

L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne

par Paul Dermine

Avocat au barreau de Bruxelles

*Doctorant en droit de l'Union européenne à l'Université de Maastricht (Pays-Bas)**

Matthieu Lys

Avocat au barreau de Bruxelles

*Assistant à l'Université catholique de Louvain***

et Céline Romainville

Professeur à l'Université catholique de Louvain

INTRODUCTION

Cette contribution vise à montrer que, notamment grâce à l'influence des droits constitutionnels nationaux, le droit de l'Union s'est constitutionnalisé, dès lors qu'il intègre des schémas de fonctionnement qui répondent à une logique constitutionnelle, notamment la mise en place d'une juridiction chargée de vérifier le respect des normes fondamentales par les lois au sens large¹. Il ne s'agit donc pas ici d'analyser l'influence du droit européen sur le droit constitutionnel, déjà largement commentée par la doctrine, mais bien l'influence du droit constitutionnel sur le droit européen.

Au plan méthodologique, cette contribution s'inscrit dans l'approche théorique analysant la « Constitution européenne » comme une structure multi-niveaux, une structure combinant de façon complémentaire les constitutions nationales et la constitution de l'Union, une « Constitution composée »². L'idée est que la Constitution européenne existe déjà, et qu'elle est formée à la fois par les Constitutions nationales et les structures constitutionnelles de

* Maastricht center for European Law.

** Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO).

¹ Voy., pour une étude de l'évolution du contrôle de constitutionnalité dans un système multi-niveaux reposant sur une approche similaire de la définition de juridiction constitutionnelle, P. POPELIER, A. MAZMANYAN et W. VANDENBRUWAENE (éds), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge, Intersentia, 2013 (et plus spécialement l'introduction p. 5).

² I. PERNICE et F.C. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2000, p. 623. Ce concept est d'origine allemande *Verfassungsverbund* (voy. I. PERNICE, « Bestandssicherung der Verfassungen », in R. BIEBER et P. WIDMER (éds), *L'espace constitutionnel européen*, 1995, p. 225).

l'Union ³. Cette Constitution européenne se caractérise par sa structure non hiérarchique et par le fait que la source ultime de sa validité est l'individu ⁴. Plus précisément, on s'inscrira dans l'approche prônée par Besselink d'une Constitution « composite », c'est-à-dire que « in the composite constitutional order (...) the situation is polycentric rather than hierarchic, both with regards to substantive constitutional norms and institutionally » ⁵. Dans cette perspective, chaque composante du système constitutionnel admet et assume l'existence des autres composantes, à la fois de facto et de jure ; les relations entre le droit européen et les droits constitutionnels nationaux sont réciproquement admises et assumées. On ajoutera que ce concept de constitution européenne composite permet de voir que, bien que le droit de l'Union soit un ordre juridique nouveau, *sui generis*, répondant à des besoins, s'étendant dans un espace, se développant à une vitesse distincte de ceux des États membres, il ne peut, comme toute création humaine, être appréhendé comme un jaillissement spontané détaché de tout contexte ; il a, au contraire, été pensé à partir des différentes cultures du constitutionnalisme prévalant dans ses États membres. La conception de ses institutions et de leur fonctionnement s'est inspirée des logiques constitutionnelles nationales ou a, à tout le moins, été inconsciemment façonnée par les cadres de pensée nationaux. Plus pragmatiquement, ces logiques constitutionnelles nationales ont bien souvent déterminé les limites des mandats des négociateurs des traités.

Dans un tel système composite, les acteurs nationaux ont notamment pour fonction d'alimenter le niveau européen grâce aux valeurs et principes du constitutionnalisme, tels qu'ils se traduisent notamment dans leur ordre juridique ⁶. Nous nous intéressons ici à deux types de mouvements. Les premiers sont « bottom up », et font émerger, depuis les États membres, par l'exemple, l'expérience et parfois la résistance, des principes et des traditions qui contribuent à la constitutionnalisation de l'Union ⁷. Il s'agit notamment, de l'identification, par des juridictions européennes, de principes communs et de l'apport des juridictions constitutionnelles sur ces principes communs. C'est par la

³ F.C. MAYER, « Multilevel Constitutional Jurisdiction », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (éds), *Principles of European Constitutional Law*, 2009, p. 428.

⁴ *Ibid.*, p. 429.

⁵ Voy. L. F. M. BRESSELINK, « National Parliaments in the EU's Composite Constitution : a Plea for a Shift in Paradigm », in Ph. KUIVER (éd.), *National and Regional Parliaments in the European Constitutional Order*, Europa Law Publishing, 2006, pp. 117-131 et L. F. M. BRESSELINK, *A Composite European Constitution – Een Samengestelde Europese Constitutie*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007.

⁶ M. CLAES et B. DE WITTE, « The Role of Constitutional Courts in the European Legal Space », in P. POPELIER, A. MAZMANIAN et W. VANDENBRUWAENE (éds), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, *op. cit.*, p. 94.

⁷ Il existe bien entendu des mouvements en sens contraires, qui tendent à faire émerger, dans ce patrimoine constitutionnel commun européen, des principes proprement européens, mais la présente contribution ne s'intéresse pas à ces mouvements.

convergence, également, que ce patrimoine se développe : il y a un processus « organique » de « fertilisation croisée » et de convergence, qui fait émerger ce patrimoine ⁸. C'est un mouvement d'« unification par hybridation » qui présente la caractéristique « d'innover en combinant différents systèmes, donc en incorporant des éléments de la diversité juridique » ⁹. Ce processus de « mimétisme » et de fertilisation croisée se manifeste dans divers mécanismes : les questions préjudicielles, les références croisées, les contacts formels et informels entre juges et dans le débat académique à l'échelle européenne ¹⁰. Dans tous les cas, il s'agit d'un mouvement complexe, parfois presque insaisissable : « [c]onstitutional concepts, principles and norms travel back and forth, from one legal system to another, between and across Member States and from and to the European Union. What is more : they are transformed *en route* » ¹¹.

Dans le cadre limité de la présente contribution, nous analyserons la question de l'influence du droit constitutionnel et, plus largement, des notions de constitutionnalisme et de fédéralisme sur le droit de l'Union européenne, sur deux plans distincts. Dans une première partie, nous nous intéresserons à l'influence diffuse, mais certaine, des concepts fondamentaux du constitutionnalisme et du fédéralisme sur le droit de l'Union européenne et sur la construction européenne elle-même (I). Dans une seconde partie, nous examinerons l'influence plus directe, plus explicite, des droits constitutionnels nationaux sur le droit de l'Union européenne via le dialogue juridictionnel qui s'instaure entre les cours constitutionnelles nationales et la Cour de justice de l'Union européenne (II).

I. — UNION EUROPÉENNE, CONSTITUTIONNALISME, FÉDÉRALISME

La construction européenne est unique en droit international. Depuis l'avènement de l'État moderne, après le XVII^e siècle, le concept de souveraineté a rendu difficilement imaginable l'existence d'une autorité supranationale, qui pourrait imposer des règles de conduite aux États. Le droit international public « classique » est tout entier marqué par cette réalité.

Cependant, depuis son origine, l'Union européenne, fondée sur les principes de solidarité et d'intégration, a déplacé les lignes du droit international. Elle n'a pas été conçue comme une institution internationale intergouvernementale

⁸ N. LEVRAT et I. RADUCU, « Le métissage des ordres juridiques européens (une théorie impure de l'ordre juridique) », *C.D.E.*, 2007, pp. 111-118.

⁹ M. DELMAS MARTY, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit, Cours : Un pluralisme ordonné*, publié dans la série *Les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2006.

¹⁰ M. CLAES et B. DE WITTE, « The Role of Constitutional Courts in the European Legal Space », *op. cit.*, pp. 97-101.

¹¹ *Ibid.*, p. 95.

classique, et ne suit pas toutes les règles bien connues du droit international public en termes de composition ou de fonctionnement de ses institutions.

Si l'Union européenne constitue une figure inédite en droit international, c'est principalement en raison du fait qu'elle « possède dès son origine (...) une dimension fédéraliste substantielle »¹². Elle repose en effet sur l'idée selon laquelle les États membres acceptent, par traité, de transférer des parts substantielles de leur souveraineté à une institution internationale habilitée à édicter des règles qu'ils devront faire respecter sur leur territoire.

Malgré tout, force est de constater que, dans toute l'histoire de la construction européenne, le débat a fait rage entre les « fédéralistes » et les « intergouvernementalistes ». Au fil des années, les premiers ont progressivement perdu du terrain face aux tenants d'une doctrine plus classique, pour qui la construction européenne peut tout à fait se réaliser en dehors de la forme d'un État fédéral. On peut d'ailleurs constater que « (...) les pratiques et textes relatifs à l'intégration européenne, tout en puisant largement dans la grammaire fédéraliste, s'abstiennent soigneusement — avec la notable exception du principe de subsidiarité — d'en utiliser le vocabulaire »¹³. En outre, comme le démontrent tant la crise grecque que la crise migratoire que nous connaissons depuis plusieurs mois, l'intégration politique et sociale de l'Union européenne est extrêmement faible, ce qui est de nature à donner des arguments de poids aux adversaires d'une lecture fédéraliste de la construction européenne.

L'objectif de la présente contribution n'est pas de prendre position dans ce débat, même si l'on peut regretter la position de certains, qui, en refusant tout progrès fédéraliste dans la construction européenne, craignent une trop grande concentration des pouvoirs entre les mains de l'Union, ce qui révèle à la fois « une méconnaissance du fédéralisme et de ses principes, mais également l'absence d'un discours fédéraliste crédible pour contrecarrer cet argument »¹⁴. On se limitera simplement à constater que, malgré les discours réticents et les mouvements contraires, l'étude de la construction européenne peut se faire au moyen d'une clé de lecture fédéraliste, comme l'association d'une vraie diversité d'États au sein d'une structure commune.

Les traits communs entre la construction européenne et le fédéralisme sont, en effet, nombreux. On le sait, de nombreuses compétences ont été transférées par les États à la structure commune qu'est l'Union européenne et ont, par là même, restreint une part de leur souveraineté propre. Dans son arrêt *Costa c.*

¹² N. LEVRAT, « L'Union européenne : une fédération internationale », in *Le fédéralisme dans tous ses états – Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruxelles, Bruylant, Québec, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 286.

¹³ *Ibid.*, p. 287.

¹⁴ *Ibid.*, p. 287.

*Enel*¹⁵, la Cour de justice affirme clairement qu'en « instituant une communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité et de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains ». En outre, de nombreux concepts proprement fédéralistes sont apparus dans le droit européen, comme le principe de subsidiarité ou les principes de répartition des compétences. Ne parle-t-on pas par ailleurs de « traités constitutionnels » européens ?

L'objectif de notre contribution n'est pas de répéter ce que d'autres ont bien mieux dit que nous, à savoir qu'il était fécond d'analyser le processus intégratif de l'Union européenne par le prisme des théories fédéralistes. Nous allons tenter d'appréhender l'influence générale des droits constitutionnels nationaux des États membres de l'Union européenne, et de leurs concepts, sur le droit et le fonctionnement de l'Union européenne. Il s'agira ici, en d'autres termes, d'examiner en quoi les concepts de fédéralisme et de constitutionnalisme ont eu une influence importante sur la construction européenne. Il sera par contre difficile, dans les limites de cette contribution, d'identifier point par point les dispositions des droits constitutionnels nationaux qui ont eu une influence directe sur certaines dispositions des traités fondateurs. Nous optons, dans cette première partie, pour une analyse à grande échelle de l'influence du « constitutionnalisme » et du « fédéralisme » au sens large sur l'Union européenne.

Dans la droite ligne de nos réflexions, nous traiterons de deux questions au travers desquelles se marque l'influence des droits constitutionnels nationaux sur l'Union européenne :

Peut-on trouver la trace de l'influence des droits constitutionnels nationaux et des principes généraux du fédéralisme dans le processus de constitution même de l'Union européenne au travers de ses traités fondateurs ? Le modèle fédéral a-t-il inspiré la construction européenne quant à la conception globale de l'ordre juridique de l'Union ? (1.1.)

Peut-on trouver la trace de l'influence des droits constitutionnels nationaux et des principes généraux du fédéralisme dans la composition, le fonctionnement des institutions européennes et dans les règles de répartition des compétences entre l'Union et les États membres ? (1.2.)

¹⁵ C.J.U.E., arrêt *Costa c. ENEL*, aff. C-6-64, 15 juillet 1964.

1.1. — L'Union européenne et ses traités fondateurs : un modèle fédéral ?

Il n'est pas forcément évident, pour nous, Européens, de sortir de la distinction classique entre confédération (internationale) et fédération (nationale). Comme l'explique bien R. Schütze, la tradition publiciste européenne a toujours envisagé le fédéralisme comme un phénomène purement national, qui s'opposait, en droit, à la confédération d'États, figure relevant du droit international classique ¹⁶. L'Union européenne s'inscrit quelque part entre ces deux pôles et s'est construite en s'inspirant, à certains égards, des principes du constitutionnalisme et du fédéralisme. Dans le cadre de cette contribution, nous nous limiterons à pointer, avec différents auteurs, les principaux points d'influence de ces concepts sur le droit de l'Union européenne, mais également les principaux aspects du modèle européen qui ont résisté à cette influence.

On place en général la Constitution au cœur de l'architecture constitutionnelle d'un État. Au niveau de l'Union européenne, nous ne retrouvons pas la trace d'une Constitution au sens formel du terme, mais bien de ce que l'on a coutume d'appeler les « traités fondateurs » de l'Union européenne : le Traité sur l'Union européenne, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Si l'on se place du point de vue du droit constitutionnel classique, force est de constater que les mécanismes propres à cette branche du droit n'ont eu que peu d'influence sur l'élaboration de ces traités et l'on ne peut les considérer comme une réelle « Constitution européenne ».

En effet, contrairement aux systèmes d'élaboration et de révision des Constitutions fédérales, qui se caractérisent par des décisions prises à des majorités renforcées, le processus de modification des traités européens ne se fonde que sur la règle de l'unanimité des parties contractantes. Cette seule caractéristique empêche de qualifier les traités fondateurs de l'Union européenne de « Constitution », au sens fédéral du terme.

On ne peut pas non plus parler de véritable Constitution pour l'Europe alors même que l'Union européenne ne dispose d'aucun « pouvoir constituant », car elle ne dispose pas de la souveraineté formelle (« *Kompetenz-Kompetenz* ») qui, comme le rappelle Hugues Dumont, se distingue de la « souveraineté matérielle » : « [L]a première désigne le caractère suprême de l'autorité qui en dispose. C'est précisément le pouvoir du dernier mot. La seconde vise certaines compétences concrètes. Que cette dernière soit divisible n'est pas douteux. L'exercice concret des compétences dites de souveraineté se prête à

¹⁶ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2015, pp. 50 et s.

un exercice partagé entre des autorités distinctes. [...] En revanche, la souveraineté formelle est logiquement indivisible » ¹⁷.

Dans le système mis en place au niveau de l'Union européenne, il n'est pas contestable que ce sont les États qui détiennent la souveraineté formelle. S'il est vrai que, comme c'est le cas pour les États fédéraux, les « nations fédérées » sont obligées de « tolérer des ingérences de la Fédération » dans leurs propres compétences, « ce qui est la négation même de la souveraineté » ¹⁸, on ne peut pas réellement soutenir la thèse selon laquelle l'Union européenne dispose d'une souveraineté pleine et entière sans confondre l'aspect formel et matériel du concept.

Pourtant, l'Union européenne n'est pas réductible à une institution internationale intergouvernementale classique. Elle a réellement intégré des traits fédératifs, y compris dans les traités qui la fondent, qui ont en commun avec le concept de « Constitution » leur « stabilité » et leur « supériorité » particulières ¹⁹, qui sont renforcées par les concepts de primauté et d'applicabilité directe de certaines dispositions.

