

Ecole européenne de droit

Unité 3

Année universitaire 2015/2016

Max Ruthardt

**Etude comparative de la reconnaissance de
la primauté du droit de l'Union européenne
en France et en Allemagne**

Sommaire

Principaux sigles et abréviations	
Introduction	1
Chapitre préliminaire.....	6
Section 1: Les clauses d’ouverture à l’intégration européenne en France et en Allemagne	6
Section 2 : Bref aperçu du système de justice constitutionnelle.....	8
Première partie : Une reconnaissance partielle de la primauté du droit de l’Union européenne en France et en Allemagne.....	10
Chapitre 1 : La loi - obstacle considérable à la reconnaissance de la primauté en France	11
Section 1 : Le refus catégorique du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionalité des lois	12
Section 2 : Le ralliement tardif du Conseil d’Etat et de la Cour de Cassation à la primauté.....	13
Chapitre 2 : Les droits fondamentaux- une limite persistante à la reconnaissance pleine et entière de la primauté en Allemagne.....	15
Section I : La prise de position remarquable par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en faveur d’un ralliement à la primauté en 1967 et en 1971	16
Section 2 : D’une mise en cause à la revalorisation du principe de primauté	19
Deuxième partie : Persistance des limites à la primauté du droit de l’Union en France et en Allemagne	25
Chapitre 1 : L’élargissement progressif des dimensions de protection de la souveraineté nationale par les juridictions constitutionnelles en France et en Allemagne	25
Section 1 : La dimension matérielle de la protection de la souveraineté nationale	26
Section 2 : Le contrôle de la validité formelle du droit de l’Union : une extension problématique du champ de contrôle de la Cour de Karlsruhe	32
Chapitre 2 : La réserve d’équivalence du Conseil d’Etat, une reconnaissance conditionnée de la primauté.....	36
Section 1 : L’arrêt Arcelor à la lumière de la jurisprudence antérieure du Conseil d’Etat.....	37
Section 2 : Le modèle Arcelor, une réserve propre au Conseil d’Etat	38
Section 3 : La jurisprudence Solange, obstacle à un contrôle d’équivalence du juge allemand ...	41
Conclusion.....	44
Annexes.....	46
Bibliographie.....	49
Tables des matières	51

Principaux sigles et abréviations

aff. (aff. jtes)	Affaire (affaires jointes)
C.C.	Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
C.E.	Conseil d'Etat
CE	Communauté européenne
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (jusqu'au premier décembre 2009)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
LF	Loi fondamentale allemande
Ord.	Ordonnance
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RMCUE	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
UE	Union européenne

BVerfGE	Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale allemande)
EGMR	Europäische Menschenrechtskonvention (Conv. européenne des droits de l'Homme)
EuR	Europarecht (revue juridique)
EuGH	Europäischer Gerichtshof (Cour de justice de l'Union européenne)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (revue juridique)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (revue juridique)

Introduction

Le point de départ de toute réflexion sur la primauté du droit de l'Union européenne se trouve incontestablement dans l'arrêt *Costa* du 15 juillet 1964. Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a dégagé le principe de primauté du droit communautaire en estimant qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions »¹. La Cour poursuit en précisant qu'« issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »². Lorsque l'on se rappelle que la Cour a consacré un an plus tôt, dans son arrêt *van Gend en Loos* du 5 février 1963, un autre principe clé de l'édifice communautaire, l'effet direct, force est de constater que la Cour de justice s'est montré soucieuse dans cette phase de départ de la construction européenne de souligner les caractéristiques propres et de poser les jalons d'un édifice ne correspondant guère à un « nouvel ordre de droit international »³, formule que la Cour n'utilisera plus par la suite. En effet, c'est dans ces deux arrêts précités, qui constituent sans doute les deux décisions les plus essentielles rendues par la Cour, qu'est opéré le divorce par rapport au droit international en instituant un ordre qui se distingue nettement de celui-ci à travers des caractéristiques particulières. La primauté en constitue peut-être la plus discutée, comme en témoigne l'abondante réaction doctrinale tout au long de la construction communautaire mais sûrement la plus fascinante, tellement la primauté est vectrice d'une logique propre, inhérente à l'édifice communautaire que les juridictions nationales auront tout naturellement du mal à mettre en œuvre, du moins à l'égard de la Constitution. Ceci est dû à une situation de confrontation de normes qui ne saurait guère être résolue en application de la logique classique de hiérarchie des normes. Même s'il est vrai que la jurisprudence ultérieure vient tout naturellement compléter ces décisions de base et qu'elle apporte des précisions sans lesquelles la portée des principes provenant de la jurisprudence *van Gend en Loos* et *Costa* se trouverait affaiblie, voire sans valeur, il n'en est pas moins important de se référer, dans un premier temps, à ces deux arrêts afin de comprendre la signification des principes clés de l'ordre juridique communautaire. En

¹ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa*, aff. 6/64, Rec. 1141

² Ibid.

³ CJCE, 5 février 1963, *van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. 3

effet, c'est la Cour de Luxembourg qui a défini ce qu'est la primauté ainsi que les conséquences qui en découlent si bien qu'il sera essentiel de ne jamais perdre de vue l'arrêt Costa qui servira, tout au long de cette dissertation, de point de départ mais aussi de référence. Précisons aussi que cette étude comparative de la reconnaissance de la primauté en France et en Allemagne doit, sujet oblige, être abordée tout d'abord de façon plus théorique en s'intéressant à la notion de primauté tout court. La question sera donc, dans un premier temps, ce qu'est la primauté avant de répondre à la question de savoir comment les juridictions des deux pays en question, la France et l'Allemagne, se sont positionnées vis-à-vis d'elle. Il paraît donc logique de rappeler dans la partie introductive la signification du principe sur le plan théorique avant d'analyser ce qu'il en est devenu dans la pratique. Autrement dit, il importe d'adopter une perspective communautaire avant d'analyser dans quelle mesure les démarches des juridictions françaises et allemandes correspondent (ou pas) à cette perspective.

La notion de primauté du droit de l'Union renvoie plus globalement aux caractères de l'ordre juridique communautaire, à savoir son autonomie, l'intégration immédiate de ses normes dans l'ordre interne des Etats membres ainsi que l'effet direct. Même si ce travail est consacré à la primauté du droit communautaire, l'introduction s'intéressera également aux autres caractères fondamentaux régissant l'ordre communautaire pour plusieurs raisons : d'abord, la primauté n'étant pas détachable des autres caractères, elle ne saurait être comprise en elle seule, sans rapport avec les autres. En effet, il s'agit des principes étroitement liés qui montrent la spécificité du droit communautaire en traduisant une force spécifique de pénétration dans l'ordre juridique des Etats membres⁴. Sans la primauté, ces caractéristiques se trouveraient cependant affaiblis et ne sauraient pas déployer leurs effets. C'est le « renfort »⁵ de la primauté qui assure la mise en œuvre réelle des autres caractères. S'ajoute à cela l'origine jurisprudentielle commune : tous ces caractères trouvent leur ancrage dans les arrêts *van Gend en Loos* et *Costa* précités.

L'ordre juridique communautaire constitue ainsi un ordre propre, à la fois « distinct de celui des Etats membres » (Costa), « issu d'une source autonome » (Costa) et « indépendant des Etats membres » (van Gend en Loos). Bien qu'il soit intégré dans les ordres juridiques des Etats membres pour y devenir une source de droit national, il l'est en tant que droit de l'Union. Toute autre démarche se traduirait, comme l'a souligné M. Blanquet, par une sorte de « dilution du droit de l'Union dans les systèmes nationaux » ce qui impliquerait une perte de ses

⁴ M. Blanquet, G. Isaac, *Droit général de l'Union européenne*, p. 367

⁵ *Ibid.*, p. 397

caractéristiques.

Selon une autre formule de la Cour de Luxembourg, le droit de l'Union fait « partie intégrante de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres ». Pour être précis, l'intégration immédiate a plusieurs conséquences concrètes : aucune réception particulière du droit de l'Union n'est exigée, le droit de l'Union garde son statut de droit de l'Union dans l'ordre juridique interne et les juges nationaux sont obligés de l'appliquer. A l'applicabilité immédiate s'ajoute l'applicabilité directe du droit de l'Union : ainsi, certaines dispositions sont susceptibles à « conférer des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder »⁶. Cette formule contient, elle aussi, plusieurs dimensions : d'abord celle consistant à créer des droits et obligations pour les particuliers, suivie par l'invocabilité de ces droits devant le juge national et enfin l'obligation pour ce dernier de les leur garantir. L'intérêt de présenter brièvement ces trois caractères essentiels réside non seulement dans leur importance mais encore et surtout dans le fait que cela permette d'appréhender pleinement l'importance de la primauté. La Cour de Justice a beau élaborer un édifice juridique unique par le biais de caractères qui viennent d'être exposés, sa mise en œuvre n'est pourtant pas réalisable sans qu'un principe régisse le rapport entre le droit national et le droit de l'Union intégré dans l'ordre juridique interne. En raison de la logique même du système d'intégration, le droit de l'Union ne peut que rencontrer le droit national. Au risque de vider du sens l'ordre juridique de l'Union, il est besoin de prévoir des règles s'appliquant à chaque fois qu'un conflit entre droit national et droit de l'Union met en péril le bon fonctionnement de l'Union. La primauté se veut donc comme un impératif absolu en vue de garantir l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union ce qui est bien visible dans le raisonnement de la Cour dans l'arrêt Costa, reposant sur trois arguments⁷. Le premier tient, nous l'avons vu, à la réalisation des principes de l'applicabilité immédiate et directe. Ces dispositions seraient « sans portée si un Etat pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux autres textes communautaires »⁸. Le deuxième argument se réfère à l'attribution des compétences à la Communauté entraînant « une limitation définitive de leurs droits souverains, contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral incompatible avec la notion de Communauté »⁹. Enfin, la primauté se justifie du fait de l'uniformité d'application du droit communautaire indispensable en vue de la « réalisation des buts du traité visés à l'article 5-2 »¹⁰ (désormais art. 4, § 3 TUE). Les jalons étant posés, la Cour s'est par la suite montrée déterminée d'élucider les conséquences du principe de primauté.

⁶ CJCE, 5 février 1963, van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. 3

⁷ M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 399

⁸ CJCE, 15 juillet 1964, Costa, aff. 6/64, Rec. 1141

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

La subtilité se manifeste là : toute règle nationale contraire au droit communautaire devient inapplicable. Il ne s'agit pas d'une supériorité en vertu du principe *lex superior derogat legi inferiori*. La terminologie du droit allemand est plus claire en distinguant *Geltungsvorrang* (collision des normes conduisant à ce que la loi supérieure abroge la loi inférieure) et *Anwendungsvorrang* (primauté). Même s'il est vrai que l'abrogation d'une norme contraire au droit communautaire découlant du droit national est avantageuse et parfois même obligatoire¹¹, elle n'est pas une condition de son inapplicabilité¹². Plutôt que d'une logique de hiérarchisation, il s'agit d'un choix pragmatique traduisant l'objectif de « faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire »¹³ par la prohibition d'appliquer des prescriptions reconnues incompatibles avec le traité. Pour reprendre les mots de B. Nabli : « Le principe de primauté du droit de l'Union n'implique pas nécessairement l'établissement d'un rapport normatif de nature hiérarchique : il s'agit plutôt d'une règle de priorité d'application »¹⁴. Tant les autorités que le juge ont ensuite l'obligation de laisser inappliquée une éventuelle norme nationale contraire. Selon la formule de la Cour : « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »¹⁵.

La particularité du présent sujet réside dans le fait qu'il n'est fondé ni sur une interprétation purement européenne ni purement constitutionnelle mais qu'il s'agit de saisir le rapport qu'entretient le droit constitutionnel classique avec un droit qui est, lui aussi, fortement constitutionnalisé par nature. Même si ce constat paraît évident, il n'en est pas moins important de se rappeler que ce qui va nous intéresser n'est pas tant la conception de la primauté en elle-même telle qu'elle découle de l'arrêt Costa mais plutôt dans quelle mesure les juridictions nationales reconnaissent ce postulat. La reconnaissance de la primauté dépend en effet largement du droit constitutionnel des Etats membres. Bien que la primauté constitue un principe propre à l'ordre juridique de l'Union, sa mise en œuvre concerne les juridictions nationales, dont les juges sont érigés en « juges communautaires de droit commun ». Il convient donc de savoir comment les juges nationaux ont accueilli un principe qui se veut absolu et qui

¹¹ CJCE, arrêts du 4 avril 1974, Commission c/France, Rec. 359 et 5 juillet 2007, Commission c/Belgique, Rec. I-5701

¹² M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 402

¹³ CJCE, 13 juillet 1972, Commission c/Italie, aff. 48/71, Rec. 529

¹⁴ H. Labayle et J.-L. Sauron, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », in B. Nabli, « L'Union européenne: source d'un malaise constitutionnel »?, RDUE 2012, p. 32

¹⁵ CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, Rec. 629

n'admet, en théorie, pas de tempérament. Même si la reconnaissance n'est toujours pas absolue, des progrès sensibles sont indéniables. Nombre d'obstacles ont pu être levés, aussi grâce au dialogue des juges de plus en plus approfondi. Dans un premier temps, nous verrons donc que la primauté du droit de l'Union, au départ très circonscrite, fut de plus en plus reconnue, du moins partiellement (Partie 1). Il s'agit là d'un lent rapprochement du concept de primauté des juridictions nationales à celui de la Cour de justice. Dans un deuxième temps, l'on doit néanmoins relever qu'il existe toujours des limites invoquées à l'égard de la primauté (Partie 2). Les juridictions allemandes et françaises s'inscrivent ainsi dans une logique de préservation de souveraineté.

Chapitre préliminaire

La particularité du principe de primauté consiste en ce qu'elle évince en cas de conflit toute norme nationale, même celles relevant des Constitutions nationales¹⁶, qui constituent pourtant le point de départ de l'intégration européenne. La Constitution joue donc un rôle clé à deux égards : d'abord, c'est elle qui permet que soient attribuées des compétences¹⁷ à d'autres ordres que l'ordre juridique national. Sans l'inscription des clauses d'ouverture à des organisations internationales ou supranationales telles que l'Union européenne, aucun transfert de compétences n'aurait été envisageable et l'ordre juridique de l'Union n'aurait pas pu naître. Il importe, par conséquent, de présenter au préalable les clauses d'ouverture à l'intégration européenne en Allemagne ainsi qu'en France (Section 1). En même temps, les juridictions nationales se montrent soucieuses d'encadrer et de limiter la portée du droit de l'Union européenne. Pour ce faire, elles invoquent souvent la Constitution, norme suprême nationale qui permettrait aussi de faire obstacle à l'intégration. Il incombe donc à la Constitution à la fois un rôle d'ouverture et de frein. La question de savoir à quel point ces deux fonctions sont conciliables dépasserait le cadre de ce travail et mérite une analyse supplémentaire. Quant à la primauté, il est cependant essentiel d'analyser comment ce frein se matérialise dans la pratique. Nous verrons qu'il y a des différences considérables, à la fois relatif à l'invocation et à l'aménagement de ce frein. Ceci nous amène à esquisser brièvement, au préalable, le système de justice constitutionnelle et notamment le rôle des juridictions constitutionnelles (Section 2), dont la jurisprudence occupe une place primordiale dans ce travail.

