



Portée juridique et politique des décisions de la Cour de Karlsruhe

L'Union européenne
en quête de sa légitimité

Jérôme Soibinet

Note d'actualité 67
Mai 2020





La décision du 5 mai 2020 de la Cour de Karlsruhe a eu l'effet d'un tremblement de terre car elle vise non seulement l'indépendance de la BCE mais plus encore, et surtout, la primauté du droit européen et de la juridiction en charge d'en contrôler l'application, la CJUE. Le 13 février, une décision sur le brevet européen, passée inaperçue, allait déjà dans le même sens. La portée de ces deux décisions rendues coup sur coup, n'est pas que juridique. Elle est fondamentalement politique. Car elle pose crûment la question restée sans réponse depuis plus de soixante ans : celle du défaut de légitimité des institutions européennes.

Au milieu de la crise multiforme causée par la pandémie de Covid-19, un événement juridique a toutefois réussi à ne pas passer trop inaperçu. Certes les effets sanitaires du « virus chinois », les conséquences incalculables à ce jour que le confinement général décidé, dans de nombreux pays, aura dans les domaines économique et social, et les modalités des déconfinements, sans même parler encore des retours « à la normale », retiennent naturellement, si ce n'est légitimement, toute l'attention des décideurs et des commentateurs.

Pourtant, parmi ces derniers, et dans toute l'Europe, un aspect a retenu une partie de l'attention : c'est la faiblesse de la réponse des institutions de l'Union européenne (UE) face à la situation. Au mieux, les commentateurs et les spécialistes y voient une réaction insuffisante, voire tardive ; au pire, ils la considèrent comme inexistante et spectaculairement révélatrice de l'absence de cette « solidarité européenne » tant de fois proclamée à défaut d'être effective. Ainsi, par exemples, pris en pleine pandémie, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), condamnant l'Italie à des sanctions pécuniaires pour ne pas avoir récupéré des subventions jugées illégalement octroyées au secteur hôtelier en Sardaigne, et la décision du Conseil de l'Union européenne, sur recommandation de la Commission, de poursuivre l'élargissement de l'Union, en l'occurrence à l'Albanie et à la Macédoine du Nord, ont été pris comme des signaux pour le moins... inopportuns !

De fait, on ne peut que constater que l'UE a manqué à sa mission et, ce faisant, s'est fragilisée aux yeux de plusieurs des États membres, autant sans doute pour les peuples que pour les gouvernants. Là encore, il existe des nuances dans l'établissement du diagnostic que l'on peut dresser du « mal », de la maladie passagère au mal incurable et fatal, mais une forme d'unanimité sur sa nature pathologique s'observe. Les remèdes à y apporter diffèrent eux aussi sensiblement, allant du renforcement juridique des compétences communautaires dont la modestie serait la cause de la réponse insuffisante et qu'ont sans surprise proposé conjointement le 18 mai Angela Merkel et Emmanuel Macron **(1)**, à l'affirmation de la prééminence des États dont la crise sanitaire aurait prouvé qu'ils sont, de fait, les acteurs politiques et décisionnels incontournables lorsqu'il s'agit de « décider vite et fort ».



(1) Présidence de la République, Initiative franco-allemande pour la relance européenne face à la crise du coronavirus, 18 mai 2020, [disponible ici](#).

C'est au milieu donc de cette énième crise existentielle qu'un appui de taille est, indirectement et involontairement, venu en soutien du second remède. Le 5 mai dernier, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*), communément appelé la Cour de Karlsruhe, a rendu une décision dans une procédure relative à la régularité du programme d'assouplissement quantitatif européen mis en place par la Banque centrale européenne (BCE) en 2015. La Cour allemande avait elle-même saisi la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour statuer sur la question mais elle estime l'avis de cette dernière, du 11 décembre 2018, incompréhensible et constitutif d'un abus d'autorité. Selon les juges allemands, l'action de la BCE n'est pas proportionnée, l'autorité monétaire ne peut pas tout se permettre pour remplir sa mission, comme pouvait le laisser entendre, en 2012, le désormais célèbre « *whatever it takes* » de Mario Draghi. Dans cet arrêt, c'est non seulement l'indépendance de la BCE qui est visée mais plus encore, et surtout, la primauté du droit européen et de la juridiction en charge d'en contrôler l'application, la CJUE. S'il est encore trop tôt pour juger des effets politiques et juridiques de cette décision, elle contribue à miner l'édifice juridico-institutionnel déjà fragile de l'UE.

Mais quelques semaines auparavant, la Cour de Karlsruhe avait déjà rendu un avis beaucoup moins commenté (car très technique) mais également de grande portée. Le 13 février, elle avait en effet publié une décision contre la ratification par l'Allemagne de l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet européen. La requête portait notamment sur la perte de droits régaliens causée par l'accord international, et son adoption par une majorité non-qualifiée au *Bundestag*: le fait de conférer au futur tribunal des fonctions judiciaires en lieu et place des tribunaux allemands amènerait significativement les dispositions constitutionnelles allemandes relatives au pouvoir judiciaire. Or, toujours en vertu de cette Loi fondamentale, et notamment de son article 79(2), toute loi susceptible de constituer un tel amendement requiert la majorité des deux tiers au *Bundestag* et au *Bundesrat* pour être votée. Derrière ces considérations juridiques et procédurales qui pourraient apparaître comme de nouvelles querelles byzantines, se cache un obstacle institutionnel de taille pour le projet, complexe et laborieux, de mise en place d'un brevet unique européen. Mais au-delà de ce seul dossier, c'est surtout une grosse pierre dans la chaussure de l'Union « sans cesse plus étroite ». On expliquera pourquoi plus loin.