En effet, s'il est exact que ce sont bien les États membres qui demeurent souverains au sens formel du terme, il faut tout de même constater que les traités fondateurs de l'Union européenne ont entériné une perte du « pouvoir unilatéral de décision » des États « dans des domaines touchant au noyau dur de la *Staatlichkeit* » ²⁰. En d'autres termes, l'Union européenne exerce des pans entiers de la souveraineté matérielle que les États membres lui ont transférés. Elle « détient de plus en plus de prérogatives analogues à celle d'un État » ²¹. Les États membres ont perdu, dans une certaine mesure, leur « compétence-compétence » : ils ne peuvent en effet plus décider eux-mêmes, unilatéralement et individuellement, des limites de leurs propres compétences ²². Le fait d'avoir conféré à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne une valeur égale à celle des traités (article 6 TUE) constitue également une caractéristique proprement constitutionnelle des textes fondateurs de l'Union. La même remarque peut être faite relativement à la création d'une citoyenneté européenne, notion qui apparaît à l'article 20 du TFUE, et qui est étrangère à toute construction institutionnelle en droit international public classique.

¹⁷ H. DUMONT, « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et société*, 2003, pp. 57-58.

¹⁸ O. BÉAUD, « La Fédération entre l'État et l'Empire », in A. ALAIN, M. DUPONT et M. HEARN (dir.), *Les fédéralismes*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1996, p. 50.

¹⁹ H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF (coll. Droit fondamental), 1995, note 16, p. 33.

²⁰ *Ibid.*, p. 62.

²¹ *Ibid.*

²² R. SCHÜTZE, *op. cit.*, p. 58.

Pour Hugues Dumont, il existe un processus de « désétatisation » des États membres et d'« étatisation » de l'Union européenne, qui est original non pas parce que l'Union européenne présente çà et là des traits de nature constitutionnelle, mais parce que le processus de l'intégration européenne a contribué à intégrer et synthétiser un nombre important de ces traits constitutionnels, au cours d'un processus où le concept de souveraineté ne devrait plus s'analyser de manière « synchronique » mais « diachronique »²³. Si cet auteur récuse le fait que les traités constituent une véritable « Constitution », il acte l'influence de ce concept central du droit constitutionnel en proposant de définir les traités européens de « pacte constitutionnel fédératif » dans le cadre d'une « fédération plurinationale »²⁴. Pour définir ce même mouvement, Anne Peters caractérise les traités fondateurs de l'Union comme étant une « constitution-in-the-making »²⁵.

Par ailleurs, il n'y a pas que dans le statut des textes fondateurs de l'Union que nous pouvons retrouver une influence diffuse, mais certaine, du constitutionnalisme sur le droit de l'Union européenne. Nous la retrouvons aussi dans l'architecture même des institutions établies par les traités européens. À cet égard, il s'agit surtout d'une influence diffuse sur le droit institutionnel de l'Union des systèmes institutionnels existant dans différents États fédéraux.

On l'a déjà dit : certains aspects du droit institutionnel européen s'inscrivent historiquement dans une perspective de droit international classique. En effet, « the international organisation model clearly inspired the founders in the 1950s when they designed the details of the institutional arrangements of the Community, in particular the basic features of the organs. The Council of Ministers as the main decision-making institution of the Community and the Parliament — as a marginalized consultative organ — were clearly based upon the typical institutional structure of international organisations »²⁶.

Aujourd'hui encore, si le Conseil a vocation à représenter les intérêts des États membres, il n'est cependant pas organisé comme une seconde chambre d'un État fédéral puisqu'il n'est conçu que pour assurer un contrôle des réels détenteurs de la souveraineté formelle sur les développements du droit de l'Union européenne. Il s'apparente aux organes internationaux classiques.

En revanche, la Commission, la Cour de justice de l'Union européenne, la BCE et la Cour des comptes répondent à une logique différente. En effet, leurs

²³ *Ibid.*, pp. 62 à 64.

²⁴ *Ibid.*, p. 67.

²⁵ A. PETERS, « The Constitutionalisation of the European Union – Without the Constitutional Treaty », in S. PUNTSCHE RIEKMANN et W. WESSELS (éds), *The Making of a European Constitution, Dynamics and Limits of the Convention Experience*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, p. 36.

²⁶ S. OETER, « Federalism and Democracy », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (éds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, CH Beck, Nomos, 2nd ed., 2009, p. 60.

membres n'y siègent pas en leur qualité de représentants de leurs États, mais y représentent l'intérêt de l'Union dans son ensemble. Cet équilibre institutionnel inédit en droit international, « tout en ne correspondant pas au schéma classique de la séparation des pouvoirs, auquel une certaine habitude intellectuelle conduit à limiter l'héritage de Montesquieu, (...) a permis d'entretenir la dynamique communautaire par la conjugaison dialectique des légitimités que représente chacune des institutions ("le pouvoir limite le pouvoir") » ²⁷.

Ainsi, le rôle du Parlement européen a considérablement évolué et gagné en importance. Il est aujourd'hui, avec le Conseil, un véritable « co-législateur » européen. Contrairement au Conseil, il est composé de représentants élus au suffrage universel dans les divers États membres de l'Union. Le Parlement européen est aujourd'hui de plus en plus un lieu de débat démocratique qui gagne en importance au sein de l'équilibre institutionnel de l'Union.

Dans la droite ligne de ces réflexions, Christoph Möllers distingue deux traditions constitutionnelles différentes au sein des États membres de l'Union européenne, qui ont toutes deux une influence claire sur le droit institutionnel de l'Union. La première, d'inspiration franco-américaine, considère la Constitution comme le point de départ d'un nouveau système de gouvernement : « its theme is the democratic politicisation of law-making through the founding of an entirely new system of government » ²⁸. C'est ce qu'il appelle « Constitution as Politisation of Law » ²⁹. La seconde, qu'il retrouve à des degrés divers dans les modèles constitutionnels allemand et anglais, ne cherche pas à fonder un nouvel ordre politique, mais vise plutôt « the legalisation or juridification of the already existing one » ³⁰ et l'apposition de limites au pouvoir souverain de l'État.

Ces deux types de traditions constitutionnelles peuvent être observés, à des degrés divers, dans les différents ordres constitutionnels des États membres de l'Union. Refusant de les opposer l'un à l'autre, Christoph Möllers considère que l'on en retrouve des signes tout au long du processus d'intégration européenne. Dans cette perspective, il définit le terme « Constitution » comme « an institutional setting that simultaneously guarantees the legitimacy of the legal order through democratic procedures and the organization of democratic will-formation through legally formal procedures » ³¹. L'influence de ces deux traditions constitutionnelles se marque dans l'architecture institutionnelle de l'Union. Christoph Möllers considère que le Parlement européen constitue

²⁷ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 187.

²⁸ Ch. MÖLLERS, « Pouvoir constituant – Constitution – Constitutionnalisation », in *Principles of European Constitutional Law*, op. cit., p. 171.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 173.

³¹ *Ibid.*, p. 177.

l'émanation de la première des deux traditions constitutionnelles, alors que les standards procéduraux établis par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relèvent davantage de la seconde tradition.

L'affirmation de plus en plus marquée de traits proprement constitutionnels et fédératifs dans les textes fondateurs de l'Union européenne a contribué à l'émergence d'un véritable droit constitutionnel de l'Union européenne, dont les traités fondateurs peuvent être définis comme « a partial constitution or as a complementary constitution that, together with the Member States' constitutions, forms the European constitutional area »³². L'influence des grands concepts de constitutionnalisme sur la construction européenne est, dans cette mesure, indiscutable.

1.2. — L'influence des droits constitutionnels nationaux sur les règles de répartition des compétences entre l'Union et les États membres

L'Union européenne exerce une partie de la puissance publique. Ses compétences interfèrent avec celles des États membres, ce qui rend nécessaires des règles stables et claires de répartition de compétences.

D'après Armin Von Bogdandy et Jürgen Bast, s'il y a bien un domaine du droit de l'Union européenne « where its conceptual basis and its functioning are as close to that of a federal state »³³, ce sont bien les règles de répartition de compétences.

L'influence du fédéralisme sur les règles européennes de répartition de compétences se marque à différents niveaux. Nous allons brièvement les examiner.

1.2.1. Les traits communs

On peut affirmer, sans trop s'avancer, que le système de répartition des compétences en droit européen présente des traits proprement fédératifs. Les règles de répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres sont très clairement imprégnées d'influences constitutionnelles. Elles se basent en effet sur des fondements théoriques proches de ceux que l'on retrouve à la base des règles de répartition des compétences dans les États fédéraux³⁴ : le principe de hiérarchie des normes, le principe d'attribution, le principe de subsidiarité et le principe de proportionnalité.

³² A. VON BOGDANDY, « Founding Principles », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (éds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, CH Beck, Nomos, Oxford, 2011 (2nd ed.), p. 24.

³³ A. VON BOGDANDY et J. BAST, « The Federal Order of competence », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (éds), *Principles of European Constitutional Law*, op. cit., p. 275.

³⁴ *Ibid.*, pp. 278 et s.

Pour rappel, la clé de voûte du système de répartition des compétences, en droit européen, est le principe d'attribution, inscrit à l'article 5, §§ 1 et 2 du TUE. Cet article dispose :

« 1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences.

2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

Le principe d'attribution implique donc que l'Union européenne n'est titulaire que des compétences qui lui sont attribuées, « ses activités ne pouvant ou ne devant se déployer que dans un certain nombre de domaines limitativement déterminés par les traités »³⁵. Ce principe d'attribution se retrouve dans de nombreux systèmes étatiques de type fédéral : « les domaines attribués à l'organisation ou au niveau fédéral peuvent être plus ou moins nombreux et importants, mais on ne se retrouve jamais, comme dans l'État unitaire, en face d'un champ d'action théoriquement illimité »³⁶.

Les compétences de l'Union européenne sont organisées selon une classification proche de celle que l'on retrouve dans les États fédéraux. Elles se répartissent en compétences « exclusives » et « partagées », les premières relevant uniquement de la sphère d'action de l'Union, les secondes permettant aux États membres de conserver une compétence de légiférer « aussi longtemps et dans la mesure où les autorités de l'Union n'ont pas encore “occupé” le terrain en cause ou ont décidé de cesser d'exercer la compétence en cause »³⁷. Ces compétences partagées, principalement énoncées à l'article 4 TFUE (marché intérieur, politique sociale, cohésion économique, sociale et territoriale, agriculture et pêche, environnement, protection des consommateurs, transports, réseaux transeuropéens, énergie, espace de liberté, de sécurité et de justice, enjeux communs de sécurité en matière de santé publique), deviennent en principe exclusives une fois que l'Union les a exercées, bien qu'il ne soit « pas exclu (...) qu'une compétence de l'Union puisse coexister avec celle des États membres »³⁸, l'article 6 TFUE énumérant une série de domaines relevant des actions d'appui, de coordination ou de complément, qui visent plutôt une bonne articulation des compétences de l'Union et de celles des États membres.

³⁵ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 156.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, p. 160.

³⁸ *Ibid.*, p. 161.

Toujours clairement inspiré par les théories fédéralistes, le droit européen connaît également le concept de compétences implicites, théorie correctrice du principe d'attribution des pouvoirs et acceptée par la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle « les institutions sont habilitées à exercer non seulement les pouvoirs qui leur sont attribués, mais aussi ceux qui, sans être expressément mentionnés, leur sont cependant nécessaires pour donner effet utile aux dispositions expresses »³⁹. Cette théorie des pouvoirs implicites est bien connue de divers droits constitutionnels nationaux dans certains États fédéraux, dont la Belgique (voy. article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980).

Autre signe de l'influence des théories fédéralistes sur le système de répartition des compétences au sein de l'Union européenne : depuis le traité de Nice, le principe de subsidiarité est érigé en clé de voûte régulatrice de ce système. Ce principe implique, selon la définition contenue à l'article 5, § 3 du TUE, que l'Union « intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau national qu'au niveau régional ou local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union », l'application de ce principe étant toutefois limitée aux « domaines qui ne relèvent pas de [la] compétence exclusive de l'Union »⁴⁰. La mise en œuvre de ce principe de subsidiarité n'est pas aisée, et la définition même de l'article 5 du TUE laisse la place à des éléments d'opportunité. Dans cette mesure, le contrôle par la Cour de justice du respect de ce principe est basé sur un autre principe bien connu des systèmes fédéraux de certains États membres : le principe de proportionnalité. La Cour contrôle en effet le caractère manifestement disproportionné ou inapproprié d'une mesure arrêtée au regard de l'objectif poursuivi.

L'intégration du principe de subsidiarité en droit européen marque clairement l'influence du fédéralisme allemand. L'Union européenne, organisation *sui generis* se rapprochant du modèle fédéral, constitue une sorte de plate-forme supérieure aux États qui la composent, à laquelle des entités souveraines plus petites ont décidé de confier certaines tâches. La même logique gouverne donc le principe de subsidiarité en droit constitutionnel allemand et en droit européen. Ainsi, la logique de répartition des pouvoirs est gouvernée par le fait que les échelons inférieurs (les Länder ou les États membres) se dessaisissent d'une part de leur souveraineté au profit d'une autorité supérieure, plus à même de remplir une tâche déterminée. Afin que les collectivités plus petites soient assurées de conserver leurs prérogatives, le mécanisme de répartition des compétences repose sur un modèle selon lequel le pouvoir appartient en priorité à l'échelon

³⁹ *Ibid.*, p. 163.

⁴⁰ Pour une analyse de la portée précise de cette restriction, voy. S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, pp. 180 et s.

local. Le droit européen s'est clairement inspiré de ce fédéralisme allemand, dit centripète.

Enfin, comment ne pas voir que l'influence des théories fédéralistes se marque également en droit de l'Union dans la consécration du principe de primauté, depuis les célèbres arrêts *Costa c. Enel*⁴¹, *Simmenthal*⁴² et *Internationale Handelgesellschaft*⁴³ : le transfert d'attributions des États à l'Union entraînant une « limitation définitive de leurs droits souverains », il doit dès lors être impossible pour les États « de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ». Le principe de primauté impose dès lors que le droit de l'Union, dans son intégralité, prime le droit national dans son ensemble. Avec comme corollaire le principe de l'effet direct, dégagé par l'arrêt *Van Gend & Loos*⁴⁴, ce principe fondamental renforce l'abandon partiel de souveraineté des États membres au profit de l'Union européenne, et, par là même, les traits fédératifs du système européen de répartition des compétences.

1.2.2. Une importante réserve

Sur le plan de la répartition des compétences, donc, les différents droits constitutionnels nationaux des États fédéraux membres de l'Union européenne ont exercé une influence importante sur le droit européen. Mais cette affirmation n'est valide que sous une importante réserve, que nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer plus haut : « l'Union européenne n'a que des compétences d'attribution ; les États membres sont les maîtres des traités fondateurs et ils n'ont jamais perdu, en droit, ce qu'on appelle la souveraineté formelle, c'est-à-dire la compétence de la compétence »⁴⁵. Il s'agit là d'une importante différence entre le principe même du fédéralisme, c'est-à-dire l'association de différentes collectivités politiques dans un État fédéral qui jouit précisément de cette souveraineté formelle, et les principes gouvernant la construction européenne.

Comme le souligne N. Levrat, le modèle communautaire est, entre autres, caractérisé par l'« inexistence (...) d'organes du pouvoir central constitués sans l'intermédiaire des États membres »⁴⁶. En conséquence, « [l]'exercice de compétences par le niveau central, même dans les domaines de compétences com-

⁴¹ C.J.U.E., arrêt du 15 juillet 1964 (aff. 6/64).

⁴² C.J.U.E., arrêt du 9 mars 1978 (aff. 106/77).

⁴³ C.J.U.E., arrêt du 17 décembre 1970 (aff. 11/70).