Section 1: Les clauses d'ouverture à l'intégration européenne en France et en Allemagne

La norme centrale du droit constitutionnel français de l'Union est l'article 88-1 C° et correspond à l'article 23 al. 1 de la Loi fondamentale allemande (LF). Structurellement, il s'agit dans les deux cas d'une autorisation constitutionnelle de participer à la création d'un ordre juridique supranational (fonction de constitution) d'une part et d'un renoncement d'exercer seul les droits de souveraineté (fonction d'autolimitation), de l'autre¹⁸. En revanche, l'on peut identifier des

¹⁶ La Cour affirme dans l'arrêt *Costa* que la primauté s'exerce à „un texte interne quel qu'il soit“ (Costa, préc.); plus claire encore dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (17 décembre 1970, aff. 11/70, Rec. 533) : « les principes d'une structure constitutionnelle nationale ne (sauraient) affecter la validité d'un acte de la Communauté et son effet sur le territoire » d'un Etat membre

¹⁷ Précisons que malgré le fait que les Constitutions nationales constituent le point de départ de la construction européenne, la primauté résulte de la nature propre de l'ordre juridique de l'Union (« en raison de sa nature spécifique originale »), il n'y a donc pas de contradiction entre la nécessité d'une autorisation constitutionnelle préalable pour participer à un ordre juridique supranational et, une fois l'ordre supranational bâti, l'indépendance de la primauté par rapport à quelconque fondement constitutionnel

¹⁸ M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht, Deutsches und Französisches Verfassungsrecht*, p. 391

divergences concernant la forme et l'aménagement concret des clauses. Alors que l'article 23 al. 1 LF contient une autorisation dynamique ouverte aux développements de l'intégration européenne, la clause de l'article 88-1 C° se veut statique. Ceci implique l'insertion progressive dans la Constitution d'autorisations par le biais de révisions constitutionnelles qui ne valent que pour un stade d'intégration déterminé et non pas globalement pour l'intégration future¹⁹. Après avoir conclu dans sa décision relative au traité de Maastricht que la sauvegarde de la souveraineté nationale n'excluait pas généralement de transférer des compétences, le Conseil constitutionnel a identifié deux situations dans lesquelles une révision constitutionnelle est nécessaire, auxquelles s'est ajoutée une troisième lors de la décision relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe²⁰. En effet, lorsque des engagements internationaux contiennent « une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle »²¹. A cela s'est ajoutée l'atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis, ce qui appelle également une révision constitutionnelle. Cette approche particulière de la révision-adjonction²² conduit à une navette entre le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant. Toute disposition d'un traité international ou européen jugée comme étant contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans le cadre des procédures prévues dans les articles 54 ou 61 al.2 C° entraîne nécessairement une révision de la Constitution. Par voie de conséquence, le pouvoir constituant insère à chaque fois des habilitations adaptées aux traités de révision permettant le transfert de compétence jugé auparavant non-conforme à la Constitution. La logique de procéder à des transferts de compétence au cas par cas fait l'objet de critiques dans la doctrine en raison du recours régulier à la « révision adjonction » susceptible de mettre en péril la lisibilité et l'intelligibilité de la Constitution²³. Contrairement à la Constitution française, la LF allemande prévoit, comme la grande majorité des Etats membres de l'Union, une clause d'intégration dynamique ouverte aux évolutions ultérieures du processus d'intégration. Il devient dans cette perspective envisageable de réviser matériellement la Constitution pour autant procéder à sa révision formelle²⁴. Surtout la deuxième composante de la clause d'intégration, à savoir la dimension auto limitative, a donné lieu à de nombreuses considérations dans la doctrine allemande. C'est là la logique même de la perméabilité constitutionnelle consistant à incorporer des normes provenant d'une source de

¹⁹ M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht, Deutsches und Französisches Verfassungsrecht*, p. 391 ss.

²⁰ C.C., 19 novembre 2004 DC- Traité établissant une Constitution pour l'Europe

²¹ C.C., 9 avril 1992, 92-308 DC-Maastricht I, cons. 14

²² La « révision adjonction » s'oppose à la « révision modification » ainsi qu'à la « révision ratification », cf. B. Nablé, « l'Union européenne : source d'un malaise constitutionnel ? », *RDUE* 2012, p. 30 s.

²³ *Ibid.*, p. 31

²⁴ M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht, Deutsches und Französisches Verfassungsrecht*, p. 394

droit séparée et donc aussi à renoncer au principe de la Constitution comme pouvoir d'imposition normatif exclusif. C'est dans ce cadre que s'est développée la théorie de la « *offene Staatlichkeit* » (Etat ouvert) qui a trouvé son ancrage jurisprudentiel dans « *Solange I* ». Ainsi, la clause d'ouverture ne permettrait pas un véritable transfert de compétence mais ouvrirait l'ordre juridique national de façon à permettre l'abandon de la souveraineté (*Herrschaftsanspruch*) exclusive et de garantir l'application directe et immédiate d'un droit émanant d'une autre source²⁵. Dans les deux cas, la Constitution opte donc pour une participation à un ordre juridique supranational. Cette ouverture n'est cependant pas sans limites, ce que l'on verra tout au long de cette analyse.

Section 2 : Bref aperçu du système de justice constitutionnelle

Il ne s'agit pas ici de se livrer à une comparaison détaillée des systèmes juridictionnels français et allemand mais de fournir un bref aperçu indispensable en vue d'appréhender pleinement la problématique de l'affrontement de la primauté et du droit (constitutionnel) national. Depuis sa création en 1951, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe n'a jamais fait l'objet d'interrogations relatives à sa qualité en tant que juridiction²⁶. Dès le départ, elle était investie de nombreux pouvoirs de contrôle²⁷ pour ainsi acquérir le statut de véritable juridiction constitutionnelle. Cela ne fut pas le cas du Conseil constitutionnel qui devait attendre sa « renaissance » en 1971 pour s'émanciper du rôle faible qui lui incombait en vertu de la Constitution de 1958. Bien qu'étant conçu comme « chien de garde » du parlement dans le contexte du parlementarisme rationalisé, le Conseil a fini par se métamorphoser considérablement avec le temps pour devenir une véritable juridiction. Il n'est plus, comme l'a formulé F. Luchaire, un « canon braqué contre le Parlement ».²⁸ Malgré tout, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est beaucoup moins abondante concernant le conflit entre primauté du droit de l'Union et Constitution que celle de son homologue allemand. Ceci tient principalement à deux facteurs : D'une part, au développement tardif et progressif de ses compétences qui se manifeste, encore aujourd'hui et malgré l'introduction de la QPC, à travers un comportement plus restrictif²⁹ comparé au *Bundesverfassungsgericht* et de l'autre, au rôle plus important du Conseil d'Etat et de la Cour

²⁵ BVerfGE, 29 mai 1974, *Solange I*, cons. 43, propre traduction

²⁶ Ce qui faisait débat, en revanche, était sa qualité d'organe constitutionnel, contrairement au Conseil constitutionnel qui s'est vu reconnaître d'emblée cette qualité ; v. N. Marsch, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, p. 282

²⁷ Parmi ces pouvoirs de contrôle se trouvent entre autres un contrôle abstrait et concret de constitutionnalité ainsi que la plainte constitutionnelle (*Verfassungsbeschwerde*)

²⁸ F. Luchaire à propos de la décision du 16 juillet 1971, www.conseil-constitutionnel.fr/documentation/dossiers_thematiques/2001-anniversaire_loi_de_1901_relative_au_contrat_d_association

²⁹ Comme nous le verrons ultérieurement, la Cour de Karlsruhe développe davantage de dimensions de protection que le Conseil constitutionnel

de Cassation, dont les équivalents allemands se sont prononcés beaucoup moins relatif à la question de la reconnaissance de la primauté. L'importance de la loi en France a conduit ces deux juridictions à s'opposer vivement à la primauté, phénomène quasi-inexistant en Allemagne où la Cour de Karlsruhe monopolise les frondes par rapport à la primauté du droit de l'Union. Ceci étant, la jurisprudence de trois juridictions entrera en ligne de compte pour ce qui concerne la reconnaissance de la primauté en France alors que pour l'Allemagne, seul la Cour constitutionnelle de Karlsruhe constitue un véritable intérêt. Après ces considérations préliminaires essentielles, la comparaison de la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union européenne peut maintenant être envisagée.

Première partie : Une reconnaissance partielle de la primauté du droit de l'Union européenne en France et en Allemagne

Lorsque l'on analyse la jurisprudence sur l'intégration européenne de la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe au fil des années, un constat s'impose : elle oscille constamment entre l'ouverture à l'intégration européenne et ses limites si bien que l'on puisse dire que la seule constante est l'inconstance. En effet, la Cour elle-même semble être prise en étau. D'un côté, elle veut se montrer ouverte à l'intégration européenne tout en s'efforçant, de l'autre côté, de respecter la Constitution en tant qu'autorité intouchable et incontestable au sommet de la hiérarchie des normes³⁰. Pour reprendre les mots du professeur T. Schmitz, « deux cœurs battent dans la poitrine du juge constitutionnel allemand : l'un pour l'ouverture au monde et à l'Europe, l'autre pour la conception de la Constitution étatique en tant qu'autorité absolue par excellence »³¹.

En France, la reconnaissance de la primauté ne fut aucunement moins délicate. Si c'étaient les failles en matière de la protection des droits fondamentaux au niveau européen qui ont conduit la Cour de Karlsruhe à accentuer son rôle de garant des droits fondamentaux dans la fameuse jurisprudence Solange, les juridictions françaises ont posé des limites à l'intégration par le biais de la loi. La jurisprudence relative à la primauté est exemplaire et particulièrement intéressante dans la mesure où elle met en lumière les caractéristiques propres à chacun des ordres juridiques. Les démarches différentes des juridictions en France et en Allemagne permettent ainsi de comprendre que les caractéristiques inhérentes aux ordres juridiques français et allemand influencent d'une manière remarquable la reconnaissance d'« une condition existentielle » (P. Pescatore) du droit communautaire qu'est la primauté. Or, au-delà de l'importance de comprendre que la nature des obstacles à la primauté trouve son origine dans les ordres juridiques nationaux, ils permettent également de souligner que même si la reconnaissance de la primauté n'est toujours pas inconditionnelle, des progrès sensibles sont identifiables. L'intérêt de ce premier chapitre est là : les droits fondamentaux en Allemagne et le rôle de la loi en France ont profondément marqué le processus graduel de reconnaissance de la primauté dans les deux pays. Cependant, ces deux obstacles ne posent plus de problèmes actuellement.

Il convient donc de s'intéresser à la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe relative aux droits

³⁰ Cf. T. Schmitz, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beteiligung Deutschlands an der europäischen Integration, Baltisch-Deutsches Hochschulkontor 2007

³¹ Ibid., p. 2, propre traduction

fondamentaux, qui a constitué, pendant longtemps, une limite persistante à la reconnaissance pleine et entière de la primauté (Chapitre 2). Tout d'abord, le rôle de la loi, laquelle a servi d'obstacle à la reconnaissance de la primauté en France des années durant (Chapitre 1) mérite d'être mieux éclairé.

Chapitre 1 : La loi - obstacle considérable à la reconnaissance de la primauté en France

La Constitution française ne contient pas de catalogue de droits fondamentaux. Depuis l'extension des normes de référence à l'occasion du contrôle a priori de constitutionnalité à travers l'intégration par le Conseil constitutionnel de la DDHC et du préambule de 1946 au bloc de constitutionnalité³², le respect des droits fondamentaux est cependant constitutionnellement garanti. Or, faute à l'établissement d'une plainte constitutionnelle individuelle et, jusqu'à la naissance de la QPC, d'un contrôle de constitutionnalité concret a posteriori, la garantie des droits fondamentaux n'a jamais été au premier plan de la jurisprudence française relative à l'intégration européenne. On ne peut cependant pas en conclure à l'absence de limites à la primauté du droit de l'Union dans la jurisprudence française. En effet, la plus haute juridiction civile, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, chapeautant l'ordre administratif, ont pendant longtemps refusé de reconnaître la primauté du droit de l'Union (ou plus précisément communautaire) sur les lois postérieures. De même qu'un contrôle de constitutionnalité des lois après leur promulgation fut considéré pendant longtemps comme une atteinte à la souveraineté du législateur³³, la primauté du droit de l'Union sur les lois postérieures ne fut pas reconnue par les juridictions françaises qui ont considéré que la loi postérieure doit primer le droit de l'Union en vertu du même principe selon lequel le juge ne peut « connaître d'autre volonté que celle de la loi ». En effet, cette soumission du juge au pouvoir législatif, tradition constitutionnelle française, a fortement influencé la jurisprudence de la Cour de Cassation et, plus encore, celle du Conseil d'Etat. Ayant été hostile pendant longtemps au ralliement à tout mécanisme de sanction de la primauté du droit de l'Union sur les lois, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation l'ont finalement admis (Section 2). Tout d'abord, il convient cependant de s'intéresser à la position du Conseil constitutionnel, qui s'est déclaré incompétent pour juger de la conventionalité des lois (Section 1). Ce refus permet ensuite une meilleure compréhension de la difficile reconnaissance de la primauté du droit de l'Union sur les lois en France.

³² Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association

³³ Rappelons que la QPC a été introduite qu'en 2008

Section 1 : Le refus catégorique du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionalité des lois

Des députés ayant déféré au Conseil constitutionnel la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, celui-ci était appelé, dans sa décision IVG du 15 janvier 1975, de se prononcer à la fois sur la constitutionnalité de la loi et sur sa conformité avec la Convention européenne de Droits de l'Homme. Après avoir rappelé les dispositions de l'article 55 de la Constitution, le Conseil a précisé dans son considérant 3 : « Si ces dispositions confèrent aux traités (...) une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci »³⁴. Ainsi, le Conseil s'est déclaré incompétent pour exercer un contrôle de conventionalité. Vérifier la conformité des lois aux traités ne relève donc pas de sa compétence. Le Conseil a rejeté avec ferveur l'interprétation selon laquelle il serait compétent en la matière du fait d'une possible assimilation du contrôle de conventionalité à un contrôle de constitutionnalité indirect, la violation d'un traité étant constitutive d'une violation de l'article 55 de la Constitution. Face au grief de l'incompatibilité de la loi avec la Convention européenne des Droits de l'Homme, le Conseil a jugé qu'« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »³⁵. Le Conseil a indiqué ensuite les motifs d'un tel refus et estime qu'une différence de nature existerait entre les deux types de contrôle. Alors que les décisions qu'il prend en application de l'article 61 C° revêtaient, en vertu de l'article 62 C°, un caractère absolu et définitif, la supériorité des traités sur les lois ne présentait qu'un caractère « relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition »³⁶. Cette argumentation a donné lieu à des critiques dans la doctrine³⁷. L'exception d'inexécution est en effet réglementée par la Convention de Vienne du 23 mai 1969³⁸ et n'est pas valable à l'égard de toutes les normes, comme par exemple celles d'un traité relatif aux Droits de l'Homme et d'un traité de l'Union européenne³⁹. Par la suite, le Conseil a confirmé à plusieurs reprises sa solution de la décision IVG, sans pour

³⁴ Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, cons. 3

³⁵ Ibid., cons. 7

³⁶ Ibid., cons. 4

³⁷ Cf. Code constitutionnel 2014, p. 752 ou M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 411

³⁸ L'article 60 prévoit qu'elle ne s'applique qu'en cas de violation substantielle du traité

³⁹ CJCE, 13 novembre 1964, Commission c/ Luxembourg et Belgique et CJCE, aff. 90 et 91/63, Rec. 1217) et 14 décembre 1971, Commission c/ République française, aff. 7/71, Rec. 1003

autant réitérer les justifications discutables. En tout état de cause, le Conseil ayant refusé le rôle de gardien de l'article 55 C°, il a invité les juridictions administratives et judiciaires à assurer le contrôle de la supériorité des traités sur les lois, d'abord implicitement, puis sans ambiguïté dans une décision de 1986 où il a jugé « qu'il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales »⁴⁰. Le Conseil a donc ouvert la voie à une compétence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation pour assurer la supériorité des traités internationaux. Le rapport entre loi et droit communautaire fut ainsi régi par une conception à laquelle ces deux juridictions étaient attachées et qui consistait, conformément à la tradition constitutionnelle française, à exalter le rôle de la loi. Longtemps retenus, la Cour de Cassation, puis le Conseil d'Etat franchirent le pas pour admettre tardivement la primauté du droit de l'Union sur les lois.

Section 2 : Le ralliement tardif du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation à la primauté

Le refus du Conseil constitutionnel de juger la conventionalité des lois a des incidences majeures sur la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union en France. En effet, lorsqu'il s'agit de comprendre pourquoi la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation relative à la primauté du droit de l'Union a autant de poids comparé à leurs homologues allemands, cela tient principalement à deux facteurs. D'une part, le refus catégorique du Conseil n'a fait que diminuer ses propres compétences et a accru celles du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation, une constellation que l'on ne trouve pas en Allemagne⁴¹. D'autre part, le rang qu'occupe le droit international dans les Constitutions respectives n'est pas le même. Comme nous l'avons vu, les traités internationaux respectant les conditions énoncées à l'article 55 C° ont une valeur supérieure aux lois. Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation étant compétents pour se prononcer sur la conformité des lois aux traités, leur appréciation échappe aux emprises du Conseil constitutionnel.

Le constituant allemand n'a pas opté pour cette solution. En vertu de l'article 25-2 LF, seuls les principes généraux du droit international ont une valeur supérieure aux lois. En revanche, les traités eux-mêmes occupent le même rang que les normes qui les transposent en droit interne, c'est-à-dire les lois (article 59-2 al.1 LF). Le contrôle de leur comptabilité avec la Constitution ressemble donc à celui de la comptabilité des lois avec la Constitution et incombe à la Cour constitutionnelle fédérale⁴².

⁴⁰ Décision n°86-216 DC du 3 septembre 1986

⁴¹ Pour une comparaison du rôle des juridictions constitutionnelles, cf. chapitre préliminaire

⁴²M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht, Deutsches und Französisches Verfassungsrecht*, p 381

Conformément à la doctrine Matter à laquelle ils étaient attachés pendant longtemps, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ont distingué selon que la loi en question était antérieure ou postérieure au traité. Ce n'était pas l'hypothèse d'un conflit entre une loi antérieure et un traité qui a soulevé des difficultés. En effet, ni la Cour de cassation, qui a admis que les règlements communautaires priment les lois antérieures⁴³ en 1972, ni le Conseil d'Etat n'ont remis en cause la supériorité d'un traité ratifié par le Parlement et entraînant l'abrogation de la loi antérieure incompatible.

