

GEDIP – Réunion virtuelle 2020 – Actualités du droit de l'Union

**Limites de l'intégration européenne dans la jurisprudence récente du
Bundesverfassungsgericht : répercussions potentielles sur le droit international privé**

Résumé

Par arrêt du 5.5.2020, le Bundesverfassungsgericht (BVerfG) allemand a jugé que le programme d'achat d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires de la Banque Centrale Européenne ainsi que l'arrêt préjudiciel C-493/17 de la CJUE y relatif avaient été pris en excès de compétence (« ultra vires ») et étaient inopérants en Allemagne. Pour bien situer cet arrêt et le conflit ainsi déclenché, un regard sur la jurisprudence du BVerfG relative à l'intégration européenne est indispensable. Dans ses arrêts concernant la ratification par l'Allemagne du traité de Maastricht (1993) et celui de Lisbonne (2009), la haute juridiction avait déjà exposé sa vision de l'Union européenne comme confédération sui generis d'États souverains soumis au principe d'attribution et précisé que toute action des pouvoirs allemands favorisant l'intégration européenne doit respecter la double limite de se tenir dans les confins des compétences attribuées par les traités et de ne pas mettre en cause l'identité constitutionnelle de l'Allemagne résultant de la Loi fondamentale. Une ordonnance du 13.2.2020 a encore étendu ce pouvoir de contrôle, le BVerfG vérifiant désormais aussi la régularité formelle des actes du législateur allemand en matière de l'intégration européenne. Tant l'arrêt concernant le traité de Lisbonne que l'ordonnance du 13.2.2020 (qui concerne la ratification de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet) ont des répercussions potentielles sur le droit international privé. Si ces répercussions sont assez bien définies dans l'arrêt « Lisbonne », elles sont moins visibles mais néanmoins présentes dans l'ordonnance du 13.2.2020.

Sommaire

I. Introduction : l'ambivalence dans la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* relative à l'intégration européenne. Les limites de l'intégration d'après les arrêts « Maastricht » et « Lisbonne »

II. Du conflit latent au conflit patent : L'arrêt du 5 mai 2020 qualifiant d'*ultra vires* le programme d'achat *PSPP* de la BCE et refusant de suivre la CJUE en la matière

III. Le *BVerfG* bloque la réforme du droit européen des brevets : L'ordonnance du 13.2.2020 annulant la loi autorisant la ratification par l'Allemagne de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet

IV. Répercussions potentielles de la jurisprudence du *BVerfG* en matière de l'intégration européenne sur le droit international privé

1. Droit de famille et identité constitutionnelle
2. L'incompétence des juridictions nationales comme problème de droit constitutionnel

I. Introduction : l'ambivalence dans la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* relative à l'intégration européenne. Les limites de l'intégration d'après les arrêts « Maastricht » et « Lisbonne »

1. – En Allemagne, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht* – *BVerfG*) relative à l'intégration européenne a toujours été marquée d'une certaine ambivalence dont les éléments principaux et opposés sont, d'une part, le soutien à la participation de l'Allemagne à l'évolution de l'intégration et, d'autre part, le maintien de l'identité constitutionnelle de l'État telle qu'elle s'exprime dans les principes de base du *Grundgesetz* (Loi fondamentale – LF). Ainsi, en 1974, le *BVerfG* s'est réservé le droit de contrôler les actes adoptés par les institutions européennes afin de sanctionner d'éventuelles violations des droits fondamentaux garantis par la LF. Ce contrôle devait être exercé, selon la Cour, aussi longtemps (« *solange* ») que le droit communautaire ne comprend pas un catalogue de droits fondamentaux adopté par un parlement et adéquat au catalogue correspondant de la LF (arrêt « *Solange I* »).¹ Douze ans plus tard, en 1986, la Cour de Karlsruhe est revenue sur cette jurisprudence au vu de l'évolution du droit communautaire et a déclaré de ne plus exercer son pouvoir juridictionnel (« *seine Gerichtsbarkeit* ») relative à l'application du droit communautaire en Allemagne aussi longtemps que les Communautés européennes, en particulier la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, assurent une protection effective des droits fondamentaux qui est équivalente en substance à la protection garantie par les droits fondamentaux de la LF (arrêt « *Solange II* »).² Cette autolimitation du pouvoir juridictionnel du *BVerfG* – et la confiance en la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qu'elle exprime – a dorénavant caractérisé les rapports entre les deux juridictions. La conséquence principale de cette position est que le *BVerfG* ne vérifie plus si le droit communautaire (aujourd'hui le droit de l'Union) directement applicable en Allemagne respecte les droits fondamentaux de la LF. En outre, la Cour de Karlsruhe reconnaît que la Cour de justice des Communautés (devenue en 2009 la Cour de justice de l'Union européenne) est le juge naturel pour contrôler la régularité du droit communautaire dérivé, y compris le respect des droits fondamentaux désormais garantis par le droit des Communautés, et que le fait de ne pas saisir la Cour de Luxembourg d'un renvoi préjudiciel peut violer la garantie du juge légal (« *gesetzlicher Richter* ») au sens de la LF.

¹ BVerfGE 37, 271 (*Solange I*).

² BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

2. – Sept ans après l'arrêt « *Solange II* », en 1993, le contrôle de la loi de ratification par l'Allemagne du traité de Maastricht fut l'occasion pour le *BVerfG* de définir dans un arrêt de principe sa vision de l'intégration européenne en tant que « processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » (Art. 1, par. 2 TUE) et son propre rôle à cet égard.³ Pour la Cour de Karlsruhe, l'Union européenne est une formation d'États *sui generis* dont les maîtres (« *die Herren der Verträge* ») restent les États membres, lesquels ont certes transféré à l'Union certains droits de souveraineté mais dans des limites dont ils gardent le contrôle. Aussi l'Union européenne n'est pas une fédération, un *Bundesstaat*, mais une sorte de confédération d'États souverains, un « *Staatenverbund* ». La Cour explique que les limites de l'intégration, bien que non définies concrètement, sont néanmoins certaines et résultent du déficit démocratique de l'Union, dû à l'absence d'un « peuple européen » et d'une véritable représentation (le Parlement européen ne remplissant qu'une fonction d'appui, une « *Stützfunktion* »). Il en découle que la légitimation démocratique du pouvoir législatif de l'Union n'est qu'une légitimation *dérivée* dont la source est la légitimation démocratique originaire des parlements (et des gouvernements) des États membres. Il est partant essentiel que les États membres gardent des tâches suffisamment importantes (« *hinreichend bedeutsame Aufgabenfelder* »), et les compétences y relatives. En effet, selon la Cour, le droit de vote du citoyen serait vidé de son contenu si le législateur ne disposait plus de champs d'action adéquats en raison du transfert de compétences essentielles à l'Union européenne.

