L'inconstitutionnalité du transfert de fonds destinés à la gestion de la pandémie Corona vers un fonds pour l'énergie et le climat (Tribunal constitutionnel fédéral allemand, arrêt du 15 novembre 2023, numéro 2 BvF 1/22)

Bernhard KRESSE.

Par un arrêt du 15 novembre 2023, le Deuxième Sénat du Tribunal constitutionnel fédéral a décidé que la Deuxième loi de finances complémentaire 2021 était incompatible avec les articles 109 al. 3, 110 al. 2, et 115 al. 2, de la Loi fondamentale (« Grundgesetz » – GG) et qu'elle était nulle.

Les membres du groupe CDU/CSU, qui font partie des groupes d'opposition au Bundestag allemand et qui ont déposé la motion contre ladite loi s'opposaient à la modification rétroactive de la loi budgétaire et du budget fédéral 2021 par la Deuxième loi budgétaire rectificative 2021 (« Zweites Nachtragshaushaltsgesetz »). Celle-ci visait à rendre utilisable pour les exercices budgétaires futurs une autorisation de crédit de 60 milliards d'euros prévue dans le budget fédéral 2021 en réaction à la pandémie Corona, mais qui n'était pas directement nécessaire pour l'exercice budgétaire 2021, grâce à un versement au « Fonds pour l'énergie et le climat » (« Energie- und Klimafonds » – EKF), un patrimoine spécial dépendant de l'État fédéral. Le EKF a été rebaptisé entre-temps « Fonds pour le climat et la transformation » (« Klima- und Transformationsfonds » – KTF).

La Deuxième loi budgétaire rectificative 2021 ne répond pas aux exigences constitutionnelles en matière d'emprunts d'urgence. Le Tribunal constitutionnel fonde sa décision sur trois motifs, chacun valable en soi. Premièrement, le législateur n'a pas suffisamment démontré le lien de causalité nécessaire entre la situation d'urgence constatée et les mesures de gestion de crise prises. Deuxièmement, le découplage temporel entre la constatation d'une situation d'urgence conformément à l'article 115 al. 2, phrase 6 de la Loi fondamentale et l'utilisation effective des autorisations de crédit est en contradiction avec les exigences constitutionnelles d'annualité (« Jährlichkeit » et « Jährigkeit »). La poursuite illimitée de l'utilisation de crédits liés à des situations d'urgence au cours d'exercices budgétaires ultérieurs sans prise en compte du « frein à l'endettement », tout en étant comptabilisés comme « dettes » au cours de l'exercice budgétaire 2021, est par conséquent inadmissible. Troisièmement, l'adoption de la Deuxième loi budgétaire rectificative 2021 après la fin de l'exercice budgétaire 2021 est contraire au principe budgétaire d'antériorité de l'article 110 al. 2, 1re phrase, de la Loi fondamentale.

La décision du Tribunal constitutionnel avait pour conséquence de réduire le volume du KTF de 60 milliards d'euros. Dans la mesure où les engagements déjà pris ne peuvent plus être honorés de ce fait, le législateur budgétaire doit compenser cela d'une autre manière, selon le Tribunal constitutionnel.

Les faits de la procédure devant le Tribunal constitutionnel fédéral et les considérations essentielles du Tribunal sont résumés ci-dessous[1]. Le budget fédéral 2021 prévoyait initialement des autorisations de crédit d'un montant d'environ 180 milliards d'euros. En avril 2021, la (première) Loi budgétaire rectificative 2021 a augmenté les autorisations de crédit pour l'exercice budgétaire 2021 de 60 milliards d'euros supplémentaires pour les porter à environ 240 milliards d'euros. Cela a été rendu possible par une décision du Bundestag (première chambre du parlement) allemand du 23 avril 2021, par laquelle l'existence d'une situation d'urgence exceptionnelle a été constatée conformément à l'article 115 al. 2, phrases 6 et 7 de la Loi fondamentale – une exception à la limite d'endettement prévue par la

Constitution.