Les arguments de la Cour de Karlsruhe dans ces deux affaires, conformes à sa jurisprudence constante, n'ont pas qu'une valeur juridique. Ils ont également une portée politique considérable, en plaçant l'UE devant sa principale faiblesse, que des années de jurisprudence de la CJUE n'ont pas suffi à cacher : son défaut de légitimité.



La décision du 5 mai de la Cour de Karlsruhe révèle le conflit de légitimité entre l'Union européenne et les États membres

Au cœur de sa décision du 5 mai, qui a eu l'effet d'un tremblement de terre aux nombreuses répliques, aussi bien dans le paysage politique allemand qu'europpéen, les motifs du tribunal constitutionnel touchent au fonctionnement même de la BCE et remettent en cause, encore plus frontalement, une décision de la CJUE et, d'une certaine manière, le rôle de celle-ci (1). Le président du tribunal admettait d'ailleurs lui-même que cet arrêt n'était « *pas facile à avaler* ».

La Cour de Karlsruhe avait été saisie en 2015 par des universitaires, des économistes, des responsables politiques et 35 000 citoyens allemands, de questions relatives aux politiques monétaires de la BCE. Leurs griefs portaient essentiellement sur la conformité de celles-ci avec le droit européen. Il faut savoir que les juges de Karlsruhe ont une conception limitée du principe de primauté du droit de l'Union et de son applicabilité directe, se reconnaissant la compétence d'en contrôler la mise en œuvre en Allemagne : « *Il en résulte que préalablement à une décision déclarant inapplicable en Allemagne un acte juridique de l'Union, la Cour constitutionnelle fédérale saisit la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle, afin que cette dernière puisse statuer sur l'interprétation et la validité de l'acte juridique contesté. Lors de sa décision sur le fond de l'affaire ayant donné lieu à la question préjudicielle, la Cour constitutionnelle fonde son examen de l'acte en question sur l'interprétation du droit de l'Union donnée par la CJUE* » (2). C'est la procédure qui a été suivie en l'espèce et l'arrêt du Tribunal constitutionnel est certes une réponse aux griefs des requérants mais apparaît aussi comme une réaction à la réponse donnée par la Cour européenne à la question préjudicielle allemande.

Sans entrer dans le détail technique des politiques monétaires concernées, notons donc que la CJUE, dans sa réponse du 11 décembre 2018 (3), avait jugé « *proportionnée* » et donc validé l'action de la BCE contestée par les plaignants. Comme l'explique Nicolas Goetzmann, responsable de la recherche et de la stratégie macroéconomique à la Financière de la Cité, « *c'est cette analyse de la CJUE qui est attaquée directement par le juge constitutionnel allemand, en considérant d'une part que la CJUE a rendu une décision "incompréhensible" et qui représente également "un abus d'autorité". En l'espèce, la Cour considère que l'action de la BCE n'est pas "proportionnée" parce qu'elle estime que l'autorité monétaire ne peut pas "tout se permettre" pour remplir son mandat d'une "inflation proche mais inférieure à 2%" car elle doit également tenir compte des conséquences de ce programme de relance monétaire, notamment et principalement sur les épargnants. L'idée sous-jacente est que le programme de rachat de dettes de la BCE serait à l'origine des taux bas, ce qui aurait pour résultat*

•

(1) BVerfG, Judgment of the Second Senate - 2 BvR 859/15 -, paras. (1-237), 5 mai 2020, [disponible ici](#). Voir également le communiqué de presse, BVerfG, *ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences*, Press Release No. 32/2020, 5 mai 2020, [disponible ici](#).

(2) Christine Langenfeld, Juge à la Cour constitutionnelle fédérale allemande, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », Conseil constitutionnel (France), *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2019, [disponible ici](#).

(3) CJUE, *Le programme PSPP de la BCE sur l'acquisition d'obligations souveraines sur les marchés secondaires n'enfreint pas le droit de l'Union*, Communiqué de presse n° 192/18, 11 décembre 2018, [disponible ici](#).

de pénaliser les épargnants. Ce qui correspond à une inquiétude profonde de la population en Allemagne dont le Tribunal fédéral se fait le porte-voix » (1).

Le tribunal constitutionnel prend donc le contre-pied du « *whatever it takes* » de Mario Draghi, quand la nouvelle présidente de la BCE, Christine Lagarde, avait déjà pris grand soin d'insister dans ses interventions et décisions relatives aux mesures à prendre face aux effets économiques et monétaires de la pandémie de Covid-19, de placer celles-ci dans le cadre strict du mandat et des missions de la BCE (2). Allant au bout de son raisonnement juridique et de sa jurisprudence, le tribunal demande à la BCE de lui démontrer, sous trois mois, que son action était proportionnée, sans quoi la *Bundesbank* cessera sa participation au programme d'assouplissement quantitatif, la Banque centrale allemande se trouvant ainsi dans la situation extrêmement inconfortable d'être placée entre les décisions prises, avec elle, au sein de la BCE, et sa soumission à l'ordre constitutionnel allemand. Une formule juridique énonce que « l'accessoire suit le principal » : la question n'est pas ici seulement, ou du moins pas d'abord, monétaire, mais surtout juridique et institutionnelle – et s'il ne s'agissait pas d'une juridiction aussi rigoureuse et respectée en Allemagne que le Tribunal constitutionnel fédéral, on pourrait ajouter, politique. Et en effet, le Tribunal affronte dans ce dossier deux piliers de la construction européenne : l'euro et la CJUE.