⁴⁴ C.J.U.E., arrêt du 5 février 1963 (aff. 26/62).

⁴⁵ H. DUMONT, « La traduction, ciment du “pacte constitutionnel européen” – Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales (avec une postface sur l'arrêt *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle allemande) », *Rev. b. dr. const.*, 2010, p. 20.

⁴⁶ N. LEVRAT, « L'Union européenne : une fédération internationale », *op. cit.*, p. 301.

munautaires exclusives, n'est possible qu'avec le consentement des exécutifs des entités membres de la "communauté/fédération" »⁴⁷.

En outre, si le principe de primauté constitue, on l'a dit, un signe de l'influence du fédéralisme sur l'Union européenne, on ne peut évidemment perdre de vue que la prise en compte de ce principe au niveau des droits nationaux des États membres et l'impact qui lui est donné sont tout sauf uniformes.

En effet, si la majorité des constitutions européennes ont intégré en leur sein une disposition autorisant le transfert de compétences à l'Union européenne, il faut remarquer, avec Hugues Dumont, que seules deux d'entre elles, la Constitution des Pays-Bas et la Constitution de l'Irlande, sont allées « jusqu'à reconnaître spécifiquement au droit de l'Union la primauté inconditionnée qui en est, selon la plupart des spécialistes du droit européen, la conséquence naturelle »⁴⁸.

Pour de nombreux constitutionnalistes, la primauté du droit européen est limitée par la Constitution nationale des États membres. Il est en effet toujours possible qu'une norme européenne soit contraire à une disposition constitutionnelle nationale. Si un traité européen est contraire à une Constitution nationale, il arrive souvent que la Constitution nationale en question soit adaptée avant la signature du traité. Par contre, il est toujours possible qu'une norme de droit européen dérivé, prise en application du traité et dans le cadre des compétences de l'Union européenne, soit contraire à la Constitution d'un État membre. Dans un tel cas, les juridictions constitutionnelles des États membres de l'Union interviennent pour mettre fin à cette inconstitutionnalité, par la technique des « contre-limites »⁴⁹ imposées par certaines juridictions constitutionnelles au transfert de souveraineté réalisé par les États membres au profit de l'Union européenne.

Nous reviendrons sur cette notion de « contre-limites » dans la seconde partie de notre contribution, étant donné qu'il s'agit là d'une influence directe des droits constitutionnels nationaux sur le droit européen, résultant du dialogue initié par les juridictions constitutionnelles nationales (voy. *infra*).

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 301-302.

⁴⁸ H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen"... », *op. cit.*, p. 19. Voy. aussi, *supra*, « Les traités européens, une Constitution pour l'Europe ? ».

⁴⁹ J.-P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies – L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », in *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, p. 11. Voy. aussi, dans la doctrine anglo-saxonne, la notion de « counter-principles » (M. KUMM, « The jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, 2005, pp. 262-307).

II. — LE DIALOGUE JURIDICTIONNEL ET LES RÉSERVES DE CONSTITUTIONNALITÉ

Nous prenons comme point de départ, dans cette seconde partie, l'action des juges, tant nationaux qu'européens, tout en étant conscients que l'action des autres institutions est tout aussi déterminante et devrait, pour des raisons démocratiques, sans doute l'être encore davantage ⁵⁰.

En particulier, et quel que soit leur statut de « bon » ou de « mauvais » élève de la classe qui leur a été décerné par la doctrine, il semble que toutes les juridictions constitutionnelles participent, d'une certaine manière, au « contrôle de constitutionnalité » composite européen et, plus précisément, « alimentent le droit européen grâce aux principes et valeurs du constitutionnalisme », agissant ainsi non pas comme des obstacles mais comme des catalyseurs de l'intégration européenne ⁵¹ — et ce, même lorsqu'ils adoptent des attitudes de défiance —. C'est l'idée d'un « patrimoine constitutionnel commun » résultant de dynamiques et d'interactions complexes entre les différents systèmes juridiques et les différents acteurs ⁵² qui est à la source d'un constitutionnalisme européen ⁵³. Les cours constitutionnelles nationales peuvent ainsi constituer d'excellentes alliées de la Cour de justice en lui permettant d'incorporer des principes fondamentaux du constitutionnalisme, à l'exemple, récemment, de certains principes découlant de l'État de droit ⁵⁴. Encore faudrait-il, pour que les interactions entre les juges soient porteuses d'un dialogue constructif sur le constitutionnalisme européen, que la Cour de justice se montre plus engagée dans ce dialogue sur le respect des principes constitutionnels communs ⁵⁵ dans son contrôle de constitutionnalité des actes des institutions européennes.

⁵⁰ D. PIQANI, « Arguments for a Holistic Approach in European Constitutionalism : What Role for National Institutions in Avoiding Constitutional Conflicts between National Constitutions and EU law », *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 493-522.

⁵¹ M. CLAES et B. DE WITTE, « The Role of Constitutional Courts in the European Legal Space », *op. cit.*, p. 94.

⁵² M. CLAES et B. DE WITTE, « The Role of Constitutional Courts in the European Legal Space », *op. cit.* Voy. également les références citées en note 45.

⁵³ Voy. K. KLIMA, « The Constitutional Nature of the European Union – The Theoretical Premises of European Constitutionality », in N. SISKOVA (dir.), *The Process of Constitutionalisation of the EU and Related Issues*, Groningen, Europa Law Publishing, 2008, pp. 80-82.

⁵⁴ A. ALBI, « From the Banana Saga to a Sugar Saga and beyond : Could the Post-Communist Constitutional Courts teach the EU a Lesson in the Rule of Law ? », *Common Market Law Review*, 2010, pp. 791-829.

⁵⁵ Voy. J. H.H. WEILER, « Dispatch from the Euro Titanic : And the Orchestra Played On », *European Journal of International Law*, 2010, pp. 805-813.

2.1. — Le concept de « réserves de constitutionnalité » et le principe de primauté

L'influence des droits constitutionnels sur le droit européen s'est surtout exprimée par les résistances de certaines juridictions constitutionnelles nationales à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice et par l'élaboration, dans ces jugements de résistance, de théories de réserves de constitutionnalité. Ces réserves de constitutionnalité ou « clauses de sauvegarde », formulées par les juridictions constitutionnelles nationales ont contraint — et parfois permis — à différents acteurs ⁵⁶ de faire progresser l'édification de principes généraux et de valeurs fondamentales du droit de l'Union. Elles ont incité la Cour de justice à intégrer dans ses normes de contrôle des éléments provenant des ordres constitutionnels nationaux. Précisons d'emblée que ce recours aux réserves de constitutionnalité est loin d'appartenir au passé. Les États se préoccupent plus que jamais de la capacité de la Cour de Luxembourg à protéger les droits fondamentaux et, plus généralement, les valeurs inhérentes à leur identité nationale et constitutionnelle ⁵⁷. Précisons également que ce recours aux réserves de constitutionnalité est très répandu ; il n'y a que dans quelques États membre que le principe de primauté du droit européen s'applique sans réserve ⁵⁸.

Le concept de « réserves de constitutionnalité » forgé par les cours constitutionnelles des États membres a été diversement présenté et théorisé par la littérature ⁵⁹. Pour la doctrine allemande, il s'agit de se positionner sur ce « pont » que constituent les actes d'assentiment entre le droit constitutionnel et le droit européen et de vérifier si les conditions et les termes

⁵⁶ En effet, les décisions de résistance rendues par les juridictions nationales ont souvent suscité une réaction de multiples acteurs, tant nationaux qu'europeens. Bill Davies nous montre, entre autres, comment la décision *Solange I* a suscité une politique très active du gouvernement allemand en faveur de l'intégration des droits fondamentaux dans le corpus juridique européen, ce dernier gouvernement multipliant notamment les contacts avec le Parlement européen (en préparant une Déclaration conjointe sur le respect des droits de l'homme, et en la soumettant au Conseil, à la Commission et au Parlement) (voy. B. DAVIES, « Pushing Back : What Happens When Member States Resist the European Court of Justice ? A Multi Modal Approach to the History of European law », *Contemporary European History*, 2012, pp. 417-435).

⁵⁷ Voy. not. G. MARTI, « La conciliation entre les droits et libertés dans la mise en œuvre des libertés communautaires de circulation », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 283-317, spéc. p. 315.

⁵⁸ Aux Pays-Bas et en Autriche principalement. Voy. C. GRABENWARTER, « National Constitutional Law Relating to the EU », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (éds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, 2009, p. 85.

⁵⁹ Voy. notamment, sur le sujet, A. OPPENHEIMER, *The relationship between European Community Law and National law : The Cases i-ii*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994-2003 ; M. KUMM, « Who is the final Arbiter of Constitutionality in Europe ? », *Common Market Law Review*, 1999, pp. 351-386 et références citées.

de ces actes ont été respectés ⁶⁰. C'est d'ailleurs effectivement sur la base des clauses de transfert de souveraineté, très diversement formulées, et contenant parfois des clauses de sauvegarde, que se fondent les juridictions constitutionnelles pour formuler leurs réserves ⁶¹. Pour Jean-Paul Jacqué, il s'agit de s'opposer au principe de primauté du droit européen, au nom de l'origine de cette primauté dans la Constitution elle-même ⁶². Pour Hugues Dumont, il s'agit d'incorporer le principe de primauté « dans les jurisprudences constitutionnelles nationales moyennant des ajustements propres à sauvegarder, dans une mesure compatible avec l'application loyale du droit européen, la suprématie que les Constitutions sont condamnées à conserver logiquement aussi longtemps qu'elles demeureront au fondement de l'ordre juridique communautaire » ⁶³. Quant à l'approche pragmatique des conflits de constitutionnalité développée par Mathias Kumm dans une contribution de 2005, elle offre une place de premier rang aux réserves de constitutionnalité, qualifiées par lui de « counter-principles ». Pour cet auteur, dès lors qu'un conflit de constitutionnalité se pose, les juridictions constitutionnelles nationales devraient recourir à l'approche « Constitutionalism Beyond the State » (CBS). D'abord, « [a]ccording to the principle of the effective and uniform enforcement of EU law, further strengthened by the recent explicit commitment by Member States to the primacy of EU law, national courts should start with a strong presumption that they are required to enforce EU law, national constitutional provisions notwithstanding ». Cependant, « [t]he presumption for applying EU law can be rebutted [...] if, and to the extent that, countervailing principles have greater weight » ⁶⁴. Trois « counter-principles » peuvent être invoqués. Le premier est d'ordre substantiel et concerne la protection effective des droits fondamentaux du citoyen. Le deuxième, intrinsèquement lié au principe de subsidiarité, est juridictionnel : « [i]t protects national communities against unjustified usurpations of competences by the European Union and undermines the legitimate scope of self-government by national communities » ⁶⁵. Le dernier « counter-principle » est le « procedural principle of democratic legitimacy ».

⁶⁰ Voy. l'exposé de F. C. MAYER, « Multilevel Constitutional Jurisdiction », *op. cit.*, pp. 415-417.

⁶¹ Voy., pour une analyse de ces clauses de transfert, leur interprétation par les juridictions constitutionnelles et les éventuelles clauses structurelles de sauvegarde, C. GRABENWARTER, *op. cit.*, pp. 95-102.

⁶² J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 12 ; H. DUMONT, « La traduction, ciment du “pacte constitutionnel européen” ». Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationale », in A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS et F. OST (dir.), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre – Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, pp. 449-486.

⁶³ H. DUMONT, « La traduction, ciment du “Pacte constitutionnel européen” », *op. cit.*, p. 21.

⁶⁴ M. KUMM, « The jurisprudence of Constitutional... », *op. cit.*, p. 299.

⁶⁵ M. KUMM, *op. cit.*, p. 300.

L'idée est que les juridictions nationales, en raison du déficit démocratique dont souffre l'Union, « continue to have good reasons to set aside EU law when it violates clear and specific constitutional norms that reflect essential commitments of the national community »⁶⁶. Pour Mattias Kumm, la Cour de justice devrait quant à elle admettre, sur la base des textes du traité, que « the guarantee of the constitutional identities of Member States in the Constitutional Treaty should be interpreted (...) to authorise national courts to set aside EU law on certain limited grounds that derive from the national Constitutions (...) such as those suggested : when specific rule-life commitments pertaining to fundamental constitutional commitments are at stake »⁶⁷.

Dans certains pays, même si des réserves de constitutionnalité n'ont pas été explicitement exprimées, il existe toutefois des limites importantes à l'intégration européenne. Le Chapitre 10, § 5, de la Constitution suédoise, qui constitue le fondement de l'adhésion de la Suède à l'Union, reprend le raisonnement tenu par les juges allemands dans l'arrêt *Solange* (voy. *infra*)⁶⁸. Le principe constitutionnel de souveraineté du Parlement britannique peut amener son lot de résistances au droit européen⁶⁹. En Belgique, « il ne semble pas que la jurisprudence belge se soit intéressée à la limite des dérogations que la Constitution est censée autoriser à ses propres dispositions »⁷⁰. Cependant, une certaine volonté de contrôle de constitutionnalité est sous-jacente dans l'arrêt 12/94 du 3 février 1994 relatif à deux lois approuvant le Protocole organisant l'École européenne — et qui établissaient une contribution financière obligatoire heurtant le principe de la gratuité scolaire. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle affirme sa compétence pour contrôler les lois d'assentiment et le contenu des traités, et donc la primauté de la Constitution sur le Traité. La Cour a cependant tempéré son élan, en ajoutant, dans son arrêt n° 20/2004 du 4 février 2004 relatif à une Convention visant à éviter la double imposition, qu'elle « devra exercer son contrôle en tenant compte de ce qu'il ne s'agit pas d'un acte de souveraineté unilatéral mais d'une norme conventionnelle par laquelle la Belgique a pris un engagement de droit international à l'égard d'un autre État »⁷¹. On rappellera, en outre, qu'en ce

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 303.

⁶⁸ Voy. C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 88 et U. BERNITZ, « Sweden and the European Union : On Sweden's Implementation and Application of European Law », *Common Market Law Review*, 2001, p. 903.

⁶⁹ Voy., pour une analyse de la jurisprudence britannique, T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 8^e éd., 2014, pp. 272-278.

⁷⁰ Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs entre la Constitution belge et le droit international ou européen dans l'ordre interne à l'aune des relations entre ordres juridiques primaires », *R.B.D.I.*, 2012, p. 397.

⁷¹ C.C., arrêt n° 20/2004 du 4 février 2004, B.3.

qui concerne le droit de l'Union, la contestation de la constitutionnalité d'un futur traité européen n'est possible uniquement que par la voie d'un recours en annulation introduit dans les soixante jours de la publication de la loi d'assentiment. Cette contestation n'est par contre pas possible par la voie d'une question préjudicielle, dès lors qu'en vertu de l'article 26, § 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, « [s]ont exclus du champ d'application de cet article les lois, les décrets et les règles visées à l'article 134 de la Constitution par lesquels un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un Protocole additionnel à cette Convention reçoit l'assentiment ».

2.2. — Les trois catégories de réserves de constitutionnalité

S'inscrivant globalement dans l'approche décrite ci-dessus, les cours constitutionnelles allemande, italienne, française, danoise, espagnole et tchèque, notamment, postulent la primauté de principe du droit dérivé (qui peut impliquer, le cas échéant, que ce droit soit mis en œuvre même s'il suscite quelques objections de constitutionnalité) mais reconnaissent plusieurs types de contre-limites à ce principe. Pour la Cour constitutionnelle italienne, il s'agit de « *controlimiti* »⁷² s'apparentant aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien. Le tribunal constitutionnel allemand se fonde plutôt sur le principe de démocratie. La Cour danoise, sur la position privilégiée des normes nationales en matière de droits fondamentaux, et sur le principe de l'indépendance. Même si elles sont diversement formulées, il est aisé d'identifier trois catégories (la dernière recoupant partiellement les deux premières) : la première catégorie est d'ordre institutionnel, et concerne le respect des règles répartitrices de compétences entre l'Union et ses États membres (2.2.1.) ; la seconde catégorie concerne le respect des droits fondamentaux par le droit de l'Union européenne (2.2.2.) ; la troisième catégorie s'articule autour du concept d'« identité constitutionnelle » (2.2.3.).