Au cours de l'exercice budgétaire 2021, il est apparu que ces augmentations n'étaient pas nécessaires. C'est dans ce contexte qu'est apparue dans l'espace politique l'idée de rendre utilisables pour les exercices budgétaires futurs les autorisations de crédit accordées par la Loi budgétaire rectificative 2021 pour la totalité de leur montant, soit 60 milliards d'euros, par le biais d'une dotation au EKF.

En vertu de l'article 1 de la Loi sur la constatation d'un deuxième supplément au budget fédéral pour l'exercice 2021 (Deuxième loi budgétaire rectificative 2021), le volume total du budget fédéral 2021 a été augmenté de 547,7 milliards d'euros à 572,7 milliards d'euros et le volume du EKF de 42,6 milliards d'euros à 102,6 milliards d'euros. Sur ce point, le budget fédéral 2021 a été adapté en conséquence. Conformément à l'art. 2 de la loi, la modification est entrée en vigueur le 1er janvier 2021, donc avec effet rétroactif. La loi a été promulguée au Journal officiel fédéral le 25 février 2022.

Par leur demande de contrôle des normes – il s'agit d'une procédure particulière devant le Tribunal constitutionnel – les requérants ont demandé que soit constatée l'incompatibilité avec la Loi fondamentale et la nullité de l'apport rétroactif des crédits au EKF prévu par la Deuxième loi budgétaire rectificative pour 2021.

En outre, ils avaient demandé à ce qu'une ordonnance en référé prévoie que les crédits en question ne puissent être utilisés jusqu'à la décision au fond que dans la mesure où le Bundestag allemand décide de dépenses correspondantes dans le budget fédéral pour l'exercice 2022. Le Tribunal constitutionnel fédéral avait rejeté cette demande par décision du 22 novembre 2022.

La Deuxième loi budgétaire rectificative 2021 n'était pas conforme aux exigences constitutionnelles relatives aux emprunts d'urgence découlant de l'article 109 al. 3, 1re et 2e phrases, et de l'article 115 al. 2, 1re et 6e phrases de la Loi fondamentale. En outre, en ce qui concerne la date de son adoption, elle a enfreint l'exigence de prévisibilité prévue à l'article 110 al. 2, 1re phrase, de la Loi fondamentale. Une éventuelle violation des principes de clarté et de sincérité budgétaires, conformément à l'article 110, 1er al., 1re phrase, de la Loi fondamentale, n'était donc plus pertinente.

I. Les exigences constitutionnelles relatives aux emprunts d'urgence

A. Les principes budgétaires concernés

1. Le « frein à l'endettement »

L'article 115 al. 2, 1re phrase, de la Loi fondamentale concrétise l'interdiction de principe – adressée à la

Fédération et aux Länder – d'un nouvel endettement structurel, prévue à l'article 109 al. 3, 1re phrase, de la Loi fondamentale (« frein à l'endettement »). Selon cette disposition, dans le cadre de la gestion budgétaire de la Fédération, les recettes et les dépenses doivent en principe être équilibrées sans recettes provenant de crédits. Conformément à l'article 109 al. 3, 4e phrase, et à l'article 115 al. 2, 2e phrase, de la Loi fondamentale, ce principe est respecté si les recettes provenant des crédits ne dépassent pas 0,35 pour cent du produit intérieur brut nominal. S'y ajoute, conformément à l'article 109 al. 3, 2e phrase, en liaison avec l'article 115 al. 2, 3e phrase, de la Loi fondamentale, une « composante conjoncturelle », selon laquelle, en cas d'évolution conjoncturelle divergente de la situation normale, les répercussions sur le budget peuvent être prises en compte de manière symétrique en période de hausse et de baisse.