S'agissant du premier, il est le symbole voulu et défendu à tout prix par les dirigeants européens, mais il est ontologiquement fragile et doit sans cesse être sauvé. Sa « *création a sans doute été le plus ambitieux projet économique au plan mondial des cinquante dernières années. Il est aussi le plus pétri de contradictions. Les Européens ont mis en place une monnaie unique venant couronner un marché unique de biens et services, tout en laissant subsister une concurrence fiscale et sociale au sein de cette même zone monétaire. Dans le même temps, ils ont éradiqué toutes formes de flexibilité économique au profit d'un système rigide et trop dogmatique. [Ils] ont inversé l'ordre des priorités en commençant par la monnaie unique alors qu'elle aurait dû achever des années, voire des décennies, de convergence fiscale et sociale [...]. La création de l'Union monétaire est née de l'idée que cette union apporterait ipso facto l'union politique en Europe. La fabrique monétaire et financière du projet européen est en train de chanceler ; la politique monétaire actuelle de la BCE paraît peu efficace et avoir atteint une impasse, alors que l'euro pourrait être menacé dans son existence d'ici la fin de la prochaine décennie » (3). Mais, dans la vision dominante de la construction européenne, les symboles que représentent cette monnaie et l'indépendance revendiquée de la BCE sont trop essentiels pour tolérer qu'ils soient ou paraissent être questionnés, au risque de mettre en péril l'ensemble de l'édifice.*

S'agissant de la seconde, la CJUE, il y a clairement un conflit de légitimité. La Cour de Luxembourg est une des institutions créées et mises en place par les premiers Traités de la Communauté européenne. Mais dans un arrêt fondateur vieux de plus de cinquante ans, elle a elle-même considéré « *qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions [...]. En effet, en instituant une communauté de durée*



(1) Nicolas Goetzmann, « L'Allemagne cherche à germaniser le droit européen », FigaroVox, 6 mai 2020, [disponible ici](#).

(2) Andrew Rettman, *ECB promises (almost) whatever it takes*, EU Observer, 19 mars 2020, [disponible ici](#).

(3) Sébastien Laye, *Pour une autre politique monétaire : flexibiliser l'euro et réformer la BCE*, Institut Thomas More, Note 33, mai 2019, [disponible ici](#).



illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de Droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes [...]. Cette intégration au Droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du Traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable » (1).

De ce raisonnement, la Cour de Luxembourg a tiré une conclusion juridique appelée à devenir le fondement d'une jurisprudence constante aux conséquences politiques considérables : « *le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté* » (2). Par cette simple formule, la CJUE a établi un ordre juridique communautaire distinct des ordres juridiques nationaux et que les autorités des États membres devraient appliquer à tous leurs actes nationaux, y compris constitutionnels, qu'ils aient été adoptés avant ou après un acte européen ayant une force obligatoire, celui-ci pouvant découler du droit primaire ou du droit dérivé.

Le Tribunal de Karlsruhe a pour sa part été institué par les articles 92 à 94 de la Loi fondamentale allemande (3), entrée en vigueur le 24 mai 1949. La loi spécifique qui l'organise, a été signée le 12 mars 1951 (4). Il veille au respect de la Constitution et « *de l'ordre fondamental libre et démocratique de l'Allemagne* » (5). A l'occasion de sa jurisprudence fondamentale de l'arrêt « Lisbonne », du 30 juin 2009, il souligne que « *suite à l'expérience de guerres dévastatrices, justement aussi entre les peuples européens, le Préambule de la Loi fondamentale souligne non seulement le fondement moral de l'autodétermination responsable, mais également la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie [...]. Il découle de la continuité de la souveraineté du peuple ancrée dans les États membres et du fait que les États membres demeurent les maîtres des traités – au moins jusqu'à la création formelle d'un État fédéral européen et au changement explicite du sujet source de la légitimité démocratique auquel il faut procéder alors – que les États membres ne peuvent être privés du droit de vérifier que le programme d'intégration est bien respecté[...]. La République fédérale d'Allemagne concourt au développement d'une Union européenne conçue comme un regroupement d'États et à laquelle sont transférés des droits de souveraineté. La notion de regroupement renvoie à une association étroite et permanente d'États demeurant souverains, laquelle exerce des prérogatives de puissance publique sur le fondement de traités. Toutefois, les règles fondamentales de cette association sont à la disposition exclusive des*



(1) Cour de Justice des Communautés européennes, Affaire 6/64 Flaminio Costa contre ENEL, 15 juillet 1964, [disponible ici](#).

(2) *Ibid.*

(3) Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, article 92 à 94, 24 mai 1949, [disponible ici](#).

(4) Act on the Federal Constitutional Court, 12 mars 1951, [disponible ici](#).

(5) BVerfG, *The Court's Duties*, [disponible ici](#).

Etats membres et les peuples, c'est-à-dire les citoyens, des États membres demeurent les sujets conférant la légitimité démocratique » (1).

