir si les droits garantis par l'article 110 combiné avec l'article 20 paragraphe 1 et 2 et l'article 79 paragraphe 3 de la Loi fondamentale est concerné ont été violés. L'article 79 paragraphe 3 de la Loi fondamentale est concerné (par. 94). Toutefois, le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas de forte probabilité d'une telle violation. Il a également laissé ouverte la question de savoir si et dans quelle mesure une limite justiciable à la prise en charge d'obligations de paiement ou d'engagements de responsabilité pouvait découler directement du principe de démocratie. En tout état de cause, une limite supérieure ne pourrait être déduite du principe de démocratie que si l'autonomie budgétaire était "pratiquement épuisée" pendant une période appréciable (par. 94-96). Dans le cas concret, le fait que l'emprunt jusqu'à 750 milliards d'euros aux prix de 2018 n'entraînerait pas de responsabilité directe de la part de l'Allemagne plaiderait contre cet argument. Une telle responsabilité ne peut être envisagée que dans le pire des cas, où ni l'UE ni les autres États membres, qui sont responsables au prorata de leur part de financement dans le budget de l'UE, ne pourraient faire face au paiement. En outre, le montant (750 milliards d'euros), la durée (remboursement à la fin de 2058) et l'objet (exclusivement pour faire face aux conséquences de la crise COVID 19) des fonds à lever sont donc tout aussi limités que la responsabilité éventuelle de l'Allemagne (un maximum d'environ 770 milliards d'euros dans le pire des cas) (par. 99-101).

L'issue de la procédure au principal reste ouverte. Le BVerfG a procédé à une double évaluation des conséquences conformément à l'article 32 du BVerfG. Cela s'est fait au détriment des requérants. Les inconvénients qui résulteraient du fait que l'injonction temporaire ne soit pas délivrée, mais que l'ERatG soit ultérieurement jugée inconstitutionnelle, ont pesé moins lourd que les conséquences qui se produiraient si l'injonction temporaire était délivrée, mais que le grief constitutionnel était ultérieurement jugé non fondé. La délivrance de l'injonction préliminaire aurait pu entraîner un retard considérable ou l'échec de NGEU ainsi que des distorsions dans la politique étrangère et européenne. En revanche, les inconvénients liés au fait de ne pas délivrer l'injonction provisoire mais de prouver l'inconstitutionnalité de l'ERatG seraient considérablement réduits. L'actuelle décision sur les ressources propres entrerait en vigueur après sa ratification par tous les États membres et l'UE pourrait lever jusqu'à 750 milliards d'euros sur les marchés des capitaux d'ici 2026. Pour le budget de l'Allemagne, cependant, cela n'entraînerait des charges que si les soldes totaux de l'UE ne couvraient pas ses besoins de trésorerie. Dans le pire des cas, c'est-à-dire si tous les autres États membres de l'UE ne respectent pas leur obligation de verser des contributions supplémentaires, cela pourrait entraîner une charge annuelle d'environ 21 milliards d'euros sur le budget fédéral (soit un total

d'environ 770 milliards d'euros) jusqu'en 2058. Si le BVerfG devait constater une violation des barrières d'intégration absolues de la Loi fondamentale, le gouvernement fédéral, le Bundestag et le Bundesrat devraient prendre les mesures à leur disposition dans le cadre de leur responsabilité d'intégration afin de rétablir l'ordre constitutionnel (par. 102-111).

B- L'analyse de l'ordonnance de référé

Il est frappant que le BVerfG n'ait pas soumis la question de l'ultra vires à un examen sommaire. Ici, les chances de succès dans l'affaire principale semblent être les plus élevées.³³ Selon l'article 311 III 2 du TFUE, seules les ressources propres peuvent être introduites. Les requérants ont fait valoir que les emprunts visés aux articles 4 et 5 de la décision relative aux ressources propres sont précisément des fonds empruntés. Cet argument de formulation est basé sur la différenciation entre le capital emprunté et le capital propre dans l'administration des affaires. Le BVerfG a abondamment cité les voix de la littérature qui considèrent que les emprunts de l'UE sont inadmissibles (par. 92). Si le BVerfG suit l'argumentation du requérant, un renvoi à la CJUE serait nécessaire. Le BVerfG a au moins laissé entendre que cela pourrait se produire (par. 105). L'admissibilité de la décision sur les ressources propres en vertu du droit européen est tout sauf certaine. Cela est démontré par le fait que même les institutions de l'UE ont supposé par le passé que l'UE n'était pas en faute et que les déclarations correspondantes sur le site web de la Commission ont disparu juste au moment où le NGEU a commencé à être développé. Ce n'est pas seulement en raison de ces incertitudes juridiques qu'une clarification du droit primaire serait appropriée. Les implications réelles pour la constitution financière de l'UE sont très vastes. Le changement fondamental de l'architecture financière de l'UE serait mieux servi par une modification des traités que par une simple décision sur les ressources propres.³⁴