L'article 109 al. 3, 2e phrase, en liaison avec l'article 115 al. 2, 6e phrase, de la Loi fondamentale, donne au Bundestag le droit de décider que les plafonds de crédit résultant du frein à l'endettement et de la composante conjoncturelle peuvent être dépassés en cas de catastrophes naturelles ou de situations d'urgence exceptionnelles échappant au contrôle de l'État et affectant gravement la situation financière de l'État. Outre les conditions écrites de l'article 115 al. 2, phrases 6 à 8, de la Loi fondamentale, il faut qu'il y ait un lien de cause à effet entre la catastrophe naturelle ou la situation d'urgence exceptionnelle et le dépassement des plafonds de crédit. Lors de l'évaluation de ce lien, le législateur dispose d'une marge d'appréciation et d'évaluation. Un contrôle par le Tribunal constitutionnel fédéral de la proportionnalité du recours au crédit en raison de la situation d'urgence est exclu. Il incombe toutefois au législateur de démontrer que les décisions prises en matière d'emprunt sont compréhensibles et justifiables.

2. Les principes de l'annualité et de l'exigibilité et leur rapport avec le « frein à l'endettement »

Les principes budgétaires de l'annualité (« Jährlichkeit » et « Jährigkeit ») – accompagnés du principe budgétaire de l'exigibilité – doivent en outre être déduits de la structure systématique des dispositions constitutionnelles relatives aux emprunts de la Fédération conformément aux articles 109 al. 3, et 115 de la Loi fondamentale.

Le principe d'annualité dans le sens de « Jährlichkeit » veut que le budget soit arrêté par la loi budgétaire avant le début de l'exercice comptable. En vertu du principe d'annualité dans le sens de « Jährigkeit », les crédits ne peuvent être utilisés que jusqu'à la fin de l'exercice budgétaire. Ensuite, ils sont en principe annulés sans être remplacés. Le principe budgétaire d'exigibilité signifie que seules les recettes et les dépenses dont l'encaissement est prévu au cours de l'exercice peuvent être inscrites au budget.

Les principes budgétaires mentionnés s'appliquent également à la dérogation au « frein à l'endettement » en cas de catastrophes naturelles et de situations d'urgence exceptionnelles, conformément à l'article 109 al. 3, 2e phrase, et à l'article 115 al. 2, 6e phrase, de la Loi fondamentale. Elles ne peuvent pas être contournées par l'utilisation de fonds spéciaux. Leur respect est soumis à un

contrôle strict du Tribunal constitutionnel.

B. Le non-respect des conditions d'exemption du « frein à l'endettement »

1. L'absence de démonstration d'un lien entre la situation d'urgence et le dépassement des plafonds de crédit

La Deuxième loi budgétaire rectificative 2021 devait être jugée à l'aune de l'article 109, al. 3, 2e phrase, et de l'article 115 al. 2, 6e phrase, de la Loi fondamentale. Les conditions écrites de ces dispositions étaient remplies. Le législateur n'avait, selon le Tribunal constitutionnel fédéral, toutefois pas suffisamment expliqué le lien de cause à effet entre la situation d'urgence constatée et les mesures de lutte contre la crise financées par l'emprunt lié à la situation d'urgence.

Le gouvernement fédéral a notamment fait référence à son intention de combiner le soutien à l'économie affaiblie par la pandémie avec une autre préoccupation politique, à savoir la promotion de la protection du climat, de la transformation et de la numérisation. Dans les conditions particulières de la lutte contre la pandémie, un financement fiable de l'État et une promotion des dépenses du secteur privé pour des tâches d'avenir et de transformation importantes dans les domaines de la protection du climat et de la numérisation seraient, selon le gouvernement fédéral, des conditions essentielles pour surmonter rapidement les conséquences de la crise, assurer la compétitivité de l'économie nationale et ainsi stimuler et renforcer durablement la croissance économique.

Cette justification ne s'est pas avérée suffisamment solide selon le Tribunal constitutionnel fédéral. Au moment des consultations au sein du législateur, la pandémie de Corona durait depuis près de deux ans. Plus l'événement déclencheur de la crise se situe dans le passé, plus le législateur dispose alors de temps pour prendre une décision et plus les conséquences de la situation de crise initiale sont indirectes, plus la marge d'appréciation et d'évaluation du législateur budgétaire se réduit. Cela s'accompagne d'un renforcement des exigences relatives à la charge de justification incombant au législateur. Cela est d'autant plus vrai lorsque le législateur fait usage, comme en l'espèce, de manière répétée au cours d'un exercice budgétaire ou au cours d'exercices budgétaires successifs, de la possibilité d'emprunter en raison d'une situation d'urgence.

