

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

« Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2019 »

GAILLET AURORE
CLASSEN (C. D.)

Référence de publication : GAILLET (A.), CLASSEN (C. D.), « Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2019 », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 4, n°124, 2020, p. 955-963.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2019

I- JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE

En 2018, la Cour constitutionnelle fédérale a rendu quelque 5 000 décisions, soit en peu moins qu'en 2018, dont près de 95 % de recours constitutionnels individuels (*Verfassungsbeschwerde*), avec un taux de succès de 1,5 %.

Plus précisément, sur les 4 991 décisions rendues, 35 l'ont été à la suite d'un recours électoral (*Wahlprüfungsbeschwerde*), aucune à la suite d'une demande de contrôle de norme abstrait (*abstrakte Normenkontrolle*), 10 à la suite d'une demande de contrôle de norme concret (*konkrete Normenkontrolle*), 3 dans le cadre d'un litige entre organes constitutionnels fédéraux (*Organstreit*). Sur les 4 755 décisions en outre rendues à la suite de recours constitutionnels individuels, seules 8 l'ont été par l'une des deux chambres de huit juges (*Senate*), les formations plus restreintes (*Kammern*) étant par ailleurs compétentes. À titre de comparaison, on rappellera que, pour cette même année 2019, le Conseil constitutionnel a rendu 109 décisions (dont 83 contrôles de constitutionnalité – 61 questions prioritaires de constitutionnalité, 11 lois ordinaires, 5 lois organiques, 3 règlements des assemblées, 3 référendums d'initiative partagée ; 15 en matière électorale).

A – EUROPE – RAPPORTS DE SYSTÈMES ET DE JUGES

L'intégration européenne demeure au cœur de l'actualité constitutionnelle allemande – mais l'inverse est aussi vrai : la jurisprudence constitutionnelle allemande est au cœur de l'actualité européenne. Les très nombreux articles, y compris dans la presse grand public, consacrés à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale le 5 mai 2020 au sujet du programme de rachat de titres de dettes publiques par la Banque Centrale européenne (PSPP, *Public Sector Asset Purchase Programme*, lancé en mars 2015), témoignent de l'importance du défi. Nous y reviendrons évidemment. S'agissant de l'année 2019, deux décisions peuvent retenir l'attention : l'une de la deuxième chambre, sur l'Union bancaire ; l'autre de la première chambre, relative au « droit à l'oubli ».

1 – Union bancaire

L'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 30 juillet 2019 ne concerne pas un programme spécifique de la Banque Centrale européenne (contrairement à l'arrêt du 5 mai 2020), mais des mécanismes institutionnels, plus précisément ceux constituant l'Union bancaire, système de surveillance des banques et de résolution de leurs défaillances mis en place à partir de 2013. Rappelons que, notamment grâce à l'instauration d'un « mécanisme de supervision unique » (MSU ou SSM) et d'un « mécanisme de résolution unique » (MRU ou SRM), il s'agissait alors de répondre aux appels à une meilleure régulation du système bancaire et financier, suite à la crise financière de 2008-2010¹. Les deux recours constitutionnels (*Verfassungsbeschwerde*) déposés devant la Cour de Karlsruhe visaient à contester les actes permettant à l'Allemagne de participer à ces mécanismes. Classiquement en matière

européenne depuis l'arrêt *Maastricht* de 1993², les recours étaient fondés sur l'article 38 de la Loi fondamentale (Constitution allemande de 1949), relatif au droit de vote pour les élections du *Bundestag* : une interprétation extensive de cet article y associe l'idée d'effectivité de la démocratie représentative, laquelle suppose que le citoyen puisse s'opposer à un transfert de compétences du *Bundestag* à des organes supranationaux hors du cadre prévu par la Loi Fondamentale.