Fondé sur cette vision de son rôle et au terme d'un long raisonnement technique et juridique, le Tribunal conclut, dans son arrêt du 5 mai, qu'il « *n'est pas lié par la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, mais doit procéder à son propre examen pour déterminer si les décisions de la Banque centrale européenne concernant l'adoption et la mise en œuvre du PSPP restent dans les limites des compétences qui lui sont conférées en vertu du droit primaire de l'Union européenne. Ces décisions ne tenant pas suffisamment compte de la proportionnalité, elles constituent un dépassement des compétences de la BCE » (2).*

L'importance de cet arrêt n'a échappé à personne. Non pas tant par ses effets éventuels sur les politiques de la BCE (bien qu'une telle jurisprudence pourrait s'étendre à d'autres mesures décidées par la BCE, notamment dans le cadre de l'actuelle pandémie de Covid-19), mais par sa dimension institutionnelle. En effet, si les juges de Karlsruhe ont renouvelé une jurisprudence constante (à savoir la volonté du Tribunal constitutionnel d'assumer légitimement le rôle qui lui a été affecté par le constituant allemand), ils l'ont fait en des termes qui marquent une défiance profonde envers les politiques de la BCE mais, et pis encore, envers les arrêts de la CJUE.

Et les réactions n'ont pas tardé. La BCE, première concernée, a sagement « *pris acte de l'arrêt rendu aujourd'hui par la Cour constitutionnelle fédérale allemande concernant le programme d'achat du secteur public* », soulignant toutefois que « *la Cour de justice de l'Union européenne a[vait] statué en décembre 2018 que la BCE[a]v[ait] agi dans le cadre de son mandat de stabilité des prix » (3).*

Plus sèchement, la CJUE a « *rappelé que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, un arrêt rendu à titre préjudiciel par cette Cour lie le juge national pour la solution du litige au principal. Afin d'assurer une application uniforme du droit de l'Union, seule la Cour de justice, créée à cette fin par les États membres, est compétente pour constater qu'un acte d'une institution de l'Union est contraire au droit de l'Union. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité de tels actes seraient en effet susceptibles de compromettre l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de porter atteinte à la sécurité juridique. Tout comme d'autres autorités des États membres, les juridictions nationales sont obligées de garantir le plein effet du droit de l'Union. Ce n'est qu'ainsi que l'égalité des États membres dans l'Union créée par eux peut être assurée » (4).*

Dans la foulée, la présidente de la Commission européenne s'est elle aussi prononcée, rappelant que « *la Commission européenne défend trois principes de base : que la politique monétaire de l'Union est une compétence exclusive ; que le droit européen prévaut sur le droit national ; et que les jugements rendus par la Cour de justice européenne sont contraignants pour les cours de justice nationales. La parole ultime sur le droit européen est rendue au Luxembourg* ». Puis elle s'est faite plus menaçante en annonçant que la Commission analyse « *maintenant le jugement de la Cour*



(1) BVerfG, Arrêt joint dans les affaires 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, 30 juin 2009, [disponible ici](#).

(2) BVerfG, *ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU compétences*, *op. cit.*

(3) BCE, *ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate*, Communiqué de presse, 5 mai 2020, [disponible ici](#).

(4) CJUE, *Communiqué de presse à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020*, Communiqué de presse n° 58/20, 8 mai 2020, [disponible ici](#).



*constitutionnelle allemande dans le détail et examine de possibles prochaines étapes, qui pourraient inclure l'option d'une procédure d'infraction » (1). Pour mémoire, cette dernière, visée à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoit que « si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne ». Rien moins donc qu'une action juridique envisagée par la Commission européenne contre le *bon élève* allemand, à laquelle plusieurs capitales européennes ont toutefois rapidement mis un bémol car le sujet est encore plus sensible politiquement qu'il ne l'est juridiquement.*

En tout état de cause, le dossier est loin d'être clos et influencera sans doute le semestre de présidence allemande du Conseil de l'Union européenne qui débute le 1^{er} juillet prochain. Il faudra sans doute des talents d'équilibriste, voire de magicien, pour sortir de cette situation sans vainqueur ni vaincu. En effet, soit la BCE se justifie dans les trois mois, comme demandé par la Tribunal constitutionnel, et les juges de Karlsruhe, qu'ils soient alors convaincus ou non par cette nouvelle décision, auront créé une jurisprudence constitutionnelle au préjudice de la BCE et plus encore de la CJUE et de son « esprit des Traités ». Soit la BCE se drape dans son « indépendance » et se range derrière la « primauté » du droit et du juge européens pour ne pas répondre à l'ultimatum et, alors, c'est la Loi fondamentale allemande et ses gardiens qui sont désavoués. L'une des deux institutions sortira perdante, ou à tout le moins amoindrie, de ce duel au sommet. Angela Merkel a, semble-t-il, d'ores et déjà choisi son camp en se prononçant expressément en faveur d'une plus grande intégration de la zone euro, citant Jacques Delors pour qui il ne suffit pas d'une union monétaire, il faut une union politique. Mais il y a loin de la coupe aux lèvres et il est peu probable que cette dernière constitue, même si elle devait voir le jour, « la création formelle d'un État fédéral européen et (le) changement explicite du sujet source de la légitimité démocratique », seule à même de faire plier la Cour de Karlsruhe.



(1) Commission européenne, Déclaration de la Présidente von der Leyen, 10 mai 2020, [disponible ici](#).



