

# LA COUR DE JUSTICE FACE À GAUWEILER

La mise en récit de l'indépendance de la BCE

ANTOINE DE CABANES

DOCTORANT EN SCIENCE POLITIQUE, UCLouvain, ISPOLE

ET

CLÉMENT FONTAN

PROFESSEUR EN POLITIQUES ÉCONOMIQUES EUROPÉENNES,  
UCLouvain/UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS, ISPOLE/IEE

Les mesures prises pour répondre à l'aggravation de la crise financière de 2007-2008 dans la zone euro à partir de 2010 ont engendré de fortes résistances des citoyens et des acteurs socio-économiques dans les pays créditeurs (Allemagne, Finlande, Pays-Bas, Autriche) et débiteurs (Grèce, Irlande, Italie, Espagne) de l'Union économique et monétaire (UEM) (1). Pour la première fois de son histoire, la gouvernance de l'UEM a été contestée aussi bien au sein des enceintes parlementaires et sur les pancartes des manifestants que devant les juridictions nationales et européennes. En effet, les résistances citoyennes ont mené à une judiciarisation de la gouvernance de l'UEM, cette notion de judiciarisation devant être comprise comme « la mobilisation des cours et autres moyens judiciaires pour interroger des principes moraux fondamentaux, des enjeux de politique publique et des controverses politiques » (2).

Ce processus de judiciarisation a mené la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à se prononcer pour la première fois de son existence sur la légalité des instruments monétaires mis en œuvre pour répondre aux tensions financières sur les marchés de dettes souveraines de la zone

(1) K. DYSON, *States, Debt, and Power : "Saints" and "Sinners" in European History and Integration*, Oxford, OUP, 2014.

(2) R. HIRSCHL, « The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts », *Annual Review of Political Sciences*, 2008, vol. 11, pp. 93-118. S. SAURUGGER et C. FONTAN, « The Judicialisation of EMU Politics : Resistance to the EU's New Economic Governance Mechanisms at the Domestic Level », *European Journal of Political Research*, 2019, doi.org/10.1111/1475-6765.12322.

euro. En effet, depuis juin 2010, en plus de l'extension de ses offres de liquidités au secteur bancaire, la Banque centrale européenne (BCE) a annoncé et mis en œuvre des programmes de rachat de titres financiers sur les marchés secondaires (3). Ces programmes ont déclenché de vives polémiques au sein du Conseil des gouverneurs du Système européen des banques centrales (SEBC) et en Allemagne, car ils s'inscrivent contre la tradition monétaire orthodoxe développée dans ce pays depuis les années cinquante et longtemps représentée au sein de la *Bundesbank*, la banque centrale allemande (4). Ainsi, un groupe d'« entrepreneurs de cause » (5) allemands, mobilisé depuis le début des années nonante, a formé des recours contre chaque programme de rachat de titres, devant le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (TCF) et la CJUE.

En questionnant la légalité de ces programmes de rachat de titres, ces recours mettent en exergue les limites du récit sur l'indépendance de la BCE, coproduit par les banquiers centraux européens et la Cour depuis le début des années deux-mille, à partir des traités européens. Le but de ce chapitre consiste d'abord à analyser les racines du récit judiciaire sur l'indépendance de la BCE (section 1). Puis, nous revenons sur les ressorts et les dynamiques du processus de judiciarisation de la politique monétaire en analysant les mobilisations des entrepreneurs de cause (section 2). Enfin, nous étudions les conflits judiciaires entre la Cour et le TCF à la lumière de la grille d'analyse des récits judiciaires (section 3).

## 1. – LES RACINES DU RÉCIT JUDICIAIRE SUR L'INDÉPENDANCE DE LA BCE

Les recherches en sciences sociales ont distingué deux facteurs causaux ayant permis la création de la BCE (6) : un consensus idéal sur le principe même d'indépendance des banques centrales ainsi que le modèle institutionnel de la *Bundesbank*, qui était alors la banque centrale dominante en Europe. Dans cette section, nous analysons d'abord ces deux éléments, qui forment le socle du récit sur l'indépendance de la

---

(3) Les marchés secondaires sont les marchés de revente des titres financiers, les marchés primaires sont les lieux d'émission de ces titres.

(4) C. FONTAN, « L'art du grand écart », *Gouvernement et action publique*, 2014, n° 2, pp. 103-123.

(5) Ce concept de politiques publiques décrit les acteurs qui tentent de problématiser et d'inscrire à l'agenda politique un problème social ou politique. M. BALOGÉ, « S'opposer à quel prix ? », *Politique européenne*, 2014, n° 1, pp. 94-119.

(6) K. H. F. DYSON et K. FEATHERSTONE, *The Road to Maastricht : Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, OUP, 1999.

BCE, puis nous montrons comment ce récit a été repris et développé par la Cour dans ses premiers arrêts en lien avec la BCE.

1.1. – *Les racines idéelles et institutionnelles  
du récit d'indépendance de la BCE*

Tout d'abord, la création de la BCE est fortement liée à la diffusion de théories économiques issues de la nouvelle macro-économie classique, promouvant le modèle institutionnel de la Banque centrale indépendante (BCI) (7). Cet ensemble théorique affirme que les banquiers centraux doivent être indépendants pour que leurs décisions monétaires, uniquement fondées sur leur expertise économique et visant à la stabilité des prix, soient crédibles aux yeux des opérateurs financiers. Ainsi, les politiques monétaires auraient un impact « neutre » à moyen et long terme sur la croissance économique, car celle-ci serait seulement dépendante de facteurs structurels tels que le niveau d'éducation ou la législation du marché du travail (8). Le seul rôle macro-économique que peuvent jouer les banques centrales consiste à mobiliser leur expertise pour ajuster les taux d'intérêt à court terme sur le marché monétaire aux perspectives de croissance économique à plus long terme. Afin de pouvoir remplir ce rôle, les banquiers centraux doivent être isolés des pressions politiques afin que leurs décisions expertes puissent être crédibles aux yeux des agents économiques (9). En somme, l'efficacité de la politique monétaire serait liée à la crédibilité de l'expertise des banquiers centraux (trouver le bon taux d'intérêt pour les capacités de croissance économique de nos sociétés), qui découle elle-même du degré d'indépendance des banques centrales.

Ensuite, ce modèle théorique est devenu largement partagé parmi les banquiers centraux européens du fait de la position dominante de la *Bundesbank* au sein du mécanisme de change du système monétaire européen, mis en œuvre en 1979 (10). Or, le modèle de la *Bundesbank* est fondé contre l'expérience historique d'hyperinflation et de la perte d'indépendance de la banque centrale dans les années vingt, qui ont été perçus comme contribuant à la chute de la République de Weimar et à

(7) K. McNAMARA, « Rational Fictions : Central Bank Independence and the Social Logic of Delegation », *West European Politics*, 2002, vol. 25, n° 1, pp. 47-76.

(8) M. FRIEDMAN, « The Role of Monetary Policy », *American Economic Review*, 1968, vol. 58, n° 1, p. 1.

(9) F. E. KYDLAND et E. C. PRESCOTT, « Rules Rather than Discretion : the Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, 1977, vol. 85, n° 3, pp. 473-491.