Là encore, le BVerfG a accordé aux organes fédéraux une très large marge de manœuvre politique dans l'exercice des obligations découlant de la responsabilité de l'intégration.³⁵ Cette retenue judiciaire se manifeste à plusieurs endroits dans les procédures de référé : les évaluations du gouvernement fédéral concernant les distorsions de la politique étrangère et européenne ont été prises comme base dans le cadre de la double analyse d'impact (par. 107). Il a également été fait référence à la marge d'appréciation du Bundestag et du gouvernement fédéral en ce qui concerne les conséquences de la responsabilité et la probabilité de survenance d'un scénario catastrophe (par. 97). L'autolimitation judiciaire est compréhensible pour des raisons de séparation des pouvoirs. Cependant, surtout dans le cas du contrôle de l'intégration, le dilemme de l'irréversibilité réelle des mesures de politique budgétaire se pose. Le jugement sur le PSPP n'a été rendu qu'après que le PSPP ait été résilié entre-temps. En conséquence, des

³³ KUBE, Hanno, Eine erleichternde Entscheidung: Der Eigenmittelbeschluss im Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, 22 avril 2021. Disponible en ligne : <https://verfassungsblog.de/eine-erleichternde-entscheidung/>

³⁴ NETTESHEIM, Martin, Greatness and Tragedy: On the Interim Decision of the German Federal Constitutional Court in the Constitutional Complaint Procedure against the New EU Own Resources Decision, 24 avril 2021. Disponible en ligne : , <https://verfassungsblog.de/greatness-and-tragedy/>

³⁵ cf. BVerfG, 2 BvE 4/16, 2 mars 2021. Disponible en ligne : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/es20210302_2bve000416.html

faits peuvent être créés, faits qui sont difficiles à corriger d'un point de vue juridique. La protection juridique constitutionnelle étant, pour des raisons de primauté du droit, en principe conçue pour être ultérieure, il faut espérer que la CJUE répondra à une éventuelle offre de dialogue du BVerfG et veillera à ce que la politique fiscale de l'UE soit restructurée conformément au droit européen. Outre l'article 311 III du TFUE en tant que base juridique appropriée, il conviendra également d'examiner la compatibilité de l'article 9 V sous-paragraphe. 2 avec l'article 125 I du TFUE et la compatibilité du NGEU avec l'article 122 du TFUE.

C- Vers une éventuelle question préjudicielle à la CJUE

Il est probable que le BVerfG renvoie une ou plusieurs questions à la CJUE. Celles-ci concerneraient les problèmes fondamentaux abordés ci-dessus. Par le biais de ces renvois, le BVerfG pourrait persuader la CJUE de sauvegarder et de contenir la décision sur les ressources propres en vertu du droit européen.

Au paragraphe 118 de l'arrêt PSPP, le BVerfG a déclaré ce qui suit : « *Si, dans le cadre d'un contrôle d'ultra vires ou d'identité, se pose la question de la validité ou de l'interprétation d'un acte pris par les institutions, organes et agences de l'Union européenne, le BVerfG fonde en principe son contrôle sur le contenu et l'appréciation que l'acte a reçu de la Cour de justice. Toutefois, cela ne s'applique pas dans le cas d'une interprétation des traités qui n'est plus compréhensible et qui est donc objectivement arbitraire (par. 112 et suivants).* »

Cela signifie que le BVerfG acceptera généralement l'interprétation de la CJUE (éventuellement après une question de renvoi), sauf si celle-ci est « absolument incompréhensible ». Cette situation s'explique par la répartition des tâches entre les deux juridictions. La CJUE est chargée d'interpréter le droit de l'Union, tandis que le BVerfG interprète la GG (qui comprend toutefois aussi l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, en liaison avec l'article 79, paragraphe 3, en liaison avec l'article 20, paragraphes 1 et 2, de la Loi fondamentale).

D- L'attente d'une future décision sur le fond de l'affaire

Deux questions sont alors déterminantes. Premièrement, le BVerfG fera-il un renvoi à la CJUE ? Deuxièmement, comment la CJUE répondra-t-elle à la question posée ?

Si le BVerfG ne soumet pas de question à la CJUE, il est fort probable qu'il n'y aura plus de décision dans l'affaire principale, au détriment du système des ressources propres. La raison en est que depuis sa décision dans l'affaire Honeywell, le BVerfG a compris qu'il n'interprète le contrôle d'ultra vires que dans un sens favorable au droit européen, ce qui inclut un renvoi préalable à la CJUE.

Si le BVerfG saisit la CJUE, ce qui semble probable, tout dépendra de sa décision. Plus la justification de l'interprétation du droit européen s'avère convaincante et plus elle limite rapidement la responsabilité des États membres, moins il est probable que le BVerfG active le contrôle d'ultra vires ou le contrôle d'identité.

Par conséquent, il appartient à la CJUE d'éviter une décision ultra vires ou une activation du contrôle d'identité en apportant une réponse convaincante et en assurant des barrières de responsabilité. C'est ainsi que fonctionne l'interaction au sein du réseau des cours constitutionnelles européennes. Tant que le retour d'information démocratique de l'UE se fait au moins aussi par le biais des États membres, une interaction entre les acteurs judiciaires des deux niveaux (UE, États membres) est également nécessaire pour la sauvegarde de la procédure.