On soulignera dans ce contexte que le droit de vote, garanti par l'article 38 LF, joue un rôle-clé dans l'argumentation de la Cour. Pour le *BVerfG*, il s'agit d'un droit équipollent à un droit fondamental dont la violation peut être critiquée par tout citoyen au moyen d'un recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) prévu par la LF (Art. 93, Par. 1, n° 4a). C'est par ce biais que la Cour arrive à la recevabilité des recours individuels adressés contre le traité de Maastricht : le risque que le droit de vote des requérants soit sans contenu puisque les compétences substantielles ont été transférées à l'Union européenne peut faire l'objet d'un recours individuel.

Dans l'arrêt « Maastricht », la Cour a rejeté les recours constitutionnels quant au fond. Elle a estimé que le « programme d'intégration » (« *Integrationsprogramm* ») du traité est suffisamment précis pour répondre aux exigences constitutionnelles qu'elle venait de définir. Toutefois, elle rappelle l'importance du principe d'attribution (« *Grundsatz der begrenzten*

³ BVerfGE 89, 155 (arrêt *Maastricht*).

Einzelermächtigung ») et se réserve le droit de contrôler si l'Union respecte les limites des compétences attribuées par les traités et qui ont fait l'objet de la loi de ratification. Tout acte des institutions de l'Union pris *ultra vires*, c'est-à-dire en violation de ces limites, est inopérant en Allemagne et sans effet contraignant pour les autorités nationales. La justification de ce contrôle fait apparaître le désaccord, voire la dissension entre le *BVerfG* et la CJUE au sujet de la nature et des effets du droit de l'Union : si pour la Cour de Luxembourg la primauté et l'effet direct de ce droit proviennent de son *autonomie* en tant qu'ordre juridique indépendant, la Cour de Karlsruhe insiste sur ce que le droit de l'Union ne détient ces caractéristiques que sur le fondement et dans les limites de la loi de ratification. Or, la menace sous-jacente qu'implique la théorie de l'acte *ultra vires*, développée dans l'arrêt « Maastricht », est restée sans conséquence jusqu'à l'arrêt « BCE » du 5 mai 2020.

Néanmoins, l'arrêt « Maastricht » a donné lieu à une réécriture des dispositions de la Loi fondamentale relatives à l'intégration européenne qui incorpore désormais les paramètres d'où découlent les limites de l'intégration auxquelles cet arrêt se réfère. En effet, depuis 1993 l'article 23, par. 1, LF dispose ce qui suit :

Artikel 23 [Verwirklichung der Europäischen Union] Article 23 [Réalisation de l'Union européenne]

(1) ¹Zur Verwirklichung eines Vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. ²Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen. ³Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3.

(1) ¹Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. ²A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. ³L'article 79, al. 2 et 3⁴ est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels compléments ou modifications.

⁴ L'article 79 LF régit la modification de la Loi fondamentale. Toute loi modifiant la LF doit être adopté par les deux tiers des membres du Bundestag et du Bundesrat (par. 2) ; en outre, est interdite toute modification qui toucherait, entre autres, aux principes énoncés aux articles 1 (protection de la dignité de la personne humaine et des droits fondamentaux) et 20 (qui dispose notamment que la République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social).

3. – La ratification par l’Allemagne du traité de Lisbonne fournit, seize ans après l’arrêt « Maastricht », l’occasion au *BVerfG* de confirmer sa vision de la nature de l’Union européenne et de préciser davantage les limites de l’intégration qui en découlent.⁵ La Cour insiste sur le principe d’attribution et définit les conditions pour la participation de l’Allemagne à la révision simplifiée du TFUE, ainsi que pour l’utilisation des « passerelles » prévues dans ce traité, qui permettent notamment de passer, dans un secteur donné, de la « procédure législative spéciale » (où le Conseil statue à l’unanimité après consultation du Parlement) à la « procédure législative ordinaire » (co-décision du Parlement et du Conseil, ce dernier statuant à la majorité qualifiée). Pour ces procédures de modification et de révision, la ratification par les États membres n’est pas requise. Toutefois, la proposition de la Commission est transmise aux parlements nationaux, et en cas « d’opposition d’un parlement national (...) la décision n’est pas adoptée ». ⁶ Or, pour le *BVerfG*, le simple silence du législateur ne suffit pas pour légitimer la participation de l’Allemagne à la révision ou modification envisagée. Aussi la Cour exige-t-elle en principe⁷ une loi *préalable* du Bundestag,⁸ approuvée par le Bundesrat, telle que prévue à l’article 23, par. 1, LF. La Cour précise⁹ qu’une telle loi est nécessaire notamment dans le cas de l’utilisation de la passerelle prévue à l’article 81, par. 3, TFUE, pour « une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière ». Le concours du législateur allemand dans ces conditions fait partie des obligations que la Cour met à la charge des pouvoirs de l’État et qui résultent de la « responsabilité dans le cadre du processus d’intégration » (« *Integrationsverantwortung* ») ; ces obligations ont été précisées dans une loi y relative, modifiée à la suite de l’arrêt du *BVerfG*.¹⁰

Or, l’arrêt « Lisbonne » va plus loin. Reprenant l’idée déjà exprimée dans l’arrêt « Maastricht », la Cour insiste sur ce que l’unification européenne ne saurait être réalisée de sorte que les États membres ne disposent plus de possibilités suffisantes permettant « l’organisation politique des conditions de vie économiques, culturelles et sociales »

⁵ BVerfGE 123, 267 (arrêt *Lisbonne*).

⁶ Cf. l’article 48, par. 7, TUE, et, entre autres, l’article 81, par. 3, TFUE.

⁷ Pour l’utilisation des « passerelles » une loi n’est pas nécessaire lorsque la matière concernée est suffisamment circonscrite (« *hinreichend bestimmt* ») dans le traité.

⁸ Concrètement, le représentant allemand au Conseil ne peut donner son approbation que sur la base d’une loi adoptée à cette fin.

⁹ N° 319 de l’arrêt.

¹⁰ Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (IntVG).

(« *politische Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse* »). Elle précise que « l’auto-détermination démocratique » implique, notamment, « la possibilité de s’affirmer dans son propre espace culturel » (« *die Möglichkeit, sich im eigenen Kulturraum verwirklichen zu können* ») et que les décisions concernant notamment le secteur de l’éducation, le régime linguistique, la condition des communautés religieuses et, *last but not least*, le droit de famille doivent rester de la compétence des États membres.¹¹ S’agissant de ce dernier secteur, la Cour pouvait compter sur l’appui d’une partie de la doctrine qui affirmait que des questions relatives aux rapports de famille seraient hors de l’emprise de l’Union européenne et qui donnait comme exemple un règlement établissant un régime communautaire du mariage homosexuel et prévoyant un droit d’adoption pour les partenaires.¹² En ce qui concerne le pouvoir de contrôle du *BVerfG*, l’arrêt confirme qu’il appartient à la Cour de vérifier si les actes pris par les institutions européennes compte tenu du principe de subsidiarité respectent les limites des compétences attribuées par les traités, et qu’un acte pris *ultra vires* est sans effet en Allemagne. La Cour ajoute qu’elle contrôle en outre si les actes de l’Union respectent « l’essence intangible de l’identité constitutionnelle de la Loi fondamentale » (« *der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes* ») telle qu’elle ressort des articles 23, par. 1, et 79, par. 3, LF.¹³ Par le renvoi à l’article 79, par. 3, le *BVerfG* fait comprendre que les limites du principe démocratique que l’Union doit respecter sont inviolables et résisteraient même à une modification de la Loi fondamentale.