Plus la crise diagnostiquée dure longtemps et plus le législateur a eu recours à des crédits d'urgence, plus il doit exposer en détail les raisons de la persistance de la crise et la pertinence, à ses yeux, des mesures qu'il a prévues pour y remédier. Il doit notamment indiquer si les mesures qu'il a prises dans le passé pour surmonter la situation d'urgence étaient viables et s'il en a tiré des conclusions quant à l'adéquation des mesures futures.

Une telle évaluation et un tel classement des mesures de gestion de crise prises jusqu'à présent ont été tout au plus esquissés de manière très brève dans l'exposé des motifs de la loi. Il était notamment précisé que les moyens alloués ici complétaient les moyens déjà affectés au EKF en 2020 pour faire face à la pandémie et qu'ils continuaient donc à servir à la gestion de la pandémie. L'évolution de la situation montre, selon les motifs de la loi, que les mesures gouvernementales prises jusqu'à présent pour surmonter la situation d'urgence exceptionnelle sont efficaces. Elles seraient appropriées, nécessaires et adéquates pour atténuer les effets économiques aigus de la pandémie.

Les mesures concrètes que le EKF a déjà prises sur la base de la première allocation et les conséquences (mesurables) de ces mesures n'ont toutefois pas été discutées dans les motifs de la loi. Il n'était donc déjà pas clair si la Deuxième loi budgétaire rectificative pour 2021 devait finalement financer les mêmes mesures que l'autorisation de crédit initiale liée à la situation d'urgence en 2020.

Le législateur n'a pas expliqué pourquoi les 60 milliards d'euros de crédits jugés encore nécessaires dans la (première) loi budgétaire rectificative 2021 à la fin de l'exercice budgétaire 2021 n'ont pas été utilisés pour faire face à la crise, contrairement à ce qui était initialement prévu. Une telle justification était d'autant plus indiquée en l'espèce qu'il s'était écoulé près d'un an entre le constat d'une situation d'urgence pour l'exercice 2021 et le vote de la Deuxième loi budgétaire rectificative 2021.

Il y avait également lieu d'approfondir l'argumentation en tenant compte du fait que le EKF avait été créé bien plus tôt et que l'objectif des programmes qu'il finançait avait déjà été fixé à l'époque, sans que les programmes déjà en cours n'aient empêché la survenue des conséquences de la crise ou n'en aient limité les effets. Par conséquent, le caractère approprié des programmes financés par le fonds spécial pour faire face à la crise n'était pas évident.

Enfin, l'exposé des motifs de la loi ne permettait pas de distinguer clairement la nécessaire délimitation entre un emprunt lié à une situation d'urgence au sens de l'article 115 al. 2, 6^{e} phrase de la Loi fondamentale et le champ d'application des possibilités élargies d'emprunt au sens de l'article 115 al. 2, 3^{e} phrase de la Loi fondamentale, en raison d'une évolution conjoncturelle s'écartant de la situation normale.

2. La violation des principes de l'annualité

L'apport au KTF par la Deuxième loi de budgétaire rectificative 2021 était contraire aux principes constitutionnels d'annualité dans le sens de « Jährlichkeit » et « Jährigkeit » découlant de l'article 109 al. 3, et de l'article 115 al. 2, de la Loi fondamentale.