La situation s'est compliquée lorsque l'on était en présence d'une loi postérieure à un traité. Dans cette hypothèse, le juge procédait comme suit : il était tenu, dans un premier temps, de concilier les dispositions de la loi interne et du traité par voie d'interprétation⁴⁴, mais au cas où le problème ne pouvait pas être résolu de cette manière, il n'avait d'autre choix que de faire prévaloir la loi postérieure. Ce fut dans l'arrêt Jacques Vabre⁴⁵ que la Cour de Cassation a opéré un changement de cap pour se rallier à un mécanisme de sanction de la primauté du droit communautaire sur les lois, mêmes postérieures. En revanche, le Conseil d'Etat restait réservé face à la primauté des traités pendant bien plus longtemps. Toujours fidèle à la doctrine Matter, il considérait que l'article 55 C° l'autorisait d'assurer la primauté des traités sur les seules lois antérieures⁴⁶. Quant à la primauté sur les lois postérieures, le Conseil d'Etat s'en tenait à la jurisprudence *semoules*⁴⁷ selon laquelle écarter la loi postérieure au profit d'un traité reviendrait à un contrôle de constitutionnalité que la Constitution a conféré au Conseil constitutionnel en vertu de l'article 61 C°. Si le Conseil constitutionnel, en 1968, n'avait pas encore récusé sa compétence pour effectuer un contrôle de conventionalité, il est d'autant plus surprenant que le Conseil d'Etat a réaffirmé sa jurisprudence *semoules* en 1979⁴⁸ et donc après la décision IVG de 1975, toujours au même motif qu'écarter l'application de la loi postérieure serait porter atteinte à la volonté du législateur, ce qui lui serait interdit par l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790 et l'article 127 du Code pénal⁴⁹.

Appelé à se prononcer sur la comptabilité d'une loi du 7 juillet 1977 au traité de Rome, comme ce fut déjà le cas en 1979, le Conseil d'Etat, sous la pression du Conseil constitutionnel et de la Cour de Cassation, accepta enfin d'abandonner la jurisprudence *semoule* au profit de la primauté des traités et donc du droit communautaire⁵⁰ sur les lois postérieures dans l'affaire

⁴³ Cass. Crim., 7 janvier 1972, Guérini

⁴⁴ Cf. M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 411

⁴⁵ Cass, Ch.mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre

⁴⁶ C.E., Ass., 7 juillet 1978, Croissant et 22 janv. 1982, Conseil régional de Paris de l'Ordre des experts comptables

⁴⁷ C.E., Sect., 1^{er} mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France

⁴⁸ C.E., Ass., 22 octobre 1979, UDT et Elections des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes

⁴⁹ Cf. M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 413

⁵⁰ Il convient de rappeler que la Constitution ne contenait pas encore de disposition spécifique relative au droit de l'Union

Nicolo⁵¹. Après le Conseil constitutionnel et la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat a ainsi opéré le revirement de jurisprudence nécessaire pour briser le verrou de la loi postérieure en tant qu'obstacle à la reconnaissance de la primauté des traités découlant de l'article 55 de la Constitution. Par la suite, le Conseil d'Etat a étendu sa jurisprudence Nicolo aux règlements communautaires⁵², puis s'est déclaré compétent pour vérifier si une loi est compatible avec les objectifs d'une directive⁵³, une position qu'il a également appliquée aux décisions communautaires⁵⁴. Bien que l'arrêt Nicolo a marqué la fin d'une opposition durable sur la base d'un principe inhérent à l'histoire constitutionnelle française, le Conseil d'Etat n'est cependant pas allé jusqu'à fonder la primauté sur l'ordre juridique lui-même. La solution du Conseil d'Etat se distingue à cet égard de celle de la Cour de Cassation dans l'arrêt Jacques Vabre, qui, sans se référer entièrement à l'ordre juridique communautaire, comme l'avait d'ailleurs demandé son procureur général Touffait⁵⁵, s'est référé en partie à l'ordre juridique communautaire. Elle a placé le fondement de la primauté du droit communautaire à la fois dans l'article 55 de la Constitution, non sans ajouter que le traité CEE « institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres ; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leurs juridictions ; que (...) c'est à bon droit (...) que la cour d'appel a décidé que l'article 95 du traité lui devait être appliqué en l'espèce, à l'exclusion de l'article 265 du Code des douanes, bien que ce dernier soit postérieur »⁵⁶.

Chapitre 2 : Les droits fondamentaux- une limite persistante à la reconnaissance pleine et entière de la primauté en Allemagne

Du point de vue de la Cour de Karlsruhe, les droits fondamentaux semblaient pendant longtemps prédestinés afin de limiter la primauté du droit communautaire et de conditionner le respect des normes découlant de celui-ci. En effet, la Cour s'est déclaré disponible, dans l'arrêt de principe « Solange I » de 1974, pour vérifier la validité des règlements communautaires au regard des droits fondamentaux aussi longtemps (solange) que les Communautés ne se seraient pas dotées d'une liste codifiée des droits fondamentaux élaborée par une Assemblée élue au suffrage universel direct⁵⁷. Suite à des progrès sensibles au sein des Communautés à partir des années 1970 en la matière, les juges de Karlsruhe ont fini par un changement de cap significatif,

⁵¹ C.E., Ass., 20 octobre 1989, Nicolo

⁵² C.E., 24 septembre 1990, Boisdet

⁵³ C.E., Ass., 28 février 1992, SA Rothmans International France et SA Philip Morris France

⁵⁴ C.E., 10 janvier 2001, Région de Guadeloupe

⁵⁵ Cf. M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 412

⁵⁶ Cass, Ch.mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre, cons. 5

⁵⁷ BVerfGE, 29 mai 1974, Solange I, cons. 56

sans cependant lever toutes les réserves émises dans l'arrêt Solange I de 1974. Si la Cour s'est montrée très déterminée, en 1974, à poser des limites à l'intégration européenne en évoquant expressément sa compétence pour contrôler le respect de la Constitution par le droit communautaire dérivé⁵⁸, il en va autrement 12 ans plus tard, dans l'arrêt « Solange II ». Cette nouvelle conception sans doute moins réservée face à l'intégration est dans une large mesure due aux développements qu'ont eu lieu au niveau communautaire en vue de combler les lacunes concernant la sauvegarde des droits fondamentaux. Il s'agit ici d'une réaction nécessaire et adaptée aux progrès qu'ont eu lieu au niveau communautaire. Le principe de primauté a donc été mis en cause avant d'être revalorisé. Après que la Cour ait montré cette attitude plus apaisée, on ne serait pas forcément attendu à ce qu'elle rebascule, dans l'arrêt Maastricht, dans une perspective caractérisée par une conception de l'intégration consistant à remettre l'Etat au premier plan. Le modèle de Solange II en sort toutefois indemne, malgré quelques incertitudes qui ont été levées dans un arrêt important du 7 juin 2000. Avant même d'aborder la jurisprudence cruciale « Solange », il importe toutefois de souligner que la Cour de Karlsruhe, contrairement à son homologue français, le Conseil constitutionnel, a très tôt pris position en faveur d'un ralliement à la primauté dans deux arrêts remarquables, en 1967 et en 1971 (Section I), avant de nuancer, voire modifier substantiellement ses propos énoncés. Comme la Cour est revenue encore sur ses propos en 1986 lors de Solange II, l'on peut parler d'une mise en cause, puis d'une revalorisation du principe de primauté (Section II).

Section I : La prise de position remarquable par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en faveur d'un ralliement à la primauté en 1967 et en 1971

Les arrêts du 18 octobre 1967 et du 9 juin 1971⁵⁹ de la Cour de Karlsruhe auraient pu constituer le point de départ d'une jurisprudence favorable à l'intégration européenne, d'autant plus qu'ils se situent dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJCE à plusieurs égards. Faisant preuve d'un unisson conceptuel, les juges constitutionnels de Karlsruhe semblaient donc adhérer à la position de la CJCE à un stade assez tôt. « Auraient pu » - et non pas « ont constitué », parce que la portée de cette prise en considération de l'arrêt Costa se trouve considérablement amoindrie et affaiblie, voire mise en cause suite à la jurisprudence « Solange I » de 1974⁶⁰. Il importe cependant de démontrer la volonté de la Cour de conformer sa jurisprudence à celle de la CJCE, ce que l'on peut voir à deux égards : la reconnaissance de l'ordre juridique communautaire en tant qu'ordre propre (§1) et l'inadmissibilité, en l'espèce,

⁵⁸ BVerfGE, 29 mai 1974, Solange I

⁵⁹ BVerfGE, 18 octobre 1967, EWG-Verordnung et BVerfGE, 9 juin 1971, Milchpulver

⁶⁰ Cf. D. Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 651

du recours des particuliers visant l'inapplicabilité des actes communautaires en Allemagne, ce qui revient, en principe, à la reconnaissance de la primauté du droit communautaire dérivé (§2). Pour en finir avec le doute, la Cour a reconnu expressément la primauté du droit communautaire sur les lois en 1971 (§3).

§1) Reconnaissance du caractère autonome de l'ordre juridique des CEE

L'autonomie de l'ordre juridique de l'Union face à l'ordre juridique des Etats membres se manifeste dès que sont en cause les caractéristiques « porteurs » de l'édifice de l'Union, tels que l'effet direct, la primauté, mais aussi son positionnement vis-à-vis du droit international⁶¹. Nier le caractère autonome de l'ordre juridique de l'Union, ce serait méconnaître son statut de véritable ordre juridique. Il est donc essentiel que les juridictions des Etats membres reconnaissent l'autonomie de cet ordre juridique à la fois autonome mais faisant en même temps partie intégrante des ordres juridiques nationaux⁶². Par conséquent, force est de constater que cette première reconnaissance expresse de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire de la Cour de Karlsruhe s'inscrit dans une importante logique de reconnaissance de l'intégrité de l'ordre juridique communautaire. En effet, elle précise que l'ordre juridique communautaire « constitue un propre ordre juridique ne relevant ni du droit international ni du droit national. Le droit communautaire et le droit interne des Etats membres constituent deux ordres juridiques distincts et différents, le droit créé par le traité CEE étant issu d'une source (de droit) autonome ».⁶³ Seulement trois ans après que la CJCE ait solennellement posé le principe de primauté, la conception de la Cour constitutionnelle allemande semble déjà épouser celle de la CJCE telle qu'elle découle de l'arrêt Costa.

§2) Reconnaissance implicite de la primauté du droit communautaire dérivé

La Cour ne s'est cependant pas arrêtée à l'aspect d'autonomie. Elle s'est montrée au contraire soucieuse de faire coup double et de souligner également les autres caractéristiques de l'ordre juridique communautaire. Il ne s'est pas seulement formé « un nouveau pouvoir public, autonome et indépendant de chacun des Etats membres »⁶⁴ mais il s'agit d'un pouvoir « dont les actes ne nécessitent une confirmation par les Etats membres et que ces derniers ne peuvent abolir »⁶⁵. Même si cette confirmation de l'applicabilité immédiate du droit communautaire laisse présumer que les juges de Karlsruhe semblent désormais reconnaître le principe selon

⁶¹ CJCE, 3 septembre 2008, Kadi, aff. C-402/05P et C-415/05P, Rec. I-6351

⁶² M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 368

⁶³ BVerfGE, 18 octobre 1967, EWG-Verordnung, cons. 13 ; traduction in D. Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 649

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

lequel le droit de l'Union postule le monisme⁶⁶, il ne faut pas en déduire un abandon définitif de la conception traditionnellement dualiste de l'Allemagne vis-à-vis du droit international. Comme la Cour l'a précisé dans sa jurisprudence « Solange II », cette conception dualiste concerne également le rapport entre l'ordre juridique allemand et l'ordre juridique de l'Union⁶⁷, bien que le dualisme soit en principe banni de cette relation. La Cour va encore plus loin dans son exposé pour qualifier le traité CEE de « Constitution de cette Communauté »⁶⁸.

Qui plus est, les juges de Karlsruhe ont rejeté avec ferveur, en l'espèce, le recours des particuliers qui avaient affirmé que les voies de recours offertes par les CEE n'étaient pas suffisantes en vue protéger les droits fondamentaux contre les actes législatifs communautaires. La Cour est on ne peut pas plus clair : « Des considérations de principe imposent le rejet de ce raisonnement. Réglées de manière exhaustive par la LF et la loi, les compétences de la Cour (constitutionnelle fédérale allemande sic) ne peuvent être étendues (...). Il serait en particulier inadmissible de considérer le système de protection juridictionnelle établi par la CEE comme insuffisant en raison du fait que certaines garanties de nature procédurale offertes par le droit allemand lui font défaut pour ensuite songer à le compléter (...) en ayant recours aux voies offertes par la juridiction allemande. Ceci aurait comme conséquence d'estomper la délimitation entre la juridiction nationale et supranationale et de causer ainsi une protection juridictionnelle asymétrique dans les Etats membres »⁶⁹. Il s'ensuit que les règlements communautaires ne sauraient être soumis à un contrôle de constitutionnalité⁷⁰. Sans l'évoquer expressément, la Cour semble ainsi avoir opté pour la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union.

§3 Reconnaissance explicite de la primauté du droit communautaire sur les lois

Dans son arrêt du 9 juin 1971, la Cour est venue confirmer sa jurisprudence antérieure favorable à l'intégration européenne. L'arrêt a apporté cependant des précisions importantes. En effet, deux dimensions de l'article 24.1 LF doivent être prises en considération : non seulement cet article permet à la République fédérale allemande de transférer des droits de souveraineté (Hoheitsrechte) à des organisations internationales mais cette disposition impose également l'obligation aux autorités étatiques (Hoheitsträger), à l'origine détentrices exclusives de ces droits, de reconnaître les actes adoptés par les institutions de l'organisation sur base des

⁶⁶ M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 370

⁶⁷ BVerfGE, 22 octobre 1986, Solange II, cons. 103

⁶⁸ BVerfGE, 18 octobre 1967, EWG-Verordnung, cons. 13 ; il est intéressant de voir les parallèles avec la jurisprudence de la CJCE qui qualifie le traité CEE de « charte constitutionnelle de base » dans son arrêt les Verts (23 avril 1986, aff. 294/83, Rec. 339)

⁶⁹ Ibid., cons. 18

⁷⁰ Ibid.

compétences qui lui ont été transférées⁷¹. Par conséquent, « les juridictions allemandes sont tenues d'appliquer également des dispositions attribuables à un pouvoir public supranational (außerstaatlich) qui seraient, en vertu de la jurisprudence de la CJCE, directement applicables tout en se superposant aux dispositions nationales et en les supplantant en cas de conflit »⁷². En affirmant que toute norme nationale contraire à une norme découlant du droit de l'Union est évincée, la reconnaissance explicite de la primauté du droit de l'Union sur les normes internes, même postérieures, semble acquise. Toutefois, il s'agit d'une reconnaissance incomplète de la primauté. La portée de la primauté ne peut pas être définitive du fait d'une réserve émise en 1967 concernant les droits fondamentaux qui s'est matérialisée dans l'arrêt « Solange I » du 29 mai 1974. Le positionnement favorable à l'intégration européenne cède ainsi sa place à une interprétation plus réservée.

Section 2 : D'une mise en cause à la revalorisation du principe de primauté

La Cour a beau affirmer rester fidèle à sa jurisprudence antérieure, caractéristique que l'on retrouvera d'ailleurs dans la jurisprudence ultérieure, celle-ci se trouve toutefois incontestablement conditionnée⁷³. Le principe de primauté se trouve ainsi mis en cause, dans un premier temps, avant d'être revalorisé, sans qu'il s'agisse pour autant d'une reconnaissance inconditionnelle. Il paraît alors pertinent de parler de l'abandon de l'interprétation « intégrationniste » (§1) ainsi que d'une revalorisation conditionnée de la primauté dans Solange II (§2).

§1) Solange I : L'abandon de l'interprétation « intégrationniste » de la Cour de Karlsruhe

La conception plus réservée s'explique principalement par le fait que pour la première fois, la primauté doit faire face à des normes constitutionnelles. Le revirement de jurisprudence opéré dans l'arrêt Solange I du 29 mai 1974 se matérialise principalement à deux égards. Tout d'abord, la Cour a désormais contrôlé le respect des droits fondamentaux constitutionnellement garantis par le droit dérivé (A). Au-delà de ce contrôle, elle a refusé de tenir compte de la protection des droits fondamentaux en devenir au niveau des Communautés pour adhérer à la thèse de la congruence structurelle (B).