* * *

Voilà la toile de fond devant laquelle on évoquera deux décisions du *BVerfG*, adoptées en 2020, dont l’une déclenche pour la première fois un conflit ouvert avec la CJUE au sujet d’un programme de la Banque Centrale Européenne (BCE), tandis que l’autre renforce de manière inédite le contrôle que la Cour de Karlsruhe exerce sur la participation de l’Allemagne aux projets accompagnant et favorisant l’intégration européenne. C’est cette dernière décision, par laquelle le *BVerfG* a annulé la loi autorisant la ratification par l’Allemagne de l’accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, qui peut soulever des interrogations de droit international privé, étant donné que des répercussions sur cette matière résultent déjà de l’arrêt « Lisbonne » de la Cour de Karlsruhe.

¹¹ Cf. notamment n° 249 et n° 260 de l’arrêt.

¹² J. Isensee, „Familienpolitik als Kompetenzfrage“, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2009, p. 801 s.

¹³ Voir *supra*, note 4.

II. Du conflit latent au conflit patent : L'arrêt du 5 mai 2020 qualifiant d'*ultra vires* le programme d'achat *PSPP* de la BCE et refusant de suivre la CJUE en la matière

Par arrêt du 5 mai 2020, le *BVerfG* a qualifié d'*ultra vires* le programme d'achat *PSPP* (*Public Sector Asset Purchase Programme*)¹⁴ de la Banque Centrale Européenne (BCE) et refusé de suivre l'arrêt préjudiciel de la CJUE en la matière qu'il avait lui-même sollicité. Faisant droit à plusieurs recours constitutionnels, la Cour jugea que le gouvernement fédéral et le Bundestag ont violé les droits des requérants¹⁵ dans la mesure où ils se sont abstenus d'agir contre l'omission de la BCE qui n'a, dans ses décisions relatives à l'adoption et à la mise en œuvre du *PSPP*, ni vérifié ni précisé la conformité au principe de proportionnalité des mesures adoptées.¹⁶ Pour le *BVerfG*, l'arrêt préjudiciel de la CJUE du 11 décembre 2018¹⁷ ne fait pas obstacle à cette constatation puisque, s'agissant du contrôle du respect du principe de proportionnalité par les décisions prises pour la mise en œuvre du *PSPP*, la motivation de l'arrêt « n'est tout simplement plus compréhensible » (« *schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar* ») et doit ainsi être considéré comme étant lui-même rendu *ultra vires*. À cet égard, la Cour de Karlsruhe souligne qu'elle doit certes respecter les décisions de la CJUE y compris dans les cas où celle-ci parvient à des conclusions auxquelles des arguments sérieux pourraient être opposés, pour autant que ces conclusions « reposent sur des principes méthodologiques reconnus et ne paraissent pas objectivement arbitraires ». Or, le point de vue de la CJUE selon lequel la décision de la BCE relative au *PSPP* et ses modifications apportées par la suite entrent encore dans la compétence de la BCE méconnaît manifestement l'importance et la portée du principe de proportionnalité (article 5, par. 1 et 4, TUE), qui doit être respecté également dans le domaine de la répartition des compétences. En raison de l'absence totale de prise en compte des effets réels du *PSPP* sur la politique économique, la conclusion de la Cour de Luxembourg ne serait méthodologiquement tout simplement pas soutenable (« *methodisch schlechterdings nicht mehr vertretbar* »). Pour faire comprendre cette critique écrasante, le *BVerfG* explique que l'approche de la CJUE de laisser de côté les effets réels lors de l'examen de la question de la proportionnalité et de ne pas procéder à une appréciation d'ensemble manque aux exigences qu'un examen compréhensible du respect du mandat du Système européen de banques centrales (SEBC) et de la BCE en

¹⁴ Programme d'achat d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires.

¹⁵ À l'instar des affaires concernant les traités de Maastricht et de Lisbonne, la Cour se réfère aux dispositions de la LF qui garantissent le droit de vote (Art. 38, par. 1) et le principe de l'État démocratique (Art. 20, par. 1 et 2), inviolable en vertu de l'article 79, par. 3, LF.

¹⁶ Le *BVerfG* constate que les décisions du Conseil de la BCE au sujet du *PSPP* doivent être qualifiées d'*ultra vires* au regard des articles 119 et 127 s. TFUE et des articles 17 s. du statut de la BCE.

¹⁷ C-493/17, Weiss e.a.

matière de politique monétaire devrait remplir. Une telle approche ne permettrait plus au principe de proportionnalité de remplir sa fonction de mécanisme correcteur protégeant les compétences des États membres, ce qui aboutit en définitive à vider de son sens le principe d'attribution. Le *BVerfG* poursuit que, n'étant pas lié par l'arrêt de la CJUE, il lui appartient d'apprécier de manière autonome si, en adoptant les décisions de création et de mise en œuvre du *PSPP*, l'Eurosystème a agi encore dans le cadre des compétences que lui attribue le droit primaire de l'Union. Or, étant donné l'absence de considérations suffisantes portant sur le respect du principe de proportionnalité par le *PSPP*, la Cour répond à cette question par la négative.

S'agissant des conséquences qui résultent de son analyse, le *BVerfG* conclut que le gouvernement et le Bundestag sont tenus en vertu de leur « *Integrationsverantwortung* » de s'opposer au fonctionnement du *PSPP* tel qu'il est appliqué jusqu'à présent. Concrètement, cela signifie que ces instances doivent agir pour que, dans les trois mois après le prononcé de l'arrêt, la BCE procède à un examen du *PSPP* à l'aune du principe de proportionnalité. Le gouvernement et le Bundestag sont en outre obligés de surveiller les décisions de l'Eurosystème en la matière et d'agir pour que le SEBC respecte les limites du mandat qui lui a été attribué.