La recevabilité des requêtes individuelles, déposées en 2014, n'a dès lors guère posé de difficulté. Plus précisément, les requérants considéraient que l'Union européenne avait adopté des actes relatifs à l'Union bancaire, outrepassant les fondements juridiques régissant la répartition des compétences (*ultra-vires*) et que l'atteinte au principe démocratique s'ensuivant constituait une altération de l'identité constitutionnelle allemande. Sans doute faut-il avant tout retenir de cet arrêt que la Cour allemande a rejeté les plaintes, considérant que, « du point de vue de la Loi fondamentale, la participation du gouvernement fédéral et du *Bundestag* à l'élaboration et la mise en œuvre [des règlements contestés] ne suscitent pas d'objection radicale » (considérant de principe 5). Elle n'en poursuit pas moins sa ligne jurisprudentielle désormais classique tendant à rappeler les limites impliquées par le principe démocratique : l'activité d'organes indépendants suppose un « minimum de contrôle et de légitimation démocratique (sur le fondement de l'article 23 al.1 phrase 3, associé aux articles 79 al. 3 et 1 20 al. 1 et 2 LF) » (considérant de principe 1). Une certaine tension avec l'interprétation plus large proposée par la Cour de justice de l'Union européenne – ici au regard de son arrêt du 8 mai 2019³ – peut dès lors d'ores et déjà être relevée. Une tension mais pas d'opposition frontale. On sait déjà qu'il en ira autrement en 2020.

2 – Droit à l'oubli

Pour les juristes, la question du « droit à l'oubli » est fréquemment associée à l'arrêt *Google Spain* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne en 2014⁴, précédant la consécration de ce droit par l'article 17 du Règlement général sur la protection des données (RGPD) adopté en 2016. Ces évolutions n'avaient pas, en soi, bouleversé le droit allemand : la jurisprudence développée par la Cour constitutionnelle fédérale dès 1973⁵ et par les tribunaux civils allemands à sa suite, allait en effet d'ores et déjà dans ce sens. L'harmonisation européenne de la matière appelait cependant une nouvelle répartition des compétences de contrôle juridictionnel.

Deux décisions rendues par la Cour de Karlsruhe le 6 novembre 2019 apportent d'instructives précisions à cet égard. La première ⁶, relative à une archive de presse en ligne, est sans surprise : dès lors que la matière n'était que partiellement harmonisée, la Cour constitutionnelle fédérale demeure en charge de la protection des droits fondamentaux nationaux – dans les limites du respect du droit européen. La seconde affaire est plus problématique : la question relative aux obligations d'un moteur de recherche faisant l'objet d'une harmonisation complète, il revenait à la Cour allemande de préciser son propre rôle. Si elle avait suivi sa ligne jurisprudentielle classique, posée depuis la décision *Solange II* de 1986⁷, elle aurait renoncé à exercer son contrôle sur cette question « entièrement déterminée par le droit européen ». La présente décision de 2019 est intéressante à deux titres : d'une part, elle considère qu'il lui revient d'appliquer, non pas les droits fondamentaux allemands (même si, selon l'arrêt *Melloni* de la Cour de justice de l'Union européenne, cela aurait été possible dans les limites du droit européen), mais les standards européens. Elle décide en conséquence de ne plus confier le contrôle au duo classique juridictions ordinaires / Cour de justice de l'Union, mais d'exercer elle-même ce contrôle – à partir donc des droits fondamentaux européens. Sans doute ce choix n'emporte-t-il pas de bouleversement majeur sur le fond, les standards de protection européens et nationaux étant largement équivalents. Pour autant, les

deux décisions ici commentées permettent de relever de potentielles divergences.

La portée et l'interprétation de la liberté d'expression et d'information ont en effet souvent conduit les juridictions allemandes à se démarquer – on se souvient de l'affaire « Caroline de Hanovre » (de Monaco disent les Français) s'agissant des rapports entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour européenne des droits de l'homme⁸. S'agissant plus spécifiquement du droit à l'« oubli », nul doute que la conception de la Cour fédérale de justice, cour suprême en matières civile et pénale, selon laquelle personne n'a le droit « d'effacer l'histoire » (*Geschichte zu tilgen*)⁹, peut contribuer à en tempérer la portée.