⁷¹ D.Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 650

⁷² BVerfGE, 9 juin 1971, Milchpulver, cons. 96, traduction française in D.Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 650

⁷³ D.Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 651 ou encore J. Frowein, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit ; DÖV 2011, K. Lenaerts, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, p.16

A) Introduction du contrôle du droit dérivé par rapport aux droits fondamentaux

On peut voir en l'arrêt « Solange I » le premier revirement de jurisprudence majeure en ce qui concerne le rapport entre les ordres juridiques allemand et communautaire. Si la Cour s'alignait dans sa jurisprudence antérieure à celle de la CJCE, elle tâche désormais de poser des bornes à l'intégration européenne ainsi que de la conditionner. C'est donc avec raison que D. Hanf a pu caractériser cette approche « d'ouverture à l'intégration contrôlée par la Cour »⁷⁴. Sans doute, cette nouvelle approche se traduit par une revalorisation du droit constitutionnel national. Il importe néanmoins de préciser que deux facteurs extérieurs ont contribué à cette nouvelle interprétation réservée. Ainsi, dans son arrêt « Internationale Handelsgesellschaft »⁷⁵, la CJCE a confirmé que la primauté s'exerce également à l'encontre des normes constitutionnelles⁷⁶. En plus de cela, la Cour constitutionnelle italienne a précédé la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt *Frontini*⁷⁷, où elle a estimé, tout comme son homologue allemand un an plus tard, que le droit communautaire ne la saurait dispenser d'examiner la validité de celui-ci au regard des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution. Concrètement, la Cour a expliqué que l'article 24 LF, sur la base duquel s'opère tout transfert des droits de souveraineté, ne permettrait pas que soit portée atteinte aux droits fondamentaux qui constitueraient « l'essence inaliénable de la structure constitutionnelle »⁷⁸. Il s'ensuit qu'entre un principe inaliénable de la LF relevant de l'identité constitutionnelle et une disposition communautaire, ce serait le droit constitutionnel national qui l'emporterait⁷⁹. Par conséquent, la Cour de Karlsruhe s'est déclarée compétente pour interdire aux organes nationaux d'appliquer une disposition communautaire jugée contraire au droit national. Ce faisant, la Cour s'est opposée diamétralement au droit communautaire selon lequel il appartient à la CJCE et non pas aux organes nationaux d'invalider le droit dérivé⁸⁰. La primauté, expressément réaffirmée même à l'égard de la Constitution par les trois juges « dissidents »⁸¹, se trouve en vérité mise en cause dans ce contexte tendu. Malgré tout, la Cour s'est montrée soucieuse d'encadrer les limitations et de ne pas mettre en cause le principe même de l'intégration européenne : « La Communauté est notamment dépourvue d'une charte codifiant

⁷⁴ D. Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 651

⁷⁵ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, Rec. 533

⁷⁶ Précisons ici que telle a déjà été la position de la CJCE dans l'ordonnance *San Michele* (CJCE, 22 juin 1965, aff. 9/65, Rec. 1967), or, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (préc.) la CJCE revient sur ce point de façon plus claire et déterminée

⁷⁷ Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973, Frontini

⁷⁸ BVerfGE, 29 mai 1974, Solange I, cons. 44

⁷⁹ Ibid., cons. 45

⁸⁰ Lorsqu'une juridiction nationale estime une disposition du droit de l'Union comme étant incompatible avec le droit national, elle doit poser une question préjudicielle à la CJCE, elle ne peut en aucun cas l'invalider elle-même ; cette obligation découle de l'article 267 TFUE et a été explicitée dans l'arrêt *Foto Frost* (CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 4199)

⁸¹ L'arrêt Solange a donné lieu à un vote minoritaire annexé à l'arrêt : les juges « dissidents » Rupp, Hirsch et Wand se réfèrent explicitement à la primauté et à l'applicabilité directe du droit communautaire, cons. 80

les droits fondamentaux permettant d'identifier leur contenu de manière fiable (...). La réserve constitutionnelle (...) est d'application tant que (solange) cette sécurité juridique n'est pas assurée. Il s'agit ainsi d'une difficulté d'ordre juridique résultant exclusivement du fait que le processus d'intégration de la Communauté est encore en développement et qui sera résolue à l'issue de la présente période de transition »⁸². Si bien que la Cour ait fait preuve de sévérité en estimant que le droit communautaire ne saurait la dispenser d'un contrôle des règlements communautaires au regard des droits fondamentaux tant qu'il n'y a pas de protection de ceux-ci qui équivaut celle garantie au niveau national, elle s'est toutefois efforcée de souligner que ce contrôle pourrait être levé à condition qu'un catalogue de droits fondamentaux assurant le même degré de protection soit adopté au niveau communautaire. La formule « aussi longtemps » est donc revêtu d'un double sens : d'un côté, elle matérialise les réserves de la Cour vis-à-vis de l'intégration européenne qui se traduit par l'introduction d'un contrôle du droit dérivé au regard des droits fondamentaux, de l'autre, elle a une fonction d'encadrement et de limitation de cette position dans le temps. C'est dans cette perspective que la Cour va opérer, dans l'arrêt « Solange II », un nouveau revirement de jurisprudence dans lequel elle répond aux conditions posées dans « Solange I ». D'ailleurs, en transférant des compétences sur la base de l'article 24 LF, il s'agirait plus d'une ouverture de l'ordre juridique national et non pas d'un véritable transfert de droits de souveraineté⁸³. Selon cette logique développée par la Cour, la République Fédérale céderait des compétences de manière conditionnelle et non forcément définitive⁸⁴, une interprétation qui contraste avec sa jurisprudence antérieure.

B) Adhérence à la thèse de la congruence structurelle

Le fait de refuser toute référence à la sauvegarde des droits fondamentaux paraît significatif de l'approche choisie par les juges constitutionnels dans l'arrêt Solange I. Il est certes vrai que la protection juridictionnelle des droits fondamentaux n'a pas été particulièrement développée au début des années 1970, mais la volonté de la faire avancer est malgré tout identifiable. En effet, la CJCE est parvenu, étape par étape, à construire un système de protection considérable par le biais des principes généraux du droit⁸⁵. La Cour allemande ne semblait pourtant guère satisfaite. C'est là payer le tribut à une démarche consistant en un développement de protection juridictionnelle par la voie jurisprudentielle. Comme l'a remarqué D.Hanf, cette démarche pose

⁸² BVerfGE, 29 mai 1974, Solange I, cons. 44, traduction française in D.Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 654

⁸³ Ibid., cons. 43

⁸⁴ D.Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 652

⁸⁵ Les arrêts Nold(CJCE du 14 mai 1974, aff. 4/73, Rec. 508) et Stauder (12 novembre 1969, aff. 29 /69, Rec. 419) sont essentiels à cet égard

des difficultés d'appréhension du potentiel ainsi que de l'efficacité⁸⁶, ce qui expliquerait l'exigence de la Cour de Karlsruhe d'une charte codifiée. La Cour semble donc avoir adhéré à la thèse de la congruence structurelle qu'elle avait encore refusée en 1967. Selon cette thèse, l'Allemagne se voit interdire tout transfert de droits de souveraineté à des organisations supranationales qui ne sont pas dotées d'une structure constitutionnelle comparable. Ceci explique sûrement que les juges de Karlsruhe ont insisté dans l'arrêt Solange I sur l'exigence d'une codification des droits fondamentaux à respecter par les institutions des Communautés. La Cour a précisé encore que le contenu de ces droits doit être établi « aussi fiable et sans équivoque » que celui de la LF et que la charte doit être « équivalente » au titre premier de la LF relatif aux droits fondamentaux.⁸⁷

Par la suite, la Cour de Karlsruhe a laissé entendre qu'elle était désormais prête à favoriser une approche apaisante. Des signes de détente ont notamment apparu dans deux arrêts marquant ainsi une phase de transition graduelle⁸⁸ qui s'est terminée avec l'arrêt Solange II où la Cour a reconnu la primauté de manière conditionnée.

§2) Solange II : Reconnaissance conditionnée de la primauté du droit de l'Union

Dans son arrêt Solange II, les juges de Karlsruhe ont opéré le revirement de jurisprudence qui s'annonçait dans les deux arrêts précités. Deux aspects méritent d'être abordés : En renversant la formule adoptée douze ans plus tôt, la Cour a revalorisé le principe de primauté (A). Malgré quelques incertitudes concernant la validité de la position adoptée en 1986, notamment dues à l'arrêt Maastricht, la jurisprudence relative au contrôle des normes communautaires à l'échelle constitutionnelle ne changera plus substantiellement. Il s'agit d'une jurisprudence stable (B).

A) Revalorisation du principe de primauté

Dans l'arrêt Solange II, la Cour s'est à nouveau prononcée sur le rapport entre le droit communautaire et les droits fondamentaux allemands. Elle s'est montrée beaucoup plus conciliante et a fait preuve d'une volonté de reconnaître la spécificité de l'ordre juridique communautaire ainsi que de valoriser les progrès quant à la protection des droits fondamentaux dans les Communautés. Si la Cour oscille constamment entre ouverture et fermeture à l'intégration européenne, c'est incontestablement le principe d'ouverture qui l'a emporté dans Solange II. A la différence de l'arrêt Solange I, les juges de Karlsruhe ont désormais estimé que le niveau de protection des droits fondamentaux garanti dans les Communautés était

⁸⁶ D.Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 655

⁸⁷ BVerfG, 29 mai 1974, Solange I, cons. 44, traduction française in D.Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p. 654

⁸⁸ M. Wendel, Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht in Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, p. 406; cf. les arrêts du BVerfGE Vielleicht, 25 juillet 1979, Eurocontrol I du 25 juin 1981 et Eurocontrol II du 10 novembre 1981

« essentiellement équivalente »⁸⁹ à celui de la LF. La Cour a poursuivi en soulignant que l'approche de la CJCE consistant à garantir un niveau élevé de protection des droits fondamentaux par voie jurisprudentielle en se référant aux principes généraux de droit⁹⁰ a suffisamment démontré l'importance que la CJCE attache à ce sujet. Il est explicitement fait référence à l'arrêt Nold qui constituerait « un pas essentiel » du point de vue de la LF⁹¹. S'ajoutent à cela les déclarations des organes des Communautés érigeant le respect des droits fondamentaux en leitmotiv suffisamment consolidé et non pas provisoire. Ces considérations ont conduit la Cour à inverser la fameuse formule de 1974 : « Aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour des Communautés, garantissent de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui est essentiellement équivalente à celle prescrite comme impérative et inaliénable par la loi fondamentale, et qui assure de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé (...) et ne contrôlera plus ce droit au regard des droits fondamentaux allemands »⁹².

B) Jurisprudence stable de Solange II

La position de la Cour par rapport aux droits fondamentaux telle qu'elle découle de Solange II ne changera plus substantiellement. L'arrêt Maastricht a cependant donné lieu à de vifs débats doctrinaux en raison d'une formule employée par la Cour selon laquelle « la Cour exerce sa juridiction dans un rapport de coopération avec la CJCE, au sein duquel la CJCE garantit la protection des droits fondamentaux dans l'ensemble du territoire des Communautés européennes au cas par cas et le BVerfG (Cour constit. allemande) peut donc se limiter à la garantie générale du niveau de protection inaliénable de droits fondamentaux »⁹³. Même si la formule paraît assez claire, d'aucuns ont pu y voir un abandon de la jurisprudence Solange II au profit d'une réintroduction du contrôle dans le sens de « Solange I », ce qui est notamment dû au terme 'rapport de coopération' qui n'est pas sans ambiguïté⁹⁴. Le ton global dans cet arrêt nettement plus réservé concernant l'intégration européenne n'a pu que renforcer le doute. Quoiqu'il en soit, la Cour a pris soin dans un arrêt du 7 juin 2000⁹⁵ de nier tout abandon de la

⁸⁹ BVerfGE, 22 octobre 1986, Solange II, cons. 107

⁹⁰ BVerfGE, 22 octobre 1986, Solange II, cons. 107 ss.

⁹¹ Ibid., cons. 110

⁹² Ibid., cons. 132 ; traduction française in I. Schübel, la primauté du droit communautaire en Allemagne, RMCUE 1997, p. 4 s.

⁹³ BVerfGE, 23 octobre 1993, Maastricht, cons. 70, traduction française in D. Hanf, Constitution allemande et appartenance à l'UE, CDE 2009, p.668

⁹⁴ V. dans ce sens T. Schmitz, « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beteiligung Deutschlands an der europäischen Integration », Baltisch-Deutsches Hochschulkontor 2007

⁹⁵ BVerfGE, 7 juin 2000, Bananenmarktordnung

jurisprudence Solange II⁹⁶. Elle est toujours d'actualité et ne fera plus l'objet de modifications. En somme, la primauté semble acquise non seulement par rapport aux normes infra-constitutionnelles mais aussi à l'égard des normes de rang constitutionnel. Cependant, la possibilité théorique d'une réintroduction du contrôle encore revendiqué dans Solange I n'en fait qu'une reconnaissance conditionnée. Ceci relève toutefois de la pure théorie et semble tellement peu réaliste, notamment du fait de la protection encore consolidée lors du traité de Lisbonne⁹⁷, que l'on peut constater qu'en réalité, les droits fondamentaux ne posent plus de problèmes vis-à-vis de la primauté. Or, les droits fondamentaux ne constituant pas le seul obstacle posé par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe à l'égard de la primauté, il convient d'en envisager les autres.

⁹⁶ V. T.Schmitz, « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beteiligung Deutschlands an der europäischen Integration », Baltisch-Deutsches Hochschulkontor, p. 6

⁹⁷ Adoptée en 2000, la Charte des droits fondamentaux a acquis une véritable valeur juridique lors de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, l'article 6 TUE disposant qu'elle a « la même valeur juridique que les traités »

Deuxième partie : Persistance des limites à la primauté du droit de l'Union en France et en Allemagne

Au-delà des réserves en matière des droits fondamentaux du côté allemand, devenue hypothétique et de la loi postérieure du côté français, qui n'est plus d'actualité, d'autres dimensions de protection ont émergé. Cela a conduit à un élargissement non seulement quantitatif mais aussi et surtout qualitatif des dimensions de protection du juge constitutionnel (Chapitre 1), celles-ci prenant davantage d'ampleur en ayant élargi le champ d'action, notamment de la Cour constitutionnelle allemande. La primauté, bien qu'admise globalement, se voit conditionnée par les juridictions constitutionnelles. La problématique des lois postérieures surmontée, le Conseil d'Etat a de nouveau fait obstacle à la primauté du droit de l'Union dès que la suprématie de la Constitution était en cause. Refusant la primauté du droit de l'Union de manière très nette dans un premier temps, il s'est encore une fois ravisé pour s'inscrire dans la ligne du Conseil constitutionnel, non sans élaborer un propre système de reconnaissance conditionnée de la primauté du droit de l'Union (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'élargissement progressif des dimensions de protection de la souveraineté nationale par les juridictions constitutionnelles en France et en Allemagne

Cet élargissement revêt autant une dimension matérielle à travers le contrôle d'identité constitutionnelle qu'une dimension formelle, par le biais du contrôle ultra vires. Etant donné que ces deux mécanismes de contrôle sont basés sur la même logique qui caractérise la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht selon laquelle le pouvoir de l'Union est dérivatif pour se fonder sur le droit constitutionnel des Etats membres⁹⁸, la relation entre ces deux dimensions de protection est particulièrement intéressante et mérite d'être explicitée. Le contrôle ultra-vires, composante formelle de l'élargissement (Section 2), est propre à la Cour constitutionnelle allemande, raison pour laquelle seule la jurisprudence des juges de Karlsruhe entrera en ligne de compte. Ceci ne vaut pas pour l'identité constitutionnelle, contre-limite à l'intégration décelable aussi bien dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande que dans celle de son homologue français. Les réserves tirées de la Constitution témoignent d'une réticence commune aux deux juridictions constitutionnelles lorsqu'il s'agit du conflit aigu entre la norme suprême de l'ordre interne et la primauté du droit de l'Union. Même si la « nature spécifique et originale » (arrêt Costa) de l'Union interdit en principe de tempérer la primauté par quelle forme que ça soit, la logique des rapports de système admet, il est vrai, des

⁹⁸ M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht in Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, p. 409

analyses contradictoires aussi difficile à contester l'une que l'autre et qui dépendent dans une large mesure de l'ordre juridique, national ou européen, à partir duquel on réfléchit⁹⁹. A cet égard on a cependant envie de rappeler qu'il s'agit dans la relation entre Constitution en droit de l'Union moins d'une question purement hiérarchique, telle que par exemple le conflit entre loi et Constitution dans l'ordre juridique interne, que plutôt d'une solution inévitable et strictement nécessaire en vue de garantir le fonctionnement d'un droit d'intégration qu'est celui de l'Union européenne. Or, c'est précisément la force de pénétration particulière de ce droit et sa vocation de « bouleverser (...) l'ensemble de notre système judiciaire »¹⁰⁰ qui provoque une vive réaction, notamment de la part du juge constitutionnel qui, dès lors, recourt à la Constitution en tant que « bouclier »¹⁰¹ face à une prétendue menace identitaire. Il convient alors de s'intéresser comment les juridictions constitutionnelles invoquent concrètement le verrou de l'identité constitutionnelle en tant qu'obstacle matérielle à la primauté (Section 1).

Section 1 : La dimension matérielle de la protection de la souveraineté nationale

Dans l'arrêt Lisbonne, la Cour constitutionnelle fédérale s'est référée à l'identité constitutionnelle en tant qu'élément résistant à l'intégration¹⁰². Le Conseil constitutionnel s'y est déjà référé dans une décision de 2006¹⁰³ dans laquelle il a modifié et systématisé les réserves émises en 2004¹⁰⁴. Avant de s'intéresser aux conséquences de l'invocation de ce principe (§2), la notion elle-même ainsi que son origine méritent d'être mieux éclairées (§1).