Le retentissement, national et international, de l'arrêt « BCE » fut énorme. Dans le présent contexte, on se limitera à signaler que, si l'arrêt a été ouvertement salué par les milieux souverainistes en Allemagne et ailleurs,¹⁸ et fortement critiqué du côté « européen »,¹⁹ les réactions majoritaires étaient nuancées et modérément sceptiques.²⁰ En fait, compte tenu des visions et conclusions du *BVerfG* dans les arrêts « Maastricht » et « Lisbonne », l'arrêt « BCE » ne venait guère comme surprise. Il est plutôt surprenant que le *BVerfG* ait attendu 27 ans depuis l'arrêt « Maastricht » avant de qualifier d'*ultra vires* certains actes d'une institution de l'Union et de refuser de suivre un arrêt de la Cour. Plusieurs juridictions suprêmes d'autres États membres ont précédé la Cour de Karlsruhe avec un acte d'insurrection comparable, telles les Cours suprêmes du Danemark et de la République tchèque, et il est même arrivé que le Conseil d'État français a refusé de se conformer à un

¹⁸ Cf., en France, l'article de Vincent Heuzé, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Allemagne du 5 mai 2020 : une revanche de l'État de droit sur le complexe du Gros Coco », *Dalloz* 2020, p. 1534.

¹⁹ Cf., par exemple, F. C. Mayer, « Der Ultra vires-Akt », *Juristenzeitung* 2020, p. 725, ainsi que l'analyse de l'ancien Avocat Général Poiares Maduro sur *Verfassungsblog*.

²⁰ Cf., en France, J. Dubarry, « Prendre la constitution au sérieux », *Dalloz* 2020, p.1525 et en Allemagne, F. Schorkopf, « Wer wandelt die Verfassung ? », *Juristenzeitung* 2020, p. 734 ; voir aussi les propositions de D. Sarmiento et J. H.H. Weiler, « The EU Judiciary After Weiss. Proposig a New Mixed Chamber of the Court of Justice », sur <https://verfassungsblog.de/the-eu-judiciary-after-weiss>

arrêt de la Cour de Luxembourg. Il est vrai que l'Allemagne et le *BVerfG* étaient longtemps considérés comme élèves modèle de la classe européenne. À cet égard, l'arrêt du 5 mai 2020 marque ce qu'un sociologue allemand a récemment appelé « la fin des illusions »,²¹ qui est pour lui la marque de notre époque, à savoir la « *Spätmoderne* », caractérisée par le « dépassement des limites » (« *Entgrenzung* »).

Quoi qu'il en soit, ce qui frappe dans l'arrêt « BCE », c'est un manque de proportions, à savoir le décalage manifeste entre cause et effet. Qualifier d'*ultra vires*, avec les conséquences susmentionnées, le programme *PSPP* du fait que la BCE aurait omis d'expliquer si les conséquences économiques du *PSPP* ont été vues et analysées, et de censurer de la même manière l'arrêt préjudiciel de la CJUE, apparaît nettement disproportionné et fait naître l'impression que le *BVerfG* tire au canon sur des moineaux. Les suites que l'arrêt a connues confirment cette impression : D'après les informations disponibles à la mi-août 2020, le Conseil de la BCE a, dans sa réunion des 3 et 4 juin 2020, examiné la problématique et conclu à la proportionnalité du *PSPP* compte tenu notamment des conséquences de ce programme. Après avoir communiqué au gouvernement fédéral et au Bundestag une série de documents faisant apparaître les considérations faisant partie de l'examen par la BCE, la *Bundesbank* a déclaré qu'elle continuera de participer, postérieurement au 5 août 2020, aux achats de titres dans le cadre du *PSPP*. Il n'est pas connu si les requérants victorieux s'adresseront encore au *BVerfG* pour que celui-ci vérifie la bonne exécution de son arrêt.²²

III. Le *BVerfG* bloque la réforme du droit européen des brevets : L'ordonnance du 13.2.2020 annulant la loi autorisant la ratification par l'Allemagne de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet

L'ordonnance du 13.2.2020, qui fournit le deuxième exemple de l'approche de plus en plus restrictive du *BVerfG* face à l'avancée de l'intégration européenne, a fait droit à des recours constitutionnels dirigés contre la loi autorisant la ratification par l'Allemagne de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet en faisant valoir que cette loi n'avait pas été adoptée par une majorité de deux tiers des membres du Bundestag et du Bundesrat contrairement à l'article 23, par.1, 3^{ème} phrase, LF.²³ Rappelons que l'accord instituant la nouvelle juridiction,

²¹ Cf. Andreas Reckwitz, *Das Ende der Illusionen*, Frankfurt 2019.

²² Cf. „EZB-Kläger lassen nicht locker“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 4.8.2020.

²³ Pour rappel, en vertu de cette disposition, l'article 79, par. 2 et 3, LF (qui exigent une majorité de deux tiers) est applicable, notamment, aux modifications des bases conventionnelles de l'Union européenne « et aux autres

conclu le 19.2.2013,²⁴ constitue la dernière étape du long et raboteux chemin vers un système unifié de protection des brevets en Europe. La nouvelle juridiction a comme mission le règlement de litiges liés aux « brevets européens »²⁵ et aux « brevets européens à effet unitaire » ;²⁶ pour entrer en vigueur, l'accord n'attend que la ratification par l'Allemagne.²⁷ Par conséquent, l'annulation de la loi de ratification par le *BVerfG* bloque l'entrée en vigueur de l'accord, et partant de la réforme du système de protection des brevets, pour une période imprévisible.²⁸

Se référant, comme dans l'affaire « BCE », à l'article 38, par. 1, LF, les requérants prétendaient que leur « droit à la démocratie » avait été violé par l'irrégularité formelle de l'adoption de la loi de ratification. À cet égard, les recours soulevaient d'abord un problème de recevabilité. Dans les affaires antérieures, les requérants avaient fait valoir la violation de dispositions *matérielles* de la Loi fondamentale pour attaquer le transfert de droits de souveraineté à l'Union. Or, pouvaient-ils aussi faire valoir que les conditions *formelles* exigées par la constitution pour le transfert de tels droits avaient été méconnues ? La Cour était divisée sur cette question. Par une majorité de cinq contre trois membres, le *BVerfG* déclara les recours recevables : pour la majorité, le « droit à la démocratie » des citoyens signifie que ceux-ci peuvent attendre que le transfert de droits de souveraineté ne se fasse que dans les conditions formelles prévues par la LF, étant donné, notamment, que les droits transférés par un accord international sont « perdus » et ne peuvent plus être « récupérés ». Aussi les requérants peuvent-ils réclamer, outre le contrôle matériel du transfert des droits de souveraineté (« *materielle Übertragungskontrolle* »), également le contrôle formel du transfert (« *formelle Übertragungskontrolle* »). À l'évidence, cette extension du contrôle au titre du « droit à la démocratie » confère à la Cour de Karlsruhe un pouvoir inédit et quasi

textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels compléments ou modifications ». V. aussi *supra*, note 4.

²⁴ JOUE 2013 C 175, p. 1.