(10) D. MARSH, *The Bundesbank. The Bank That Rules Europe*, Düsseldorf, Heinemann, 1992.

l'accession au pouvoir du régime nazi. L'école de pensée ordo-libérale, dominante dans l'Allemagne d'après-guerre, n'a pas élaboré de modèle ni de cadre théorique précis sur les questions monétaires, mais elle a dégagé un principe clair : la banque centrale doit être indépendante des autorités politiques et seulement tournée vers un objectif de stabilité des prix, notamment en contrôlant l'évolution de la masse monétaire (11). En somme, l'école de pensée ordo-libérale et le modèle de la *Bundesbank* rejoignent les préceptes de la nouvelle macro-économie classique en faveur de l'indépendance des banques centrales, mais pour des raisons différentes. Les motivations des ordo-libéraux sont fortement liées au principe démocratique de séparation des pouvoirs tandis que celles des macro-économistes sont liées au principe d'efficacité macro-économique.

La conjonction de la diffusion d'un nouveau paradigme économique et de la domination institutionnelle de la *Bundesbank* a permis la construction d'un consensus auprès des banquiers centraux et des dirigeants politiques sur la création de la BCE, qui a ensuite été cristallisé dans le droit lors de la signature du Traité de Maastricht. Ainsi, la BCE bénéficie d'un haut degré d'indépendance et doit chercher de manière prioritaire à atteindre la stabilité des prix (12). Comme les traités ne fournissent pas de définition chiffrée de la stabilité des prix, la BCE dispose du pouvoir de fixer par elle-même ses objectifs de politique monétaire. À titre de comparaison, au Royaume-Uni, les autorités politiques définissent la cible d'inflation que doit atteindre la Banque d'Angleterre pour évaluer son action lors des exercices de « reddition de compte ». La seule limite explicite à l'autonomie de la BCE dans la mise en œuvre de sa politique monétaire est liée au tabou allemand des années vingt : les dettes souveraines ne peuvent pas être achetées sur les marchés primaires afin de limiter les risques de « monétisation de la dette » (13). Cette limite explicite est aussi liée aux peurs allemandes d'« aléa moral (14) » qui pourrait conduire les pays moins vertueux de la zone euro à bénéficier de sa crédibilité importée pour prendre des risques excessifs et enclencher ainsi d'éventuels transferts fiscaux.

Au-delà des termes du traité, les dynamiques spécifiques à l'intégration européenne ont renforcé le degré d'isolation de la BCE des pressions politiques, au point d'en faire la banque centrale la plus indépendante

(11) E. DEHAY, « La justification ordo-libérale de l'indépendance des banques centrales », *Revue française d'économie*, 1995, vol. 10, n° 1, pp. 27-53.

(12) Art. 127 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

(13) Art. 125, TFUE.

(14) Les risques d'aléa moral apparaissent quand la connaissance de l'existence d'un filet de sécurité (dans ce cas, le rachat de dette souveraine) mène à une prise de risque excessive par les acteurs (dans ce cas, des déficits budgétaires trop accentués).

au monde (15). En particulier, les divisions économiques et politiques entre les différents pays de la zone euro permettent à la BCE de ne pas être confrontée à un pouvoir politique unifié, ce qui lui confère une forte autonomie (16). Ainsi, aux États-Unis, le Congrès dispose du pouvoir d'amender les statuts de la *Federal Reserve*, tandis que les termes légaux du statut de la BCE ne peuvent être modifiés que par de nouveaux traités européens, qui doivent être ratifiés par l'ensemble des États membres.

La BCE a ensuite mobilisé les termes du traité, les principes de la nouvelle macro-économie classique et l'exemple historique de la *Bundesbank* pour justifier son indépendance aussi bien dans les discours de ses dirigeants, que dans ses pratiques institutionnelles et même dans ses vidéos pédagogiques à destination des jeunes publics (17). La « scientificisation » de la politique monétaire dans les années nonante a accompagné et amplifié l'isolation des banquiers centraux envers les pressions politiques (18). En effet, la réduction de la politique monétaire à des enjeux techniques et le développement de larges centres de recherche au sein même des banques centrales ont mené à une domination épistémique des banquiers centraux sur les questions monétaires et financières (19).

Au final, le degré élevé d'indépendance de la BCE inscrit dans les traités européens s'explique par la conjugaison de l'émergence d'un consensus dans les sciences économiques et la domination du modèle institutionnel de la *Bundesbank*. Ces deux sources d'influence se trouvent à la croisée de trois récits de l'intégration européenne, ceux de l'« Europe démocratique », de l'« Europe experte » et de l'« Europe marchande », qui ont été ensuite mobilisés par la BCE elle-même dans son récit sur son indépendance.

---

(15) L. QUAGLIA, *Central Banking Governance in the European Union : A Comparative Analysis*, Londres, Routledge, 2008.

(16) N. JABKO, « Transparency and Accountability », in *Central Banks in the Age of the Euro : Europeanization, Convergence and Power* (N. JABKO éd.), Oxford, OUP, 2009, pp. 391-406.

(17) C. FONTAN, « Frankenstein en Europe. L'impact de la Banque centrale européenne sur la gestion de la crise de la zone euro », *Politique européenne*, 2013, vol. 42, n° 4, pp. 22-45. La vidéo pédagogique est disponible à l'URL suivante : <https://www.ecb.europa.eu/ecb/educational/pricestab/html/index.en.html>

(18) M. MARCUSSEN, « Scientization of Central Banking : The Politics of A-Politicization », in *Central Banks in the Age of the Euro : Europeanization, Convergence, and Power*, op. cit., pp. 373-390.

(19) P. DIETSCH, F. CLAVEAU et C. FONTAN, *Do Central Banks Serve the People ?*, Future of Capitalism, Cambridge, Polity, 2018 ; S. L. MUDGE et A. VAUCHEZ, « Too Embedded to Fail. The ECB and the Necessity of Calculating Europe », *Historical Social Research/Historische Sozialforschung*, 2018, vol. 43, pp. 248-273.

1.2. – *Les premiers jalons de la jurisprudence de la Cour sur l'indépendance de la BCE*

La Cour a participé à la production du récit de l'indépendance dès ses premiers arrêts impliquant la BCE. Le premier arrêt est lié à un conflit entre la Commission et la BCE sur la délimitation du périmètre de compétences de cette dernière. La Commission estimait que la mise en œuvre d'un service anti-fraude par la BCE (20) était contraire à une décision du Parlement et du Conseil délimitant le périmètre d'action de l'Office européen de lutte anti-fraude. Par son arrêt du 10 juillet 2003 (21), la Cour de justice annule la décision de la BCE et donne raison à la Commission. Pour rendre leur arrêt, les juges ont dû déterminer si la BCE était assujettie au droit de l'Union et par là, définir le périmètre de son indépendance.

D'une part, l'arrêt indique que la BCE est partie intégrante du cadre communautaire ; à ce titre elle doit respecter le droit de l'Union et la CJUE peut exercer un contrôle sur ses activités. D'autre part, la Cour précise que la justification de l'indépendance de la BCE est limitée à l'atteinte des objectifs fixés par les traités (22). Les juges se reposent sur l'article 130 TFUE (ex-article 108 TCE) précisant que « 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 ». La Cour de justice reprend ainsi le récit de l'« Europe marchande » sur l'indépendance des banques centrales comme condition indispensable pour remplir l'objectif de stabilité des prix.