Quant à la balance entre droits de la personnalité (et à la protection des données) et liberté d'expression et d'information, la Cour de justice de l'Union considère que la prévalence des premiers ne doit s'effacer que lorsqu'est en question une personnalité publique¹⁰. À l'inverse, la Cour constitutionnelle fédérale insiste ici sur la nécessité, sauf exception, d'opérer une mise en balance – ce qui, en l'espèce, la conduit à censurer l'interprétation de l'arrêt de la juridiction civile à l'origine de la première affaire, et à confirmer celle à l'origine de la seconde affaire.

Au-delà de ces questions de fond, on sait combien la pluralité d'interprètes au niveau européen peut elle-même s'avérer problématique. Deux arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne en 2018 (affaire *Egenberger et IR*)¹¹ ont ainsi suscité un certain émoi en Allemagne : la Cour de Luxembourg y interprète en effet strictement la liberté de l'Église dans ses fonctions d'employeur, alors que la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est souvent prévaluée de la Loi fondamentale pour remettre en cause des décisions des juridictions du travail. Un recours constitutionnel a précisément été formé contre une décision appliquant l'interprétation de la CJUE : reste donc à la deuxième chambre (compétente en l'espèce) à se prononcer, en tenant compte de la jurisprudence « droit à l'oubli » établie par la première chambre (sauf à saisir l'Assemblée plénière [*Plenum*]) compétente en cas de (rares) divergences entre les deux chambres.

B – DROITS FONDAMENTAUX EN ALLEMAGNE

1 – Autour du principe d'égalité

a) Droit de vote des personnes handicapées

À l'instar de la plupart des États européens, l'Allemagne reconnaît le caractère « universel » et « égal » du suffrage (art. 38 LF – pour l'élection des députés du *Bundestag*), tout en lui opposant certaines limites. En France, on sait ainsi que des « cas d'incapacité prévus par la loi » sont prévus par l'article 2 du Code électoral. En Allemagne, les alinéas 2 et 3 du paragraphe 13 de la loi sur les élections au *Bundestag* (*BWahlG*) excluaient à leur tour du droit de vote les personnes placées sous tutelle « pour l'ensemble de leurs affaires » ou dans un hôpital psychiatrique. La loi sur les élections européennes (*Europawahlgesetz* – not. § 6 al. 1 n° 2 et 3) contenait des dispositions similaires pour le vote des députés allemands au Parlement européen.

Depuis deux arrêts attendus de longue date, respectivement rendus le 29 janvier 2019¹² et le 15 avril 2019¹³, ces dispositions, déclarées inconstitutionnelles, n'ont plus lieu d'être. Le tournant est important, y compris dans la perspective du droit international, la Cour allemande ne manquant pas de se référer à la Convention européenne des droits de l'homme (not. art. 14) et à la Convention

relative aux droits des personnes handicapées adoptée par les Nations Unies le 13 décembre 2006. Mais il ne s'agit là, classiquement en droit constitutionnel allemand, que « d'aides à l'interprétation », « expression de l'ouverture de la Loi fondamentale au droit international »¹⁴. Et c'est surtout la violation du principe de l'universalité du vote (art. 38 al. 1 phrase 1 LF) et de l'interdiction des discriminations, notamment « en raison [d'un] handicap », découlant du principe d'égalité devant la loi (art. 3 al. 3 phrase 2) qui permet de fonder cette importante évolution juridique. La nécessité de garantir une égale participation au processus démocratique et la fonction « intégrative » du vote sont au cœur de l'argumentation. La Cour ne s'oppose certes pas, par principe, à une limitation du droit de vote. Mais, dès lors que le droit allemand prévoit d'assez larges possibilités de procuration en matière de droit civil, y compris dans les cas ici contestés de tutelle, la Cour a considéré que la limitation était en l'espèce incompatible avec le principe d'égalité.