Le maintien de facto des autorisations de crédit dans des réserves inter-périodiques, prévu par la Deuxième loi budgétaire rectificative pour 2021, est contraire aux dispositions des articles 109 al. 3, et 115 al. 2, de la Loi fondamentale, en tant qu'exigences relatives à l'année. La décision que doit prendre le

Bundestag allemand en vertu de l'article 115 al. 2, 6e phrase de la Loi fondamentale en vue de constater une situation d'urgence se rapporte à un exercice budgétaire concret et doit donc être prise séparément pour chaque exercice budgétaire. Le fait de dissocier les autorisations de crédit liées à une situation d'urgence de l'utilisation effective des crédits n'est pas compatible avec les exigences constitutionnelles des articles 109 al. 3, 2e phrase, et 115 al. 2, 6e phrase, de la Loi fondamentale. Selon ces dispositions, les autorisations de crédit accordées au cours d'un exercice budgétaire donné doivent se limiter à la couverture des dépenses occasionnées par des mesures de lutte contre les situations d'urgence au cours de ce même exercice budgétaire.

Avec la Deuxième loi budgétaire rectificative 2021, le KTF, en tant que fonds spécial dépendant de l'État fédéral, se voit attribuer des fonds financés par des crédits à hauteur de 60 milliards d'euros, qui ont une incidence sur le calcul de l'emprunt autorisé pour l'année 2021, alors que les mesures envisagées par le législateur pour faire face à la crise, au financement desquelles doivent servir les autorisations de crédit, sont prévues pour les exercices budgétaires à venir. Selon cette conception, l'endettement effectif de l'État fédéral se produirait surtout dans les années à venir et probablement au-delà de la limite constitutionnelle d'endettement en vigueur pour l'exercice budgétaire concerné. Dans ce contexte, les autorisations de crédit créées maintenant seraient utilisables sans imputation sur la limite d'endettement de l'exercice budgétaire en cours, car l'imputation doit avoir lieu dès l'autorisation de l'année d'exception 2021, mais pas avec la prise de crédit ultérieure elle-même. Cela n'est pas compatible avec le principe d'annualité dans le sens de « Jährigkeit » combiné au principe d'exigibilité.

La violation de l'article 109 al. 3, 2e phrase, et de l'article 115 al. 2, 6e phrase, de la Loi fondamentale ne se justifie ni par les particularités de la pandémie Corona en tant que telle, ni par le fait que le gouvernement fédéral ne pourrait prendre des engagements envers des tiers, actuellement nécessaires et conduisant à des versements à l'avenir, qu'avec une couverture financière correspondante. Si et dans la mesure où les conditions d'un emprunt d'urgence devaient être (à nouveau) remplies au cours des années suivantes, un tel emprunt serait autorisé à hauteur du montant effectivement requis à ce moment-là. Il n'y avait donc aucune raison objective de recourir à des autorisations de crédit de l'année 2021.

II. La violation de principe d'antériorité

L'adoption de la Deuxième loi budgétaire rectificative 2021 après la fin de l'exercice budgétaire 2021 a violé l'exigence d'antériorité découlant de l'article 110 al. 2, 1re phrase de la Loi fondamentale.

A. Le principe d'antériorité

Le budget doit en principe être adopté par la loi budgétaire avant le début de l'exercice comptable, en vertu de l'exigence d'antériorité énoncée à l'article 110 al. 2, 1re phrase, de la loi fondamentale

Le principe d'antériorité sert à aménager efficacement le droit budgétaire parlementaire. Ce principe vise à assurer la souveraineté budgétaire du Parlement dans le temps et veut notamment garantir la fonction directrice du budget pour l'ensemble de l'exercice budgétaire. Tous les organes constitutionnels participant à la procédure législative sont tenus de collaborer à l'accomplissement du principe d'antériorité. Cela vaut également pour le gouvernement fédéral, qui est le seul à disposer du droit d'initiative pour présenter une loi budgétaire (rectificative).

L'exigence d'antériorité s'applique en principe aussi à l'établissement de budgets rectificatifs. Eu égard à l'objectif de protection du principe d'antériorité, qui vise à garantir les fonctions de direction et de contrôle de la loi budgétaire et donc l'efficacité de la souveraineté budgétaire du Parlement, une application correspondante s'impose pour la présentation d'un budget rectificatif. Le principe d'antériorité devient alors une exigence constitutionnelle de correction ou d'adaptation en temps utile, sans retard arbitraire, de budgets initialement ou ultérieurement éloignés de la réalité.