⁷² Sur les *controlimiti*, voy. l'arrêt *Frontini* de la Cour constitutionnelle italienne (affaire n° 183/73). Une version anglaise est disponible dans la *Common Market Law Review*, 1974, pp. 386-387. Voy. également l'arrêt *Granital* (affaire n° 170/84), disponible également en anglais dans *Common Market Law Review*, 1984, p. 756. Voy. enfin la décision du Conseil d'État italien n° 4207/5 du 19 avril 2005, *Admenta et al v. Federfarma*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 47. Voy. également F. FONTANELLI et G. MARTINICO, « Between Procedural Impermeability and Constitutional Openness : The Italian Constitutional Court and Preliminary References to the European Court of Justice », *European Law Journal*, 2010, pp. 345-364.

2.2.1. Le respect des règles répartitrices de compétence entre l'Union européenne et les États membres, la primauté, et la légitimité démocratique

La première catégorie de réserves de constitutionnalité est d'ordre institutionnel. Elle concerne le respect des règles répartitrices de compétences entre l'Union et ses États membres, et, plus globalement, le respect de l'équilibre institutionnel entre États membres et Union européenne. Il s'agit de l'expression d'une « conditionnalité relative à la compétence de juger les limites des compétences attribuées »⁷³. La compétence relative au contrôle des compétences ou le pouvoir de déterminer les limites de ses pouvoirs (*Kompetenz-Kompetenz*) est très clairement accordée par les traités à la Cour de justice. Cette dernière a par ailleurs fermement revendiqué un monopole sur cette question du contrôle du droit dérivé européen, dans son arrêt *Foto-Frost*⁷⁴, monopole qui semble se fonder sur le principe de primauté ou de suprématie du droit européen tel qu'il a été développé par la Cour de justice pour faire face aux conflits de normes⁷⁵. Mais certaines juridictions constitutionnelles, face à une jurisprudence de la Cour de justice interprétant de manière extensive les compétences de l'Union, ont toutefois eu tendance à considérer qu'elles étaient en dernier ressort les gardiennes des contours des actes attribuant des compétences à l'Union, contours qu'elles devaient interpréter à la lumière des dispositions constitutionnelles nationales. La jurisprudence de ces juridictions nationales a pour effet de « doubler les normes de contrôle » des actes européens⁷⁶.

On prendra ici deux exemples emblématiques. Le Tribunal fédéral allemand, dans sa célèbre décision sur le Traité de Maastricht du 12 octobre 1993 (parfois identifiée comme la décision « Brunner »), a établi que les compétences de l'Union sont des compétences d'attribution et que l'Union ne peut s'arroger, sur base autonome, des compétences que les États membres, « maîtres des Traités », n'ont pas entendu lui accorder. Dès lors, les juges allemands se réservent le pouvoir de soumettre la législation européenne à un test de constitutionnalité pour garantir le respect, par cette législation, des exigences constitutionnelles allemandes relatives au caractère démocratique de l'exercice du pouvoir politique⁷⁷ (tout en admettant qu'en l'espèce

⁷³ P. CRAMER, « Does the codification of the principle of supremacy matter ? », in J. BELL et C. KILPATRICK (éds), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volumes 2004 à 2005, Volume 7, p. 63.

⁷⁴ ECJ, affaire 314/85, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck Ost* [1987] ECR 4199, §§ 11ff.

⁷⁵ Voy. F. C. MAYER, « Multilevel Constitutional Jurisdiction », *op. cit.*, p. 409.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 412.

⁷⁷ Para C I(3). Le Tribunal fédéral estime également que la Cour de justice n'est pas fondée à étendre les compétences de l'Union, notamment par la mise en œuvre de ses théories de l'effet utile et des compétences implicites (voy. M. CLAES, *The National Court's Mandate in the European Constitution*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2006, p. 708).

aucun problème de constitutionnalité ne se pose). Les juges allemands, en s'arrogeant le droit de contrôler l'exercice par les institutions européennes de leurs compétences, entendaient pallier ici les carences dont la Cour de justice a fait preuve en matière de supervision des actes des institutions politiques de l'Union ⁷⁸. Comme ils l'ont bien perçu, cette jurisprudence déférente de la Cour envers les institutions de l'Union ne posait pas seulement question par rapport aux principes de subsidiarité et de proportionnalité ⁷⁹, mais soulevait également des questions démocratiques fondamentales. L'argumentaire de la Cour constitutionnelle allemande repose principalement sur l'idée que le principe démocratique implique le respect des parlements nationaux, qui, aux yeux de la Cour, restent les seuls aptes à assurer la légitimité des transferts opérés ⁸⁰, étant donné que les exigences démocratiques ne sont pas atteintes au niveau européen. Cette position en faveur du respect des droits de parlements nationaux — droits qui sont protégés entre autres par l'article 23 (1) de la Loi fondamentale allemande et par une myriade d'autres textes constitutionnels ayant vocation à garantir aux parlements nationaux des droits d'information et de participation dans le cadre de l'intégration européenne ⁸¹ — a été réaffirmée par les juges allemands dans l'arrêt rendu sur le Traité de Lisbonne, où la Cour insiste, de façon plus agressive, sur le fait que le principe démocratique ne peut être respecté au plan européen tant que ne se constitue pas à ce niveau un véritable État fondé sur une communauté politique homogène ⁸².

Une réserve similaire a été formulée par la Cour suprême du Danemark, dans un arrêt *Carlsen c. Rasmussen* ⁸³ de 1998, dans lequel était également

⁷⁸ M. CLAES, *The National Court's Mandate in the European Constitution*, *op. cit.*, p. 710 (« The Court has given proof of judicial restraint vis-à-vis the Union institutions, at the expense of the Member States. This is not activism, at the most it could be termed "passive activism", or "activism through passivism" or even "active passivism" »); J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 320.

⁷⁹ De multiples propositions ont vu le jour pour améliorer la répartition des compétences à l'échelle européenne. Voy. B. DE WITTE, « Clarifying the Delimitation of Powers. A Proposal with Comments », Contribution à la Conférence du groupe Jean Monnet sur le Futur de l'Europe, Europe 2004, le Grand Débat, *Setting the Agenda and Outlining the Options*, www.ecsanet.org.

⁸⁰ Bundesverfassungsgericht, décision du 12 octobre 1993, *Common Market Law Review*, 1994, p. 57. 89 BVerfGE 155, para. B. (2), b et C. II. du jugement. Voy. not., sur cette décision, N. FOSTER, « The German Constitution and EC Membership », *PL*, 1994, p. 392.

⁸¹ Voy., pour un aperçu complet des droits reconnus par les Constitutions nationales aux Parlements nationaux, C. GRABENWARTER, *op. cit.*, pp. 108-116.

⁸² Voy. Bundesverfassungsgericht, décision du 30 juin 2009, http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Homepage/home_node.html. Voy., pour une critique de cette décision, H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen" », *op. cit.*

⁸³ Jugement du 6 avril 1998, affaire I-361/1997, disponible en anglais dans *Common Market Law Review*, 1999, p. 854. Voy., sur l'arrêt antérieur (affaire 272/94 *Carlsen v Prime Minister Rasmussen*), le commentaire de Obradovic, « Repatriation of Powers in the European Community », *Common Market Law Review*, 1997, p. 59 et T.C. HARTLEY, *op. cit.*, pp. 266-267.

discutée la constitutionnalité de la ratification par le Danemark du Traité de Maastricht. Dans cet arrêt, la Cour établit très clairement que la « *Kompetenz-Kompetenz* » est maintenue au niveau national dès lors que c'est aux autorités nationales, selon la Cour danoise, d'apprécier les limites établies à l'abandon de souveraineté établi par l'acte d'adhésion. En d'autres termes, la Cour danoise s'est déclarée compétente pour exercer un contrôle « *ultra vires* » classique sur les actes européens : « Danish Courts must rule that an EC act is inapplicable in Denmark if the extraordinary situation should arise that with the required certainty it can be established that an EC act that has been upheld by the European Court of Justice is based on an application of the Treaty which lies beyond the surrender of sovereignty according to the Act of accession »⁸⁴. Ce contrôle est justifié par la Cour danoise comme suit : « the courts of law cannot be deprived of their right to try questions as to whether an EC act of law exceeds the limits for the transfer of sovereignty »⁸⁵. De nombreuses autres juridictions constitutionnelles ont émis des réserves similaires, dont notamment la Cour constitutionnelle polonaise⁸⁶.

Ces contre-limites jurisprudentielles posées au principe de primauté du droit européen sont l'illustration de l'influence limitée des principes constitutionnels des États fédéraux sur le mécanisme de répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. En effet, l'application de ces règles de répartition des compétences est soumise à une interprétation complexe et pluraliste des rapports entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique européen, qui n'a pas grand-chose à voir avec l'application des règles de répartition de compétences dans les États fédéraux⁸⁷. Illustrons notre propos par deux exemples, le premier tiré du droit constitutionnel belge, le second du droit constitutionnel allemand.

Première illustration, tiré du droit constitutionnel belge, qui connaît, comme le droit européen, un principe d'attribution des compétences. En Belgique, en vertu de l'article 35 de la Constitution, les Communautés et les Régions n'ont que des

⁸⁴ Jugement du 6 avril 1998, affaire I-361/1997, disponible en anglais dans *Common Market Law Review*, 1999, p. 854, § 33.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Affaire K 18/04, http://xxx.trybunal.gov.pl/eng/summaries/wstep_gb.htm.

⁸⁷ On pourrait toutefois soutenir que l'idée même de contre-limite n'est pas totalement étrangère aux systèmes fédéraux nationaux. On citera ainsi la théorie de la *state nullification*, élaborée dans le cadre du droit constitutionnel américain, et en vertu de laquelle les États fédérés, en tant qu'interprètes ultimes de la teneur et de l'étendue des pouvoirs de l'État fédéral, détiendraient le droit de s'opposer à l'adoption ou à l'application d'un acte de droit fédéral *ultra vires*. S'il est vrai que cette théorie a connu des fortunes diverses, avant d'être finalement rejetée par la Cour Suprême, elle n'en présente pas moins de nombreuses similitudes avec le concept de « contre-limites », tel que développé par de multiples juridictions constitutionnelles nationales en Europe. Sur ce point, voy. T. WOODS, *Nullification – How to Resist Tyranny in the 21st Century*, New York, Regnery Publishing, 2010.

compétences d'attribution, les compétences résiduelles revenant à l'État fédéral. Les Communautés et Régions ne pourraient refuser d'autorité d'appliquer une législation fédérale parce qu'elle serait contraire aux règles répartitrices des compétences ou aux droits fondamentaux. Les collectivités fédérées pourraient décider d'introduire un recours en annulation contre de telles lois fédérales auprès de la Cour constitutionnelle, mais, contrairement au système mis en place dans l'arrêt *Carlsen* de la Cour constitutionnelle du Danemark, qui considère que les autorités danoises doivent refuser de faire application d'une norme de droit européen enfreignant les règles répartitrices de compétences entre l'Union et les États membres *quand bien même la Cour de justice de l'Union européenne aurait reconnu leur validité sur le plan du droit communautaire*, elles seront absolument liées par l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

Seconde illustration, empruntée au droit constitutionnel allemand. La fédération allemande ne dispose que de compétences d'attribution, qui sont soit des compétences fédérales exclusives, soit des compétences concurrentes de la Fédération et des Länder. La loi fondamentale allemande énumère une série de domaines qui sont de la compétence exclusive de la Fédération. Pour les autres matières, la répartition des compétences entre le niveau fédéral et le niveau fédéré s'effectue sur la base du principe de subsidiarité. Dans le cadre de la mise en œuvre de ces compétences concurrentes, l'article 31 de la loi fédérale allemande prévoit que « *Bundesrecht bricht landesrecht* », soit le fait d'accorder la primauté à la norme fédérale sur les normes fédérées. Cet adage a très certainement inspiré la Cour de justice de l'Union européenne et le principe de primauté du droit européen dégagé de certains arrêts célèbres précités. Mais le droit constitutionnel allemand ne prévoit pas qu'il soit possible, pour les Länder, de poser des « contre-limites » à ce principe constitutionnel bien établi. On le voit, il s'agit d'une différence importante avec le système de contre-limites mis en place par diverses cours constitutionnelles européennes lorsqu'elles doivent faire application du droit européen.

Ce mécanisme des contre-limites semble ramener l'Union européenne vers un statut plus classique d'organisation internationale intergouvernementale. Il s'agit pourtant seulement de la conséquence de la conservation, par les États membres de l'Union européenne, de leur souveraineté formelle. On peut donc déceler ici une influence claire des droits constitutionnels nationaux sur le droit européen. Toutefois, cette influence est ici de nature différente de celle que nous avons identifiée dans la première partie de notre contribution, car elle contribue ici à diminuer la dimension constitutionnelle et fédéraliste de l'Union européenne.

Cette théorie des contre-limites peut s'avérer dangereuse pour le projet européen. En effet, certaines cours constitutionnelles nationales pourraient être ten-

tées, dans certaines circonstances, de faire une interprétation trop large de ces contre-limites pour échapper à l'application du droit européen. Ceci dit, dans la même ligne qu'Hugues Dumont⁸⁸, nous pensons que ce risque est limité par la possible introduction d'un recours en manquement auprès de la Cour de justice de l'Union européenne contre un État qui se soustrairait à ses obligations tirées du droit de l'Union européenne, par la réaffirmation très claire des compétences d'attribution de l'Union dans le traité de Lisbonne, et par la « traduction constructive, voire relevante », pour reprendre son expression, du principe de primauté par la plupart des cours constitutionnelles nationales.

Nous clôturerons notre réflexion sur ce point par une remarque qui n'est pas anodine et qui concerne le droit belge, qui ne connaît pas, à proprement parler, de théorie des « contre-limites », contrairement à la plupart des États membres de l'Union européenne. En droit belge, la Cour constitutionnelle ne s'est en effet jamais livrée à l'élaboration d'une telle théorie⁸⁹. En outre, la Cour de cassation belge tire des principes dégagés dans son célèbre arrêt *Le Ski*⁹⁰ un « principe général de droit »⁹¹ selon lequel le droit communautaire prime le droit interne, et ce, sans autre forme de procès. La section du contentieux administratif du Conseil d'État ne considérerait pas autre chose dans son célèbre arrêt *Orfinger*⁹². Encore plus frappant : l'article 26, § 1^{er bis} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 prévoit qu'il est impossible de remettre en cause une loi, un décret, ou une ordonnance portant assentiment à un « traité constituant de l'Union européenne » par le biais d'une question préjudicielle⁹³. Ces trois phénomènes attestent, à notre avis, d'une intégration plus grande en droit belge du principe de primauté européen. Si Hugues Dumont semble regretter l'absence d'une théorie des contre-limites en droit constitutionnel belge, y voyant le signe d'une « europhilie politique proportionnée à l'ampleur des doutes exis-

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 24 et s.

⁸⁹ Ce constat, s'il tient toujours, doit toutefois être nuancé. Dans un récent arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016, notre Cour constitutionnelle a en effet soutenu, en *obiter dictum* : « L'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit » (B.8.7). Cette affirmation fait directement écho à la clause d'identité nationale consacrée à l'article 4, § 2 du Traité sur l'Union européenne (voy. *infra*). Si, en l'espèce, la référence demeure purement théorique et n'emporte aucune conséquence concrète, elle n'en demeure pas moins inédite. Il reste à voir le sort qui lui sera ultérieurement réservé par les juridictions belges.