Les juges reconnaissent aussi que la BCE dispose d'une marge discrétionnaire pour interpréter les modalités précises de ses objectifs et notamment sa cible d'inflation. La reconnaissance de la marge discrétionnaire de la BCE rejoint le récit sur l'expertise des banques centrales dans la mesure où les juges reconnaissent que les banquiers centraux sont les mieux placés pour déterminer l'adéquation de leurs décisions en vue d'atteindre leurs objectifs (23). Par conséquent, la Cour ne procède

(20) Décision 1999/726/CE de la BCE.

(21) Arrêt de la Cour (cour plénière) du 10 juillet 2003, *Commission c. BCE*, C-11/00, ECLI:EU:C:2003:395.

(22) *Ibid.*, § 134.

(23) 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 », *MJ*, 2016, vol. 23, n° 1, pp. 79-98.

pas à un examen *substantiel* des décisions de la BCE pour juger de leur compatibilité avec son mandat, mais elle se limite à un contrôle *procédural* de celles-ci. Cette conjonction des récits portant sur l'« Europe marchande » et l'« Europe experte » s'explique par l'influence des paradigmes économiques étudiés dans la section 1.1. Selon les principes ordo-libéraux et de la nouvelle macro-économie classique, l'objectif de concurrence libre et non faussée dans des économies de marché ne peut que s'accommoder d'une régulation monétaire guidée par l'expertise et protégée des pressions politiques.

Cet arrêt fondateur a constitué l'essentiel de la jurisprudence de la Cour sur la BCE avant la crise de 2007. En effet, en conjoncture routinière, l'action de la BCE reste cantonnée au domaine technique, c'est-à-dire à la fixation des taux d'intérêt sur le marché interbancaire par des opérations d'*open market* (24). Cette politique monétaire composée principalement d'ajustements des taux aux prévisions d'inflation ne génère que peu de contestations. D'ailleurs, avant 2010, les arrêts rendus par la Cour qui concernaient la BCE portaient essentiellement sur des enjeux liés aux statuts des agents et fonctionnaires de la BCE ou à la transparence interne à la banque centrale (25).

En somme, dans leurs arrêts initiaux, les juges européens ont validé et renforcé le récit sur l'indépendance de la BCE. Après avoir affirmé que le contrôle de légalité des décisions prises par la BCE faisait partie de ses prérogatives, la Cour a aussi précisé les techniques juridiques mobilisées dans cet exercice. Ainsi, en reconnaissant que les agents de la BCE sont les mieux placés pour interpréter les termes de leur mandat du fait de leur niveau élevé d'expertise, les juges ont appliqué un contrôle procédural de la légalité des actes de la BCE, plutôt que de procéder à une analyse substantielle.

---

(24) O. ISSING *et al.*, *Monetary Policy in the Euro Area : Strategy and Decision-Making at the European Central Bank*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

(25) Concernant le statut des fonctionnaires et régime des agents : ordonnance de la Cour (3<sup>e</sup> ch.), 13 septembre 2001, *Comité du personnel de la BCE e.a. c. BCE*, C-467/00 P, ECLI:EU:C:2001:452 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 26 mai 2005, *Tralli c. BCE*, C-301/02 P, ECLI:EU:C:2005:306 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 14 octobre 2004, *Pflugradt c. BCE*, C-409/02 P, ECLI:EU:C:2004:625. Transparence et accès à des documents internes : arrêt de la Cour (5<sup>e</sup> ch.), 15 mai 2003, *Pitsiorlas c. Conseil et BCE*, C-193/01 P, ECLI:EU:C:2003:281 ; ordonnance de la Cour (2<sup>e</sup> ch.), 3 juillet 2008, *Pitsiorlas c. Conseil et BCE*, C-84/08, ECLI:EU:C:2008:384 ; ordonnance de la Cour (5<sup>e</sup> ch.), 6 février 2014, *Thesing et Bloomberg Finance c. BCE*, C-28/13 P, ECLI:EU:C:2014:230. Attribution de marchés publics par la BCE : arrêt de la Cour (3<sup>e</sup> ch.), 9 juin 2011, *Evropaiiki Dynamiki c. BCE*, C-401/09 P, ECLI:EU:C:2011:370.

## 2. – LA JUDICIARISATION DE LA POLITIQUE MONÉTAIRE DE LA BCE

Jusqu'à l'aggravation de la crise financière dans la zone euro en 2010, les sujets traités par la CJUE dans ses arrêts étaient plutôt annexes au cœur du métier de la BCE, qui est la mise en œuvre de la politique monétaire. Cependant, la mise en œuvre de mesures non conventionnelles par la BCE va mettre sous tension le récit de son indépendance experte dans un contexte de judiciarisation de la politique monétaire. Nous analysons d'abord les ressorts de cette judiciarisation en montrant comment la mise en œuvre des mesures non conventionnelles a ébranlé les fondations ordo-libérales du récit sur l'indépendance de la BCE. Puis, nous nous intéressons aux acteurs de cette judiciarisation en étudiant l'activisme judiciaire des « entrepreneurs de cause » allemands.

### 2.1. – *Les ressorts de la judiciarisation : la mise en œuvre des programmes de rachat de titres de la BCE*

Pour répondre à la crise financière de 2007-2008 et à son aggravation dans la zone euro à partir de 2010, la BCE a radicalement dévié du rôle restreint qu'elle jouait dans les économies européennes en mettant en œuvre des politiques monétaires non conventionnelles. En particulier, elle a lancé trois programmes de rachat de titres<sup>(26)</sup> (principalement des dettes souveraines, mais aussi des obligations de sociétés et des produits structurés) sur les marchés secondaires dans un contexte de fortes tensions financières sur les dettes souveraines des États périphériques de la zone euro. Ces programmes ont engendré de fortes contestations dans les cercles conservateurs allemands, car ils s'inscrivent en porte-à-faux avec les récits au fondement de la création de la BCE, en particulier ceux liés à l'orthodoxie monétaire incarnée par la *Bundesbank*. En effet, le rachat des titres de dette souveraine a été perçu par ces acteurs comme une forme de monétisation de la dette publique, faisant peser des risques sur l'ordre légal et économique de l'UEM<sup>(27)</sup> (voyez partie 1). En d'autres mots, les programmes de titres iraient à l'encontre des principes d'une économie de marché ouverte

---

(26) Le *Securities Market Programme* (SMP) mis en œuvre en juin 2010, l'*Outright Monetary Transactions Programme* (OMT) annoncé en septembre 2012 et non mis en œuvre, l'*Asset Purchase Programme* mis en œuvre en mars 2015, dont la principale composante est le *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) qui vise le rachat de titres de dettes souveraines.

(27) H.-W. SINN, *The Euro Trap : on Bursting Bubbles, Budgets, and Beliefs*, Oxford, OUP, 2014.



(récit de l'« Europe du marché » (28)) et nuiraient ainsi à la crédibilité de la BCE auprès des opérateurs de marché (récit de l'« Europe experte »). Enfin, la perte d'efficience des politiques monétaires aurait pour effet de saper les fondements démocratiques des sociétés européennes (récit de l'« Europe démocratique »).