²⁵ C'est-à-dire les brevets délivrés en vertu de la Convention sur le brevet européen qui a été ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne et qui prévoit une procédure unique pour la délivrance de brevets européens par l'Office européen des brevets.

²⁶ Cf. Règlement (UE) 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet (JO L 361 du 31.12.2012, p. 1). En vertu de ce règlement, les titulaires de brevets peuvent demander que leurs brevets européens aient un effet unitaire afin d'obtenir la protection unitaire conférée par un brevet dans les États membres de l'Union européenne qui participent à la coopération renforcée.

²⁷ L'Allemagne étant un des trois pays dans lesquels le plus grand nombre de brevets européens produisaient leurs effets en 2012, la ratification par ce pays était nécessaire pour l'entrée en vigueur même provisoire de l'accord, cf. l'article 89 de l'accord ainsi que le Protocole sur l'application provisoire de l'accord, art. 3.

²⁸ Même si l'adoption de la loi de ratification par une majorité de deux tiers dans les deux chambres ne devrait pas poser des problèmes de principe, elle nécessite l'accord de membres de l'opposition parlementaire.

illimité de contrôler, sur la base d'une *actio popularis* fondée sur l'article 38, par. 1, LF, toute action du législateur et de l'exécutif visant à transférer des droits de souveraineté dans le contexte de l'intégration européenne. C'est cette extension du contrôle qui a rencontré l'opposition de trois des huit membres de la Cour, qui soulignent notamment, dans leur opinion dissidente, que le droit à la démocratie consacré par l'article 38 LF ne vise que la réalisation des droits de participation démocratique et ne confère pas un droit à un contrôle intégral de la régularité (« *allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle* ») de décisions démocratiques prises par majorité.²⁹

Pour la majorité, les recours étaient aussi fondés. Selon elle, l'accord litigieux ne constitue pas simplement un acte transférant des droits de souveraineté dans le cadre de l'intégration européenne au sens de l'article 23, par. 1, 2^{ème} phrase, LF, un tel transfert étant possible par loi ordinaire,³⁰ mais un texte comparable à une « modification des bases conventionnelles de l'Union européenne qui modifie ou complète la Loi fondamentale » au sens de la 3^{ème} phrase de l'article 23, par. 1, LF, ce qui exige l'adoption d'une loi par une majorité de deux tiers.³¹ Selon la Cour, l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet est une « alternative fonctionnelle » à l'attribution à la CJUE de compétences en matière de « titres européens de propriété intellectuelle », prévue à l'article 262 TFUE. Cette disposition suppose une décision du Conseil statuant à l'unanimité³² et exige l'approbation par les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles. Le *BVerfG* assimile cette procédure à une révision simplifiée du traité en vertu de l'article 48 TUE et estime que la conclusion de l'accord conclu à sa place constitue bien un acte modifiant les bases conventionnelles de l'Union, de sorte qu'une loi adoptée par une majorité de deux tiers était en principe nécessaire.

Il s'agissait dès lors de déterminer si l'accord implique une modification de la LF, ce que la Cour déclare après une analyse de la nature juridique et des attributions de la nouvelle juridiction. Selon l'article 1, par. 2, de l'accord, celle-ci « est une juridiction commune aux États membres contractants et (...) soumise aux mêmes obligations en vertu du droit de

²⁹ V. notamment n° 15 de l'opinion dissidente. Cf. également la critique de Th. Giegerich, « *BVerfG verzögert europäische Patentreform* », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2020, p. 560.

³⁰ Selon Giegerich (note précédente), il est possible de qualifier l'accord comme un acte « transférant des droits de souveraineté à une institution internationale » au sens de l'article 24, par. 1, LF, ce qui n'aurait exigé qu'une loi ordinaire ; devant le *BVerfG*, le gouvernement fédéral avait estimé que l'article 23, par. 1, LF était certes applicable, mais qu'une loi ordinaire était suffisante pour autoriser la ratification de l'accord.

³¹ Voir *supra*, note 22.

³² L'accord litigieux était précisément nécessaire parce que l'unanimité exigée ne pouvait pas être réunie.

l'Union que celles qui incombent à toute juridiction nationale des États membres » ; elle « applique le droit de l'Union dans son intégralité et respecte sa primauté » (Art. 20), mais elle applique aussi le droit national, lequel est déterminé par les règles de conflit du droit de l'Union ou par les instruments internationaux contenant des règles de droit international privé (Art. 24).³³ L'article 32 dispose que la juridiction a une « compétence exclusive » pour les litiges liés aux brevets concernés par l'accord, notamment les actions en contrefaçon, les actions en nullité, les actions en dommages-intérêts et les actions concernant les décisions prises par l'Office européen des brevets ;³⁴ pour les actions qui ne relèvent pas de la compétence exclusive, les juridictions nationales des États membres contractants demeurent compétentes. Pour le *BVerfG*, il ne fait pas de doute que la création de la juridiction implique une modification de l'organisation judiciaire prévue par la LF dont l'article 96 prévoit notamment l'institution d'un tribunal fédéral, le *Bundespategericht*, pour les litiges en matière de propriété intellectuelle. Les attributions de cette juridiction étant globales, tout transfert de compétences à une juridiction supranationale évinçant les juridictions allemandes constitue une modification matérielle de la LF.³⁵ La Cour ajoute que l'article 32 attribue à la nouvelle juridiction une partie non négligeable des compétences des juridictions des États membres en matière civile et administrative d'une importance économique considérable. Selon la Cour, un tel transfert de compétences affecte tant les garanties des droits fondamentaux de la LF, lesquels ne peuvent plus être protégés par les juridictions allemandes, que l'organisation concrète de la séparation des pouvoirs en vertu de l'article 20, par. 2, LF.³⁶ Dans ce contexte, la Cour rappelle que, dans l'arrêt « Lisbonne », elle a constaté que l'administration de la justice – et notamment l'organisation judiciaire – doit rester en principe de la compétence des États membres. Le *BVerfG* conclut que, au vu des éléments relevés, la loi de ratification de l'accord relatif à la juridiction unifiée aurait dû être adoptée par une majorité de deux tiers en vertu des articles l'article 23, par. 1, 3^{ème} phrase, et 79, par. 2. LF.³⁷

³³ La juridiction comprend un tribunal de première instance (TPI) et une cour d'appel. Le TPI est composé d'une division centrale et de divisions locales et régionales établies à la demande d'un ou de plusieurs États membres.

³⁴ L'article 31 dispose que la compétence internationale de la juridiction est établie conformément au règlement Bruxelles Ibis ou, le cas échéant, sur la base de la Convention de Lugano.