⁹⁰ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, pp. 887 et s.

⁹¹ Cass., 5 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1048.

⁹² C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, pp. 254 et s.

⁹³ Il est par contre possible d'introduire un recours en annulation contre de telles lois, décrets, ou ordonnances d'assentiment, auprès de la Cour constitutionnelle. Mais « ce recours ne peut pas conduire à la remise en cause de la primauté du traité puisque, idéalement du moins, celui-ci ne devrait pas encore avoir été ratifié à ce stade par le Roi » (H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen" », *op. cit.*, p. 33).

tentiels qui minent l'État belge depuis de nombreuses années »⁹⁴, qu'il nous soit permis de penser que la réelle prise au sérieux, en droit belge, du principe de primauté du droit européen, est garante d'une plus grande sécurité juridique pour les citoyens, qui ne sont pas soumis à des interprétations variables et potentiellement extensives des contre-limites apposées à l'application, en droit interne, du droit communautaire.

Cette observation nous apparaît d'autant plus importante que l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle allemande à propos du traité de Lisbonne le 30 juin 2009⁹⁵, vient nous rappeler le risque des dérives stato-centrées auquel la théorie des contre-limites nous expose. Dans cet arrêt, en effet, la Cour constitutionnelle allemande consacre des développements au principe de légitimité démocratique, qui vont dans le sens inverse des progrès réalisés par l'Union européenne. La Cour considère que « la conservation de la souveraineté formelle entre les mains des États doit aller de pair avec le maintien de "champs d'intervention suffisamment importants" dans certains domaines de la souveraineté matérielle »⁹⁶. La Cour cite, à titre d'exemple, des domaines de souveraineté aussi vastes que la fiscalité, les « décisions socio-économiques essentielles » qui relèvent de la notion d'« État social », le droit pénal, les forces armées, etc. La Cour considère, dans cet arrêt, que les « transferts concédés à l'Union européenne doivent être circonscrits de manière prévisible et, surtout, limités à des fonctions de coordination pour tenir compte de situations revêtant une dimension transfrontière »⁹⁷. Ce faisant, « la Cour semble ainsi faire du modèle de l'État-nation la condition de viabilité nécessaire d'une démocratie digne de ce nom. Or, c'est précisément l'un des enjeux primordiaux de la construction européenne de chercher à construire un régime démocratique original qui traduit l'exigence démocratique dans des termes appropriés à une Fédération plurinationale qui n'est ni un État fédéral ni une simple confédération d'États »⁹⁸. Qu'il nous soit permis de regretter, avec Hugues Dumont, cette position de principe de la Cour constitutionnelle allemande qui contribue à freiner de manière importante tout approfondissement futur de l'intégration européenne. Qu'il nous soit également permis de regretter que, derrière la limite imposée par le « principe de légitimité démocratique » dégagé par la Cour constitutionnelle allemande, se fait jour une impossibilité, pour cette dernière, d'apercevoir que la perte de souveraineté nationale au profit de l'Union européenne ne s'accompagne d'aucun déficit démocratique

⁹⁴ H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen" », *op. cit.*, p. 35.

⁹⁵ Les extraits importants de cet arrêt ont été traduits en français dans la *RTDeur.*, 2009, pp. 799-824.

⁹⁶ H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen" », *op. cit.*, p. 48.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁸ *Ibid.*

si l'on accepte de prendre au sérieux le rôle du Parlement européen et de rendre son rôle plus important, en réformant ses règles de composition, de fonctionnement, et de participation aux décisions.

2.2.2. Le respect des droits fondamentaux et les « traditions constitutionnelles communes » : l'incorporation des droits constitutionnels communs

Le deuxième type de réserves est tiré du respect des droits fondamentaux.

C'est à l'occasion d'une des premières formulations de réserves de constitutionnalité que la Cour de justice a, dans les années septante, été *contrainte* d'incorporer les droits constitutionnels nationaux à ses normes de contrôle, malgré l'absence de référence aux droits fondamentaux dans le Traité de Rome. À cette époque, la Cour de justice refusait de se considérer compétente pour veiller au respect des droits fondamentaux dans son contrôle du droit de l'Union. Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* ⁹⁹, elle a tout à la fois exclu que les juridictions nationales invoquent les droits constitutionnels nationaux pour écarter l'application du droit européen mais a, dans le même temps, ouvert la voie à une intégration des droits fondamentaux dans les principes généraux de l'ordre communautaire, prémisse d'une intégration des droits fondamentaux confirmée dans l'arrêt *Nold* ¹⁰⁰.

Face à cette jurisprudence peu avenante sur la question des droits fondamentaux, les cours constitutionnelles italienne et allemande ont directement procédé à un contrôle de constitutionnalité du droit européen au regard des droits fondamentaux ¹⁰¹, développant au passage une théorie des réserves de constitutionnalité opposable à la prétention de primauté du droit européen (voy. première partie).

L'exemple emblématique de la mise en œuvre de cette réserve est l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft c. EVGF* du 29 mai 1974 rendu par le Tribunal fédéral allemand ¹⁰² (également dénommé *Solange I*). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral devait se prononcer sur la question de savoir si des mesures européennes pouvaient faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. La Cour admet qu'un tel contrôle de constitutionnalité puisse être exercé :

⁹⁹ C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, *European Court Reports*, 1970-01125.

¹⁰⁰ C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold*, C-4/73, *European Court Reports*, 1974-00491. Dans cet arrêt, la Cour établit que « [l]es droits fondamentaux sont compris dans les principes généraux de l'ordre juridique communautaire », qu'ils « doivent être considérés, comme dans le droit constitutionnel de tous les États membres, en vue de la fonction sociale des biens et activités protégées » et qu'ils peuvent supporter « certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits ».

¹⁰¹ Voy. la première partie.

¹⁰² Bundesverfassungsgericht, 29 mai 1974, disponible en anglais dans *Common Market Law Review*, 1974, p. 540.

« As long as the integration process [in the European Communities] has not progressed so far that Community law also receives a catalogue of fundamental rights decided on by a parliament and of settled validity, which is adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the [German] Constitution, a reference by a court in the Federal Republic of Germany to the Bundesverfassungsgericht in judicial review proceedings [involving conflicts of Community secondary law and fundamental rights under the German Basic Law] [...] is admissible and necessary » ¹⁰³.

Ce principe a été réitéré dans l'arrêt *Solange II* (*Wünsche Handels*, où la Cour écarte l'idée d'un contrôle de constitutionnalité du droit européen) : « As long as the European Communities, especially the decisions of the Court of the Communities, generally guarantee an effective protection of fundamental rights as against the sovereign power of the Communities » ¹⁰⁴. Le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a plus lieu de procéder à un contrôle du droit européen au regard des droits constitutionnels garantis dans la loi fondamentale allemande en raison de l'élaboration, par la Cour de justice, d'une doctrine convaincante en matière de droits fondamentaux, et de l'importance enfin conférée aux constitutions des États membres par les institutions européennes ¹⁰⁵. Malgré *Solange II*, les juges allemands ne se sont pas privés, par la suite, d'opérer un contrôle de constitutionnalité direct, au nom des droits fondamentaux, de mesures européennes ¹⁰⁶. Des réserves de constitutionnalité du même ordre ont été formulées par d'autres juridictions constitutionnelles ¹⁰⁷. La Cour Suprême d'Irlande a considéré que le droit à la vie accordé au fœtus par la Constitution irlandaise ne peut être supplanté par le droit européen : « where the right sought to be protected is that of a life, there can be no question of a possible or putative right which might exist in European law as a corollary to the right to travel so as to avail of services » ¹⁰⁸. La Cour constitutionnelle italienne a affirmé dans ses décisions *Frontini* que l'article 11 de la Constitution italienne n'autorisait les transferts de souveraineté que si la Constitution italienne, et en particulier les droits humains inaliénables qui y sont consacrés, étaient res-

¹⁰³ Le Tribunal fédéral considérera cependant que, en l'espèce, la mesure européenne n'était pas contraire à la Constitution allemande.

¹⁰⁴ Jugement du 22 octobre 1986, disponible en anglais dans *Common Market Law Review*, 1987, p. 225.

¹⁰⁵ Voy. T.C. HARTLEY, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰⁶ Voy. 2 BvR 2236/04 (sur le mandat d'arrêt européen) et le commentaire de A. HINAREJOS, *Common Market Law Review*, 2006, p. 583.

¹⁰⁷ Voy. notamment la Décision du Tribunal constitutionnel espagnol n° 28/1991, 14 février 1991 (28 Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional [R.T.C.] 306).

¹⁰⁸ *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan*, 1989 I.R. 767 (Ir. S.C.), cité dans : C. M. COLVIN, « *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan* : Irish Abortion Law and the Free Movement of Services in the European Community », *Fordham International Law Journal*, 1991, p. 502.

pectés à l'échelle européenne ¹⁰⁹. Dans une affaire *Foro Italiano* de 1995, la Cour considère qu'elle n'exercera ce contrôle du droit européen que dans le cadre d'une réponse négative de la Cour de justice sur question préjudicielle et portant sur une demande de protection d'un droit fondamental ¹¹⁰.

Parce que cette jurisprudence frondeuse remettait gravement en question le principe de primauté du droit européen, la Cour de justice n'a pas tardé à développer une doctrine lui permettant de considérer les droits fondamentaux comme des principes généraux du droit communautaire. La Cour a ainsi développé une véritable coopération avec les cours constitutionnelles sur la question des droits fondamentaux ¹¹¹.

C'est ainsi qu'est née l'idée de « traditions constitutionnelles communes » aux États membres. Ces traditions constitutionnelles communes sont qualifiées par la Cour de « principes généraux du droit communautaire » et donc de sources matérielles du droit de l'Union ¹¹².

Le concept des « principes constitutionnels communs » ou « traditions constitutionnelles communes » (*common constitutional traditions*) était déjà présent dans l'arrêt *Handelsgesellschaft* ¹¹³. Dans cet arrêt, la Cour paraît considérer que les droits constitutionnels nationaux constituent « an indirect source for the Union's fundamental rights » ¹¹⁴. La Cour confirmera cette jurisprudence dans de nombreux arrêts suivants ¹¹⁵ avant que la notion ne soit explicitement

¹⁰⁹ Voy. *Italian Frontini Case*, No 183, publiée dans *Common Market Law Review*, 1974, pp. 386-387. Voy., sur ces décisions, D. PIQANI, « The Role of National Constitutional Courts in Issues of Compliance », in M. CREMONA, *Compliance and the Enforcement of EU law*, Oxford, OUP, 2012, p. 139 ; C. MAESTRIPIERI, « The Application of Community Law in Italy in 1973 », *Common Market Law Review*, 1973, p. 431.

¹¹⁰ C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 86.

¹¹¹ Cette coopération n'est, par contre, pas possible sur la question des actes *ultra vires*, dès lors qu'aucune réponse constructive de la Cour de justice ne peut être opposée à un jugement d'une juridiction constitutionnelle considérant qu'un acte a été adopté *ultra vires*. Voy. F. C. MAYER, *op. cit.* p. 413.

¹¹² Voy. not., sur ce concept, D. MAUS, « Les valeurs constitutionnelles communes des États membres et de l'Union européenne », in N. ALIVIZATOS (dir.), *Essays in honour of Georgios L. Kassimatis*, Sakkoulas-Bruylant, 2004, pp. 662-672 ; A. PIZZORUSSO, « Common Constitutional Traditions as Constitutional Law of Europe ? », 1 Sant'Anna Legal Studies - STALS Research Paper (2008), <http://stals.sssup.it/files/stals_Pizzorusso.pdf>, visited 21 June 2013.

¹¹³ C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, *European Court Reports*, 1970-01125.

¹¹⁴ R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 412.

¹¹⁵ Voy. notamment C.J.C.E., 18 juin 1991, *E.R.T. c. D.E.P.*, affaire C-260/89.

« § 42. [...] dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la Convention européenne des droits de l'homme ». On notera au passage que, en ce qui concerne

consacrée à l'article F.2 du Traité de Maastricht. Cette disposition consolide la jurisprudence de la Cour de justice et érige les droits constitutionnels fondamentaux en sources matérielles du droit européen : « L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »¹¹⁶. Cette disposition, reprise à chaque modification des traités, reconnaît explicitement que les systèmes constitutionnels des États membres partagent les mêmes principes fondateurs, et que ces principes constituent un pan du droit constitutionnel non écrit de l'Union.

Ce concept a connu un grand succès auprès des Avocats généraux de la Cour de justice, qui y ont recouru pour définir des droits fondamentaux tels que le principe *ne bis in idem*¹¹⁷, la présomption d'innocence¹¹⁸, le principe de proportionnalité entre les peines et les infractions¹¹⁹, le droit à des recours effectifs¹²⁰, le droit à une protection des données personnelles¹²¹ et le droit à la dignité humaine¹²². Le concept fut également parfois utilisé pour rejeter des demandes de reconnaissance de nouveaux droits¹²³. Plus généralement,

les droits consacrés dans la CEDH, la nécessité du « passage » par les principes généraux du droit communautaire s'atténuera à partir de l'arrêt *Baustahlgewege c. Commission* (17 décembre 1998).

¹¹⁶ « L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire » (formule désormais reprise à l'article 6, 3, TUE).

¹¹⁷ Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalon, 12 juin 2012, dans l'affaire n° 617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, pp. 86-96 ; Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, 12 septembre 2006, dans l'affaire C-303/05, *Advocaten voor de wereld*, ECR I-3658.

¹¹⁸ Conclusions de l'Avocat général Kokott, 19 février 2009, dans l'affaire C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, pp. 92-93 ; Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro, 14 décembre 2005, dans l'affaire T-69/00 *FIAMM and FIAMM Technologies v. Council and Commission* (2008), ECR I-6513, pp. 55 et 56.

¹¹⁹ Conclusions de l'Avocat général Sharpston, 10 février 2011, dans l'affaire C-272/09, *KME Germany AG, KME France SAS and KME Italy SpA v. European Commission*, p. 9.

¹²⁰ Conclusions de l'Avocat général Mazák, 15 septembre 2009, dans l'affaire C-233/08, *Milian Kyrian v. Celní úrad Tábor*, p. 15 ; Conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl, 11 mai 2006, dans l'affaire C-506/04, *Graham J. Wilson v. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, p. 65 ; Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, 28 juin 2001, dans l'affaire C-17/00, *François De Coster v. Collège des bourgmestres et échevins de Watermael-Boitsfort*, pp. 81-82.

¹²¹ Conclusions de l'Avocat général Sharpston, 15 octobre 2009, dans l'affaire C-28/08, *European Commission v. The Bavarian Lager Co. Ltd*, P, p. 100.

¹²² Conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl, 18 mars 2004, dans l'affaire C-26/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellung – GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, pp. 65 et 90-95.

¹²³ Conclusions de l'Avocat général Mengozzi, 2 décembre 2009, *European Commission v. Portuguese Republic*, pp. 77-78 ; Conclusions de l'Avocat général Trstenjak, 30 juin 2009, dans l'affaire C-101/08, *Audiolux SA ea v. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others and Berthelsmann AG*

les avocats généraux ont souligné l'aspect dynamique de ce concept et son rôle d'impulsion dans le cadre du dialogue européen entre les juges résultant du renvoi préjudiciel ¹²⁴. La Cour de Luxembourg a quant à elle fait référence à ce concept pour intégrer des droits fondamentaux à ses normes de contrôle — ou pour consolider les racines de droits déjà reconnus —. Citons les exemples du droit à la vie privée ¹²⁵, des principes de légalité et de sécurité juridique, du droit à un recours effectif ¹²⁶, du droit à être entendu ¹²⁷ et de la prohibition des discriminations ¹²⁸.