En l'espèce, il s'agissait du fait qu'une loi budgétaire rectificative pour l'année 2021 n'a été adoptée qu'après la fin de l'exercice budgétaire 2021.

Il résulte du § 33, 2e phrase, du Code budgétaire fédéral (« Bundeshaushaltsordnung » – BHO) qu'un projet de loi supplémentaire doit être présenté avant la fin de l'exercice budgétaire. La doctrine est toutefois unanime pour interpréter cette disposition conformément à la Constitution, en ce sens qu'un projet de budget supplémentaire doit être adopté par le Parlement avant la fin de l'année, faute de quoi il serait nul et non avenu (*v. Lewinski/Burbat*, Bundeshaushaltsordnung, 2013, § 33 point 7 ; *Nebel*, in : Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Art. 110 GG point 77 [mai 2020] et § 33 BHO point 1 [juillet 2012] ; *Mayer*, in : Heuer/Scheller, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 33 BHO, points 31-35 [déc. 2019] ; *Tappe*, in : Gröpl, BHO/LHO, 2e éd. 2019, § 33 BHO points 31-33 ; *Tappe*, Das Haushaltsgesetz als Zeitgesetz, 2008, p. 205; *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, § 33 BHO point 5 [juillet 2020] ; *Reimer*, in : Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 110 point 18 [août 2023]).

Le fait qu'un budget rectificatif doive adapter la planification initiale aux besoins nouveaux ou modifiés et qu'il doive, pour cette raison, avoir lui-même *un caractère de planification* pour le reste de l'exercice budgétaire en cours, plaide en faveur de cette conception. Ce caractère de planification disparaît lors de l'adoption d'un budget rectificatif seulement après la fin de l'exercice budgétaire. L'exécution du budget est alors terminée et ne peut plus être influencée. La décision parlementaire sur un projet de budget rectificatif après la clôture d'un exercice budgétaire est donc contraire à la fonction d'un budget en tant qu'instrument de planification.

Alors que les violations du principe d'antériorité lors de l'adoption du budget de base ne sont pas sanctionnées au regard de la systématique de l'article 111 de la Loi fondamentale, cela ne peut pas être transposé à un budget rectificatif tardif. L'article 111 de la Loi fondamentale permet au gouvernement fédéral, pour une période sans budget, de gérer provisoirement le budget et l'économie en accordant

certaines compétences budgétaires d'urgence. Il n'existe cependant pas de disposition équivalente à l'article 111 de la Loi fondamentale pour le cas d'un budget rectificatif tardif.

B. L'application du principe d'antériorité en l'espèce

Selon ces critères, la Deuxième loi budgétaire pour 2021 était incompatible avec l'article 110 al. 2, 1re phrase de la Loi fondamentale.

L'adoption de la Deuxième loi budgétaire rectificative pour l'année 2021 après la fin de l'exercice budgétaire 2021 était contraire au principe budgétaire d'antériorité

Le fait que la modification rétroactive de la loi budgétaire 2021 par la Deuxième loi budgétaire rectificative n'ait pas rempli la fonction d'une loi budgétaire en tant qu'instrument de planification ressort notamment de l'exposé des motifs de la loi. Le gouvernement fédéral y indiquait que les mesures gouvernementales de lutte contre la pandémie ne pouvaient plus être mises en œuvre pour l'exercice budgétaire 2021.

Indépendamment de la question de savoir si une justification de cette violation peut être envisagée, aucune raison n'a été avancée à cet égard et aucune autre n'est apparente. Le projet de loi ne contient aucune explication à ce sujet.

L'incompatibilité de la Deuxième loi de finances rectificative pour 2021 avec la Loi fondamentale a entraîné la nullité de la loi.

Bernhard KRESSE,

Professeur des Universités, Chaire de droit civil, de droit économique allemand et européen, de droit de l'énergie et de droit comparé à l'Université de Hagen, Allemagne

---

[1] V. le communiqué de presse du Tribunal du 15 novembre 2023 : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-101.html, ainsi que l'arrêt en texte intégral : https://www.bverfg.de/e/fs20231115_2bvf000122.html