Face à ces contestations, la BCE a tenté de protéger sa réputation organisationnelle en affirmant que ses programmes de rachat de titres n'étaient pas contraires aux termes des traités et ne représentaient pas un changement de paradigme monétaire (29). Ainsi, les banquiers centraux ont précisé que les rachats de titres de dettes souveraines n'étaient pas illégaux, car en se déroulant sur les marchés secondaires et non primaires, ils se conforment à l'article 18 du protocole n° 4 sur le statut du Système européen de banques centrales et de la BCE (30). De plus, les agents de la BCE présentèrent les programmes de rachat de titres comme une simple mesure technique destinée à rétablir les canaux de transmission de la politique monétaire (31). Enfin, la BCE précisa que les risques d'aléa moral sont contenus par la stricte conditionnalité de ses outils monétaires, dont l'activation dépend de la mise en œuvre de réformes structurelles et de baisse des dépenses étatiques (32). En somme, face aux critiques des cercles conservateurs allemands, la BCE affirma que ses programmes de rachat de titres étaient des mesures techniques en adéquation avec les récits au fondement de son indépendance.

## 2.2. – *Les acteurs de la judiciarisation : les entrepreneurs de la cause anti-européenne*

Les stratégies réputationnelles de la BCE n'ont pas suffi à apaiser les tensions avec les cercles conservateurs allemands. Ainsi, l'annonce du premier programme de rachat de titres (le SMP) a engendré des fortes contestations au sein du Conseil des gouverneurs du SEBC qui

(28) Ce récit est cristallisé dans l'art. 119, § 2, TFUE.

(29) C. FONTAN, « L'art du grand écart », *op. cit.*

(30) J. ASMUSSEN (Member of the Executive Board of the ECB), « Introductory statement of the ECB in the proceeding before the Federal Constitutional Court », Karlsruhe, 11 juin 2013, accessible sur <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130611.en.html> et Y. MERSCH (Member of the Executive Board of the ECB), « Introductory statement of the ECB in the proceeding before the Federal Constitutional Court », Karlsruhe, 16 février 2016, accessible sur <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2016/html/sp160216.en.html>.

(31) D. LOMBARDI et M. MOSCHELLA, « The Government Bond Buying Programmes of the European Central Bank : An Analysis of Their Policy Settings », *Journal of European Public Policy*, 2016, vol. 23, n° 6, pp. 851-870.

(32) C. FONTAN, « Frankenstein en Europe. L'impact de la Banque centrale européenne sur la gestion de la crise de la zone euro », *op. cit.*

ont mené à la démission de deux représentants prééminents de l'orthodoxie monétaire : Axel Weber, président de la *Bundesbank* jusqu'en mai 2011 et Jürgen Stark, économiste en chef et membre du Directoire jusqu'en septembre 2011 (33). Dans le champ politique allemand, de fortes oppositions au programme SMP ont émergé au sein de la droite conservatrice dont Peter Gauweiler, député de la *Christlich-Soziale Union in Bayern* (CSU). En l'absence de levier interne ou externe sur les mesures de la BCE, les acteurs opposés à ce dispositif ont entrepris une stratégie de judiciarisation de la politique monétaire devant le TCF d'une part, et le Tribunal de l'UE et la Cour d'autre part (voyez tableau A *infra*).

A. – *La judiciarisation de la politique monétaire de la BCE*

<b>Programme et type du recours</b>	<b>Requérants</b>	<b>Juridiction/ Cour</b>	<b>Nature et contenu de la décision</b>
<b>SMP/Recours constitutionnels (2010)</b>	Hankel, Nölling, Schachtschneider, Spethmann, Starbatty, Gauweiler	TCF 2 BvR 987/10 2 BvR 1485/10 2 BvR 1099/10	Recours constitutionnels rejetés, car infondés. Le programme SMP respecte l'article 123
<b>SMP/Recours en annulation (2011)</b>	Städter	Tribunal de l'UE T-532/11	Recours rejeté comme étant manifestement irrecevable, car ayant été formé hors délais
<b>SMP/Pourvoi (2012)</b>		Cour de justice C-102/12 P	Pourvoi rejeté comme étant manifestement non fondé
<b>OMT/Recours en annulation (2012)</b>	Von Storch et 5216 autres requérants ( <i>Zivile Koalition</i> )	Tribunal de l'UE T-492/12	Recours rejeté comme irrecevable, les requérants n'étant pas directement concernés par les actes attaqués
<b>OMT/Pourvoi (2014)</b>		Cour de justice C-64/14 P	Pourvoi rejeté comme étant manifestement non fondé

(33) C. FONTAN, « L'art du grand écart », *op. cit.*

<b>OMT/Recours constitutionnels (2013)</b>	Gauweiler, Hankel, Nölling, Schachtschneider, Starbatty, von Stein, Groupe <i>Die Linke</i> au <i>Bundestag</i> , Huber et 12 000 autres requérants ( <i>Mehr Demokratie</i> )	TCF 2 BvR (2728/13-2731/13)  2 BvE 13/13	Le TCF estime que la décision de créer le programme OMT entre en contradiction avec le droit de l'Union (art. 119, 123 et 127 du TFUE et art. 17 à 24 des statuts du SEBC). Suspension de la procédure, demande de décision préjudicielle auprès de la Cour
<b>OMT/Demande de décision préjudicielle (2014)</b>		Cour de justice C-62/14	Les articles 119, 123 et 127 du TFUE, ainsi que les articles 17 à 24 des statuts du SEBC doivent être interprétés comme autorisant le SEBC à adopter le programme OMT
<b>OMT/Recours constitutionnels (2013)</b>		TCF 2 BvR (2728/13-2731/13) 2 BvE 13/13	Les recours constitutionnels sont rejetés comme irrecevables et, dans une moindre mesure, infondés. Le programme OMT est validé par le Tribunal
<b>PSPP/Recours constitutionnels (2015 et 2016)</b>	Weiss, Lucke, Starbatty, Gauweiler, von Stein, Städter, Kerber et plus de 1700 autres requérants	TCF 2 BvR 859/13 2 BvR 1651/15 2 BvR 2006/15 2 BvR 980/16	La décision de créer le programme PSPP entre en contradiction avec le droit de l'Union (art. 119, 123 et 127 du TFUE et art. 17 à 24 des statuts du SEBC). Suspension de la procédure, demande de décision préjudicielle auprès de la Cour
<b>PSPP/Demande de décision préjudicielle (2017)</b>		Cour de justice C-493/17	Le programme PSPP respecte le droit de l'Union

Les recours et pourvois ont en commun d'avoir des fondements similaires (la BCE violerait le TFUE en rachetant des titres de dette souveraine) et d'être portés par des entrepreneurs de cause qui sont également impliqués dans la contestation médiatique et politique des mesures de sauvetage des États membres les plus fragilisés par la crise de la dette. Ces acteurs forment un groupe relativement homogène d'hommes âgés allemands, avec un haut niveau d'éducation et qui occupent des positions sociales élevées, comme le montre le tableau B.