Après analyse de la jurisprudence de la Cour de justice, on peut définir comme suit la méthode utilisée par la Cour pour identifier ces traditions constitutionnelles communes. La Cour et ses Avocats généraux procèdent à une comparaison critique des différents systèmes constitutionnels des États membres et se fonde sur trois critères non cumulatifs pour établir, au terme d'études souvent passionnantes de droit constitutionnel comparé, si le principe invoqué fait bien partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres, et peut donc être incorporé, via les principes généraux du droit communautaire, au droit européen.

Premièrement, la Cour a rejeté dos à dos l'approche minimaliste des traditions constitutionnelles communes — qui consisterait à ne retenir que le plus petit commun dénominateur — et l'approche maximaliste, qui aurait impliqué l'identification d'un standard maximum ¹²⁹. La Cour a en effet

and Others, p. 69 ; Conclusions de l'Avocat général Kokott, 29 avril 2010, dans l'affaire C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, pp. 93-113.

¹²⁴ Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, 25 juin 2009, dans l'affaire C-205/08, *Umweltanwalt von Kärntner v. Landesregierung*, pp. 35-37 ; Conclusions de l'Avocat général Poaires Maduro, 21 mai 2008, dans l'affaire C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine and Others v. Premier ministre, ministre de l'Écologie et du Développement durable et ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, pp. 1 et 17.

¹²⁵ C.J.C.E., 14 février 2008, affaire C-450/06, *Varec SA c. Belgique*, pp. 48-55 ; C.J.C.E., 10 février 2009, affaire C-301/06, *Ireland v. European Parliament and Council of the European Union*, p. 9 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, affaire C-404/92 P, *X. v. Commission*, note 171 ; C.J.C.E., 8 avril 1992, affaire C-62/90, *Commission v. Germany*, 1992, p. 23.

¹²⁶ Ordonnance du Tribunal de première instance (2^e ch.) du 22 juillet 2005, affaire T-376/04, *Polyelectrolyte Producers Group v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, p. 27 ; Tribunal de Première instance, décision du 6 mars 2011, affaire T-192/99, *Roderick Dunnett and Others v. European Investment Bank*.

¹²⁷ Voy., pour des affaires plus récentes, C.J.C.E., 12 décembre 2002, affaire C-395/00, *Distillerie Fratelli Cipriani SpA v. Ministero della Finanze*, p. 51 ; C.J.C.E., 13 septembre 2007, affaires jointes C-439/05 P et C-454/05 P, *Land Oberösterreich and Republic of Austria v. Commission of the European Communities* ; C.J.C.E., 18 décembre 2008, affaire C-349/07, *Sopropé – Organizações de Calçado Lda v. Fazenda Pública*, pp. 36 et 37.

¹²⁸ C.J.C.E., 22 novembre 2005, affaire C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, p. 75 ; C.J.C.E., 19 janvier 2010, affaire C-555/07, *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, p. 21.

¹²⁹ J.H.H. WEILER, « Fundamental Rights and Fundamental Boundaries : On Standards and Values in the Protection of Human Rights », in N. NEUWAHL et A. ROSAS (éds) *The European Union and Human Rights*, Brill, 1995, p. 59 ; R. SCHÜTZE, *op. cit.*, pp. 415-416.

établi qu'il n'est pas nécessaire que la pratique repérée dans un certain nombre d'États constitue une tendance uniforme ou même majoritaire ¹³⁰ mais, dans le même temps, qu'une « tradition constitutionnelle commune » ne peut être établie lorsque seulement un État développe ce principe dans son droit constitutionnel ¹³¹. La Cour a bien établi que le standard européen en matière de protection des droits fondamentaux est un standard autonome ¹³².

Le deuxième critère d'identification des traditions constitutionnelles communes est celui de leur lien avec les principes structurants de l'Union. Ainsi, les traditions constitutionnelles communes « découvertes » par la Cour doivent être étroitement connectées ou doivent dériver de ces principes fondateurs de l'Union ¹³³. Ainsi, « the evaluative comparison of the legal systems (...) must take due account, in particular, not only of the aims and tasks of the European Union but also of the special nature of European integration and of EU law » ¹³⁴. Un principe qui n'est établi que dans une minorité d'États mais qui « in view of the special characteristics of EU law, the aims and tasks of the Union and the activities of its institutions » est « of particular significance » ou « constitutes a growing trend » peut ainsi faire partie des principes généraux du droit de l'Union ¹³⁵.

Par ailleurs, un autre facteur concerne l'inclusion des traditions constitutionnelles communes dans des conventions européennes ou internationales relatives aux droits de l'homme ¹³⁶. La Convention européenne des droits de l'homme a ainsi acquis très vite une importance capitale dans l'identification des traditions constitutionnelles communes. La ratification, par un État membre, d'une Convention semble également être considérée comme impli-

¹³⁰ Conclusions de l'Avocat général Kokott, 29 avril 2010, dans l'affaire C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, p. 94. Voy. aussi : C.J.C.E., 13 décembre 1979, affaire 44/79, *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, p. 32.

¹³¹ Judgment of the Court of First Instance (3rd Ch.), 27 septembre 2006, *Jungunzlauer AG v. Commission of the European Communities*, p. 81.

¹³² R. SCHÜTZE, *op. cit.*, p. 418.

¹³³ Conclusions de l'Avocat général Trstenjak, 30 juin 2009, affaire C-101/08, *Audiolux SA ea v. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others and Berthelsmann AG and Others*, p. 70.

¹³⁴ Conclusions de l'Avocat général Kokott, 29 avril 2010, dans l'affaire C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission*, p. 94.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 95. La méthode utilisée est dynamique, dès lors que les valeurs constitutionnelles communes sont définies et développées par la Cour de justice et par les juges nationaux « in a process of ongoing dialogue » (Conclusions de l'Avocat général Poaires Maduro, 21 mai 2008, dans l'affaire C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine and Others v. Premier ministre, ministre de l'Écologie et du Développement durable et ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, p. 17).

¹³⁶ Conclusions de l'Avocat général Trstenjak, 30 juin 2009, affaire C-101/08, *Audiolux SA ea v. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others and Berthelsmann AG and Others*, p. 73 et Maus, *supra*, note 33, p. 649.

quant l'intégration de cette Convention au sein de l'ordre constitutionnel de l'État membre ¹³⁷.

Le concept des traditions constitutionnelles communes est un exemple emblématique de l'influence des droits constitutionnels nationaux sur l'œuvre créatrice des juges européens. L'élaboration de ce concept a permis l'incorporation progressive d'un grand nombre de droits fondamentaux émanant des droits constitutionnels nationaux dans les principes généraux du droit européen. Ces droits furent ensuite codifiés dans la Charte des droits fondamentaux. L'influence évidente des droits constitutionnels nationaux sur la construction du droit européen des droits de l'homme est telle qu'il n'est pas exagéré de voir en la Charte « *if not a child, at least a godchild* » de l'Allemagne ¹³⁸. La Charte contient toujours de multiples références aux « traditions constitutionnelles communes » étudiées ci-dessus ¹³⁹, alors que son article 53 dispose qu'« aucune disposition de la présente charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, (...) par les constitutions des États membres ». Cette dernière disposition, semble, *prima facie*, nuancer le principe de primauté, et peut, dans tous les cas, très certainement constituer un nouvel argument pour les cours constitutionnelles pour formuler de nouvelles réserves de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux ou renforcer celles déjà existantes ¹⁴⁰.

La nature de l'influence des juges constitutionnels nationaux sur l'édification du droit européen des droits fondamentaux a considérablement évolué. Lors de la période « Solange », il s'agissait de contester l'absence totale d'un contrôle au niveau européen des droits fondamentaux et le caractère inadéquat de l'approche européenne en matière de droits fondamentaux ¹⁴¹. Cette contestation s'est toujours déroulée sous un mode coopératif : le risque de conflit souligné par les cours dans les réserves de constitutionnalité concernant les droits fondamentaux étant caractérisé par ces mêmes cours comme étant « très improbable » et exceptionnel ¹⁴² (on constate par ailleurs que lesdites cours ne se sont réellement engouffrées dans la faille ouverte en délivrant un brevet

¹³⁷ Conclusions de l'Avocat général Sharpston, 15 octobre 2009, dans l'affaire C-28/08, *European Commission v. The Bavarian Lager Co. Ltd*, p. 100.

¹³⁸ L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *MJ*, 2002, n° 8, p. 68.

¹³⁹ Voy. M. CLAES, *The National Court's Mandate in the European Constitution*, *op. cit.*, pp. 691 et s.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 694.

¹⁴¹ Voy. M. CLAES et B. DE WITTE, « The Role of National Constitutional Courts in the European Legal Space », *op. cit.*, p. 79.

¹⁴² M. CLAES, *The National Court's Mandate in the European Constitution*, *op. cit.*, p. 685.

de constitutionnalité négatif à l'encontre d'une norme de droit européen)¹⁴³. Désormais, il s'agit plutôt, pour les juridictions nationales, de contester la balance des intérêts, de critiquer l'approche de certains droits et leurs définitions opérés au niveau européen¹⁴⁴, que ce soit de manière indirecte ou de façon plus ouverte, en posant une question préjudicielle à la Cour de justice. Cette dernière option semble préférable pour qu'un véritable dialogue se noue sur la question de la protection des droits fondamentaux — mais encore faut-il que l'attitude de la Cour de justice envers les juridictions constitutionnelles manifeste plus de respect et de volonté d'échange réciproque¹⁴⁵. Depuis l'arrêt *ERT*, les juridictions nationales ont également l'obligation de contrôler les mesures nationales rentrant dans le champ d'application du droit de l'Union au regard des droits fondamentaux consacrés au niveau communautaire¹⁴⁶ — un mandat désormais prolongé et confirmé par la Charte. Il leur revient également d'interpréter les dispositions de la Charte. À ce titre, les juridictions nationales doivent premièrement trancher la question de savoir si la Charte s'applique au cas d'espèce, et par là contribuer à dessiner les contours de son champ d'application¹⁴⁷. Deuxièmement, elles doivent définir la portée et le sens des dispositions de la Charte, en prenant en compte, en vertu de l'article 52, la Convention européenne des droits de l'homme et les traditions constitutionnelles communes¹⁴⁸.

Il ne faut cependant pas exagérer la portée de l'influence des juridictions constitutionnelles nationales en matière de droits fondamentaux. D'abord, comme le souligne Monica Claes, le statut et l'importance des droits constitutionnels diffèrent fortement d'un État membre à un autre. Ensuite, en raison de la grande diversité des droits constitutionnels nationaux, « it is extremely difficult to detect the “common constitutional tradition” with respect to a particular right »¹⁴⁹. Par

¹⁴³ Pour une appréciation plus critique de l'attitude des juges constitutionnels, C. SCHMID, « All bark and no bite – Notes on the Federal Constitutional Court's *Banana Decision* », *European Law Journal*, 2001, p. 95 ; U. EVERLING, « Will Europe Slip on Bananas ? The *Banana Judgment* of the Court of Justice and National Courts », *Common Market Law Review*, 1996, p. 401.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ A. TORRES PÉREZ, « The Challenges for Constitutional Courts as Guardians of Fundamental Rights », in A. MAZMANYAN, P. POPELIER et W. VANDENBRUWAENE, *The role of courts in a context of multi-level governance*, op. cit., p. 64. L'auteure propose de réviser la jurisprudence *Simmmenthal* à la lumière de l'arrêt *Melki* (p. 65).

¹⁴⁶ Voy. M. CLAES, *The National Court's Mandate in the European Constitution*, op. cit., p. 685.

¹⁴⁷ Leur apport potentiel est d'autant plus grand que la notion de « champ d'application du droit de l'Union » fait l'objet d'une jurisprudence « embrouillée » (voy. A. BAILLEUX, « La Charte des droits fondamentaux et son application “sectorielle” », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 48.

¹⁴⁸ Voy. M. CLAES et S. IMAMOVIC, « Caught in the Middle or Leading the Way ? National Courts in the New European Fundamental Rights Landscape », *J.E.D.H.*, 2013, p. 639.

¹⁴⁹ M. CLAES, *The National Court's Mandate in the European Constitution*, op. cit., p. 692.

ailleurs, la Cour de Luxembourg s'est réservé un pouvoir discrétionnaire pour identifier, sur la base des analyses extensives des droits constitutionnels déjà évoquées, ce que sont les valeurs communes de ces États membres : « [w]hile drawing inspiration from the constitutional traditions common to Member States (...), the Court of Justice has — so far — not considered itself directly bound by a particular national or international standard »¹⁵⁰. Ainsi, l'édification du droit européen des droits fondamentaux a toujours été autonome. De plus, au plan européen, « conceptions and practices of democracy and human rights are influenced and fashioned in a manner that serves the principles of the economic integration project with its basis in free market principles »¹⁵¹. Dans cette perspective, on ne peut que constater le faible nombre de droits économiques, sociaux ou culturels reconnus sur la base du concept de « traditions constitutionnelles communes », malgré leur diffusion importante dans les ordres constitutionnels nationaux.

On remarque la même emprise déterminante de la Cour de justice en ce qui concerne les droits fondamentaux qui ne sont pas communs à tous les États membres. Il existe certes des dispositions du droit européen permettant de préserver les droits constitutionnels spécifiques dans des cas précis (comme la possibilité de dérogations au marché intérieur, la possibilité de laisser aux cours nationales le dernier mot dans la balance des droits ou des intérêts, etc.)¹⁵². Mais, comme le soulignent Monica Claes et Sejla Imamovic, « it is important to stress, however, that this space exists only in so far as the EU allows it, and it is patrolled and supervised by the CJEU »¹⁵³.

2.2.3. Le concept d'identité constitutionnelle

La notion d'identité constitutionnelle peut elle aussi être source de réserves de constitutionnalité. Néanmoins, dès lors que, contrairement aux deux autres catégories de réserve analysées dans les sections précédentes, celle-ci est directement ancrée dans le texte des traités européens, elle obéit à une dynamique qui lui est tout à fait propre. En effet, même si le but ultime de son invocation reste la mise en échec de l'application d'un instrument de droit européen sur la base d'une norme ou d'un principe de droit constitutionnel national, cette

¹⁵⁰ R. SCHÜTZE, *op. cit.*, p. 418.

¹⁵¹ R. BURCHILL, « Assessing the EU's position on Human Rights : Is it a desirable one ? », in J. E. WETZEL (dir.), *The EU as a « Global Player » in Human Rights ?*, Londres et New-York, Routledge 2011, pp. 16-17. The author argues that the « EU is “driven by narrow self-interest” rather than any normative commitment to upholding human rights, and while the EU cannot be unduly condemned for this position, it is a reminder that the organization is not a “persistent virtuous actor” » (p. 29).

¹⁵² Voy. M. CLAES et S. IMAMOVIC, *op. cit.*, p. 636.

¹⁵³ M. CLAES et S. IMAMOVIC, *op. cit.*, p. 636. Voy. aussi : M. CLAES, « Negotiating Constitutional Identity Or Whose Identity Is It Anyway ? », in M. CLAES, M. De VISSER, P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, *Constitutional Conversations in Europe – Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 205.

réserve peut tout aussi bien être invoquée, et mise en œuvre, devant le juge constitutionnel national ou devant le juge européen. La double appartenance de cette réserve de constitutionnalité, comme on le verra, requiert dès lors de ceux qui s'en saisissent une tendance à l'ouverture et une disposition au dialogue.

L'article 4, § 2 TUE, et la clause d'identité nationale qu'il consacre, forment donc le troisième mécanisme par le biais duquel les droits constitutionnels nationaux sont susceptibles de constituer une contre-réserve, et d'ainsi d'influencer la production et l'application du droit de l'Union.