La décision du 13 février de la Cour de Karlsruhe nie, à nouveau, le caractère absolu de la primauté du droit européen

Après la décision historique du 5 mai de la Cour allemande, arrêtons-nous un moment sur celle du 13 février, passée largement inaperçue mais pourtant également significative. Le projet de création de brevet européen poursuivait l'ambition de l'Organisation européenne des brevets, organisation intergouvernementale créée le 7 octobre 1977 sur la base de la Convention sur le brevet européen (CBE), signée le 5 octobre 1973 à Munich, ville où elle a depuis son siège. Il s'agissait, pour ses fondateurs, de renforcer la coopération entre les États européens dans le domaine de la protection des inventions par une procédure unique de délivrance de brevets et par l'établissement de certaines règles uniformes régissant les brevets ainsi délivrés. L'Organisation compte actuellement trente-huit membres **(1)**. Elle a pour mission de délivrer des brevets européens conformément à la CBE, par l'intermédiaire de son organe exécutif, l'Office européen des brevets.

Après des années de débats entre les États membres, en décembre 2012, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen ont arrêté d'un commun accord le règlement instituant une protection unitaire par brevet dans l'Union, le brevet unitaire valable dans tous les États participants, à l'inverse de la situation prévalant jusqu'alors d'un faisceau commun de brevets applicables à l'échelle nationale **(2)**. Ce nouveau système devait permettre de réduire les coûts de traduction et de maintien en vigueur, et aboutir à un accord international entre les États membres instaurant une juridiction unique et spécialisée en matière de brevets. Une fois délivré, le brevet unitaire est censé offrir une protection uniforme des inventions et avoir un effet équivalent dans tous les pays participants. Ce régime permettrait aux titulaires ou aux parties intéressées de contester et/ou défendre des brevets unitaires par un seul recours juridictionnel devant une instance unique, la Juridiction unifiée du brevet (JUB), système international juridictionnel compétent pour traiter des brevets enregistrés par l'Office mais seulement pour des demandes émanant des États membres de l'Union ayant ratifié l'accord qui l'instaure **(3)**.

C'est l'acte de ratification par l'Allemagne de l'Accord du 19 février 2013 mettant en place cette juridiction unifiée **(4)** qui faisait l'objet d'un recours devant le tribunal constitutionnel allemand et de sa décision (affaire 2BvR739/17). Pour rappel, en 2009, l'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle allemande soulignait qu'aussi longtemps qu'« *aucun peuple européen unifié, comme source de légitimité, ne pourra exprimer une volonté majoritaire par des voies politiques effectives, tenant compte de l'égalité dans le contexte de la fondation d'une Etat européen fédéral, les peuples de l'Union, constitués dans les Etats membres demeurent les titulaires exclusifs de l'autorité publique* ». Ce faisant, elle maintenait l'esprit de sa jurisprudence dite *So lange* (« aussi longtemps que », en allemand), dans ses versions I de 1974 et II de 1986, dans lesquelles,



(1) Tous les États membres de l'UE, ainsi que l'Albanie, la Macédoine du Nord, l'Islande, le Liechtenstein, la Principauté de Monaco, la Norvège, la République de Saint-Marin, la Serbie, la Suisse et la Turquie.

(2) Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement (UE) n° 1257/2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet (JO OEB 2013, 111), 17 décembre 2012, [disponible ici](#).

(3) Unified Patent Court, *A single patent court covering 25 countries*, [disponible ici](#).

(4) Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, 19 février 2013, [disponible ici](#).



sommairement, elle conserve un droit de contrôle en matière de droits fondamentaux, ne contrôlant alors les normes européennes par rapport aux droits fondamentaux allemands qu'« aussi longtemps que » le droit européen offre une protection des droits fondamentaux globalement équivalente à celle de la loi fondamentale allemande. Elle retient donc le principe de la primauté du droit européen, cher aux institutions européennes et en premier lieu à la CJUE pour qui cette suprématie vaut même pour les textes constitutionnels **(1)** mais, en même temps, si les juges de Karlsruhe estiment qu'il y a conflit au détriment d'une ou plusieurs dispositions les plus importantes du droit constitutionnel allemand, ils se réservent ainsi un pouvoir de rejet d'une norme européenne. Dans le cas d'espèce, c'est la conjugaison des articles 20 (Fondements de l'ordre étatique, droit et résistance), 23 (L'Union européenne) et 38 §1 (Élections) de la Loi fondamentale allemande qui est en cause. Ils protègent le peuple allemand contre un transfert de ses droits souverains en lui accordant notamment un droit vis-à-vis du *Bundestag*, du *Bundesrat* et du gouvernement fédéral, à attendre d'eux de veiller au respect du programme d'intégration prévu par la loi d'adhésion à l'UE : les institutions et organes de l'UE doivent ainsi respecter les limites du programme d'intégration prévu par la loi d'approbation. C'est ce que la Cour constitutionnelle fédérale examine dans le cadre du contrôle *ultra-vires*.

Ainsi, pour le Second Sénat de la Cour de Karlsruhe (une de ses formations de jugement), l'acte de ratification de l'accord sur une juridiction unifiée des brevets qui confère des pouvoirs souverains à cette dernière est juridiquement « nul » **(2)**. Le fait de transférer à cette juridiction des fonctions judiciaires qui remplacent les tribunaux allemands, s'apparente à un amendement important de la Constitution allemande, et singulièrement du pouvoir judiciaire tel qu'établi à son article 92 (Organisation judiciaire). Or, en vertu de son article 79§2 (Modifications de la Loi fondamentale), toute loi susceptible de constituer un tel amendement requiert pour être votée la majorité des deux tiers au *Bundestag* et au *Bundesrat*.