³⁵ V. n° 157 de l'ordonnance : « Jede Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf zwischenstaatliche Gerichte modifiziert diese umfassende Rechtsprechungszuweisung und bedeutet insoweit eine materielle Verfassungsänderung. » S'il est vrai que le *Bundespategericht* perd les compétences pour les brevets européens, il reste compétent pour tous les litiges concernant les brevets nationaux ainsi que les marques et modèles.

³⁶ En vertu de cette disposition, « Tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. »

³⁷ Le *BVerfG* n'entre pas dans l'analyse de la question de savoir si les conditions *matérielles* du transfert de compétences sont réunies ; à cet égard, elle exprime certains doutes que la consécration inconditionnelle de la primauté du droit de l'Union (art. 24 de l'accord) soit compatible avec l'identité constitutionnelle de la LF (cf. n° 141, 166 de l'ordonnance).

* * *

Les deux décisions de 2020 vont au-delà d'une simple confirmation de la jurisprudence du *BVerfG* dans les affaires « Maastricht » et « Lisbonne ». L'arrêt « BCE » fait une application hautement discutable de la construction de l'acte *ultra vires* qui met en question la primauté du droit de l'Union et le rôle de la CJUE, et l'ordonnance « Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet » étend le contrôle de la Cour de Karlsruhe à la régularité formelle des actes du législateur allemand en matière de l'intégration européenne. Il résulte ainsi de la jurisprudence du *BVerfG* que toute action des pouvoirs allemands en faveur de mesures accompagnant et favorisant l'intégration européenne doit respecter une triple limite : la mesure doit se tenir dans les confins des compétences attribuées par les traités, elle ne doit pas mettre en cause l'identité constitutionnelle de l'Allemagne résultant de la Loi fondamentale, et les actes des pouvoirs allemands y relatifs sont soumis à un contrôle intégral de régularité. Le *BVerfG* a graduellement élargi ce contrôle dont les débuts remontent à l'arrêt « Maastricht », lequel a admis la recevabilité des recours constitutionnels introduits par des particuliers qui prétendent que leur « droit à la démocratie » ait été violé par la participation de l'Allemagne aux projets de l'intégration européenne. Or, le fait que la Cour s'est attribuée elle-même ce pouvoir de contrôle au titre de la protection du « droit à la démocratie » suscite des critiques. En effet, cette « autonomisation »³⁸ apparaît contestable notamment lorsqu'elle est dirigée contre le pouvoir législatif dont la légitimation démocratique est incontestable.

IV. Répercussions potentielles de la jurisprudence du *BVerfG* en matière de l'intégration européenne sur le droit international privé

La jurisprudence esquissée ci-dessus n'intéresse pas seulement le droit de l'Union européenne et le droit constitutionnel allemand. Les limites de l'intégration européenne telles qu'elles ont été précisées dans l'arrêt « Lisbonne » et dans l'ordonnance « Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet » ont aussi des répercussions sur le droit international privé. En effet, si ces répercussions sont assez bien définies dans l'arrêt « Lisbonne », elles sont moins visibles mais néanmoins présentes dans l'ordonnance du 13.2.2020.

1. Droit de famille et identité constitutionnelle

³⁸ En allemand, on parlerait de « *Selbstermächtigung* ».

Il a déjà été mentionné³⁹ que pour le *BVerfG* le droit de famille fait partie du « domaine réservé » du législateur national, cette matière relevant de l'auto-détermination démocratique garantie par la Loi fondamentale. Dans l'arrêt « Lisbonne », cette réserve a trouvé un double écho dans le cadre des compétences concernant la coopération judiciaire en matière civile transférées à l'Union par l'article 81 du traité TFUE. D'une part, la Cour insiste que « les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière », pour lesquelles l'article 81, par. 3, TFUE prévoit une procédure législative spéciale, doivent correspondre à celles énoncées pour les autres matières au paragraphe 2 de cet article et que, si tel n'est pas le cas, la participation de l'Allemagne à l'adoption de la mesure exigera une loi *préalable* du Bundestag. D'autre part, on a vu qu'une loi préalable est *toujours* exigée dans le contexte de l'utilisation de la « passerelle » de l'article 81, par. 3, TFUE qui permet, pour des aspects du droit international privé de la famille définis dans la décision, de passer de la procédure législative spéciale à la procédure ordinaire. Ainsi, aucun élargissement des compétences et aucune modification des modalités pour l'adoption des mesures en matière de droit international privé de la famille ne sauraient être adoptés sans l'accord préalable du législateur allemand.

On a également vu que, dans l'arrêt « Lisbonne », le *BVerfG* a catégoriquement verrouillé la voie vers une harmonisation des règles *matérielles* du droit de la famille. En effet, en tant qu'élément essentiel de l'identité nationale où s'affirme et s'organise « l'espace culturel » du pays, ce secteur du droit est entièrement soustrait à la compétence de l'Union européenne.⁴⁰ La protection de cet élément de l'identité nationale justifierait même un contrôle *a posteriori* par le *BVerfG* des actes de l'Union adoptés *ultra vires* dans ce domaine.⁴¹ Or, l'idée derrière cette vision des compétences réservées, à savoir la possibilité de séparer nettement les règles matérielles des règles de conflit, ne résiste pas à l'analyse. En effet, on sait que dans maints contextes les règles de conflit de lois et de juridictions peuvent conduire à une *modification déguisée* des règles matérielles en la matière. C'est vrai par exemple dans les cas où les règlements européens obligent de reconnaître des décisions de juridictions d'autres États membres sans égard à la loi appliquée par le juge d'origine. Même lorsque, dans le domaine du droit de la famille, les règles de conflit de lois sont les mêmes dans les États concernés, des reflets sur les règles matérielles sont inévitables et peuvent conduire à des constellations familiales non prévues par la loi du for. C'est notamment le cas lorsque les parties peuvent

³⁹ *Supra*, I 3.

⁴⁰ Cf. n° 249 et 260 de l'arrêt *Lisbonne*.