§1 : l'élargissement successif du concept de l'identité constitutionnelle comme contre-limite

L'idée de protéger le noyau dur des dispositions constitutionnelles n'est en rien étonnante et paraît logique du point de vue du juge constitutionnel tachant d'équilibrer voire, parfois, de freiner le processus d'intégration dans un mouvement jurisprudentiel européen¹⁰⁵. Suite à l'affirmation progressive du caractère politique du projet d'intégration européenne, l'idée de mettre en avant les caractéristiques inhérentes à la Constitution nationale fit irruption dans la jurisprudence et se matérialisa à travers ce que les juridictions constitutionnelles appellent

⁹⁹ M. Blanquet, G. Isaac, *Droit général de l'Union européenne*, p. 416

¹⁰⁰ J. Waline, *La boîte de Pandore. Droit administratif et droit communautaire*, in Nabli, *l'Union européenne: source d'un « malaise constitutionnel »?*, RUE 2012, p. 30

¹⁰¹ B. Nabli, *l'Union européenne: source d'un « malaise constitutionnel »?*, RDUE 2012, p. 30 ; cela explique d'ailleurs pourquoi X. Magnon parle du juge constitutionnel national en tant que dernier obstacle au processus d'intégration européenne, v. X. Magnon, *Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur « le traité de Lisbonne »*, RTDE 2010, p. 417

¹⁰² M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht in Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, p. 409

¹⁰³ Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur

¹⁰⁴ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique

¹⁰⁵ B. Nabli, *l'identité (constitutionnelle) nationale: limite à l'Union européenne?*, RDUE 2012, p. 214

« l'identité constitutionnelle ». C'est dans ce contexte que fut inséré dans le traité UE, lors du traité de Maastricht, l'article F § 1 relatif au respect par l'Union de l'identité nationale des Etats membres¹⁰⁶. La formule ayant été modifiée à l'occasion du traité de Lisbonne, l'actuel article 4§2 TUE dispose désormais que « l'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Pour autant, le principe n'est pas expressément mentionné ni dans la LF ni dans la Constitution française¹⁰⁷. Si c'est bien l'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle allemande qui a apporté des éléments substantiels en vue de la détermination conceptuelle de cette notion par nature imprécise, elle est déjà apparue dans la jurisprudence Solange I, où la Cour de Karlsruhe a mis en avant des principes intangibles de l'ordre constitutionnel allemand¹⁰⁸. Il paraît ensuite logique que ce fût notamment dans les arrêts Maastricht et Lisbonne, tous les deux caractérisés par un point de vue national et une approche réservée quant à l'intégration, que la Cour s'est intéressée au développement des contre-limites. Précisément, celles-ci ont été constitutionalisées dans l'arrêt Maastricht¹⁰⁹ pour ensuite être étoffées dans l'arrêt Lisbonne.

Dans ledit arrêt, la Cour opère un rapprochement du droit de vote dont la violation était soulevée par les requérants en l'espèce, à travers le principe de démocratie, aux principes intangibles consacrés par l'article 79 LF. Ainsi, le principe de démocratie directement relié aux principes de l'article 79 qui « définissent l'identité de la Constitution¹¹⁰ » constitue un véritable levier¹¹¹ en vue d'un contrôle du juge constitutionnel visant la protection des pouvoirs du parlement allemand et s'opposant à un transfert d'attributions au niveau de l'Union qui aurait pour effet de soustraire des compétences au parlement fédéral allemand¹¹². Le principe de démocratie est donc étroitement lié à celui d'identité constitutionnelle par le biais de l'article 79, qui ne le consacre pas lui-même mais indirectement en faisant référence aux principes consacrés à l'article 1 (dignité humaine) et 20 LF¹¹³. Néanmoins, la Cour est encore allée plus loin pour identifier cinq domaines sensibles en vue de détailler davantage la notion d'identité

¹⁰⁶ Bien qu'elles se rejoignent dans leur fonction de limitation de l'Union européenne, l'identité nationale, reconnue à l'article 4§2 TUE et l'identité constitutionnelle visée par les juridictions constitutionnelles ne sont pas identiques, cf. B. Nabli, l'identité (constitutionnelle) nationale: limite à l'Union européenne?, RDUE 2012, p. 211

¹⁰⁷ M. Walter, Integrationsgrenze Verfassungsidentität, ZaöRV 2012, p. 188

¹⁰⁸ BVerfG, 29 mai 1974, Solange I, cons. 44

¹⁰⁹ BVerfG, 29 octobre 1993, Maastricht ; à l'occasion de cet arrêt, l'article 23 LF relatif à l'Union européenne est inséré dans la LF, il subordonne la participation de l'Allemagne à l'Union au respect par cette dernière des principes fédératifs, sociaux, de démocratie, d'Etat de droit, de subsidiarité et d'une protection des droits fondamentaux essentiellement équivalente à celle de la LF

¹¹⁰ BVerfG, 30 juin 2009, Lisbonne, cons. 218

¹¹¹ Cf. A. Schwerdtfeger, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts- Grundrechts-, ultra-vires und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 2015, p. 293

¹¹² Ibid., p. 293

¹¹³ L'article 20 LF consacre les principes de Fédération, d'Etat social, de démocratie, d'Etat de droit ainsi que de République, on parle des « principes structurels d'Etat » (Staatsstrukturprinzipien)

constitutionnelle. Concrètement, il s'agit de la citoyenneté, du monopole de violence civil et militaire, du droit pénal, du droit budgétaire ainsi que des décisions culturelles fondamentales. Cette démarche quasi-législative illustre parfaitement le rôle déterminant que détient la Cour constitutionnelle allemande dans l'encadrement de l'intégration européenne¹¹⁴.

Le Conseil constitutionnel n'a pas résisté à ce mouvement jurisprudentiel et a invoqué, lui aussi, le verrou de l'identité constitutionnelle dans une volonté de tempérer la primauté. Le concept est apparu dans une décision du 10 juin 2004, dans laquelle le Conseil constitutionnel a précisé que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »¹¹⁵. Cette reconnaissance d'un fondement spécifique constitutionnel pour la transposition des directives à travers l'article 88-1 C° a à la fois des incidences positives que négatives concernant la primauté, aspect qui devra être détaillé dans le §2 de ce chapitre. Par ailleurs, la décision est fondamentale comme le Conseil constitutionnel s'y est prononcé pour la première fois sur le contrôle du droit dérivé de l'Union. En 2006, le Conseil constitutionnel est revenu sur cette décision et a fini par évoquer expressément la notion d'identité constitutionnelle. Ainsi, « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »¹¹⁶. Après avoir esquissé la notion d'identité constitutionnelle, il convient maintenant de s'intéresser aux conséquences ainsi qu'à la portée du principe (§ 2).

§2 : Les conséquences de l'invocation du principe de l'identité constitutionnelle

Certes, les conséquences de l'identité constitutionnelle comme contre-limite ne sont pas exactement les mêmes en France et en Allemagne. Néanmoins, l'invocation des réserves tirées de l'identité constitutionnelle nationale permettent tant aux juges du Conseil constitutionnel qu'à ceux de son homologue allemand de tempérer la primauté du droit de l'Union. Par conséquent, la subordination de l'ordre juridique étatique n'est pas inconditionnelle¹¹⁷. Au-delà de ce constat préalable, il est nécessaire de distinguer entre la France et l'Allemagne afin d'appréhender pleinement les conséquences de l'invocation de l'identité constitutionnelle en

¹¹⁴ Il est intéressant de comparer la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe avec celle de la Cour constitutionnelle tchèque, selon laquelle la détermination des limites au transfert d'attributions incombe au parlement, v. à cet égard M. Walter, « Integrationsgrenze Verfassungsidentität », ZaöRV 2012, pour une analyse critique v. aussi A. Schwerdtfeger, *Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts- Grundrechts-, ultra-vires und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem*, EuR 2015

¹¹⁵ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, cons. 7

¹¹⁶ Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur, cons. 19

¹¹⁷ B. Nabli, l'identité (constitutionnelle) nationale: limite à l'Union européenne?, RDUE 2012, p. 213

tant que contre-limite. La portée absolue de l’invocation de l’identité constitutionnelle en Allemagne (A) s’oppose à une portée relative en France (B).

A) Une portée absolue de l’invocation de l’identité constitutionnelle en Allemagne

Il convient de se rappeler la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle allemande selon laquelle la primauté se fonde sur l’ordre d’application du droit contenu dans la loi d’approbation aux traités¹¹⁸. Pour ce qui concerne la mise en œuvre de l’identité constitutionnelle en tant que contre-limite, il s’ensuit que non seulement les dispositions constitutionnelles formant l’identité constitutionnelle sont indisponibles pour tout transfert à l’Union européenne par le législateur allemand mais qu’en plus, le droit de l’Union qui porterait éventuellement atteinte à ces dispositions est inapplicable¹¹⁹. L’invocation de l’identité constitutionnelle est alors revêtue d’un double effet : d’une part, elle concerne le développement ultérieur du processus d’intégration en ce sens que le droit primaire est encadré (1.), de l’autre, la validité du droit de l’Union déjà en vigueur se voit conditionnée (2.)¹²⁰.

1.) L’encadrement strict de l’intégration du fait du respect de l’identité constitutionnelle

Force est de constater que l’arrêt Lisbonne a mis en exergue l’encadrement constitutionnel de la participation de l’Allemagne à l’intégration européenne tel qu’il résulte de la jurisprudence antérieure, avec cependant la particularité de fournir un exposé particulièrement long¹²¹ mettant l’accent sur le principe de démocratie dans une volonté d’immunisation de la clause d’éternité. Par le biais du principe démocratique, la Cour a entendu accentuer la « souveraineté constitutionnelle » de façon que celle-ci s’oppose à ce que l’Etat allemand soit dépourvu de ses attributions étatiques¹²² et que par conséquent, et c’est là la conséquence majeure, la Loi fondamentale ne constitue pas une base valable en vue de l’établissement d’un Etat fédéral allemand¹²³. A cet égard, X. Magnon observe avec pertinence que la Cour de Karlsruhe « ne met pas tant l’accent sur les modifications constitutionnelles internes nécessaires au développement de l’intégration européenne que sur les obligations qui pèsent sur le droit de l’Union afin de préserver, dans un sens large, l’identité nationale »¹²⁴. En ayant posé des limites tant structurelles que substantielles, elle semble vouloir se saisir de l’avenir de la construction

¹¹⁸ F. Mayer, *Europarecht als französisches Verfassungsrecht*, EuR 2004, p. 933

¹¹⁹ M. Walter, *Integrationsgrenze Verfassungsidentität*, ZaöRV 2012, p. 183

¹²⁰ *Ibid.*, p. 183

¹²¹ La prétendue inconstitutionnalité de la loi d’approbation au traité de Lisbonne ainsi que de la législation d’accompagnement donne l’occasion à la Cour de traiter la question des limites de la participation d’Allemagne à l’intégration de manière exhaustive et de rassembler les éléments de la jurisprudence antérieure, cf. D.Hanf, *Constitution allemande et appartenance à L’UE*, CDE 2009, p. 679

¹²² BVerfG, arrêt du 30 juin 2009, Lisbonne, cons. 179, 180, 218-232

¹²³ *Ibid.*, cons. 179

¹²⁴ X.Magnon, *Le juge constitutionnel et le traité de Lisbonne*, RTDE 2010, p. 421

européenne¹²⁵. L'évolution du droit primaire est alors limitée et conditionnée par le respect de l'identité constitutionnelle.

2.) L'inapplicabilité du droit de l'Union découlant de la méconnaissance de l'identité constitutionnelle

La seconde dimension, à savoir l'éventuelle inapplicabilité du droit de l'Union découlant de l'identité constitutionnelle présente une acuité particulière. Précisément, il s'agit là d'une conséquence logique. Dans la mesure où ce qui forme l'identité constitutionnelle ne peut pas faire l'objet d'un transfert à l'Union, le droit de l'Union déjà en vigueur qui porterait atteinte à l'identité constitutionnelle ne peut pas être appliqué. Conformément à l'arrêt Lisbonne, la Cour contrôle si le droit de l'Union respecte l'identité constitutionnelle. Au cas où une disposition relevant du droit de l'Union la méconnaîtrait, elle constitue un obstacle à l'application de cette norme.

B) Une portée limitée de l'invocation de l'identité constitutionnelle en France

Contrairement à l'Allemagne, où la réserve d'identité constitutionnelle fut thématifiée lors de la révision des traités (Maastricht, Lisbonne), la notion d'identité constitutionnelle est apparue en France à l'occasion de la transposition d'une directive. Cette différence est significative puisque comme en témoigne sa décision précitée de 2004 relative à l'obligation constitutionnelle de transposer une directive, le Conseil constitutionnel s'intéresse plus à la portée du droit dérivé et donc de ce qui a déjà été transféré à l'Union qu'à l'encadrement du droit primaire. Si l'identité constitutionnelle est utilisée par la Cour de Karlsruhe pour influencer le processus d'intégration européenne et évoquer ses limites, ceci n'est pas l'approche du Conseil constitutionnel. Ce dernier s'intéresse à la primauté à travers ce qui a déjà fait l'objet d'un transfert des droits de souveraineté et non pas aux limites du processus d'intégration¹²⁶. Toujours est-il que fonder l'obligation de transposer des directives sur la Constitution, comme l'a fait le Conseil constitutionnel, a des effets ambigus. D'un côté, la primauté semble renforcée. La transposition des directives étant une obligation constitutionnelle, le Conseil constitutionnel est désormais compétent pour veiller à ce qu'elle soit respectée et ce faisant, contribue à sa consolidation. La non-transposition d'une directive (ou sa mauvaise transposition) peut donc désormais être sanctionnée par le Conseil constitutionnel et non seulement par la Cour de justice dans le cadre d'un recours en manquement. Qui plus est, le Conseil ayant choisi l'article 88-1 C° comme fondement normatif de cette

¹²⁵ Ibid., p. 423

¹²⁶ M. Walter, Integrationsgrenze Verfassungsidentität, ZaöRV 2012, p. 185, ajoutons cependant que le Conseil constitutionnel s'intéresse, lui aussi, aux limites de l'intégration dans les décisions préc. Maastricht I et TECE

obligation, il a reconnu la spécificité du droit de l'Union par rapport au droit international qui est supérieur aux lois mais inférieur aux normes constitutionnelles en vertu de l'article 55 C^o¹²⁷. Cette solution présente cependant la particularité qu'elle permet aussi une relativisation de la primauté. L'ancrage de l'obligation de transposition des directives dans la Constitution ouvre la possibilité de lui opposer d'autres principes de rang constitutionnel¹²⁸. C'est précisément ce qu'il s'est passé en 2004, où le Conseil a identifié une « disposition expresse contraire de la Constitution » comme limite à la primauté. En 2006, de façon plus explicite, le Conseil a recouru à « l'identité constitutionnelle de la France » en tant qu'obstacle normatif à une soumission inconditionnelle à la primauté. Même si tant le Conseil constitutionnel que la Cour constitutionnelle allemande semblent s'être inspirés de l'article 4 § 2 TUE pour développer des limites à la primauté¹²⁹, leurs concepts de l'identité constitutionnelle diffèrent sensiblement. Le Conseil constitutionnel, dans la démarche de protéger ce qui est « crucial et distinctif »¹³⁰, s'oriente au niveau européen. Cela explique pourquoi P. Mazeaud s'est référé à « des principes qui nous sont spécifiques, qui ne trouvent pas de protection du côté du droit européen »¹³¹. On ne peut pas s'empêcher de penser à la jurisprudence Solange plutôt qu'à l'arrêt Lisbonne¹³². Non seulement le Conseil constitutionnel s'est montré plus prudent et moins ambitieux en ce sens qu'il n'entend pas se saisir de l'avenir du projet d'intégration européenne, mais la réserve de 2006 est elle-même assortie d'une réserve¹³³. En effet, la transposition d'une directive allant à l'encontre de l'identité constitutionnelle n'est pas permise « sauf à ce que le constituant y ait consenti ». La différence majeure entre les deux juridictions constitutionnelles est là : si l'identité constitutionnelle de la France permet de tempérer la primauté, il ne s'agit pas pour autant d'une limite absolue parce que le pouvoir constituant peut y déroger par une révision de la Constitution, comme le Conseil l'a précisé lui-même en 2006¹³⁴. Il en va autrement pour la Cour constitutionnelle allemande. En Allemagne, la clause d'éternité de l'article 79-3 LF ainsi que les principes auxquels elle renvoie ne peuvent pas faire l'objet d'une révision. Le lien entre cette clause et l'identité constitutionnelle établi par le Bundesverfassungsgericht en fait donc une réserve absolue. Par conséquent, l'on peut constater que contrairement à l'article 89-5 C^o, pendant fonctionnel de la clause d'éternité allemande, l'article 79-3 LF permet de faire de

¹²⁷ M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht in Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, p. 412 s.