La Cour fédérale souligne donc que, pour sauvegarder le droit des citoyens d'influencer le processus d'intégration européenne par des moyens démocratiques, la Loi fondamentale dispose qu'un transfert de pouvoirs souverains ne peut être consenti que de la manière prévue par ses dispositions pertinentes. En l'espèce, l'exigence d'une majorité des deux tiers permet, selon le texte constitutionnel, de légitimer une décision qui, fondamentalement, affaiblit les droits et les pouvoirs du législateur et à travers lui du peuple allemand, allant jusqu'à affecter les garanties démocratiques essentielles de la Loi fondamentale qui fondent et protègent par l'identité constitutionnelle de l'Allemagne.

Fondamentalement, aux yeux des juges de Karlsruhe, et ce depuis le premier arrêt *So lange* de 1974, il ne saurait y avoir d'« esprit » des Traités considérés comme « charte constitutionnelle » de l'Union et sources d'une « primauté » absolue de son droit **(3)**, mais une appartenance à la construction européenne et à ses politiques sous leur contrôle à eux quand le droit et les politiques de l'Union touchent, fût-ce *via* des détails, aux fondements essentiels de la démocratie allemande.



(1) Voir Institut Thomas More, *Principes, institutions, compétences : recentrer l'Union européenne*, rapport 19, mai 2019, p.17, [disponible ici](#).

(2) BVerfG, Leitsätze zum Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2020 - 2 BvR 739/17, [disponible ici](#). Voir également le communiqué de presse, BVerfG, *Act of Approval to the Agreement on a Unified Patent Court is void*, Press Release No. 20/2020, 20 mars 2020, [disponible ici](#).

(3) Institut Thomas More, *Principes, institutions, compétences : recentrer l'Union européenne*, op. cit., p. 19.



Au cœur du débat, la légitimité forcément seconde de l'Union européenne

On le comprend à l'issue de cette analyse, le débat relancé par la position de la Cour de Karlsruhe dans ces deux affaires, position conforme à sa jurisprudence, sera d'autant plus difficile à trancher qu'il est, en l'état actuel des choses, insoluble. Car ce qui se dresse derrière ses arguments juridiques est une question politique fondamentale : celle de la légitimité.

Nous avons en effet déjà mentionné que deux légitimités s'affrontent ici. Mais il faut souligner avant toutes choses qu'elles ne sont pas sur un pied d'égalité, et que l'une est fondamentalement, naturellement, ontologiquement supérieure à l'autre, d'abord parce qu'elle est antérieure, mais cela ne suffisant pas, parce que surtout l'une découle de l'autre. Le Tribunal de Karlsruhe en a parfaitement conscience et, ce qui se conçoit clairement s'énonçant aisément, l'a rappelé plusieurs fois dans ses différents arrêts : au moins jusqu'à la création formelle d'un État fédéral européen et au changement explicite du sujet source de la légitimité démocratique, et aussi longtemps donc qu'aucun peuple européen unifié, comme source de légitimité, ne pourra exprimer une volonté majoritaire par des voies politiques effectives, tenant compte de l'égalité dans le contexte de la fondation d'un État européen fédéral, les peuples de l'Union, constitués dans les États membres demeurent les titulaires exclusifs de l'autorité publique.

Dans ce duel, il semble donc que nous ayons plutôt une « légitimité » qui demeure celle incarnée par des démocraties nationales, déléguant certaines de leurs compétences à ce qui crée alors une « légalité » des institutions européennes. Comme l'a magistralement écrit l'ancien ambassadeur Gabriel Robin, *« l'État-nation n'appartient pas au décor du monde, il relève de sa structure. Hors du cadre qu'il fournit aux populations, il n'y a de base solide ni pour la légitimité des gouvernants ni pour la loyauté des gouvernés, ni pour l'autorité de la loi ni pour la solidarité des citoyens [...] Individuellement, chaque État-nation garantit l'ordre de sa sphère interne ; il lui sert de cadre. Collectivement ils assument la responsabilité de l'ordre universel ; ils en sont la charpente »* (1).

Le modèle le plus achevé d'organisation internationale que constitue l'UE a ainsi trop tendance à oublier, voire à nier, qu'il n'est jamais que le fruit d'une coopération entre ses États membres. Ces derniers demeurent pourtant, dans nos sociétés démocratiques, et en dépit de l'imperfection de leur organisation et parfois des fautes de leurs dirigeants, les seuls cadres existant pour une véritable vie démocratique et le premier moyen de prendre en compte le bien commun d'une communauté. La plupart de ces États ne sont pas la conséquence d'une décision unilatérale prise il y a longtemps par un monarque solitaire, mais le fruit d'un long processus culturel, linguistique, politique qui a conduit à la création d'un organisme vivant exprimant la volonté, malgré toutes les différences et les difficultés, de construire en commun.

Les chances, à vue d'homme, de voir aboutir l'interminable processus visant à constituer *ex nihilo* un « peuple européen » demeurent hautement hypothétiques, inversement proportionnelles à la volonté sans cesse réaffirmée des institutions européennes de le susciter à tout prix, *« whatever it takes »*. Beaucoup d'intellectuels contemporains dénoncent aujourd'hui à raison ce qu'on appelle la



(1) Gabriel Robin, *Entre empire et nations. Penser la politique étrangère*, Paris, Odile Jacob, 2004.



« post-vérité » : prenons garde à toute tentation de « post-démocratie ». La légitimité des institutions européennes est seconde et ne peut être que seconde – issue de celle de ses membres.