b) Adoption

Une autre décision rendue en 2019 autour du principe d'égalité concerne la question de l'adoption d'enfants de l'un des partenaires d'un couple par son/ sa conjoint(e) (*Stiefkind*)¹⁵. Jusqu'alors, l'adoption d'enfant n'était possible que pour un couple marié. Se heurtant aux dispositions applicables en la matière (§ 1754 al. 1 et 2 et § 1755 al. 1 phrases 1 et 2 BGB), un couple non marié cherchant à adopter les deux filles issues d'une première union de la femme avait formé un recours individuel contre les décisions de rejet des juridictions du fond. Ainsi saisie, la Cour constitutionnelle fédérale n'est certes pas allée jusqu'à reconnaître une violation du « droit fondamental des parents » (art. 6 al. 2 LF – *Elterngrundrecht*), du droit de l'enfant à la garantie étatique d'une éducation parentale (art. 2 al. 1 associé à l'art. 6 al. 2 phrase 1) ou encore du droit fondamental à la famille (art. 6 al. 1 LF – *Familiengrundrecht*). Elle considère cependant que les dispositions contestées portent atteinte au principe d'égalité (art. 3 al. 1 LF), les enfants élevés par le compagnon/la compagne du parent se trouvant défavorisés sans justification suffisante.

L'intérêt de la décision se comprend aussi au regard d'autres jurisprudences antérieures conduisant à encadrer le législateur dans la précision des droits fondamentaux de l'enfant, notamment du droit au libre épanouissement de sa personnalité (art. 2 al. 1 LF) et du droit à ne pas subir de discrimination résultant des choix de vie de ses parents.

c) Situation fiscale des personnes en formation professionnelle

L'intérêt de cette dernière décision se trouve renforcé si on la compare avec la décision rendue par la Cour (deuxième chambre) le 19 novembre 2019, en matière de droit fiscal¹⁶. La comparaison permet en effet de constater le caractère fluctuant du contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale sur le législateur lorsque le principe d'égalité est en question – en fonction des droits et intérêts en présence. En l'espèce, la Cour a rejeté l'argumentation de la Cour fédérale des finances, laquelle avait déclaré des dispositions du droit fiscal contraire au principe d'égalité (art. 3 al. 1 LF).

Plus précisément, il s'agissait de se prononcer sur la réglementation interdisant aux contribuables effectuant une première formation professionnelle d'intégrer certains coûts dans le cadre de leur déclaration d'impôts limitant ce faisant leurs charges fiscales – à la seule exception des contribuables placés dans une relation de travail (*Dienstverhältnis*). Reconnaisant une importante marge de manœuvre

au législateur fiscal dans l'appréciation et la mise en balance de situations de vie professionnelle et personnelle, la Cour constitutionnelle a considéré que les limites constitutionnelles demeuraient respectées.

2 – Droits sociaux

La jurisprudence de l'année 2019 a également été marquée par une nouvelle étape du contrôle des lois dites « Hartz IV », important volet des réformes du droit du travail initiées par le gouvernement du Chancelier social-démocrate Gerhard Schröder en 2002-2003. Les controverses avaient déjà trouvé un important écho devant la Cour constitutionnelle fédérale en 2010, celle-ci ayant censuré une partie du dispositif en raison du manque de transparence du calcul des indemnités¹⁷. Neuf ans plus tard, le nouvel arrêt rendu en la matière¹⁸ concerne l'un des principes de base des dispositifs, tendant à associer les allocations sociales perçues à la recherche active d'emploi, conformément au slogan « encourager et exiger » (*fördern und fordern*).

Il est précisément revenu à la Cour de se prononcer sur la conformité des sanctions associées à ces principes (réduction voire suppression des allocations) avec le « droit fondamental à la garantie d'un minimum vital conforme à la dignité humaine » qu'elle avait déduit de l'article 1 al. 1 (dignité humaine) et 20 al. 1 (principe de l'État social). Saisie d'une question préjudicielle par le tribunal social de Gotha, elle considère certes que, en soi, des sanctions amputant de 30 % lesdites allocations ne sont pas inenvisageables. Elle impose néanmoins un strict contrôle de proportionnalité : un cumul de sanctions pouvant conduire à réduire de 60 voire de 100 % les sommes perçues outrepassé, à l'inverse, les exigences constitutionnelles y afférentes.