¹²⁸ M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht in Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, p. 413

¹²⁹ Cet article se situe dans la continuité de l'article I-5 du TECE

¹³⁰ P. Mazeaud, *Vœux du Conseil constitutionnel au président de la République*, discours prononcé le 3 janvier 2005, cahiers du conseil constitutionnel n° 18, juillet 2005

¹³¹ *Ibid.*

¹³² M. Walter, *Integrationsgrenze Verfassungsidentität*, *ZaöRV* 2012, p. 186

¹³³ *Ibid.*, p. 187; cf. également B. Nabli, *l'identité (constitutionnelle) nationale: limite à l'Union européenne?*, *RDUE* 2012, p. 213

¹³⁴ Cf. Chapitre préliminaire relative aux limites constitutionnelles de l'intégration: il n'existe pas de limites insurmontables, le Conseil constitutionnel indique seulement quand il faut réviser la Constitution, il lui incombe donc un rôle d'aiguilleur, cf. M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht in Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, p. 394

l'identité constitutionnelle un verrou intangible qui ne saurait pas être brisé par le pouvoir constituant. En France, il s'agit d'une réserve relative¹³⁵. A cela correspond que le Conseil constitutionnel n'opère pas avec l'article 89-5 C° en tant que limite à l'intégration européenne et qu'il refuse de contrôler les lois de révision constitutionnelle¹³⁶.

Il est incontestable que l'utilisation du principe d'identité constitutionnelle ainsi que sa portée varient nettement. Quant à la France, l'on peut parler d'une double relativité. En premier lieu, la primauté du droit de l'Union peut être relativisée à travers l'identité constitutionnelle. En second lieu, le pouvoir constituant est libre de réviser la Constitution en vue d'écartier un éventuel obstacle, ce qui fait du concept français de l'identité constitutionnelle une limite dynamique et non pas statique. La limite se trouve elle-même relativisée.

Ensuite, il convient de s'intéresser à une autre dimension de protection, le contrôle ultra-vires, qui est propre à la Cour de Karlsruhe. Comme la Cour s'intéresse non seulement aux effets du droit de l'Union sur la seule Constitution nationale mais à la formation valable du droit de l'Union, il s'agit d'une extension problématique de son champ de contrôle (Section 2).

Section 2 : Le contrôle de la validité formelle du droit de l'Union : une extension problématique du champ de contrôle de la Cour de Karlsruhe

Au-delà de la réserve en matière des droits fondamentaux et du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle, une troisième dimension de protection s'est ajoutée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale par le biais du contrôle ultra-vires. Celui-là est d'autant plus d'acuité que son critère d'examen est le droit primaire. A cet égard, il contraste avec les deux autres limites que l'on a vues et constitue la limite la plus problématique, du moins sur le plan juridique¹³⁷. Comme pour le principe de l'identité constitutionnelle, il convient, dans un premier temps, de présenter le contrôle ultra vires (§1). Dans un deuxième temps, la relation entre l'identité constitutionnelle et le contrôle ultra-vires doit être détaillée du fait que la Cour de Karlsruhe a semé le doute quant à l'autonomie des deux limites à la primauté (§2). C'est cette comparaison qui permet de comprendre que le contrôle ultra-vires est particulièrement susceptible de créer des conflits entre la Cour de Karlsruhe et la Cour de Justice (§3).

¹³⁵ Cf. M. Walter, Integrationsgrenze Verfassungsidentität, ZaöRV 2012, p. 187 s., qui distingue entre une réserve relative pour la France et une réserve absolue pour l'Allemagne

¹³⁶ Décision n° 2003-469 DC, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République

¹³⁷ Il est vrai que l'identité constitutionnelle est une conception juridique mais aussi fortement politique, cf. M. Walter, Integrationsgrenze Verfassungsidentität, p.190; c'est avant tout la position de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans son arrêt Lisbonne qui en témoigne

§1 : Signification du contrôle ultra-vires

Le terme ultra-vires signifie « en dehors (ultra) de ses compétences (vires) ». La logique derrière l'établissement d'un tel contrôle trouve son origine dans le conflit de compétences entre la Cour de Karlsruhe et la CJUE et renvoie à la question de savoir laquelle des juridictions est compétente pour constater si les institutions de l'Union ont éventuellement agi en dehors de leurs compétences. L'établissement d'un tel mécanisme de contrôle de compétence met en exergue les craintes des juges de Karlsruhe à l'égard d'une éventuelle augmentation des compétences de l'Union allant à l'encontre des attributions en vertu des traités, d'où la nécessité, selon la Cour, de l'établissement d'un contrôle lui permettant d'avoir le dernier mot. Tout comme le contrôle d'identité, le contrôle ultra-vires était en germe dans nombre d'arrêtés antérieurs pour ensuite être pleinement exploité dans l'arrêt Lisbonne. La toute première indication se trouve dans l'arrêt *Milchpulver* où la Cour utilise la formule « décidé dans le cadre de ses compétences »¹³⁸ (« im Rahmen seiner Kompetenz ergangene »). D'autres traces sont identifiables dans l'arrêt *Eurocontrol I*¹³⁹ et notamment *Kloppenburg*. Cette fois-ci, la Cour a précisé qu'il est important « si une institution internationale reste dans les limites des compétences lui ayant été attribuées ou si elle y déroge »¹⁴⁰. Tout doute fut ensuite dissipé avec l'arrêt *Maastricht* où la Cour concrétise qu'elle « vérifie si les actes juridiques des institutions européennes restent dans les limites des droits de souveraineté qui leur ont été transférés ou si elles les dépassent »¹⁴¹.

§2 : La relation entre le contrôle ultra-vires et le contrôle d'identité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande

Tant le mécanisme du contrôle d'identité constitutionnelle que le contrôle ultra-vires mettent en lumière que des divergences considérables subsistent entre l'approche des juges de Karlsruhe et la CJUE en ce qui concerne le fondement de la primauté. En effet, ces deux mécanismes de contrôle sont axés sur le même constat du juge constitutionnel¹⁴² : tout pouvoir de l'Union est dérivatif et se fonde sur les Constitutions nationales. Il s'agirait donc d'un pouvoir supranational dérivé qui découle du pouvoir étatique souverain¹⁴³. C'est précisément à travers les deux mécanismes de contrôle que cette approche diamétralement opposée à celle de la CJUE devient visible, cette-dernière fondant la primauté sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Il n'en demeure pas moins que ces deux contre-limites trouvant leur origine dans le même constat

¹³⁸ BVerfGE, 9 juin 1971, *Milchpulver*, cons. 95, propre traduction

¹³⁹ BVerfGE, 23 juin 1981, *Eurocontrol I*,

¹⁴⁰ BVerfGE, 8 avril 1987, *Kloppenburg*, cons. 58, propre traduction

¹⁴¹ BVerfGE, 23 octobre 1993, *Maastricht*, cons. 106, propre traduction

¹⁴² M. Wendel, *Verfassungsrecht-Völkerrecht-Europarecht in Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, p. 409

¹⁴³ BVerfGE, 30 juin 2009, *Lisbonne*, cons. 231

de base, elles prennent ensuite des formes différentes et autonomes l'une par rapport à l'autre. Comme nous l'avons vu, le contrôle ultra-vires s'inspire de la crainte d'une autonomisation du pouvoir de l'Union alors que le contrôle d'identité a pour objectif de protéger ce qui forme le noyau dur des dispositions de la Loi Fondamentale. La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a cependant pu semer le doute quant à l'autonomie des deux mécanismes de contrôle. Le fait d'étendre le contrôle d'identité sur le droit dérivé a conduit à le concevoir comme étant une sous-catégorie du contrôle ultra-vires. En effet, pour la Cour, il s'agit d'un acte pris ultra-vires à chaque fois que l'identité constitutionnelle est méconnue ce qui tient au fait que les lois d'approbation au droit primaire n'ont pas permis un tel comportement¹⁴⁴.

De plus, la jurisprudence est imprécise quant à séparation des deux mécanismes de contrôle. Là où le contrôle d'identité s'intéresse, en théorie, aux effets d'un acte juridique et donc à une éventuelle atteinte à des valeurs matérielles, le contrôle ultra-vires vérifie la validité formelle en se référant à la formation d'un acte juridique¹⁴⁵. En énumérant cinq domaines en vertu du principe de démocratie qui ne pourront pas faire l'objet d'un transfert à l'Union européenne et qui ne relèveront pas, par voie de conséquence, de la compétence des institutions de l'Union, cette délimitation se trouve mise en cause dans la mesure où la Cour procède ainsi à un rapprochement des aspects identitaires et ceux relatifs aux compétences. Le principe de démocratie, étroitement lié à la clause d'éternité protégée par le biais du contrôle d'identité, se voit donc enrichi, en l'occurrence, par l'aspect des compétences¹⁴⁶. Cependant, une comparaison globale impose le rejet de cette conception du contrôle d'identité comme étant une sous-catégorie du contrôle ultra-vires. Tant les raisons ayant conduit à leur établissement que l'objet de contrôle et les critères d'examen en font des mécanismes distincts. Comme le contrôle d'identité a pour finalité d'éviter les atteintes à l'identité des constitutions nationales, la loi d'approbation au droit primaire, objet de contrôle, est examinée à l'égard de son critère de contrôle, la Constitution. Ce mécanisme de contrôle se réfère donc à la loi d'approbation qui a vocation à encadrer le droit primaire. Le contrôle ultra-vires se situe ensuite à un niveau inférieur dans la mesure où il s'intéresse à la question de savoir si les actes de l'Union respectent le cadre lui étant imparti par le droit primaire. Précisément, le contrôle ultra-vires, dans le souci d'assurer que l'Union n'agit pas en dehors de ses compétences, consiste à contrôler le droit dérivé (objet de contrôle) à l'égard du droit primaire (critère de contrôle)¹⁴⁷.

¹⁴⁴ A. Schwerdtfeger, *Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts- Grundrechts-, ultra-vires und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem*, EuR 2015, p. 295 s.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid., p. 296

¹⁴⁷ Ibid., p. 294 s.

Il s'agit donc de deux mécanismes distincts, même si la répartition peut en réalité paraître plus délicate du fait de l'exposé quelque peu équivoque du Bundesverfassungsgericht.

§3 : Un potentiel de conflit élevé résultant du contrôle ultra-vires

Selon l'opinion de la doctrine allemande, l'encadrement du droit primaire à travers un contrôle de la loi d'approbation à l'égard de l'article 79-3 LF s'impose, d'autant plus que ce contrôle intervenant avant la ratification des traités, la Cour de Karlsruhe n'entre pas en conflit avec les juges de Luxembourg¹⁴⁸. Quant au contrôle du droit dérivé, le risque de conflit est avéré et le contrôle ultra-vires constitue, du moins sur le plan juridique¹⁴⁹, un mécanisme problématique. D'une part, il entraîne une situation de concurrence entre la Cour de Karlsruhe et la Cour de justice en raison de l'utilisation du même critère de contrôle des deux juridictions dans le cadre du contrôle ultra-vires, le droit primaire. Or, seule la Cour de justice peut être compétente quant à l'interprétation du droit primaire. Il ne peut y avoir qu'une seule juridiction habilitée de se prononcer sur l'interprétation du droit de l'Union afin de garantir l'uniformité de son application. Ce monopole d'interprétation de la Cour de justice est expressément prévu dans les articles 19-1 TUE et 344 TFUE. En ce qui concerne l'interprétation du droit dérivé, la compétence incombe également seul à la Cour de justice. Par le biais du recours en annulation (art. 263 s. TFUE) et du renvoi préjudiciel (art. 267 TFUE), la Cour de justice statue sur la validité du droit dérivé.

D'autre part, la portée du contrôle ultra-vires est particulièrement étendue. Le constat de la Cour constitutionnelle qu'un acte été pris ultra-vires concerne la validité de l'acte en question en tant que tel dans tous les Etats membres. Là où le contrôle d'identité s'arrête à la question de savoir si un acte porte atteinte au seul ordre juridique allemand, un acte ultra-vires a des répercussions sur sa validité et son applicabilité dans chacun des Etats membres. Tout acte de l'Union n'étant pas fondé sur sa compétence est ainsi revêtu d'inapplicabilité dans tout Etat membre. L'on peut donc constater que le contrôle ultra-vires possède une aptitude élevée de mettre en cause la validité des actes de l'Union et par conséquent, de créer des conflits entre les deux juridictions. En 2010, la Cour a cependant nuancé ses propos en développant une approche restrictive concernant la possibilité de constater qu'un acte de l'Union a été pris ultra vires¹⁵⁰.

¹⁴⁸ A. Schwerdtfeger, *Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts- Grundrechts-, ultra-vires und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem*, EuR 2015, p. 301

¹⁴⁹ L'avocat général auprès de la Cour de Justice, Cruz Villalon, a remarqué à juste titre que d'un point de vue politique, l'invocation de l'identité constitutionnelle propre à chacun des ordres juridiques est tout à fait problématique dans le contexte de la « sauvegarde de l'Union », v. avocat général Cruz Villalon, *Conclusions 14/1/2015, affaire C-62/14 (OMT-Beschluss)*

¹⁵⁰ BVerfGE, 6 juillet 2010, Honeywell

En somme, les différentes démarches des juges constitutionnels en vue de limiter la portée de la primauté du droit de l'Union, en France et en Allemagne, sont revêtus d'une importance majeure d'un point de vue quantitatif mais également qualitatif. Ceci tient tout d'abord au fait que le juge constitutionnel est par nature le plus concerné par la confrontation d'un droit constitutionnalisé tel que le droit de l'Union avec le droit constitutionnel étatique. C'est avant tout le juge constitutionnel qui s'est vu conférer la tâche de concilier la primauté du droit de l'Union européenne avec la suprématie de la Constitution. Or, le juge constitutionnel ne monopolise pas les frondes en la matière. Le Conseil d'Etat est (traditionnellement) particulièrement visible concernant le rapport entre droit national et droit de l'Union et plus précisément la reconnaissance de la primauté, que l'on songe à la problématique dépassée des lois postérieures. Sans réitérer les différences tenant à l'organisation judiciaire des deux pays qui ont pu favoriser sa position exposée par rapport à son homologue allemand, on se borne ici à indiquer que le Conseil d'Etat a développé son propre modèle quant à la primauté du droit de l'Union face à la Constitution. La réserve qu'il a émis s'inscrit cependant dans une logique désormais plus conciliante.

Chapitre 2 : La réserve d'équivalence du Conseil d'Etat, une reconnaissance conditionnée de la primauté

Suite à la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, le Conseil d'Etat était, lui aussi, appelé à se (re)positionner quant au rapport entre le droit constitutionnel français et le droit de l'Union. Concrètement, la question d'un éventuel contrôle de constitutionnalité par le juge administratif d'un acte administratif réglementaire transposant une directive s'est posée à l'occasion de l'établissement d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne par la directive n°2003/87/CE du 13 octobre 2003, transposée en droit français par une ordonnance du 15 avril 2004. La question de savoir si le juge administratif est compétent pour exercer un contrôle de constitutionnalité d'un décret transposant une directive, ce qui revient à un contrôle indirect de la directive, renvoie plus globalement à la thématique des limites imposées à la primauté du droit de l'Union européenne et fut thématisée dans l'arrêt *Arcelor*¹⁵¹. Si d'aucuns ont pu y voir « un nouveau transfert de souveraineté française au niveau européen » ayant pour conséquence que « le Conseil d'Etat s'efface derrière la justice européenne »¹⁵², d'autres auteurs ont tenu, à juste titre, des propos plus nuancés. En tout état de cause, l'arrêt

¹⁵¹ C.E., Ass., 8 février 2007, *Arcelor*

¹⁵² Jakubyszyn, *Le Monde* du 9 février 2007

Arcelor a provoqué une abondante réaction doctrinale. En effet, il s'agit d'un arrêt fondamental en la matière et la doctrine semble unanime sur le constat qu'il s'agisse d'une évolution significative de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative au rapport entre droit de l'Union et droit constitutionnel. Partant, on peut tout d'abord se demander quels sont les nouveaux éléments apportés par les juges du Palais Royal. Un détour par la jurisprudence antérieure ne paraît pas superflu (Section 1). Le Conseil d'Etat s'étant inspiré du Conseil constitutionnel dans son arrêt Arcelor, l'on a également pu s'interroger sur les similitudes et différences des réserves respectives (Section 2). Il convient ensuite de comparer les modèles Arcelor et Solange, dont nombre d'auteurs ont invoqué des parallèles malgré le refus réitéré des juges administratif et constitutionnel allemand de se prononcer sur la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union (Section 3).