B. – *Parcours biographique des entrepreneurs de cause*

Nom et date de naissance	Formation académique	Activités professionnelles	Engagement et activisme antérieur	Participation aux recours contre la politique monétaire
<b>Peter Gauweiler</b> 1949	Doctorat en droit (FU Berlin)	Avocat, élu CSU à partir de 1972 puis ministre régional, et député au <i>Bundestag</i> (2002-2015)	Recours TCF contre le Traité établissant une Constitution pour l'Europe (2 BvR 839/05, 2 BvR 636/05) et contre le Traité de Lisbonne (2 BvE 2/08, 2 BvR 1010/08)	Recours TCF contre le programme SMP, OMT et PSPP
<b>Wilhelm Hankel</b> 1929-2014	Doctorat en économie (Mainz U)	Économiste (Bank Deutscher Länder & ministères fédéraux)	Recours TCF contre l'introduction de l'euro (2 BvR 50/98)	Recours TCF contre les programmes SMP et OMT
<b>Markus Kerber</b> 1956	Doctorat en droit et habilitation en économie (Bielefeld U)	Avocat, juriste et consultant, professeur d'économie à la TU Berlin depuis 2006	Représente les requérants dans un recours devant le TCF contre le Traité de Lisbonne en 2009 (2 BvR 182/09)	Représente les requérants dans les recours TCF contre les programmes SMP, OMT et PSPP
<b>Bernd Lucke</b> 1962	Doctorat en économie (FU Berlin)	Économiste (gouvernement berlinois et Banque mondiale), puis professeur d'économie à Hamburg U (depuis 1998)	Membre de la CDU de 1977 à 2011. Membre fondateur du parti <i>Alternative für Deutschland</i> (AfD) en février 2013. Élu député européen en 2014	Recours TCF contre le programme PSPP

<p><b>Wilhelm Nölling</b> <b>1933</b></p>	<p>Doctorat en économie (Hambourg U)</p>	<p>Président de l'antenne de la <i>Bundesbank</i> à Hambourg, membre du Directoire de la <i>Bundesbank</i> et professeur d'économie à Hambourg U (depuis 1992)</p>	<p>Élu SPD au <i>Bundestag</i> (1969-1974) et ville de Hambourg (1974-1982)  Recours TCF contre l'introduction de l'euro (2 BvR 50/98)</p>	<p>Recours TCF contre le programme SMP et contre le programme OMT</p>
<p><b>Karl Albrecht Schachtschneider</b> <b>1940</b></p>	<p>Doctorat et habilitation en droit (FU Berlin)</p>	<p>Avocat de 1969 à 1980, professeur d'économie à la Berlin School of Economics (1972-1978) et de droit à Hambourg U (1978-1989) puis à la FAU Erlangen-Nürnberg (1989-2005)</p>	<p>Représente les requérants dans les recours devant le TCF contre le Traité de Maastricht (BVerfGE 89, 155), l'introduction de l'euro (2 BvR 50/98) et le Traité établissant une Constitution pour l'Europe (2 BvR 636/05)</p>	<p>Recours contre le programme SMP et OMT</p>
<p><b>Dieter Spethmann</b> <b>1926-2016</b></p>	<p>Doctorat en droit (Köln U)</p>	<p>Avocat, PDG de Thyssen AG de 1973 à 1991</p>	<p>Recours TCF contre le Traité de Lisbonne en 2009 (2 BvR 182/09)</p>	<p>Recours contre le programme SMP</p>
<p><b>Joachim Starbatty</b> <b>1940</b></p>	<p>Doctorat en économie (Köln U)</p>	<p>Économiste CDU/CSU (1969-1972), professeur d'économie à Bochum U (1972-1983), puis à Tübingen U (1983-1994)</p>	<p>Membre de la CDU de 1970 à 1994 Recours TCF contre l'introduction de l'euro (2 BvR 50/98). Membre fondateur de l'AfD. Élu député européen en 2014</p>	<p>Recours TCF contre le programme SMP, OMT et PSPP</p>

<b>Johann Heinrich von Stein</b>  <b>1937</b>	Doctorat en économie (München U)	Professeur d'économie à Hohenheim U (1977-2002)	Cosignataire en 1992 d'un manifeste d'économistes critiques vis-à-vis de l'UEM	Recours TCF contre le programme OMT et PSPP
<b>Heinrich Weiss</b>  <b>1942</b>	Études d'ingénieur à la T. U. München	Président de Siemens de 1974 à 2017, président du <i>Bundesverband der Deutschen Industrie</i> (BDI) en 1991-1992	Membre de la CDU et de son conseil économique dans les années 1980	Recours contre le programme PSPP

Les trajectoires sociales de ces plaignants ont en commun un haut niveau de capital scolaire et leurs carrières s'ancrent dans trois principaux espaces sociaux : le champ politique avec l'exercice de mandats électifs, le monde des affaires avec les fonctions de direction d'entreprises et l'appartenance au patronat allemand (BDI), et le monde académique avec les postes de professeurs en économie et en droit. Les trajectoires individuelles couvrent parfois plusieurs de ces espaces et comportent toutes une dimension juridique importante, que ce soit par les études menées ou l'activité exercée. Dans leur entreprise de contestation de l'UEM, le droit semble donc être un savoir expert mobilisable commun pour les acteurs de ces trois espaces sociaux (34).

L'engagement antérieur de ces acteurs dans des processus de résistance judiciaire et politique contre l'intégration économique européenne permet de les caractériser comme des « entrepreneurs de cause (35) ». En effet, la position minoritaire des hommes politiques conservateurs sur les questions européennes dans le champ politique allemand les pousse à une stratégie de spécialisation sur ces thèmes afin de renforcer la reconnaissance de leur expertise et d'acquérir du crédit politique au niveau domestique (36). Le parcours des professionnels du droit montre une logique similaire. Ainsi, Markus Kerber, l'avocat de Stefan Stadter, von Stein et von Storch utilise son activisme judiciaire pour affirmer

(34) Cette logique rejoint les recherches portant sur la construction du champ du droit européen A. VAUCHEZ et B. DE WITTE (éds), *Lawyering Europe : European Law as a Transnational Social Field*, Portland, Hart, 2013.

(35) M. BALOGÉ, « S'opposer à quel prix ? », *op. cit.*

(36) W. BEAUVALLÉ, « Institutionnalisation et professionnalisation de l'Europe politique, le cas des eurodéputés français », *Politique européenne*, 2003, n° 1, pp. 99-122.

participer à l'écriture de l'histoire juridique européenne (37). Leur activisme judiciaire porte aussi sur l'intégration budgétaire et fiscale européenne : plusieurs de ces entrepreneurs de cause ont également déposé des recours devant le Tribunal constitutionnel fédéral contre la mise en œuvre du Mécanisme européen de stabilité (MES) (38) et le Pacte budgétaire européen (39). Ces recours s'opposaient aux risques d'aléas moraux découlant de la solidarité budgétaire entre États membres et de la potentielle mutualisation des dettes, déjà soulignés par ces acteurs lors de la création de la zone euro.

Par ailleurs, l'activisme de ces réseaux d'acteurs va participer à remodeler durablement le champ politique allemand avec la formation du parti d'extrême droite *Alternative für Deutschland* (AfD). La création de l'AfD constitue une forme d'institutionnalisation politique des critiques et contestations qui s'exprimaient jusque-là sur le terrain judiciaire, comme en témoigne la participation d'un certain nombre de ces entrepreneurs de cause au processus de création puis au développement du parti. L'opposition conservatrice allemande aux politiques de sauvetage de l'euro s'exprime initialement au sein de la CDU/CSU, mais reste minoritaire et ne parvient pas à réorienter la politique menée par la chancellerie. En septembre 2012, plusieurs figures de cette mouvance, dont Bernd Lucke, fondent un mouvement politique (40) qui donne naissance à l'AfD. Ce parti est initialement monothématique (la critique de l'euro et les dangers d'une mutualisation des dettes) ; il promeut une vision ordo-libérale de l'économie et défend une sortie allemande de l'euro tout en restant dans l'UE.