Pour sortir par le haut de ce conflit de légitimité, il conviendra sans doute, après la période inédite que nous connaissons, de redéfinir profondément les rôles de chacun. Et, tirant les leçons tant des origines lointaines de la crise sanitaire que nous traversons que des raisonnements justes et solides des juges constitutionnels allemands, de revenir au réel des peuples, d'oublier les chimères d'une « mondialisation heureuse » et d'une construction européenne « sans cesse plus étroite ». Sur ce dernier chapitre, l'Institut Thomas More avait fait, en mai 2019, quelques propositions pour nourrir la réflexion sur une réforme de l'Union européenne **(1)**.

Au point où nous en sommes de défiance des peuples et de nombre d'institutions politiques et judiciaires nationales, il paraît en effet indispensable de repenser fondamentalement la construction européenne. Et de la repenser sur une base à la fois modeste et solide, en proclamant la fin de toute tentation fédéraliste, en actant le caractère intergouvernemental de la coopération européenne et en concentrant l'Union européenne sur les missions où sa valeur ajoutée n'est objectivement pas contestable. C'est donc sur une base qu'on peut qualifier de « confédérale » et qui applique strictement le principe de subsidiarité qu'il faut la refonder. Car, *« n'en déplaise aux volontaristes, l'on observe que c'est finalement l'exigence démocratique nationale – respect de la vox , Royaume-Uni et respect de la constitution allemande – qui par deux fois vient de bousculer de construction européenne »* **(2)**...



(1) Institut Thomas More, *Principes, institutions, compétences : recentrer l'Union européenne*, op. cit.,

(2) Cédric Meiller et Vincent Chapuis, *Salut temps pour la juridiction unifiée du brevet*, Dalloz actualités, 8 avril 2020, [disponible ici](#).