3 – Inviolabilité du domicile – droit au juge

Selon l'article 13 al. 2 LF, « les perquisitions ne peuvent être ordonnées que par le juge ainsi que, s'il y a péril en la demeure, par les autres organes prévus par la loi ». Dans le cas jugé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 12 mars 2019¹⁹, une perquisition avait été ordonnée par la police à 4 heures du matin : elle avait appréhendé une personne démunie et en état d'ébriété, sans être en mesure de déterminer son identité. Son domicile étant connu, il s'agissait d'accéder à ses papiers d'identité et à d'autres informations sur son état. De fait, la police put ce faisant mettre la main sur de grandes quantités de cannabis. Reste que, faute de pouvoir être accompagnée par un juge, la perquisition a été déclarée inconstitutionnelle. Il revient en définitive aux tribunaux de prévoir une permanence afin d'assurer leur service, y compris aux heures les plus matinales.

II – VIE INSTITUTIONNELLE

A – ÉLECTIONS ET ÉVOLUTION DU PAYSAGE PARTISAN

De longues années durant, le paysage partisan de la République fédérale allemande a pu être considéré comme un modèle de stabilité. Des années 1960 à 1980, la droite conservatrice et chrétienne (CDU/CSU) et la social-démocratie (SPD) ont ainsi dominé la vie politique. Le FLDP (libéraux) était considéré comme un petit parti, fort utile à la formation des coalitions commandées par le scrutin proportionnel (personnalisé). L'entrée en jeu des Verts (désormais *Bündnis 90/Die Grünen*) dans les années 1980 puis

du PDS de la gauche plus radicale (aujourd'hui *Die Linke*) dans les années 1990, fut observée avec intérêt mais sans grande crainte pour la stabilité du système.

À l'inverse, les élections qui se sont déroulées au cours de l'année 2019 témoignent d'une évolution plus profonde, engagée il y a déjà quelques années. Les élections européennes du mois de mai traduisent ainsi une montée en puissance des Verts (20,5 % des voix/+ 9,8 points), désormais loin devant la social-démocratie du SPD (15,8 % / -11,4), avec laquelle l'extrême droite populiste de l'AfD (*Alternative für Deutschland*) n'est pas loin de rivaliser (11 %/+3,9) et un essoufflement des conservateurs, même s'ils parviennent à se maintenir à la première place (22,6 %/-7,5). Les élections régionales organisées dans trois *Länder* de l'Est – conformément à la logique plurielle inhérente au fédéralisme allemand – ont été pour leur part observées avec inquiétude, notamment au regard de l'éparpillement des voix et de la forte audience de l'AfD (27,5 % des voix en Saxe ; 23,51 % au Brandebourg ; 23,4 % en Thuringe). Quelles que soient les raisons de ces résultats (exprimant notamment de plus fortes difficultés sociales et économiques qu'à l'ouest de l'Allemagne), il restait à trouver des coalitions aptes à soutenir un gouvernement. La formation de « coalitions Kenya » (jaune de la CDU, vert des *Grünen*, rouge du SPD) dans le Brandebourg puis en Saxe ; et, plus encore, la difficile reconduction d'un gouvernement minoritaire (dirigé par *Die Linke*, et avec la participation du SPD et des Verts) en Thuringe, après dissolution et nouvelles élections en février 2020 – conséquence du choc suscité par l'élection initiale d'un candidat FLDP avec les voix de la CDU et de l'AfD –, traduisent les difficultés actuelles auxquelles se heurte la formation des gouvernements parlementaires en Allemagne.

La crise sanitaire, économique et sociale de 2020 emportera assurément (et emporte déjà) de nouvelles évolutions. Les élections de 2019 n'en demeurent pas moins importantes pour étudier les dynamiques du paysage politique allemand et leur portée pour les prochaines élections législatives fédérales prévues en 2021.

B – CRISE DU SPD

L'étude rétrospective de l'année 2020 devrait nous permettre d'étudier plus en avant le jeu interne à la CDU, autour de la succession d'Angela Merkel, laquelle bénéficie d'un regain de confiance au regard de sa gestion de la crise Covid-19.