L'activisme judiciaire des entrepreneurs de cause et la création de l'AfD sont deux processus auto-renforçants. Ainsi, plusieurs entrepreneurs de cause impliqués dans des recours antérieurs à 2013 ont joué un rôle dans la fondation de l'AfD (41), tandis que certains cadres de l'AfD naissante ont rejoint par la suite les recours postérieurs contre le PSPP (42). Lors de sa création, l'AfD est un parti au sein duquel les cercles intellectuels conservateurs et tout particulièrement les universitaires sont particulièrement représentés, au point que le parti est qualifié

(37) URL : <https://www.europolis-online.org/en/about-us/about-markus-c-kerber/>, consulté le 10 juin 2019.

(38) 2 BvR 1390/12 et 2 BvR 1421/12.

(39) 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12 et 2 BvR 1824/12.

(40) *Verein zur Unterstützung der Wahlalternative 2013*.

(41) Karl Albrecht Schachtschneider (qui devient membre du conseil d'administration de la fondation politique de l'AfD, la fondation Desiderius Erasmus), Dieter Spethman, Joachim Starbatty et Beatrix von Storch (qui devient députée européenne en 2014 pour l'AfD).

(42) Lucke et Henkel.

de *Professorenpartei* (parti des professeurs) (43). Cette nébuleuse va aussi intégrer des associations politiques conservatrices préexistantes comme *Zivile Koalition*, créée en 2005 et présidée par Sven von Storch et sa compagne Beatrix von Storch, qui a lancé le recours collectif contre l'OMT devant la justice européenne.

Cet activisme judiciaire s'inscrit dans une configuration spécifique du champ politique allemand qui est dirigé par un gouvernement de grande coalition rassemblant le SPD et la CDU/CSU de 2005 à 2009 et depuis 2013. Cette configuration du champ partisan engendre une fermeture de l'espace politique gouvernemental aux contestations émanant de groupes et d'acteurs opposés à ce consensus bipartisan, favorisant ainsi le processus de judiciarisation (44) des conflits politiques. Les entrepreneurs de cause ordo-libéraux ne monopolisent pas la contestation juridique ; d'autres acteurs politiques et sociaux allemands ont également contesté ces mesures à partir de prismes idéologiques très différents. Le parti de gauche radical allemand *Die Linke* avait ainsi introduit un recours contre l'adoption du Traité de Lisbonne et le programme OMT. L'ONG allemande *Mehr Demokratie*, qui promeut la démocratie directe et le renforcement du contrôle des citoyens sur les politiques publiques, s'est aussi retrouvée aux côtés des entrepreneurs de cause dans plusieurs procédures. Représenté juridiquement par l'avocate Herta Däubler-Gmelin qui a été ministre de la Justice fédérale pour le SPD de 1998 à 2002, *Mehr Demokratie* a été à l'initiative de recours collectif massif contre le programme OMT (11 692 plaignants (45)) et contre le MES et le Pacte budgétaire européen (11 692 plaignants (46)). Si cet activisme judiciaire émane de groupes politiques très différents, il ne recouvre pas tout le champ partisan allemand : les écologistes (*Die Grünen*), les libéraux (*Freie Demokratische Partei* – FDP) ainsi que le centre droit (*Christlich Demokratische Union Deutschlands* – CDU) ne participent pas à la judiciarisation des politiques économiques et monétaires européennes.

En somme, les mesures non conventionnelles de la BCE sont entrées en contradiction avec les éléments des récits judiciaires qui fondent son indépendance. En particulier, le non-respect de principes ordo-libéraux et de la pratique institutionnelle de la *Bundesbank* a déclenché la

---

(43) R. GRIMM, « The rise of the German Eurosceptic Party Alternative Für Deutschland, Between Ordoliberal Critique and Popular Anxiety », *International Political Science Review*, 2015, vol. 36, n° 3, pp. 264-278.

(44) S. SAURUGGER et C. FONTAN, « The Judicialisation of EMU Politics », *op. cit.*

(45) 2 BvR 2730/13.

(46) 2 BvR 1438/12.



mobilisation d'entrepreneurs de cause appartenant aux cercles conservateurs allemands et actifs depuis le début des années nonante. Par ailleurs, la structure du champ politique allemand a élargi le processus de judiciarisation à des acteurs aux motifs et idéologies politiques opposés à ces entrepreneurs de cause.

### 3. – L'ARRÊT GAUWEILER ET LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL PROCÉDURAL

Le processus de judiciarisation de la politique monétaire de la BCE a mené à un arrêt phare de la Cour qui fait date dans sa jurisprudence (l'« arrêt *Gauweiler* »). En effet, les plaintes déposées par M. Gauweiler, *Die Linke, Mehr Demokratie* et plus de 12 000 citoyens allemands envers le programme OMT ont mené au premier renvoi préjudiciel de l'histoire entre le TCF et la Cour. L'arrêt *Gauweiler* a engendré des débats juridiques fascinants sur la légalité du programme, la délimitation des compétences entre la Cour et le TCF et sur ses effets sur l'intégration européenne (47). Dans cette section, nous analysons les divergences des deux cours sur la manière de procéder au contrôle juridictionnel des décisions de la BCE en mobilisant la grille de lecture des récits judiciaires et nous soulignons les limites de l'examen procédural des activités de la BCE.

#### 3.1. – *La mobilisation des récits judiciaires par le TCF*

Après avoir été saisi par les entrepreneurs de cause, le TCF juge que le programme OMT est *ultra vires* et donc incompatible avec le droit de l'UE (48), car il relève du domaine économique et non monétaire et il ne respecte pas l'interdiction d'achats de titres de dette souveraine. Cependant, le TCF admet qu'il doit demander et prendre en compte l'interprétation de la Cour avant de rendre une décision finale sur le programme. Pour rendre leur décision, les juges allemands reprennent certains arguments des plaignants et adoptent ainsi une définition étroite de l'indépendance de la BCE et des missions qui lui sont conférées, en déclarant qu'une institution de l'UE ne peut pas « déterminer de manière autonome les pouvoirs qui lui sont assignés (49) ». Ainsi, « son mandat doit être strictement limité afin de se conformer aux exigences

(47) *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n° 2 (n° spécial) et 2015, vol. 16, n° 6 (n° spécial).

(48) Art. 119 et 127 TFUE et art. 17 SEBC.

(49) BVerfGE, 14 janvier 2014, 2 BvR2728/13, § 60.

démocratiques » (50) et la Cour doit s'assurer que les politiques mises en œuvre par la BCE sont conformes à ce mandat. Dans ce contexte, les juges auditionnent des experts monétaires qui ont développé des opinions divergentes à la BCE, dont Jens Weidmann, le président de la *Bundesbank*.