Nos publications



- Traçage numérique : pourquoi c'est non**, Cyrille Dalmont, avril 2020
- Pourquoi faut-il soutenir l'île-État de Taïwan**, Jean-Sylvestre Mongrenier et Laurent Amelot, avril 2020
- La planète à l'heure du coronavirus : un monde affolé qui bascule dans l'inconnu**, Jean-Sylvestre Mongrenier, mars 2020
- Municipales 2020 : propositions pour la revitalisation des centres-villes et des centres-bourgs**, Édouard Guillot, février 2020
- Municipales 2020 : propositions pour la famille et les solidarités de proximité**, Elizabeth Montfort, février 2020
- Municipales 2020 : propositions pour la sécurité**, Édouard Guillot, février 2020
- Municipales 2020 : propositions pour l'écologie locale**, Jean-Thomas Lesueur et Édouard Guillot, février 2020
- Municipales 2020 : propositions pour le développement économique local**, Sébastien Laye, février 2020
- De l'« OTAN arabe » à l'« OTAN Moyen-Orient » : quels enjeux pour les puissances occidentales ?**, Jean-Sylvestre Mongrenier, janvier 2020
- Conférence sur l'avenir de l'Europe : beaucoup de bruit pour rien ?**, Jérôme Soibinet, décembre 2019
- Nation et religion : l'expérience marocaine**, Sophie de Peyret, décembre 2019
- Les causes monétaires de l'échec économique français**, Sébastien Laye et Didier Long, décembre 2019
- Macron, l'OTAN et la défense de l'Europe : un président ne devrait pas dire ça**, Jean-Sylvestre Mongrenier, novembre 2019
- L'islam en France, le temps des solutions : 35 propositions pour agir maintenant**, Sophie de Peyret, novembre 2019
- Emmanuel Macron au piège de la « souveraineté européenne »**, Jérôme Soibinet, octobre 2019
- L'opération turque dans le Nord-Est syrien, sa portée militaire et ses perspectives géopolitiques**, Jean-Sylvestre Mongrenier, octobre 2019
- Terrorisme et lutte contre le financement du terrorisme en Afrique de l'Ouest**, A. Tisseron, également disponible en anglais, septembre 2019
- Libertés religieuses : le Parti communiste chinois contre les religions**, E. Dubois de Prisque et J.-S. Mongrenier, septembre 2019
- Familles monoparentales et PMA : quand la loi fabrique de la fragilité sociale**, Elizabeth Montfort, septembre 2019
- Projet de loi « engagement et proximité » : un geste pour les communes modestes et technocratique**, Jean-Thomas Lesueur, juillet 2019
- Le système de crédit social : comment la Chine évalue, récompense et punit sa population**, Emmanuel Dubois de Prisque, juillet 2019
- PMA, filiation, transmission : quels sont les besoins de l'enfant ?**, E. Montfort, M. Fontanon-Missenard, Ch. Flavigny et Ch. Delsol, juin 2019
- Géopolitique et ambitions militaires de la France : l'Europe ne suffit pas**, Jean-Sylvestre Mongrenier, juin 2019
- Après les élections du 26 mai, la « doctrine Macron » à l'assaut de l'Europe**, Jean-Thomas Lesueur et Jérôme Soibinet, mai 2019
- L'« armée européenne », la défense de l'Europe et les enjeux géopolitiques occidentaux**, Jean-Sylvestre Mongrenier, mai 2019
- Principes, institutions, compétences : recentrer l'Union européenne**, rapport, mai 2019
- Pour une autre politique monétaire. Flexibiliser l'euro et réformer la BCE**, Sébastien Laye, mai 2019
- Quelle contribution européenne face aux nouveaux défis de l'immigration ?**, rapport, avril 2019
- Les origines économiques du mouvement des « gilets jaunes »**, Sébastien Laye, mars 2019
- Usage et force des symboles dans la stratégie de Daesh. L'exemple du drapeau**, Sophie de Peyret, mars 2019
- Politique française dans le golfe Arabo-persique : une nécessaire clarification**, Jean-Sylvestre Mongrenier, mars 2019
- Menace jihadiste : les États du golfe de Guinée au pied du mur**, Antonin Tisseron, également disponible en anglais, mars 2019
- Pour une école de la liberté et des responsabilités**, rapport, février 2019
- La démocratie en circuit court. Plaidoyer pour la réforme de l'État, la décentralisation et le RIP local**, Jean-Thomas Lesueur, février 2019
- La Chine e(s)t le monde. Essai sur la sino-mondialisation**, livre d'E. Dubois de Prisque et S. Boisseau du Rocher, éditions Odile Jacob, 2019
- Les migrations de masse, le droit international et le « Pacte mondial » de l'ONU**, Jean-Thomas Lesueur, décembre 2018
- Intelligence artificielle et santé : 10 propositions anti-brouillard pour régulation éclairée**, Cyrille Dalmont, novembre 2018
- Chine-Afrique : au-delà des intérêts économiques, l'indifférence réciproque**, Emmanuel Dubois de Prisque, septembre 2018
- 2008-2018 : a-t-on retenu les leçons de la crise financière ?**, Sébastien Laye, septembre 2018
- Stabiliser le Moyen-Orient : acteurs, menaces, stratégies**, Jean-Sylvestre Mongrenier, disponible en anglais, juillet 2018
- La Pologne, acteur géostratégique émergent et puissance européenne**, Jean-Sylvestre Mongrenier, juin 2018
- L'accord nucléaire iranien, la stratégie américaine et les illusions européennes**, Jean-Sylvestre Mongrenier, mai 2018
- Quelle politique migratoire pour la France ?**, Jean-Thomas Lesueur, mai 2018
- Brexit : quelles conséquences pour la puissance britannique ?**, Pierre-Alain Coffinier, également disponible en anglais, avril 2018
- Péril sur l'électricité belge**, livre de Jean-Pierre Schaecken Willemaers, Bruxelles, Texquis, 2018
- La France a-t-elle besoin d'un deuxième porte-avions ?**, Jean-Sylvestre Mongrenier, 2^e édition, avril 2018
- Formation professionnelle : 6 propositions pour aller plus loin**, Michel Fourmy, avril 2018
- Le modèle scandinave est-il bon pour la France ?**, Sébastien Laye, février 2018
- Coopération structurée permanente : un étroit chemin vers une défense européenne**, Jean-Sylvestre Mongrenier, décembre 2017
- Stratégie américaine au Sahel : vers un tournant décisif ?**, Jérôme Pigné, novembre 2017
- XIXe congrès du PCC : le triomphe de la religion politique chinoise**, Emmanuel Dubois de Prisque, octobre 2017
- Revue stratégique : une « France forte » mais avec quels moyens ?**, Jean-Sylvestre Mongrenier, octobre 2017
- Macron et l'Europe : un volontarisme sans dessein ni méthode**, Jean-Sylvestre Mongrenier, septembre 2017
- L'utopie du tout renouvelable**, livre de Jean-Pierre Schaecken Willemaers, Bruxelles, éditions de l'Académie royale de Belgique, 2017
- Les cinq scénarios du Brexit**, Pierre-Alain Coffinier, juillet 2017
- Gaullo-mitterrandisme ou néo-conservatisme : quelle diplomatie pour la France ?**, Jean-Sylvestre Mongrenier, juin 2017
- Législatives 2017 : les failles du programme économique de la « République en marche ! »**, Sébastien Laye, juin 2017
- L'Asie du Sud-Est et la tentation autoritaire : l'impact du modèle chinois**, E. Dubois de Prisque et S. Boisseau du Rocher, juin 2017
- Élections présidentielles 2017 : le comparateur de programmes**, en partenariat avec *Le Figaro*, février-mai 2017
- Les Européens : combien de divisions ?**, Note de Benchmarking, mai 2017
- Refonder la politique de lutte contre la pauvreté**, rapport, avril 2017
- Refonder la politique du handicap**, note, mars 2017

Jérôme Soibinet est chercheur associé à l'Institut Thomas More et chargé de cours en droit de l'Union européenne à l'ICES. Il a contribué au rapport *Principes, institutions, compétences : recentrer l'Union européenne*, paru en mai 2019, qui formule 28 propositions pour refonder l'Europe, une Europe strictement confédérale basée sur la coopération libre et volontaire des peuples et des nations, qui assume moins de compétences pour être meilleure là où elle est indispensable.

Programme

Vivre l'Europe

Le Programme *Vivre l'Europe* analyse la crise profonde de l'Union européenne et fait des propositions en faveur d'une Europe clairement confédérale, fière de ses racines et respectueuse du principe de subsidiarité. L'Union européenne et ses membres doivent se préparer à une refondation et chercher les moyens d'un authentique patriotisme de civilisation.

Paris

8, rue Monsigny, F-75 002 Paris
Tel : +33 (0)1 49 49 03 30

Bruxelles

Avenue Walkiers, 45, B-1160 Bruxelles
Tel : +32 (0)2 374 23 13

www.institut-thomas-more.org
info@institut-thomas-more.org

Ce document est la propriété de l'Institut Thomas More asbl. Les propos et opinions exprimés dans ce document n'engagent que la responsabilité de l'auteur. Sa reproduction, partielle ou totale, est autorisée à deux conditions : obtenir l'accord formel de l'Institut Thomas More asbl et en faire apparaître lisiblement sa provenance.

© Institut Thomas More asbl, mai 2020