Section 1 : L'arrêt Arcelor à la lumière de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat

Compte tenu de la fermeté avec laquelle le Conseil d'Etat a refusé la primauté du droit de l'Union dans l'arrêt Sarran¹⁵³ en 1998 et surtout dans l'arrêt SNIP¹⁵⁴ en 2001, on ne peut que saluer le revirement opéré dans l'arrêt Arcelor. En effet, dans l'arrêt Sarran précité, le Conseil a affirmé la primauté de la Constitution dans l'ordre juridique interne¹⁵⁵. La question se posait donc à l'égard du droit communautaire : Est-ce que la solution dégagée par le Conseil en 1998 s'applique également à lui ou pas ? Faute de précisions de la part du juge administratif, les deux solutions étaient envisageables¹⁵⁶. L'arrêt Fraisse¹⁵⁷ de la Cour de Cassation est plus nuancée. A l'instar du Conseil d'Etat, elle se déclare incompétente pour assurer la primauté du droit international sur la Constitution dans l'ordre interne. Or, en examinant si le droit communautaire est concerné, ce qui, en l'occurrence, n'est pas le cas, elle ne semble pas adhérer à l'assimilation entre droit international et droit communautaire pratiquée par le Conseil d'Etat. En 2001, le Conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence Sarran sans ambiguïté aucune. Il a explicitement étendu sa jurisprudence Sarran au droit communautaire en déclarant que la primauté du droit communautaire « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution »¹⁵⁸. Cette réserve du Conseil d'Etat que F. Chaltiel a qualifié de « banalisation du droit européen »¹⁵⁹ n'est cependant pas complètement nouvelle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat étant donné que le commissaire de gouvernement Genevois

¹⁵³ C.E., Ass., 30 octobre 1998, Sarran

¹⁵⁴ C.E., 3 décembre 2001, SNIP

¹⁵⁵ F. Chaltiel, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMCUE 2007, p. 361

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Cour de Cassation, 2 juin 2000, Fraisse

¹⁵⁸ C.E., 3 décembre 2001, SNIP, cons. 7

¹⁵⁹ F. Chaltiel, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMCUE 2007, p. 360

avait admis dans ses conclusions relatives à l'affaire Cohn-Bendit de ne pas appliquer la jurisprudence de la Cour de Justice au cas où elle méconnaîtrait une disposition constitutionnelle¹⁶⁰.

En ce qui concerne la portée de l'arrêt Arcelor, la doctrine est loin d'être unanime. Si certains y voient « un renversement effectif de la hiérarchie des normes »¹⁶¹, la plupart des auteurs ne vont pas aussi loin. En tout état de cause, l'on peut convenir qu'il s'agit d'une évolution significative dans la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant le rapport entre droit de l'Union et droit constitutionnel, bref, d'un changement¹⁶². Ainsi, le Conseil d'Etat semble reconnaître la spécificité d'un droit constitutionnalisé qu'est le droit de l'Union. 15 ans après l'insertion du titre XV relatif à l'Union européenne dans la Constitution, le Conseil d'Etat en a tiré les conséquences nécessaires et a abandonné l'égalité de traitement du droit international et du droit de l'Union telle que pratiquée dans l'arrêt SNIP précité. Qui plus est, le juge administratif a tiré de l'article 88-1 C° une obligation constitutionnelle de transposition des directives. Ce faisant, il a emboîté le pas au Conseil constitutionnel. La question a donc été évoquée de savoir si le Conseil d'Etat a repris la réserve émise par le Conseil constitutionnel.

Section 2 : Le modèle Arcelor, une réserve propre au Conseil d'Etat

Tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'Etat se sont alignés par leurs décisions précitées à un courant jurisprudentiel plus global de reconnaissance de la primauté du droit de l'Union qui est cependant accompagné de réserves¹⁶³. Comme le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat, dans son arrêt Arcelor, n'a pas non plus consacré une primauté inconditionnelle du droit de l'Union sur la Constitution. Vu que le Conseil d'Etat s'est inspiré du Conseil constitutionnel quant à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives, l'on a quand-même pu s'interroger sur d'éventuelles précisions apportées par le Conseil d'Etat à l'égard de la notion d'identité constitutionnelle invoquée par le juge constitutionnel, d'autant plus que ce dernier a manqué à plusieurs reprises de donner une portée réelle à sa réserve d'identité constitutionnelle¹⁶⁴. Or, même si le Conseil d'Etat a vérifié si le principe d'égalité est protégé au niveau européen, l'on est amené à constater qu'il ne recourt guère à la réserve d'identité

¹⁶⁰ F. Mayer, E. Linski, M. Wendel, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich-zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'Etat vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.), EuR 2008, p. 68

¹⁶¹ V. dans ce sens S. Pinon, L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution, RTD Eur. 2008, p. 263; pour une lecture qui va dans le sens contraire v. X. Magnon, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat, RFDA 2007, p. 578

¹⁶² M. Blanquet, G. Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 424

¹⁶³ Ibid., p. 425

¹⁶⁴ V. S. Pinon, L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution, RTD Eur. 2008, p. 266 ss.

constitutionnelle et que son contrôle ne correspond pas à celui du juge constitutionnel. Le fait que le Conseil d'Etat a utilisé le principe d'égalité comme critère de contrôle ne doit pas induire en erreur. Il s'agit là d'un chevauchement de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel qui ne sert véritablement d'indice¹⁶⁵ mais qui est dû au fait que le Conseil d'Etat opère un contrôle d'équivalence des protections. C'est dans ce cadre qu'il vérifie s'il existe une protection du principe d'égalité au niveau européen et non pas dans une volonté de reprendre le concept d'identité constitutionnelle du juge de la rue Montpensier¹⁶⁶. En effet, le commissaire de gouvernement Guyomar a proposé dans ses conclusions à l'arrêt Arcelor de ne pas recourir au principe de l'identité constitutionnelle mais de vérifier au cas par cas s'il existe bien une protection équivalente, une méthode qui était mieux adaptée au Conseil d'Etat¹⁶⁷. Une distinction paraît d'autant plus logique dans la mesure où le Conseil constitutionnel limite son contrôle aux lois de transposition manifestement incompatibles avec la directive qu'elles ont pour objet de transposer¹⁶⁸.

Au-delà de la question si le Conseil d'Etat a précisé la notion de l'identité constitutionnelle ou pas, une comparaison des réserves des deux juridictions dans leur globalité s'impose pour en saisir les différences. Précisons encore une fois que le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompetent pour contrôler la constitutionnalité de la loi de transposition sauf si elle méconnaît un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française. La volonté de la part du juge constitutionnel de recourir à cette réserve de constitutionnalité qu'il s'est ainsi ménagée ne semble cependant pas manifeste, tant il est vrai que le juge constitutionnel semble vouloir « vider la réserve de constitutionnalité de son venin »¹⁶⁹. Pour ce qui concerne les directives, le Conseil constitutionnel distingue entre celles qui laissent une marge de manœuvre au législateur et celles qui sont précises et inconditionnelles. Cette distinction est fondamentale puisque les modalités ainsi que la portée du contrôle varient sensiblement. L'on peut d'abord relever que le Conseil constitutionnel contrôle à la fois le respect par la loi de transposition des règles de procédure ainsi que de compétence s'imposant au législateur et la compatibilité de la loi avec la directive, sans égard à la nature de la directive¹⁷⁰. On est là en présence d'une entorse à la célèbre jurisprudence IVG. En revanche, il importe à d'autres égards de différencier selon la nature de la directive. Lorsque le Conseil

¹⁶⁵ Pourtant dans ce sens F. Chaltiel, qui semble en déduire que le Conseil d'Etat a ainsi précisé la notion d'identité constitutionnelle, v. Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMCUE 2007, p. 370

¹⁶⁶ F. Mayer, E. Linski, M. Wendel, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich-zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'Etat vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.), EuR 2008, p. 79

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ A. Levade, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, p. 570 s.

¹⁶⁹ S. Pinon, L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution, RTD Eur. 2008, p. 267

¹⁷⁰ A. Coulibaly, La problématique des sources de légalité, www.lex-publica.fr

est saisi d'une loi transposant une directive dont les dispositions ne sont pas incondtionnelles et précises, il est pleinement compétent pour exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition. A contrario, il peut être saisi d'une loi transposant une directive précise et incondtionnelle¹⁷¹. Tout l'intérêt des décisions de 2004 et 2006 se manifeste là : en effet, lorsque le législateur ne dispose d'aucune marge d'appréciation du fait des dispositions précises et incondtionnelles, le Conseil voit sa compétence de contrôle réduite. En premier lieu, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité directe, il se contente de vérifier si la directive ne viole pas un principe inhérent à l'identité constitutionnelle. Dans l'hypothèse où une directive porte atteinte à un tel principe, c'est-à-dire un principe propre à la France, le juge constitutionnel déclarera la loi inconstitutionnelle¹⁷², ce qui revient à un contrôle indirect de la directive. Lorsque, en revanche, le principe constitutionnel est également protégé au niveau européen, le Conseil ne le déclarera pas inconstitutionnel. Comme le Conseil l'a lui-même précisé, la Cour de justice est seule compétente pour se prononcer sur la comptabilité d'une directive et donc plus globalement du droit dérivé avec un principe protégé par le droit de l'Union¹⁷³. Signalons qu'à cet égard, le contrôle du Conseil constitutionnel se veut moins invasif que celui de la Cour constitutionnelle allemande, qui s'est justement déclarée compétente pour contrôler la comptabilité du droit dérivé au droit primaire dans le cadre d'un éventuel acte ultra-vires. En deuxième lieu, en ce qui concerne le contrôle de la comptabilité de la loi avec la directive, le Conseil, faute de temps, ne censure que les dispositions législatives manifestement incompatibles avec la directive¹⁷⁴. En somme, il s'agirait là d'un contrôle d'équivalence des normes alors que le Conseil d'Etat exerce un contrôle d'équivalence des protections¹⁷⁵. Lorsque le juge administratif est saisi d'un moyen tiré de la violation d'un principe ou d'une règle constitutionnelle, il statue sur la comptabilité de la directive avec la Constitution française et déroge ainsi à un arrêt de 2002 dans lequel il s'était déclaré incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité d'un acte de droit international ou d'un traité¹⁷⁶. Précisément, le juge administratif se demande dans un premier temps s'il existe en droit de l'UE un principe équivalent à la règle constitutionnelle dont le requérant prétend la méconnaissance par la directive. Dans l'affirmatif, le juge apprécie la régularité de la directive par rapport à ce principe

¹⁷¹ A. Coulibaly, La problématique des sources de légalité, www.lex-publica.fr

¹⁷² On parle ici de la constitutionnalisation du droit de l'Union

¹⁷³ L'on peut se référer à sa décision du 10 juin 2004 où le Conseil a déclaré « qu'en l'absence d'une telle disposition (expresse contraire de la Constitution sic), il n'appartient qu'au juge communautaire (...) de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne » (cons. 7)

¹⁷⁴ Le Conseil constitutionnel n'hésite pas à déclarer une loi de transposition manifestement incompatible avec une directive qu'elle a pour objet de transposer en droit interne, cf. Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur d'énergie

¹⁷⁵ A. Levade, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, p.

¹⁷⁶ C.E., 8 juillet 2002, Commune de Porta

dans une logique de « communautarisation du principe constitutionnel »¹⁷⁷. Si le juge estime sans aucune « difficulté sérieuse » que la directive ne va pas à l'encontre d'un principe du droit de l'Union, il écarte lui-même le moyen. Toutefois, il se peut aussi que la directive méconnait une règle du droit de l'Union. Dans cette hypothèse, le juge administratif va surseoir à statuer et laissera la Cour de justice trancher la question sur renvoi préjudiciel¹⁷⁸. A l'inverse, si le juge considère que le principe en question n'est pas protégé de façon équivalente par le droit de l'Union, il prend soin d'exercer un contrôle de constitutionnalité de l'acte réglementaire de transposition. En effet, « s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées »¹⁷⁹. Il annulera l'acte au cas où il méconnait un principe ou une règle constitutionnelle. C'est donc en l'absence d'une protection en droit de l'Union équivalant celle en droit interne qu'apparait le verrou de souveraineté qui fait obstacle à une reconnaissance inconditionnelle de la primauté du droit de l'Union européenne.

F. Chaltiel a ainsi constaté à juste titre que la question de la primauté se pose désormais en termes de protection des droits et non plus dans une logique de pure hiérarchie des normes¹⁸⁰. Cela rappelle la jurisprudence allemande « Solange » dont certains auteurs ont invoqué des parallèles¹⁸¹.

Section 3 : La jurisprudence Solange, obstacle à un contrôle d'équivalence du juge allemand

La référence à la jurisprudence « Solange » renvoie plus généralement à la question de savoir comment les juridictions allemandes se sont positionnées face à la question de la transposition des directives. En 2005, la plus haute juridiction administrative allemande était saisie d'un moyen tiré de la loi transposant la directive relative à l'établissement du système d'échange de quotas d'émission de gaz¹⁸². Tout comme la Cour constitutionnelle de Karlsruhe l'a fait peu après¹⁸³, la haute juridiction administrative s'est déclarée incompétente pour contrôler la loi de transposition à l'égard de la Constitution en raison de la jurisprudence « Solange ». L'on peut

¹⁷⁷ A. Coulibaly, La problématique des sources de légalité, www.lex-publica.fr, p. 57

¹⁷⁸ F. Chaltiel, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMCUE 2007, p. 369

¹⁷⁹ C.E., Ass., 8 février 2007, Arcelor, cons. 11

¹⁸⁰ F. Chaltiel, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMCUE 2007, p. 369

¹⁸¹ Ibid., p. 370

¹⁸² BVerwG, 30 juin 2005; dans son considérant 31, la haute juridiction administrative considère que la protection des droits fondamentaux garantie par le droit de l'Union est suffisamment élevée pour ne pas contrôler la loi transposant la directive du 13 octobre 2003 à l'égard de la Constitution, le moyen du requérant est donc rejeté

¹⁸³ BVerfGE, 13 mars 2007, Treibhausgas (français : gaz à effet de serre)

donc observer une cohérence de la jurisprudence de la haute juridiction administrative avec celle de la Cour constitutionnelle, à laquelle elle s'est ralliée. En effet, conformément à la formule inversée de « Solange II », les juridictions allemandes ne contrôleront plus les lois de transposition¹⁸⁴ des directives et plus globalement le droit dérivé à l'égard de la Constitution tant que le droit de l'Union garantit un standard européen de protection nécessaire des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle a pris soin de préciser que cela vaut non seulement pour les règlements mais aussi pour les directives¹⁸⁵. L'on peut donc constater qu'il y a là une différence majeure entre les modèles « Arcelor » et « Solange ». Il est certes vrai que tant le Conseil d'Etat français que la plus haute juridiction administrative et la Cour constitutionnelle de Karlsruhe reconnaissent une protection des droits fondamentaux par l'ordre juridique de l'Union¹⁸⁶. Or, le « modèle Arcelor » conduit à un contrôle au cas par cas si un principe constitutionnel invoqué est efficacement protégé par le droit de l'Union alors que le « modèle Solange II » implique une réserve hypothétique qui ne saurait être activée en l'absence d'une détérioration de la protection des droits fondamentaux par l'ordre juridique de l'Union. Il semble donc pertinent de parler d'une « subsidiarité épouvantail » du modèle « Solange II » qui s'oppose à une « subsidiarité sanctionnée »¹⁸⁷.

L'on peut certainement saluer la position désormais plus conciliante du Conseil d'Etat, qui a emprunté la voie du dialogue des juges. Toutefois, des doutes concernant le modèle Arcelor subsistent. Est-ce que sa méthode constitue un instrument efficace en vue d'étoffer la protection des droits au niveau européen ? Là aussi, l'on peut songer à la jurisprudence Solange qui a certainement conduit à ce qu'une protection réelle et efficace des droits fondamentaux fait partie des objectifs à atteindre pour l'Union. Conformément au modèle Arcelor, le Conseil d'Etat vérifie tout d'abord s'il existe un principe équivalent à celui dont le requérant prétend la méconnaissance. Ce n'est qu'à l'affirmatif que le juge administratif peut poser une question préjudicielle à la Cour. Force est donc de constater que le recours au mécanisme du renvoi préjudiciel est conditionné par l'existence d'une protection équivalente au niveau européen, une réserve qui s'avère significative¹⁸⁸. En effet, le Conseil d'Etat barre ainsi la route à un élargissement de la protection des droits par la Cour de justice. La saisine de la Cour de justice se limitant au cas où elle est appelée à se prononcer sur

¹⁸⁴ BVerfGE, 12 mai 1989, sans nom

¹⁸⁵ Concernant le contrôle des règlements à l'égard de la Constitution, v. les décisions préc., notamment BVerfGE, Solange II et BVerfGE, Bananenmarktordnung (Solange III) ; pour l'extension de cette jurisprudence aux directives, BVerfGE, 13 mars 2007, Treibhausgas, cons. 69

¹⁸⁶ F. Mayer, E. Linski, M. Wendel, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich-zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'Etat vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.), EuR 2008, p. 80

¹⁸⁷ X. Magnon, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat, RFDA 2007, p.585

¹⁸⁸ F. Mayer, E. Linski, M. Wendel, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich-zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'Etat vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.), EuR 2008, p. 86

la comptabilité d'une directive avec une règle ou un principe déjà protégée par l'ordre juridique de l'Union, une véritable amélioration du système de l'Union protecteur des droits à travers la reconnaissance de nouveaux principes n'est que difficilement envisageable. A cet égard, l'arrêt *Arcelor* paraît revêtu d'une dimension protectrice de l'ordre juridique national plutôt que d'une volonté de développement du droit constitutionnel européen¹⁸⁹.