⁴¹ Cf. n° 240 s. de l'arrêt *Lisbonne*.

choisir la loi applicable au rapport de droit litigieux et que le juge doit « importer » dans l'État du for la solution prévue dans la loi étrangère choisie. Dans de tels cas, la « protection » de l'ordre juridique du for contre l'importation de solutions étrangères n'est possible que par le biais de l'ordre public. Or, dans les relations entre États membres, le recours à cette réserve obéit à des conditions restrictives et ne doit pas mettre en cause les objectifs des règles du droit de l'Union.⁴²

Une modification déguisée des règles matérielles du for en matière familiale peut en outre résulter de l'application des règles de reconnaissance résultant du droit primaire. Ainsi, la CJUE a jugé dans l'affaire *Coman* que le mariage homosexuel d'un ressortissant roumain, conclu en Belgique avec un Américain, devait être reconnu en Roumanie aux fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé de l'époux du citoyen de l'Union malgré le fait que le mariage entre personnes de même sexe n'est pas reconnu en droit roumain.⁴³ Pour s'y opposer, la Roumanie, soutenue notamment par la Lettonie, faisait valoir que la conception du mariage comme une union entre un homme et une femme est protégée dans plusieurs États membres par des normes de rang constitutionnel et qu'une restriction éventuelle aux droits découlant de la citoyenneté de l'Union serait justifiée pour des raisons liées à l'ordre public et à l'identité nationale. Pour rejeter cet argument, la Cour se limite à la simple affirmation que l'obligation de reconnaître le mariage homosexuel « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers ne porte pas atteinte à l'institution du mariage » et n'implique pas d'ouvrir cette institution à des personnes de même sexe. Or, c'est mettre de la poudre aux yeux : compte tenu du rejet catégorique du mariage homosexuel par le droit roumain, l'obligation de reconnaître un tel mariage, à quelque fin que ce soit, porte atteinte à la cohérence de l'ordre juridique interne et affecte sa crédibilité. Il est probable que d'autres effets de la reconnaissance, relevant du droit public et même du droit privé, s'ajouteront à l'octroi d'un droit de séjour à l'époux d'un citoyen de l'Union,⁴⁴ confirmant ainsi la modification déguisée du droit roumain de la famille.

⁴² En matière matrimoniale, il paraît que les juridictions roumaines refusent de prononcer des séparations de corps en application d'une loi étrangère, cette institution étant inconnue en droit roumain, cf. les informations rapportées dans l'arrêt du 16.7.2020 de la CJUE dans l'affaire C-249/19. Or, cette jurisprudence est incompatible avec le règlement Rome III lorsque, en vertu des règles de conflit de cet instrument, la loi applicable prévoit la séparation de corps et que la partie intéressée en fait la demande. Toujours en matière matrimoniale, les juridictions de l'État membre A ne sauraient refuser l'application de la loi de l'État membre B au titre de l'ordre public au motif que cette loi soumet le divorce à des conditions plus strictes que la loi de A. Si la loi applicable est celle d'un État tiers, l'ordre public pourrait jouer plus facilement.

⁴³ Arrêt du 5.6.2018, C-673/16.

⁴⁴ À titre d'exemple, lorsque qu'une allocation ou une autre prestation sociale suppose que le titulaire est marié, un mariage homosexuel devra être reconnu au même titre qu'un mariage hétérosexuel. L'étape suivante pourrait être la reconnaissance des effets civils d'un mariage homosexuel conclu dans un autre État membre. La clé

Il est néanmoins peu probable que le *BVerfG* qualifierait d' *ultra vires* et dépourvu d'effets en Allemagne une modification déguisée du droit de la famille liée aux effets des règles de droit international privé ou résultant d'un arrêt de la CJUE. Il pourrait être différent si le législateur de l'Union adoptait un acte relatif aux règles matérielles du droit de la famille, éventuellement combiné avec des règles d'application. Prenons l'exemple d'un règlement adopté dans le contexte de la lutte contre les « mariages d'enfants » et fixant l'âge de nubilité (après un compromis entre le Nord et le Sud de l'Europe) à 17 ans, cette règle s'appliquant à toute personne résidant dans un État membre de l'Union : d'après les affirmations dans l'arrêt « Lisbonne »,⁴⁵ une telle modification ouverte d'une règle matérielle du droit de la famille devrait être qualifié d'*ultra vires* par la Cour de Karlsruhe.

2. L'incompétence des juridictions nationales comme problème de droit constitutionnel

Dans son ordonnance du 13.2.2020 annulant la loi de ratification de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, le *BVerfG* souligne le côté institutionnel du transfert de compétences à la nouvelle juridiction et relève qu'en vertu de l'article 96 LF le *Bundespategericht* a été créé pour les litiges en matière de protection de la propriété industrielle et commerciale. Aussi le transfert d'une partie importante des attributions de ce tribunal à la nouvelle juridiction comporte-t-il une modification matérielle de la constitution.⁴⁶ À cet égard, la Cour met l'accent sur « l'éviction des juridictions allemandes », qui toucherait non seulement à la garantie des droits fondamentaux de la LF dont la protection ne pourrait plus être assurée par ces juridictions, mais aussi à l'organisation concrète de la séparation des pouvoirs en vertu de la LF. Cette analyse invite à réfléchir sur une question parallèle qui se présente dans le contexte de la compétence judiciaire internationale des juridictions d'un pays donné. En effet, toute réglementation de la compétence judiciaire internationale qui conduit à la compétence des juridictions d'un autre pays implique *l'incompétence* des juridictions nationales et, partant, leur « éviction » au profit de juridictions étrangères. Dans de tels cas, ni

d'accès à cette reconnaissance, fournie par la jurisprudence de la Cour, serait le droit des citoyens de l'Union de mener une vie familiale normale tant dans l'État membre d'accueil que dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité, lors du retour dans cet État membre, en y bénéficiant de la présence, à leurs côtés, des membres de leur famille (cf. l'arrêt *Coman*, n° 24 et les références). Pour se prévaloir de ce droit, il suffit, d'après l'arrêt *Coman*, que le citoyen de l'Union ait développé ou consolidé une vie de famille dans l'État membre où le mariage a été conclu.

⁴⁵ V. *supra*, note 40.

⁴⁶ Relevons néanmoins qu'après le transfert de compétences à la nouvelle juridiction, le *Bundespategericht* continue à fonctionner et garde les autres compétences qui lui ont été conférées.

les règles de conflit de lois ni, le cas échéant, le droit matériel que le juge du pays « évincé » appliquerait normalement, ne peuvent s'imposer, et le même constat vaut pour les droits fondamentaux de ce pays. Ces conséquences suggèrent de poser la question de savoir si, et dans quelles conditions, une réglementation de la compétence judiciaire internationale qui conduit à l'incompétence des juridictions nationales affecte la constitution, voire en comporte une modification. Pour s'approcher de cette question, il est utile de distinguer entre deux hypothèses dont la première vise les cas où le contentieux dans un domaine donné est, *ratione materiae*, transféré *en bloc* à une juridiction étrangère (ou internationale) et la seconde, les cas où l'incompétence des juridictions nationales résulte, *ratione loci*, des règles de compétence judiciaire internationale. Malgré les différences catégorielles entre ces hypothèses, le point de départ commun dans la perspective de la constitution est le droit du justiciable à une protection juridictionnelle par les juridictions de son pays (le « *Justizgewährungsanspruch* ») qui est protégé tant par les constitutions nationales que par le droit de l'Union et, entre autres, la CEDH. Dans la première hypothèse ce droit est entièrement refusé pour un contentieux donné, tandis que dans la seconde, le refus de protection juridictionnelle résulte de l'absence des facteurs dont les règles applicables font dépendre la compétence judiciaire des juridictions nationales. Or, dans les deux hypothèses, le refus de protection juridictionnelle dans un pays donné doit être justifié aux yeux des textes qui la garantissent.