Cette disposition se lit comme suit :

« L'Union respecte l'égalité des États membres devant les Traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

Elle est l'héritière directe de l'article I-5, § 1^{er} du défunt Traité constitutionnel. De manière plus lointaine, l'article 4, § 2 TUE puise ses origines à l'article F, § 1^{er} du Traité de Maastricht ¹⁵⁴, qui disposait laconiquement que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres ». Rétrospectivement, cette première référence expresse à l'identité des États membres au cœur des Traités fondateurs de l'Union apparaît comme un véritable « *constitutional volte-face* » ¹⁵⁵, destiné à freiner la frénésie fédéraliste d'alors : les États membres sont replacés au cœur d'un processus d'intégration dont la raison d'être ne doit pas être de dépasser leurs identités, mais bien de les respecter.

À la faveur du Traité de Lisbonne, la clause d'identité nationale a subi de profondes transformations. Sur le plan substantiel, la formule particulièrement sibylline d'alors (l'article F, § 1^{er} du Traité de Maastricht) a cédé sa place à une clause au contenu plus affiné et potentiellement plus opérationnel (voy. *infra*). Sur le plan procédural, la justiciabilité de la clause ne fait désormais plus l'ombre d'un doute ¹⁵⁶. Dans sa version post-Lisbonne, elle peut être

¹⁵⁴ Article 6, § 3, après la renumérotation intervenue à Amsterdam.

¹⁵⁵ L. BESSELINK, « National and Constitutional Identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, 2010, p. 41.

¹⁵⁶ Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la clause d'identité nationale ne relevait pas explicitement de la compétence de la Cour, dès lors que l'ancien article 6, § 3 TUE ne figurait pas parmi les domaines de compétence de la Cour listés à l'ancien article 46 TUE.

invoquée à l'égard de l'intégralité du droit de l'Union ¹⁵⁷, et faire enfin l'objet d'un contrôle juridictionnel complet par la Cour ¹⁵⁸.

Sur le plan systémique, on soulignera encore que la clause d'identité nationale a été insérée au sein d'une disposition, l'article 4 TUE, qui à ses côtés, consacre également les principes d'attribution (§ 1^{er}) et de loyauté (§ 3). La disposition suivante, l'article 5, consacre les principes de proportionnalité et de subsidiarité. Autant de principes qui, conjoints, constituent les limites fondamentales à l'action des institutions de l'Union. La clause d'identité nationale ne vient par contre qu'à la suite de l'article 2 TUE, qui consacre les valeurs fondatrices de l'Union. Pour Preshova, « this position opens the door for the ECJ to assess national identity in light of EU values » ¹⁵⁹.

Finalement, on précisera que le devoir de respect des identités nationales des États membres est dû par l'Union en général, et donc par chacune de ses institutions. La clause est donc susceptible de peser tant en amont qu'en aval du processus législatif. En amont, la Commission, le Conseil et le Parlement doivent sans aucun doute y avoir égard dans leurs rôles respectifs. Pour Konstadinides, « an insistence on identity-scrutiny of EU legislative proposals may even motivate national parliaments to be more observant in their reading of proposals emanating from the Commission » ¹⁶⁰. Le respect de la clause d'identité nationale pourrait même à terme insidieusement s'immiscer dans le contrôle de subsidiarité exercé par les hémicycles nationaux. En aval, la clause pourrait être mobilisée pour contester la validité d'un acte de droit de l'Union, ou faire échec à son application (voy. *infra*).

Quelle est donc cette identité nationale qu'il incombe aux institutions de l'Union de respecter ? La notion même d'identité n'appelle pas ici d'importants commentaires. Nous reprendrons la définition de Bhikhu Parekh, qui fait classiquement autorité ¹⁶¹ : « the identity of a thing consists in those features that define it as a thing or this kind of thing rather than some other, and distinguish it from others » ¹⁶². L'identité protégée par l'article 4, § 2 est nationale, et non pas étatique. Partant, dans les États plurinationaux membres de l'Union, l'identité des

¹⁵⁷ À l'exception toutefois des actes pris par l'Union dans le cadre de la PESC.

¹⁵⁸ Sur ce point, voy. G. MARTI, « Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union », *Politeia*, n° 22/2012, pp. 340-341.

¹⁵⁹ D. PRESHOVA, « Battleground or Meeting Point ? The Respect for National Identities in the European Union – Article 4 (2) The Treaty on European Union », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2012, p. 276.

¹⁶⁰ T. KONSTADINIDES, « The Constitutionalisation of National Identity in EU Law and its Implications », http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2318972, p. 2.

¹⁶¹ Pour le surplus, voy. E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 139 et s.

¹⁶² B. PAREKH, *A New Politics of Identity : Political Principles for an Independent World*, London, Palgrave Macmillan, 2008, p. 8.

entités infra-étatiques doit également pouvoir être préservée. L'usage du pluriel par la disposition dans sa version anglaise (« their national identities ») conforte cette approche. S'il est vrai que le libellé de l'article 4, § 2 fait la part belle aux aspects politico-constitutionnels de l'identité nationale, nous sommes d'avis, avec Besse-link, qu'il ne faut point en exclure les composantes culturelles, même si celles-ci font certes l'objet d'une protection distincte à l'article 3, § 3, alinéa 4 TUE ¹⁶³.

L'identité nationale protégée est, conformément au libellé de l'article 4, § 2 TUE, inhérente aux structures politiques et constitutionnelles fondamentales des États membres. Si la formule reste vague, elle fournit déjà une indication très claire : ne relèvent de l'identité nationale d'un État membre, et ne peuvent être protégées au titre de l'article 4, § 2 TUE, que les attributs et structures politico-constitutionnels les plus fondamentaux de ce dernier, à l'exclusion des autres spécificités secondaires que ce dernier pourrait présenter. À cet égard, Von Bogdandy et Schill précisent que « the evident purpose of the identity clause is to only apply in exceptional cases of conflict between EU law and domestic constitutional law » ¹⁶⁴, et d'ainsi éviter une situation où n'importe quelle particularité constitutionnelle, sans distinction aucune, pourrait constituer un obstacle potentiel à l'exercice par l'Union de ses compétences attribuées et à l'application consécutive du droit européen.

Que faut-il entendre par « structures fondamentales politiques et constitutionnelles » ? Il s'agit tout d'abord des principaux traits du système politique en vigueur dans les différents États membres de l'Union ¹⁶⁵ : la nature républicaine ou monarchique du régime, le caractère présidentiel ou parlementaire de la démocratie, les rapports entre le centre et la périphérie (État unitaire, fédéral ou confédéral), le degré de décentralisation qui y a cours (l'article 4, § 2 fait d'ailleurs expressément référence à « l'autonomie locale et régionale »), etc. Une majorité d'auteurs s'accorde toutefois aujourd'hui sur le fait que la notion d'identité nationale peut valablement être étendue à d'autres aspects des systèmes et identités constitutionnels nationaux ¹⁶⁶. On peut ainsi penser à la langue, certains droits et valeurs fondamentaux (tels que la dignité humaine), aux principes de démocratie,

¹⁶³ L. BESSELINK, « National and Constitutional Identity before and after Lisbon », *op. cit.*, p. 44.

¹⁶⁴ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy – Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *Common Market Law Review*, 2011, p. 1431.

¹⁶⁵ B. GUASTAFERRO, « Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts – The Ordinary Functions of the Identity Clause », *Yearbook of European Law*, 2012, pp. 285-286 ; voy. aussi C.J.C.E., 11 septembre 2008, *UGT-Rioja*, conclusions de l'Avocat général Kokott, C-428/06 et C-434/06, § 54.

¹⁶⁶ Voy., par ex., V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales – Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in X., *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pédone, 2010, p. 84 ; M. DOBBS, « Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities : Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States ? », *Yearbook of European Law*, 2014, p. 328 ; S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre “identité nationale” et “identité constitutionnelle” », *RFDC*, 2012/3, pp. 23-25 ; L. BESSELINK, *op. cit.*, pp. 42-44 ; A. VON BOG-

de laïcité, d'État de droit ou encore au caractère social de l'État. La notion d'identité nationale consacrée à l'article 4, § 2 TUE présente la flexibilité suffisante pour s'accommoder d'une grande diversité de traits constitutionnels fondamentaux.

Pour pouvoir relever de l'article 4, § 2 TUE, un trait constitutionnel qu'un État membre considère comme inhérent à son identité nationale ne doit pas forcément l'être également dans d'autres États membres. En effet, « it is the very purpose of Article 4(2) TEU to protect constitutional features that are specific to a Member States »¹⁶⁷. L'application de la clause d'identité nationale suppose une approche au cas par cas, centrée sur l'État membre en cause, et qui ne requiert nullement l'identification, par exemple, de traditions constitutionnelles communes (voy. *supra*).

À notre sens, l'identité nationale d'un État membre est un concept dont la substance est à rechercher dans deux sources distinctes. Tout d'abord, la Constitution. C'est, par essence, le texte le plus à même de révéler ce qui constitue l'ADN d'un État. À cet égard, on sera particulièrement attentifs aux dispositions non révisables, que la plupart des constitutions européennes connaissent¹⁶⁸, et qui sont, plus que les autres, de nature à indiquer ce qui relève ou non de l'identité nationale. Les constitutions nationales n'offrent toutefois qu'un aperçu, certes nécessaire, mais partiel de l'identité nationale d'un État. Il est donc nécessaire de le combiner à une analyse rigoureuse de la jurisprudence constitutionnelle de l'État en question. À cet égard, les décisions arbitrant les conflits survenant entre droits constitutionnels nationaux et droit de l'Union sont d'une importance toute particulière, dès lors qu'en Europe la plupart des juridictions constitutionnelles nationales ont développé une jurisprudence propre à ces conflits, fondée sur leur identité constitutionnelle¹⁶⁹, et de nature à tempérer les effets du principe de primauté. On songe notamment à la doctrine *Solange* de la *Bundesverfassungsgericht* allemande, à la doctrine des *contre-limites* de la *Corte Costituzionale* italienne, ou à la doctrine des *réserves de constitutionnalité* du *Conseil constitutionnel* français (voy. *supra*)¹⁷⁰.

C'est un devoir de respect que la clause d'identité nationale instaure à charge des institutions de l'Union. Sa juridicité ne fait selon nous aucun

DANDY e.a., « Reverse *Solange* : Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States », *Common Market Law Review*, 2012, p. 489.

¹⁶⁷ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1431.

¹⁶⁸ Voy., par ex., l'article 79, § 3, de la Constitution allemande ou l'article 89 de la Constitution française.

¹⁶⁹ Sur les rapports entre identité nationale et identité constitutionnelle, voy. E. CLOOTS, *op. cit.*, pp. 165-170.

¹⁷⁰ Pour une analyse de ces jurisprudences, en lien direct avec la clause d'identité nationale, voy. A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, *op. cit.*, pp. 1443-1440 ; D. PRESHOVA, *op. cit.*, pp. 277-284 ; M. DOBBS, *op. cit.*, pp. 304-305.

doute ¹⁷¹. L'intensité d'un tel devoir pose par contre question. Nous rejoignons Cloots pour qui ce dernier consiste essentiellement en la sauvegarde des « Treaty guarantees of national self-government, representation, differentiation and recognition » ¹⁷². Il faut toutefois souligner que la clause n'accorde en rien une protection absolue, une priorité automatique aux principes et structures constitutionnelles de l'État membre qui forment son identité nationale ¹⁷³. Dans les conclusions qu'il rendait dans l'affaire *Michaniki*, l'avocat général Poiares Maduro mettait déjà en garde : « ce respect dû à l'identité constitutionnelle des États membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales. S'il en était ainsi, les constitutions nationales pourraient devenir un instrument permettant aux États membres de s'affranchir du droit communautaire dans des domaines déterminés. Bien plus, il pourrait en résulter des discriminations entre États membres en fonction du contenu donné par chacun d'eux à leurs constitutions nationales » ¹⁷⁴. Ce devoir de respect invite plutôt l'Union à rechercher un équilibre proportionné, une concordance, entre les valeurs constitutionnelles de l'Union, et celles des différents États qui la constituent ¹⁷⁵.

Quelle est l'autorité en charge du contrôle du respect par les institutions de l'Union de l'identité nationale des États membres ? Plus spécifiquement, à qui revient la charge de déterminer la substance exacte de l'identité nationale d'un État membre et de statuer sur les effets que la potentielle violation de cette identité par un acte de l'Union doit exercer sur sa légalité ?

On pourrait avancer que la Cour de justice de l'Union européenne, en tant qu'interprète suprême des Traités, est la seule à même, à l'exclusion des juridictions constitutionnelles nationales, de déterminer si un acte de droit de l'Union viole ou non l'identité nationale d'un État membre. Après tout, la clause d'identité nationale est sise dans le Traité sur l'Union européenne, dont la Cour est en principe l'interprète suprême et exclusive. Une telle position, exagérément supranationaliste et fédéraliste, ne tient toutefois pas, d'une part, car la Cour n'est compétente que pour l'interprétation et le contrôle du respect des traités (à l'exclusion des droits constitutionnels nationaux) ¹⁷⁶, d'autre part, car la Cour n'a fondamentalement pas la légitimité et l'expertise pour déterminer ce qui doit ou non relever de l'identité nationale d'un État membre.

¹⁷¹ Sur ce point, voy. E. CLOOTS, *op. cit.*, pp. 35-63.

¹⁷² *Ibid.*, p. 190.

¹⁷³ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1441 ; D. PRESHOVA, *op. cit.*, p. 274.

¹⁷⁴ C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro, § 33.

¹⁷⁵ La jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 4, § 2 révèle d'ailleurs très clairement la prégnance d'une telle approche (voy. *infra*).

¹⁷⁶ Article 19 TUE.

À l'inverse, certaines cours constitutionnelles nationales se sont estimées fondées à prendre à leur charge le contrôle du respect de la clause d'identité nationale, et à éventuellement déclarer inapplicable dans leur ordre juridique les actes de l'Union qui violeraient leur identité constitutionnelle ¹⁷⁷. De telles positions sont tout aussi intenable, car trop absolues, que celle qu'on a pu décrire plus haut. « Article 4(2) [...] is not a “self-judging” provision that grants unfettered discretion to Member States » ¹⁷⁸.

Ces positions, par leur extrémité, ne peuvent que contribuer à raviver les tensions entre la juridiction européenne et les cours suprêmes nationales, tensions que la clause d'identité a justement pour objectif d'apaiser. Elles sont en outre contraires au principe de coopération loyale, sis à l'article 4, § 3 TUE. En effet, cette disposition inviterait plutôt les acteurs juridictionnels concernés à fonder l'application de la clause d'identité sur un dialogue nourri, et une coordination renforcée de leurs actions respectives. Von Bogdandy et Schill considèrent que la Cour de justice et les Cours constitutionnelles des États membres forment les « complimentary parts of European composite constitutional adjudication » ¹⁷⁹. Plus spécifiquement, ils identifient le rôle de chacun dans le cadre de l'application de la clause d'identité. En ce qui concerne l'identification du contenu de l'identité nationale de l'État membre (première phase du « test d'identité nationale »), il ne revient à la Cour de justice que de concevoir un cadre conceptuel, dans les limites duquel les Cours nationales peuvent librement déterminer ce qui relève ou non de leur identité ¹⁸⁰. La Cour n'est donc pas maîtresse de l'interprétation du concept d'identité nationale tel qu'il est consacré à l'article 4, § 2 TUE, comme elle l'est pour d'autres notions de droit de l'Union. Au contraire, elle est à cet égard dépendante des positions nationales, dont elle doit d'ailleurs veiller à prendre connaissance dans le cadre de son office. L'avocat général Maduro ne disait déjà pas autre chose lorsqu'il affirmait : « Sans doute doit-on reconnaître aux autorités nationales, et notamment aux juridictions constitutionnelles, la responsabilité de définir la nature des spécificités nationales pouvant justifier [une dérogation au droit de l'Union]. Celles-ci sont en effet les mieux placées pour définir l'identité constitutionnelle des États membres que l'Union européenne s'est donnée pour mission de respecter » ¹⁸¹. On notera toutefois que dans ce cadre, les juridictions constitutionnelles nationales sont invitées à faire preuve d'une ouverture

¹⁷⁷ On se contentera de renvoyer à cet égard au fameux arrêt *Lisbonne* de la Bundesverfassungsgericht (voy. *supra*).