L'année 2019, a quant à elle, surtout mis en lumière les difficultés de la SPD. Leur récent succès à Hambourg (près de 39 %, février 2020), ne doit pas faire illusion. Les sondages attestent leur effondrement dans les intentions de vote (autour de 15 %, désormais en troisième position derrière les Verts donc). Ces difficultés se sont d'ores et déjà traduites par une crise interne : à la suite des élections européennes de mai 2019, la présidente du parti (et du groupe au *Bundestag*) Andrea Nahles a ainsi annoncé sa démission. Depuis les élections internes de novembre 2019, la présidence est assurée par un duo relativement peu connu du grand public (Saskia Esken et Norbert Walter-Borjans).

Au-delà des questions internes et des évolutions régionales, n'oublions pas que chaque secousse a son importance au niveau fédéral, la SPD demeurant aujourd'hui le partenaire de la « Grande Coalition » (*GroKo*) avec la CDU. Opposition et majorité sont toujours plurielles dans l'Allemagne fédérale, ce qui renforce aussi l'intérêt de l'observation de la vie politique allemande.

C – SIÈGES DU BUNDESTAG

Parmi les questions qui seront peut-être à étudier plus en avant en 2020, celles du nombre de sièges au *Bundestag* s'avèrent d'ores et déjà intéressantes pour les constitutionnalistes. Outrepassant largement le nombre de sièges, fixé à 598 (§ 1 al. 1 BWahlG), 709 députés composent actuellement le *Bundestag*, élu en 2017. Ce nombre élevé s'explique par les récentes modifications, répondant elles-mêmes à des décisions de la Cour constitutionnelle fondées sur l'égalité du mode de scrutin²⁰. Eu égard à ces réformes et à l'évolution du paysage partisan, « il n'est pas inenvisageable qu'un *Bundestag* [...] de plus de 800 députés »²¹ soit élu lors des prochaines élections. Les discussions et propositions actuelles, qu'elles émanent des partis d'opposition ou des partis de gouvernements, attestent la nécessité de se saisir de cette question qui, au-delà de ses aspects techniques, engage la démocratie représentative allemande. Reste à trouver un consensus – on sait combien les réformes en la matière ne sont jamais politiquement neutres. Reste aussi à savoir si, cas d'accord, celui-ci sera obtenu suffisamment tôt pour une préparation adéquate des élections de 2021 (redécoupage des circonscriptions notamment).

Notes de bas de page

1. BVerfGE 151, 202 (2 BvR 1685/14 + 2 BvR 2631/14) – *Bankenunion* (arrêt du 30 juillet 2019).
2. BVerfGE 89, 155 – *Maastricht* (arrêt du 12 octobre 1993).
3. Aff. C-450/17 P.
4. CJUE, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.
5. BVerfGE 35, 202. 6. 1 BvR 16/13.
7. BVerfGE 73, 273.
8. CEDH, aff. 59320/00, arrêt du 24.6.2004 – *Caroline de Hanovre*.
9. BGHZ 183, 353 (362 pt. 20).
10. CJUE, aff. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, pt. 81 – *Google Spain* ; aff. C-136/17, ECLU:EU:C:2019:773, pt. 66 – GC.
11. CJUE, aff. 414/16, ECLI:EU:C:2018:257 – *Egenberger* ; aff. C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 – IR.
12. 2 BvC 62/14 (BVerfGE 151, 1-58).
13. 2 BvQ 22/19.
14. 2 BvC 62/14, pt. 60 et s.
15. BVerfGE 151, 101-151(1 BvR 673/17) – *Stiefkindadoption* (décision du 26 mars 2019).
16. 2 BvL 22/14 – Décision du 19 novembre 2019.
17. BVerfGE 125-175 – *Hartz IV* (arrêt du 9 février 2010).
18. 1 BvL 7/16 (arrêt du 5 novembre 2019).
19. BVerfGE 151, 67-97 (2 BvR 675/14) – *richterlicher Bereitschaftsdienst* (décision du 12 mars 2019).
20. BVerfGE 131, 316 (arrêt du 25 juillet 2012).
21. Projet de loi du 6 novembre 2019 (FDP, *Die Linke et Bündnis 90/Die Grünen*) – exposé des motifs. <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/146/1914672.pdf>.