(a) Dans l'hypothèse du transfert à une juridiction étrangère d'un contentieux entier *ratione materiae*, le refus de protection juridictionnelle par le pays d'origine peut être justifié lorsque, d'une part, la juridiction *ad quem* présente des garanties adéquates et suffisantes pour assurer une protection juridictionnelle équivalente à celle du pays d'origine⁴⁷ et que, d'autre part, il peut raisonnablement être demandé au justiciable de faire face aux complications liées à la conduite du litige hors du pays d'origine. Dans le cas de la juridiction unifiée du brevet, il y avait, au moins pour le *BVerfG*, un base suffisante pour considérer que ces conditions étaient remplies.

(b) Dans l'hypothèse de l'incompétence des juridictions nationales résultant des règles de compétence judiciaire internationale, le refus de protection juridictionnelle par le pays d'origine ne peut être justifié que si les règles de compétence respectent les exigences du droit

⁴⁷ Dans un arrêt de 1981, cette question a été examinée en détail par le *BVerfG* dans le cadre de recours constitutionnels dirigés contre les dispositions de la convention Eurocontrol en vertu desquelles les juridictions belges étaient exclusivement compétentes pour statuer sur des litiges concernant les redevances pour les services d'Eurocontrol, v. *BVerfGE* 58, p. 1. À cet égard, la Cour a jugé que les recours possibles devant les juridictions belges répondent aux exigences d'une protection juridictionnelle complète et effective.

fondamental « à accéder à un tribunal » indépendant et impartial.⁴⁸ Or, ce droit fondamental ne garantit pas nécessairement l'accès aux juridictions *nationales* du justiciable. Plutôt, il appartient au législateur de fixer les conditions d'accès aux propres juridictions, et il est généralement accepté que les États disposent dans ce contexte d'une liberté d'appréciation importante. La problématique est normalement examinée dans la perspective du défendeur étranger afin de répondre à la question de savoir dans quelles conditions celui-ci peut être attiré devant le juge du for. À cet égard, il existe un consensus général que les règles de compétence directe doivent en principe être fondées sur un lien suffisamment étroit entre les parties ou l'objet du litige et l'État du for.⁴⁹ La question est rarement perçue comme relevant du droit *constitutionnel* de cet État, l'exception notoire étant fournie par les États-Unis.⁵⁰ De toute manière, dans un système de règles de compétence directe, l'*incompétence* des juridictions nationales résulte normalement de l'absence des rattachements fondant la compétence du juge saisi et est considérée comme justifiée pour cette raison. Or, cette justification connaît des limites lorsqu'aucune juridiction étrangère ne se déclare compétente ou que la ou les juridictions normalement compétentes refusent, ou ne sont pas en mesure, d'exercer leur compétence. Dans ce cas, afin d'éviter que le demandeur ne se trouve face à un déni de justice, la garantie constitutionnelle de la protection juridictionnelle *effective* oblige en principe la juridiction saisie d'exercer une compétence en tant que *forum necessitatis*, étant entendu que même dans un tel cas, un lien suffisant entre le litige et le juge saisi peut être exigé.⁵¹ Ces garanties constitutionnelles doivent aussi être sauvegardés lorsque les règles de compétence judiciaire font l'objet d'un acte de l'Union⁵² ou d'une convention internationale.⁵³

⁴⁸ V. l'intitulé de Art. 47 de la Charte de droits fondamentaux ; cf. également l'article 6 CEDH et l'analyse de Patrick Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, t. 318 (2005), p. 9, 65 s.

⁴⁹ Cf., dans l'optique des droits de l'homme, J. Basedow, « Droits de l'homme et droit international privé », Institut de Droit International, *Annuaire*, vol. 79 (2019), p. 1, 23 s., n° 39 à 59.

⁵⁰ « A unique feature of judicial jurisdiction in the USA is that any assertion of judicial jurisdiction by a state or federal court is subject to the constitutional limitations of the Due Process Clause of the Constitution », et que, pour répondre à cette exigence, « the defendant is required to have minimum contacts with the forum state such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice » (Linda Silberman, *Encyclopedia of Private International Law*, vol. III, v° USA, p. 2641, citant l'arrêt de la Cour Suprême *International Shoe Co v Washington*, 326 US 310, 316 (1945)).

⁵¹ Cf. Basedow, *supra* note 49, n° 53 s. Lorsque la juridiction compétente dispose d'un pouvoir discrétionnaire de ne pas exercer sa compétence d'après les principes du *forum non conveniens*, « a court will nonetheless exercise jurisdiction if the claimant would be denied access to justice in the foreign court » (Richard Fentiman, *Encyclopedia of Private International Law*, vol. I, v° *Forum non conveniens*, p. 801, citant l'arrêt de la House of Lords *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* [1987] AC 460).

⁵² Bien entendu, la conformité de tels actes aux droits fondamentaux, c'est-à-dire notamment à l'article 47 de la Charte, n'est pas examinée par le *BVerfG* mais par la CJUE.

⁵³ Dans l'arrêt *Eurocontrol* (*supra*, note 47), le *BVerfG* a précisé que le transfert de droits de souveraineté à des institutions internationales en vertu de l'article 24 LF « n'ouvre pas la voie de porter atteinte aux principes fondamentaux de la constitution » et que, notamment, les droits et garanties fondamentaux doivent en tout cas

* * *

Il apparaît donc que l'incompétence (« l'éviction ») des juridictions nationales intéresse la constitution de l'État « évincé » non seulement dans l'hypothèse du transfert en bloc d'un contentieux *ratione materiae*, mais également lorsqu'elle résulte des règles de compétence judiciaire internationale. Or, dans ce dernier cas, sans impliquer une modification de la constitution, l'incompétence des juridictions nationales doit être justifiée au vu du droit fondamental à accéder à un tribunal, ce droit pouvant obliger de prévoir un for compétent afin d'éviter un déni de justice lorsqu'une protection juridictionnelle effective par les juridictions compétentes à l'étranger n'est pas assurée. Dans sa décision du 13.2.2020, le *BVerfG* n'avait aucune raison d'examiner cette dernière hypothèse. Or, ses développements au sujet de l'éviction des juridictions allemandes suite au transfert de compétences *ratione materiae* à la nouvelle juridiction européenne appellent des réflexions au sujet des limites constitutionnelles de l'incompétence résultant des règles de compétence judiciaire. Dans les deux hypothèses examinées, les garanties constitutionnelles de l'accès à un tribunal et à un procès équitable doivent être sauvegardées.

être préservés. Or, ceci n'empêche pas que la protection juridictionnelle contre les actes d'une institution internationale soit confiée aux juridictions nationales d'une des parties contractantes lorsque la protection assurée par ces juridictions est complète et effective.