¹⁸⁹ F. Mayer, E. Linski, M. Wendel, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich-zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d'Etat vom 8. Februar 2007 (*Arcelor* u.a.), *EuR* 2008, p. 86

Conclusion

Lorsqu'il s'agit de répondre à la question de savoir si la primauté du droit de l'Union est reconnue en France et en Allemagne, l'on a envie de dire, oui mais... Oui, parce que les juridictions des deux pays ont l'ont globalement acceptée, d'abord à l'égard des normes infra-constitutionnelles, puis à l'égard des normes constitutionnelles, ce qui fut (est) plus délicat. Le principe en tant que tel n'est donc pas remis en cause. Oui encore, parce que les pouvoirs constituants français et allemand ont inséré dans leur Constitution des dispositions spécifiques relatives à l'Union européenne dans une logique de reconnaissance de sa particularité et aussi pour appuyer la primauté de son droit sur une norme distincte de celle du droit international, évitant ainsi tout amalgame. Rappelons quand-même que cette reconnaissance fut difficile et intervint au bout d'un processus graduel et dur, que l'on songe à la problématique de la loi postérieure en France, et inconstant, oscillant, que l'on songe à la fameuse jurisprudence Solange.

L'on a ensuite envie de revenir sur ses propos et ajouter « mais ». Il faut constater que ni les juridictions françaises, ni celles outre-Rhin ont suivi le raisonnement de la Cour de justice en ce qui concerne le fondement de la primauté du droit de l'Union qui découle, rappelons-le encore, « de sa nature spécifique originale » (arrêt Costa). Tant que les juridictions nationales restent attachées à quelconque fondement national, la reconnaissance ne peut être que partielle, circonscrite et ne correspondra pas à la primauté « pure » et absolue telle que revendiquée par la Cour de Luxembourg. S'ajoutent à cela de nombreuses réserves, qu'il s'agisse de l'identité constitutionnelle, du contrôle ultra-vires ou encore du contrôle d'équivalence de protection exercé par le Conseil d'Etat qui ne font que renforcer le constat selon lequel la reconnaissance est loin d'être inconditionnelle. Lorsque l'on modifie la question de base pour ainsi demander si la France et l'Allemagne ont reconnu la primauté de manière inconditionnelle et absolue, la réponse ne sera donc pas la même.

Les nuances que l'on peut apporter à la question de la reconnaissance de la primauté témoignent tout d'abord de la complexité du sujet. Elles montrent au-delà que la reconnaissance de la primauté est naturellement un processus graduel qui ne repose pas uniquement sur les affirmations d'un côté, national ou européen, mais qui implique nécessairement une disponibilité élevée d'interaction et d'échange. En effet, ce sont les juges nationaux qui doivent assurer l'application prioritaire d'un droit dont ils ne sont pas compétents pour apprécier la validité. Le dialogue des juges est donc à la fois primordial et inévitable. A cet égard, l'on ne peut que saluer la voie empruntée par le Conseil constitutionnel et la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe qui ont récemment saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle

pour la première fois¹⁹⁰. Ils s'inscrivent ainsi dans un courant qui consiste à positionner le débat de la primauté sur le terrain des obligations des juges et non plus sur celui de la hiérarchisation des ordres juridiques¹⁹¹. Si ce chemin est poursuivi, le malentendu de la part des juges nationaux, surtout français, de raisonner en termes d'hierarchie plutôt que d'efficacité pourrait enfin être résout. La primauté du droit de l'Union en sortira renforcée.

¹⁹⁰ Décision n°2013-314 P QPC, 4 avril 2013, Jeremy F et BVerfGE, 14 janvier 2014, OMT

¹⁹¹ M. Blanquet, G.Isaac, Droit général de l'Union européenne, p. 425

Annexes

Table des décisions de jurisprudence citées

Cour de justice des Communautés européennes (Cour de justice à partir du 1er décembre 2009)

Dates	Parties	Affaires	Pages
1963	Arrêt du 5.2.1963, Van Gend en Loos	Aff. 26/62	1, 2, 3
1964	Arrêt du 15.7.1964, Costa	Aff. 6/64	1, 2, 3, 6, 17, 25
1964	Arrêt du 13.11.1964, Commission c/Luxembourg et Belgique	Aff. jtes 90 et 91/63	12
1965	Ord. du 22.6.1965, San Michele	Aff. 9/65	20
1969	Arrêt du 12.11.1969, Stauder	Aff. 29/69	21
1970	Arrêt du 17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft	Aff. 11/70	6, 20
1971	Arrêt du 14.12.1971, Commission c/France	Aff. 7/71	12
1972	Arrêt du 13.7.1972, Commission c/Italie	Aff. 48/71	4
1974	Arrêt du 4.4. 1974, Commission c/France	Aff. 167/73	4
1974	Arrêt du 14.5.1974, Nold	Aff. 4/73	
1978	Arrêt du 9.3.1978, Simmenthal	Aff. 106/77	4
1986	Arrêt du 23.4.1986, Parti Ecologiste « Les Verts »	Aff. 294/83	18
1987	Arrêt du 22.10.1987, Foto-Frost	Aff. 314/85	20
2007	Arrêt du 5.7.2007, Commission c/Belgique	Aff. C-522/04	4
2008	Arrêt du 3.9.2008, Kadi el Al Barakaat International Foundation	Aff. C-402/05 P et C-415/05 P	17

Conseil constitutionnel

1971	Décision du 16.7.1971, Liberté d'association	71-44 DC	8, 11
1975	Décision du 15.1.1975, IVG	74-54 DC	12
1986	Décision du 3.9. 1986, Entrée et séjour des étrangers	86-216 DC	13
1992	Décision du 9.4.1992, Maastricht I	92-308 DC	7, 30
1992	Décision du 2.9.1992, Maastricht II	92-312 DC	30
1997	Décision 31.12.1997, Amsterdam	97-394 DC	30
2003	Décision du 26.3.2003, Organisation décentralisée de la République	2003-469 DC	32

2004	Décision du 10.6.2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique	2004-496 DC	26, 28, 30, 39, 40
2004	Décision du 29.7.2004, Loi relative à la bioéthique	2004-498 DC	30, 39
2004	Décision du 19.11.2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe	2004-505 DC	7, 30
2006	Décision du 27.7.2006, Loi relative au droit d'auteur	2006-540 DC	26, 28
2006	Décision du 30.11.2006, Loi relative au secteur d'énergie	2006-543 DC	7, 40
2013	Décision du 4.4.2013, Jeremy F	2013-314 P QPC	45

Conseil d'Etat

1968	Ass., Arrêt du 1.3.1968, Syndicat général des semoules de France	14
1978	Ass., Arrêt du 7.7.1978, Croissant	14
1979	Ass., Arrêt du 22.10.1979, U.D.T.	14
1982	Ass., Arrêt du 22.1.1982, Ordre des experts comptables	14
1989	Ass., Arrêt du 20.10.1989, Nicolo	15
1990	Arrêt du 24.9.1990, Boisdet	15
1992	Ass., Arrêt du 28.2.1992, S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France	15
1998	Arrêt du 30.10. 1998, Sarran	37
2001	10/9 SSR, Arrêt du 10.1.2001, Région Guadeloupe	15
2001	1/2 SSR, Arrêt du 3.12.2001, SNIP	37
2002	8/3 SSR, Arrêt du 8.7.2002, Commune de Porta	40
2007	Ass., Arrêt du 8.2.2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine	36, 37, 38, 41, 42

Cour de Cassation

1972	Cass. Crim., arrêt du 7.1.1972, Guérini	14
1975	Cass. Ch. Mixte, 24.5.1975, Cafés Jacques Vabre	14, 15
2000	Ass. plen., 2.6.2000, Fraisse	37

Cour constitutionnelle fédérale allemande (Bundesverfassungsgericht)

1967	Arrêt du 18.10.1967, EWG-Verordnung	16, 17, 18, 22
1971	Arrêt du 9.6.1971, Milchpulver	16, 19, 33
1974	Arrêt du 29.5.1974, Solange I	8, 10, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 27, 37
1979	Arrêt du 25.7.1979, Vielleicht	22
1981	Arrêt du 25.6.1981, Eurocontrol I	22, 33
1981	Arrêt du 10.11.1981, Eurocontrol II	22

1986	Arrêt du 22.10.1986, Solange II	18, 19, 21, 22, 23, 37, 41, 42
1987	Arrêt du 8.4.1987, Kloppenburg	33
1989	Arrêt du 12.5.1989, sans nom	42
1993	Arrêt du 12.10.1993, Maastricht	23, 27, 30, 33
2000	Arrêt du 7.6.2000, Bananenmarktordnung (Solange III)	23, 37, 42
2007	Arrêt du 13.3.2007, Treibhausgas	41, 42
2009	Arrêt du 30.6.2009, Lisbonne	27, 29, 30, 33, 34
2010	Arrêt du 6.7.2010, Honeywell	35
2014	Arrêt du 14.1.2014, OMT	35, 44

Cour constitutionnelle italienne

1973	Arrêt du 27.12.1973, Frontini	20
------	-------------------------------	----

Haute Cour administrative allemande (Bundesverwaltungsgericht)

2005	Arrêt du 30.6.2005, sans nom	41
------	------------------------------	----

Bibliographie

Codes et Ouvrages :

- Berger, A., *Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte*, Mohr Siebenbeck, Tübingen, 2015
- Blanquet M., Isaac G., *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2012
- Favoreu L., *Droit constitutionnel*, 16e édition, Dalloz, Paris, 2013
- Marsch N., Vilain Y., Wendel M., *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, Ein Rechtsvergleich*, Springer, Berlin Heidelberg, 2015
- Mayer F.C., *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen*, C.H.Beck, München, 2000
- Renoux T.S, de Villiers M., *Code constitutionnel*, LexisNexis, Paris, 2013

Articles de doctrine français:

- Chaltiel F., « Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen », *RMCUE*, pp. 361-374, 2007
- Chaltiel F., « Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative au droit d'auteur », *RMCUE*, n°504, pp. 61-67, 2007
- Chaltiel F., « La constitution française et l'Union européenne. A propos de la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999 », *RMCUE*, pp. 228-240, 1999
- Hanf D., « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle fédérale », *CDE*, pp.639-710, 2009
- Levade A., « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, pp. 564-584, 2007
- Magnon X., « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, pp. 578-594, 2007
- Magnon X., « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur « le traité de Lisbonne » », *RTDE*, n°82, pp. 417-442, 2010
- Mayer F.C., « Rashomon à Karlsruhe », *RTDE*, n°1, pp. 77-92, 2010
- Nabli B., « L'Union européenne : source d'un malaise constitutionnel ? », *RDUE*, n°554, pp.29-43, 2012
- Nabli B., « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *RDUE*, pp. 210-216, 2012
- Pinon S., « L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution », *RTDE*, pp. 263-281, 2008
- Ritleng D., « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, n° 2, pp. 285-300, 2005
- Ritleng D., « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *RUE*, pp. 630-640, 2015

- Ritleng D. « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, pp. 677-681, 2009
- Schübel I., « La primauté du droit communautaire en Allemagne », *RMCUE*, pp. 621-632, 1997
- Walter C., « Le contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle allemande », *RDP*, p. 621, 1997
- Ziller J., « Le dialogue judiciaire et la Cour de Karlsruhe », *RTDE*, n°1, pp.93-98, 2010

Articles de doctrine allemands :

- Ekardt F., Lessmann V., « EuGH, EGMR und BVerfG: Die dritte Gewalt im transnationalen Mehrebenensystem », *Kritische Justiz*, pp. 381-396, 2006
- Fromont M., « Souveränität und Europa », *DÖV*, pp. 460-482, 2011
- Frowein J., « Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit », *ZaöRv*, pp. 2-17, 1994
- Lenaerts K., « Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten », *EuR*, pp. 16-36, 2015
- Mayer F.C., « Europarecht als französisches Verfassungsrecht », *EuR*, pp. 925-936, 2004
- Meyer F. C., Lenski E., Wendel M., « Der Vorrang des Europarechts in Frankreich », *EuR*, pp. 63-87, 2008
- Pernice I., « Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund », *de Gruyter Recht*, pp. 6-60, 2006
- Pfeiffer T., « Zur Verfassungsmäßigkeit des Gemeinschaftsrechts in der aktuellen Rechtsprechung des Conseil constitutionnel », *ZaöRv*, pp. 469-508, 2007
- Schmitz. T., « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Beteiligung Deutschlands an der europäischen Integration », *Baltisch- Deutsches Hochschulkontor*, 2007, pp. 1-6
- Schwerdtfeger A., « Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts-Grundrechts, ultra-vires und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem », *EuR*, n°3, pp.290-309, 2015
- Walter C., « Der französische Verfassungsrat und das Recht der europäischen Union », *EuGRZ*, pp. 77-85, 2005
- Walter M., « Integrationsgrenze Verfassungsidentität », *ZaöRV*, n°72, pp.177-200, 2012
- Wendel M., « Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires- Vorlage an den EuGH », *ZaöRv*, pp.615-, 2014

Tous les numéros des revues ne sont pas identifiables sur internet.

Sources internet:

- www.bundesverfassungsgericht.de
- www.conseil-constitutionnel.fr
- www.conseil-etat.fr
- www.dejure.org
- www.legifrance.gouv.fr
- www.lemonde.fr
- www.lex-publica.com

Tables des matières

Principaux sigles et abréviations	
Introduction	1
Chapitre préliminaire.....	6
Section 1: Les clauses d’ouverture à l’intégration européenne en France et en Allemagne	6
Section 2 : Bref aperçu du système de justice constitutionnelle.....	8
Première partie : Une reconnaissance partielle de la primauté du droit de l’Union européenne en France et en Allemagne.....	10
Chapitre 1 : La loi - obstacle considérable à la reconnaissance de la primauté en France	11
Section 1 : Le refus catégorique du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionalité des lois	12
Section 2 : Le ralliement tardif du Conseil d’Etat et de la Cour de Cassation à la primauté.....	13
Chapitre 2 : Les droits fondamentaux- une limite persistante à la reconnaissance pleine et entière de la primauté en Allemagne.....	15
Section I : La prise de position remarquable par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en faveur d’un ralliement à la primauté en 1967 et en 1971	16
§1) Reconnaissance du caractère autonome de l’ordre juridique des CEE	17
§2) Reconnaissance implicite de la primauté du droit communautaire dérivé	17
§3 Reconnaissance explicite de la primauté du droit communautaire sur les lois	18
Section 2 : D’une mise en cause à la revalorisation du principe de primauté	19
§1) Solange I : L’abandon de l’interprétation « intégrationniste » de la Cour de Karlsruhe	19
A) Introduction du contrôle du droit dérivé par rapport aux droits fondamentaux.....	20
B) Adhérence à la thèse de la congruence structurelle	21
§2) Solange II : Reconnaissance conditionnée de la primauté du droit de l’Union	22
A) Revalorisation du principe de primauté	22
B) Jurisprudence stable de Solange II.....	23
Deuxième partie : Persistance des limites à la primauté du droit de l’Union en France et en Allemagne	25
Chapitre 1 : L’élargissement progressif des dimensions de protection de la souveraineté nationale par les juridictions constitutionnelles en France et en Allemagne	25
Section 1 : La dimension matérielle de la protection de la souveraineté nationale	26
§1 : l’élargissement successif du concept de l’identité constitutionnelle comme contre-limite	26
§2 : Les conséquences de l’invocation du principe de l’identité constitutionnelle	28
A) Une portée absolue de l’invocation de l’identité constitutionnelle	29
1.) L’encadrement strict de l’intégration du fait du respect de l’identité constitutionnelle	29

2.) L'inapplicabilité du droit de l'Union découlant de la méconnaissance de l'identité constitutionnelle.....	30
B) Une portée limitée de l'invocation de l'identité constitutionnelle en France.....	30
Section 2 : Le contrôle de la validité formelle du droit de l'Union : une extension problématique du champ de contrôle de la Cour de Karlsruhe	32
§1 : Signification du contrôle ultra-vires	33
§2 : La relation entre le contrôle ultra-vires et le contrôle d'identité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande	33
§3 : Un potentiel de conflit élevé résultant du contrôle ultra-vires.....	35
Chapitre 2 : La réserve d'équivalence du Conseil d'Etat, une reconnaissance conditionnée de la primauté.....	36
Section 1 : L'arrêt Arcelor à la lumière de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat.....	37
Section 2 : Le modèle Arcelor, une réserve propre au Conseil d'Etat	38
Section 3 : La jurisprudence Solange, obstacle à un contrôle d'équivalence du juge allemand ...	41
Conclusion.....	44
Annexes.....	46
Bibliographie.....	49
Tables des matières	51