L'interprétation du statut d'indépendance de la BCE et l'interprétation de ses décisions par le TCF s'inscrivent respectivement dans l'orthodoxie juridique allemande et dans une conception très particulière de la politique monétaire issue des cercles ordo-libéraux allemands (51). Ainsi, dans son arrêt *Maastricht*, le TCF soutenait qu'il existe un lien indissoluble « entre le "peuple", au sens d'une communauté nationale, et la démocratie, qui fixe des limites indépassables à la légitimité démocratique d'une construction politique européenne » (52). Les juges allemands mobilisent ce récit *national* de la démocratie en l'appliquant à la politique monétaire. Pour eux, le transfert de compétences monétaires à une institution supranationale indépendante affecte les principes démocratiques mais peut être accepté du fait du « caractère spécial, scientifiquement testé et documenté » des effets du statut d'indépendance sur la stabilité des prix (53). En d'autres mots, les juges allemands mobilisent les théories économiques au fondement de la BCE et les récits de l'Europe de l'expertise et l'Europe du marché pour justifier le principe d'indépendance de la BCE. Cependant, cette exception au principe de démocratie n'est acceptable que « si la politique monétaire reste guidée par le seul objectif de stabilité des prix » (54).

En bornant les missions de la BCE de cette manière, les juges allemands mobilisent une conception *nationale* de la légitimité de l'indépendance de la BCE, s'inspirant des principes ordo-libéraux : l'indépendance d'une banque centrale ne peut être légitime que si celle-ci est exclusivement tournée vers des préoccupations anti-inflationnistes. De plus, la séparation entre politiques monétaires et économiques effectuée par les juges allemands s'inscrit dans la tradition *nationale* de la *Bundesbank* et de la pensée ordo-libérale. Ici, les juges mobilisent le récit du marché, entendu comme le respect d'une concurrence libre et non faussée, d'une manière similaire aux entrepreneurs de cause et représentants de la pensée ordo-libérale : les achats massifs de dette souveraine sont

(50) BVerfGE, 14 janvier 2014, 2 BvR2728/1, §§ 5 (arguments des plaignants) et 58-59 (arguments de la Cour).

(51) S. BARONCELLI, « The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence », *op. cit.*

(52) C. MAJASTRE, « Penser l'État contre l'Europe », *Revue française de science politique*, 2019, vol. 69, n° 1, pp. 117-136.

(53) BVerfGE, 14 janvier 2014, 2 BvR2728/13, § 59.

(54) *Ibid.*

des formes masquées de monétisation de la dette qui font peser des risques inflationnistes pouvant déstabiliser les systèmes économiques et démocratiques (55).

### 3.2. – *La mobilisation des récits judiciaires par la Cour de justice*

Le renvoi préjudiciel effectué par les juges allemands a mené la Cour à contrôler la légalité d'une mesure monétaire de la BCE pour la première fois de son histoire. Les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón rendues le 14 janvier 2015 réfutent les deux arguments mobilisés par le TCF pour conclure à l'illégalité du programme OMT (56). D'une part, l'avocat général estime que le programme OMT respecte le principe de proportionnalité, car il a été mis en œuvre par la BCE afin de consolider les canaux de transmission de la politique monétaire, dans l'optique d'atteindre les objectifs de stabilité des prix qui lui sont assignés par les traités. D'autre part, il souligne que le programme respecte l'interdiction de financement monétaire précisée dans l'article 123 du TFUE, car il vise les titres de dette déjà émis par les États et il est attaché à une forte conditionnalité. Cependant, l'avocat général précise aussi que « le rôle significatif » joué par la BCE dans la conception, l'adoption et la surveillance des programmes d'assistance financière (c'est-à-dire dans la *troïka* (57)) brouille la distinction entre politiques fiscales et monétaires. Par conséquent, il serait « fondamental » qu'elle s'abstienne d'y participer directement.

Dans son arrêt *Gauweiler*, la Cour suit en grande partie les conclusions de l'avocat général et confirme la légalité du programme OMT en mobilisant le récit judiciaire sur l'expertise. Ainsi, la Cour précise que l'OMT s'inscrit dans le domaine de compétence de la BCE, car il « vise à préserver à la fois une transmission appropriée de la politique monétaire et l'unicité de cette politique » (58). Cette transmission est-elle même nécessaire pour que la BCE « puisse influencer sur l'évolution des prix » (59). Ainsi, la ligne argumentaire de la Cour est similaire aux justifications avancées par les agents de la BCE pour protéger leur réputation experte

(55) BVerfGE, 14 janvier 2014, 2 BvR2728/13, §§ 87-94.

(56) Concl. av. gén. M. Pedro Cruz Villalón présentées le 14 janvier 2015, accessible sur <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=161370&doclang=FR>.

(57) La *troïka* désigne les groupes d'experts envoyés dans les pays en difficulté financière pour surveiller la mise en œuvre des réformes structurelles, en contrepartie des prêts financiers qui leur ont été accordés par les pays de la zone euro.

(58) Concl. av. gén. M. Pedro Cruz Villalón présentées le 14 janvier 2015, préc., pt 47.

(59) *Ibid.*, pt 50.

(voyez section 2.1). Cette similitude est aussi renforcée par l'absence d'auditions d'experts aux opinions contraires à la BCE par la Cour.

Les juges expliquent ensuite les raisons pour lesquelles ils se sont abstenus de procéder à une contre-expertise sur les arguments de la BCE, à l'inverse des pratiques du TCF. Ainsi, en l'absence « d'une erreur manifeste d'appréciation » (60), « il ne saurait être exigé davantage [du SEBC] que l'utilisation de son expertise économique et des moyens techniques nécessaires dont il dispose afin d'effectuer la même analyse avec toute diligence et précision » (61). En d'autres mots, la Cour mobilise le récit de l'expertise qui est au fondement du modèle de la Banque centrale indépendante (BCI) pour justifier la nature procédurale, plutôt que substantielle, du contrôle judiciaire des politiques monétaires de la BCE. Cette déférence institutionnelle a aussi mené la Cour à écarter les limites posées par l'avocat général envers la participation de la BCE à la *troïka* ; l'arrêt final ne fait aucune mention de cet élément.

En somme, le TCF et la Cour mobilisent de manière différenciée les récits judiciaires pour se prononcer sur la légalité du programme OMT et sur l'indépendance de la BCE. D'une part, le TCF mobilise une conception ordo-libérale, propre à l'espace politique et judiciaire allemand, des récits de l'Europe de la démocratie, de l'expertise et du marché. Pour eux, seules des politiques monétaires exclusivement tournées vers la lutte contre l'inflation peuvent légitimer l'indépendance de la BCE (récits de l'expertise et du marché) et, par-là, constituer une exception au principe de démocratie. D'autre part, la Cour adopte une conception plus large du mandat de la BCE et de son pouvoir expert d'appréciation des termes de son mandat en liant davantage les récits de l'expertise et du marché aux théories économiques issues de la nouvelle macro-économique classique plutôt qu'aux principes ordo-libéraux.

### 3.3. – *Les limites du contrôle procédural*

De nombreux juristes ont noté que l'absence d'analyse substantielle du concept d'indépendance de la BCE et des effets de ses instruments monétaires dans l'arrêt de la Cour empêche tout contrôle significatif de ses activités (62). En faisant preuve de retenue judiciaire, la Cour

(60) Concl. av. gén. M. Pedro Cruz Villalón présentées le 14 janvier 2015, préc., pt 74.

(61) *Ibid.*, pt 75.

(62) D. CURTIN, « 'Accountable Independence' of the European Central Bank : Seeing the Logics of Transparency », *ELJ*, 2017, vol. 23, n<sup>os</sup> 1-2, pp. 28-44 ; A. HINAREJOS, « Gauweiler and The Outright Monetary Transactions Programme : the Mandate of the European Central Bank and the

renforce significativement le pouvoir discrétionnaire de la BCE, car elle lui permet, sauf erreur manifeste, d'interpréter son propre mandat et de juger par elle-même de la légalité de ses instruments monétaires.

Afin de déterminer l'impact de cette technique juridique sur les équilibres démocratiques au sein de l'UEM, il faut revenir sur le contexte institutionnel dans son ensemble. En effet, la mise en œuvre d'un contrôle procédural pour vérifier la légalité des programmes monétaire engendre des conséquences différenciées en fonction du degré d'indépendance des banques centrales. Cette perspective découle des principes normatifs des théories de la justice de John Rawls (63). Afin de savoir si une société est juste, le philosophe étasunien recommande d'analyser la structure de base de la société, c'est-à-dire la manière dont les institutions sont coordonnées, plutôt que de les analyser en silo. Afin de mettre en application cette perspective, revenons sur la manière dont les banques centrales interagissent avec les autres institutions aux États-Unis et en Europe.

Aux États-Unis, le contrôle judiciaire de la *Federal Reserve* est similaire au cas européen. Les cours de justice ordinaires ne procèdent pas au contrôle des mesures monétaires de la *Federal Reserve*, tandis que la Cour suprême a décidé de ne pas accepter les plaintes liées à ces cas (64). En guise d'explication à cette retenue, une cour de district a précisé que « les cours manquaient à la fois de compétences et d'autorité pour se positionner sur des enjeux si abstraits » (65). Cependant, les marges discrétionnaires de la *Federal Reserve* sont contrebalancées par un système de contre-pouvoirs où le Congrès peut amender le cadre légal des activités des banquiers centraux. Ainsi, dans le cadre de l'adoption du *Dodd-Frank Act* en 2010, le Congrès a modifié plusieurs dispositions du *Federal Reserve Act* pour limiter le pouvoir discrétionnaire des banquiers centraux lors des processus de sauvetage bancaire (66).

---

Changing Nature of Economic and Monetary Union », *EuConst*, 2015, vol. 11, n° 3, pp. 563-576 ; S. BARONCELLI, « The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence », *op. cit.* ; T. TRIDIMAS et N. XANTHOULIS, « A Legal Analysis of the Gauweiler Case : Between Monetary Policy and Constitutional Conflict », *MJ*, 2016 ; F. AMTENBRINK, « The European Central Bank's Intricate Independence Versus Accountability Conundrum in the Post-Crisis Governance Framework », *MJ*, 2019.

(63) J. RAWLS, *A Theory of Justice*, éd. révisée, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1999 ; J. VAN'T KLOOSTER, « Central Banking in Rawls's Property-Owning Democracy », *Political Theory*, 2018, p. 0090591718810377.

(64) M. F. BERNSTEIN, « The Federal Open Market Committee and the Sharing of Governmental Power with Private Citizens », *Virginia Law Review*, 1989, pp. 111-153.

(65) Comm. for Monetary Reform, voy. Bd. of Governors, 766 F.2d 538 (D.C.Cir. 1985).

(66) S. BINDER et M. SPINDEL, *The Myth of Independence : How Congress Governs the Federal Reserve*, Princeton, Princeton University Press, 2017.

Dans la zone euro, aucune institution ne dispose de tels leviers de contrôle sur les activités de la BCE et son mandat n'a pas été modifié depuis sa création. Dans une perspective de philosophie politique, cette absence de contraintes légales et politiques sur les mesures prises par la BCE en temps de crise rend l'exercice de son pouvoir arbitraire (67). Ce point rejoint l'argument développé par le TCF, en réponse à la décision de la Cour (68), qui estime que la Cour n'a ni questionné ni discuté la qualité des arguments théoriques et factuels avancés par la BCE pour justifier que son programme de rachat de titres était un instrument monétaire mis en œuvre dans le cadre de son mandat (69). Les juges allemands soulignent que l'absence d'un contrôle strict du mandat donné à la BCE la laisse sans contre-pouvoir au sein de la zone euro, ce qui entraîne une réduction notable de la légitimité démocratique de ses actions (70).

En résumé, dans la zone euro, par contraste avec les États-Unis, l'absence de leviers parlementaires et gouvernementaux sur les activités de la BCE combinée à un contrôle judiciaire procédural lui laisse une marge discrétionnaire plus importante et, par-là, lui permet de bénéficier d'un niveau d'indépendance effectif plus élevé.

## CONCLUSION

Nous avons montré dans ce chapitre que les dispositions légales des traités européens sur l'indépendance de la BCE sont fortement enracinées dans les théories économiques dominantes des années quatre-vingt et dans la tradition institutionnelle de la *Bundesbank*. Par ailleurs, elles mobilisent et s'inscrivent à la croisée de trois grands récits judiciaires de l'intégration européenne : ceux de l'expertise, du marché et de la démocratie. Ces récits ont été mobilisés par les juges européens à la fin des années nonante pour justifier l'adoption d'un mode de contrôle judiciaire procédural plutôt que substantiel pour évaluer les décisions de la BCE.

Alors que les politiques monétaires de la BCE n'avaient pas engendré de fortes contestations avant 2010, les entrepreneurs de cause allemands mobilisés depuis le début des années nonante ont enclenché une véritable judiciarisation de l'ordre monétaire européen. Les arguments

---

(67) J. VAN 'T KLOOSTER, « Democracy and the European Central Bank's Emergency Powers », *Midwest Studies in Philosophy*, 2018.

(68) BVerfG, Judgment of the Second Senate, 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13, § 1-220, [http://www.bverfg.de/e/rs20160621\\_2bvr272813en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20160621_2bvr272813en.html).

(69) *Ibid.*, § 182.

(70) *Ibid.*, §§ 187-189.

avancés pour justifier l'illégalité des programmes de rachat de dette souveraine étaient fortement ancrés dans les récits judiciaires allemands de la démocratie et du marché. Cette judiciarisation a mené au premier renvoi préjudiciel du TCF qui a largement repris les arguments avancés par les entrepreneurs de cause. Par contraste, dans sa décision préjudicielle, la Cour a mobilisé le récit de l'expertise pour justifier le maintien de la technique procédurale dans son contrôle judiciaire des mesures non conventionnelles de la BCE.

Le recours par la Cour au récit judiciaire de l'expertise a conduit celle-ci à écarter les récits nationaux allemands de la démocratie qui étaient mobilisés pour contester les politiques monétaires non conventionnelles. En cela, les arrêts de la Cour valident la position experte de la BCE et le pouvoir discrétionnaire qui en découle, allant ainsi à l'encontre de la vision ordo-libérale traditionnelle du désencastrement de la politique monétaire des autres domaines d'activités macro-économiques. En d'autres mots, l'arrêt *Gauweiler* confirme que la BCE s'inscrit aujourd'hui plus dans le sillage des autres banques centrales contemporaines (la *Federal Reserve* ou la Banque d'Angleterre) que dans celui de la *Bundesbank*, son modèle institutionnel originel.