¹⁷⁸ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1448.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 1447.

¹⁸⁰ L. BESSELINK, *op. cit.*, p. 44 ; M. WENDEL, « Lisbon Before the Courts : Comparative Perspective », *EuConst*, 2011, pp. 134-135.

¹⁸¹ C.J.C.E., 7 septembre 2006, *Marrosu*, C-53/04, conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro, § 40.

et d'une responsabilité européennes (la fameuse *Europa-freundlichkeit* mise en exergue par la Cour constitutionnelle allemande). La Cour est par contre seule compétente pour déterminer les effets que la potentielle violation de l'identité nationale d'un État doit avoir sur la légalité de l'acte de l'Union en cause. Afin donc de déterminer si l'article 4, § 2 a été ou non violé, la Cour balance les intérêts en présence, et analyse la proportionnalité de la mesure, selon ses techniques classiques (voy. *infra*).

À notre sens, la clause d'identité nationale et l'article 4, § 2 TUE peuvent être invoqués à au moins deux titres devant la Cour de justice. Tout d'abord, ils peuvent l'être en appui d'un recours en annulation intenté sur la base de l'article 263 TFUE contre un acte de droit de l'Union¹⁸². Dans ce cadre, l'annulation de l'acte est requise car, à l'occasion de son adoption, l'Union ne se serait pas conformée à son devoir de respect de l'identité nationale de ses États membres. Pour von Bogdandy et Schill, la seule menace de telles actions doit inciter les institutions de l'Union à concevoir leurs mesures « in a way that allows Member States various alternatives to comply with EU law in ways that do not interfere with their national identity »¹⁸³. L'article 4, § 2 TUE offre également aux États membres un nouveau titre pour déroger, ou ne pas se conformer, aux obligations auxquelles ils sont normalement tenus en vertu du droit de l'Union, sans toutefois remettre en cause la validité du droit de l'Union en tant que tel. Les quelques arrêts analysés ci-dessous révèlent que la Cour intègre le respect de l'identité nationale dans son traditionnel contrôle de proportionnalité, soit à titre indépendant, soit en combinaison avec une autre cause de justification. On notera en outre que, dans divers contextes, la clause d'identité nationale a pu être invoquée utilement par certaines juridictions nationales en tant que réserve de constitutionnalité¹⁸⁴.

¹⁸² On notera toutefois que tel argument n'est que très rarement invoqué par la Cour dans le cadre d'un recours en annulation. Dobbs estime d'ailleurs que, pour des raisons tout à la fois pratiques et procédurales, il est très peu susceptible de l'être (M. DOBBS, *op. cit.*, pp. 317-318).

¹⁸³ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1443.

¹⁸⁴ Le Tribunal constitutionnel espagnol a ainsi exprimé cette réserve dans sa décision sur la constitutionnalité du Traité constitutionnel, en réarticulant sa jurisprudence antérieure sur la question de la relation entre droit constitutionnel espagnol et droit européen : voy. Tribunal Constitucional (Tribunal constitutionnel espagnol), Opinion 1/2004 du 13 décembre 2004, sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe et le commentaire de F. CASTILLO DE LA TORRE, « Tribunal Constitucional, Declaration 1/2004 of 13 December 2004 », *Common Market Law Review*, 2005, n° 42, pp. 1169-1202, 2005. Le Conseil constitutionnel français s'y est également explicitement référé dans sa décision sur la loi sur le droit d'auteur (Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information). Il y évoque l'idée selon laquelle « 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 » (§ 19). Le Conseil d'État grec semble aussi, dans une affaire relative à la reconnaissance des diplômes, se référer indirectement à ce type d'argument (Conseil d'État affaire n° 3457/98, *Katsarou v. Dikatsa*, et le commentaire de T. TRIDIMAS, « Knocking on Heaven's Door : Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure », *Common Market*

Il est désormais temps de nous pencher sur la jurisprudence de la Cour de justice relative à la clause d'identité nationale, et d'analyser le traitement dont cette dernière fait l'objet dans le référentiel des juges de Luxembourg.

Il convient de souligner que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne semble avoir suscité un basculement dans la jurisprudence de la Cour. On l'a vu, le Traité a considérablement renforcé la clause, tant sur le plan de sa justiciabilité que de sa substance. La Cour y a indéniablement été sensible. Même si l'on voit poindre, fût-ce de manière sous-jacente, des considérations liées au respect de l'identité nationale des États membres dans plusieurs arrêts rendus par la Cour au cours de cette période¹⁸⁵, dont certains très fameux, il faut bien admettre que durant la période pré-Lisbonne, la Cour n'a presque jamais fait explicitement référence à la clause d'identité nationale dans ses décisions¹⁸⁶, pour des raisons d'ordre formel qu'on a développées plus haut. L'analyse de la jurisprudence post-Lisbonne révèle par contre que la Cour fait aujourd'hui un usage plus assumé, et par endroits résolument plus autonome, de la clause d'identité nationale. Trois arrêts cardinaux¹⁸⁷ à tout le moins nous semblent illustrer le rôle que peut potentiellement jouer la clause d'identité nationale aujourd'hui, et l'influence que les droits constitutionnels nationaux peuvent actuellement exercer sur le droit de l'Union par le truchement de l'article 4, § 2 TUE.

On évoquera tout d'abord le fameux arrêt *Sayn-Wittgenstein*¹⁸⁸, dans le cadre duquel la Cour a eu à juger de la conformité aux traités (et plus pré-

Law Review, 2003, p. 43 et de A. OPPENHEIMER, *The Relationship Between European Community Law and National Law: The Cases Katsarou v. Di Katsa*, p. 303). De manière plus générale, on constate que la majorité des réserves formulées par les juridictions constitutionnelles nationales à l'égard du droit de l'Union se concentrent aujourd'hui sur cette idée de nécessité d'une protection de l'identité constitutionnelle des États membres (sur ce point, voy. D. RITLENG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *Annuaire de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, Volume VI, pp. 143-163).

¹⁸⁵ Voy. not. C.J.C.E., 28 novembre 1989, *Groener*, C-379/89 ; C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00 ; C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02 ; C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni*, C-145/04. On soulignera toutefois que certains avocats généraux ont directement fondé leurs conclusions sur le respect de l'identité nationale des États membres et sur l'ancien article 6, § 3 TUE. On citera ainsi les conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro dans les affaires *Espagne c. Eurojust* (C.J.C.E., 15 mars 2005, *Espagne c. Eurojust*, C-160/03), *Morrosu* (C.J.C.E., 7 septembre 2006, *Marrosu*, C-53/04), *Michaniki* (C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07) ou celles de l'Avocat général Kokott dans les affaires *UGT-Rioja* (C.J.C.E., 11 septembre 2008, *UGT-Rioja*, C-428/06 à C-434/06).

¹⁸⁶ Sur ce point, voy. T. KONSTADINIDES, *op. cit.*, p. 3 ; L. BESSELINK, « National and Constitutional Identity before and after Lisbon », *op. cit.*, p. 41 ; D. PRESHOVA, *op. cit.*, p. 269. À titre d'exception, on peut toutefois citer l'arrêt rendu dans l'affaire C-473/93, *Commission c. Luxembourg* (§ 35).

¹⁸⁷ Pour une analyse plus approfondie de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 4, § 2 TUE, voy. not. C.J.U.E., 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, conclusions de l'Avocat général Bot ; C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *O'Brien*, C-393/10 ; C.J.U.E., 17 juillet 2014, *Torresi*, C-58/13 à C-59/13.

¹⁸⁸ C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09.

cisement, à la liberté de circulation des citoyens européens consacrée à l'article 21 TFUE) d'une mesure autrichienne d'interdiction de port des titres de noblesse. Le gouvernement autrichien a invoqué son identité constitutionnelle et nationale, une telle interdiction pouvant être tout à la fois rattachée à l'organisation républicaine de l'État autrichien, et aux principes d'égalité et de non-discrimination que sa Constitution consacre. La Cour a examiné l'argument, faisant intervenir la clause d'identité nationale dans son test de proportionnalité, la rattachant à la cause de justification invoquée en l'espèce (l'ordre public) : « Dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union. La justification invoquée par le gouvernement autrichien par référence à la situation constitutionnelle autrichienne est à interpréter comme une invocation de l'ordre public »¹⁸⁹. La Cour a finalement estimé que la restriction aux libertés de circulation et de séjour était proportionnée, et donc conforme aux traités¹⁹⁰. S'il est vrai que la clause d'identité nationale n'a pas joué un rôle décisif dans l'appréciation de la Cour¹⁹¹, elle a toutefois donné du poids aux arguments autrichiens quant à l'existence d'une cause de justification (en l'espèce l'ordre public), en conjonction de laquelle elle a été invoquée, et au caractère proportionné de la restriction.

L'arrêt *Commission c. Luxembourg*¹⁹² a trait à une réglementation luxembourgeoise subordonnant l'accès à la profession de notaire au Luxembourg à une condition de nationalité. Parmi ses moyens de défense propres à justifier cette restriction à la liberté d'établissement, le gouvernement luxembourgeois invoquait, à titre certes subsidiaire, la clause d'identité nationale, dès lors qu'à son sens, cette condition de nationalité visait à assurer « le respect de l'histoire, de la culture, de la tradition et de l'identité nationale luxembourgeoises »¹⁹³. Si la Cour a jugé que la sauvegarde de l'identité nationale des États membres (plus spécifiquement en l'espèce, la préservation de l'identité linguistique du Luxembourg, assurée ici par la garantie de l'emploi de la langue luxembourgeoise dans l'exercice des activités notariales) constituait un but légitime respecté par l'ordre juridique de l'Union, elle a également estimé que la préservation de la langue luxembourgeoise pouvait en l'espèce être tout aussi utilement assurée par d'autres moyens, moins attentatoires à la liberté d'établissement, que l'exclusion, à titre général, de tous les ressortis-

¹⁸⁹ *Ibid.*, §§ 83-84.

¹⁹⁰ *Ibid.*, §§ 93-95.

¹⁹¹ M. DOBBS, *op. cit.*, p. 320 ; D. PRESHOVA, *op. cit.*, p. 288.

¹⁹² C.J.U.E., 24 mai 2011, *Commission c. Luxembourg*, C-51/08.

¹⁹³ *Ibid.*, § 72.

sants d'autres États membres ¹⁹⁴. Même si l'argument pris de la clause d'identité nationale a été en l'espèce rejeté, en raison du caractère manifestement disproportionné de la restriction à la liberté d'établissement, cet arrêt semble toutefois indiquer que le respect dû à son identité nationale peut également être invoqué par un État membre comme motif légitime et autonome de dérogation à une liberté fondamentale de circulation.

Cette orientation sera d'ailleurs confirmée par la Cour dans l'arrêt *Runevic-Vardyn* ¹⁹⁵. En bref, l'affaire concernait la réglementation lituanienne relative à l'épellation des noms de famille (et plus spécifiquement l'exclusion des lettres et symboles inusités en langue lituanienne), et l'incidence de celle-ci sur la libre circulation des citoyens européens (article 21 TFUE) dont le nom de famille ne pouvait pas être retranscrit à l'identique en lituanien. Dans son argumentaire, le gouvernement lituanien a insisté sur le fait que « la langue lituanienne constitue une valeur constitutionnelle qui préserve l'identité de la nation, contribue à l'intégration des citoyens, assure l'expression de la souveraineté nationale, l'indivisibilité de l'État, ainsi que le bon fonctionnement des services de l'État et des collectivités territoriales » ¹⁹⁶. La Cour a été sensible à de telles considérations, et estimé que le droit de l'Union ne s'opposait pas « à l'adoption d'une politique qui vise la défense et la promotion de la langue d'un État membre qui est tout à la fois la langue nationale et la première langue officielle » ¹⁹⁷, insistant d'ailleurs au passage sur le devoir des institutions de l'Union de respecter sa diversité linguistique et culturelle (article 3, § 3, alinéa 4 TUE, article 22 Charte des droits fondamentaux). Elle a partant dit pour droit que « l'objectif (...) visant à protéger la langue officielle nationale par l'imposition des règles de graphie prévues par cette langue, constitue, en principe, un objectif légitime susceptible de justifier des restrictions aux droits de libre circulation et de séjour prévus à l'article 21 TFUE et peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec lesdits droits reconnus par le droit de l'Union » ¹⁹⁸. Si la Cour ne se prononce pas définitivement sur la proportionnalité de la mesure, et laisse aux juridictions nationales le soin de trancher cette question, son appréciation laisse toutefois penser que la réglementation lituanienne, eu notamment égard au traitement différencié qu'elle réserve aux deux intéressés quant à la graphie de leur nom de famille, pourrait s'avérer disproportionnée ¹⁹⁹. L'enseignement fondamental de cet arrêt reste l'élévation du respect de l'identité nationale au titre d'objec-

¹⁹⁴ *Ibid.*, § 124.

¹⁹⁵ C.J.U.E., 12 mai 2011, *Runevic-Vardyn*, C-391/09.

¹⁹⁶ *Ibid.*, § 84.

¹⁹⁷ *Ibid.*, § 85.

¹⁹⁸ *Ibid.*, § 87.

¹⁹⁹ *Ibid.*, §§ 88-93.

tif légitime autonome, susceptible, « without express reference to any broader objective » ²⁰⁰ (comme c'était par contre le cas avec l'ordre public dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*), de justifier une dérogation au droit de l'Union. On insistera toutefois bien sur le fait que la clause d'identité nationale et l'article 4, § 2 TUE ne constituent en rien un moyen de défense absolu. Encore faut-il que la mesure restrictive puisse être clairement rattachée à l'identité nationale de l'État membre, et qu'elle respecte le principe général de proportionnalité.

S'il s'en trouve encore certains pour douter de l'utilité réelle de la clause d'identité nationale ²⁰¹, nous sommes au contraire convaincus que l'article 4, § 2 TUE, pour autant qu'il soit lu de manière correcte (c'est-à-dire uniquement en ce qu'il protège l'identité politico-constitutionnelle des États membres), est porteur d'une évolution majeure, et bienvenue, en droit de l'Union européenne. En inscrivant le devoir de respect des identités nationales au cœur des traités, cette disposition ouvre le droit de l'Union aux droits constitutionnels nationaux, et dépasse la « cécité originaire » de l'ordre juridique européen à l'égard de ces derniers, et la conception rigoureusement hiérarchique qui a longtemps gouverné leurs rapports ²⁰². La clause s'apparente ainsi à « a gateway (...) that makes EU law receptive to domestic law » ²⁰³. On l'a vu, l'article 4, § 2 a précipité la mise en place d'un cadre juridique propre à résoudre les conflits entre juridictions européennes et constitutionnelles nationales. Ce faisant, il a tout à la fois confirmé l'autonomie de chacun de ces acteurs, tout en mettant en lumière leur dépendance mutuelle, qui nécessite coopération loyale, dialogue permanent et référents conceptuels communs.

Pour toutes ces raisons, la clause illustre à merveille, tout en contribuant également à le renforcer, le caractère composite ²⁰⁴ (*Verbund*) du système d'adjudication constitutionnelle européen. La clause telle que consacrée à l'article 4, § 2 TUE a également révélé l'urgente nécessité pour la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales d'agir de concert et d'accorder leurs jurisprudences dans un climat de respect et de solidarité communs. Elle valide ainsi très certainement la vision contrapuntique défendue par Miguel Poiars Maduro ²⁰⁵, à laquelle ce dernier n'avait d'ailleurs pas manqué de faire subrepticement référence dans ses conclusions relatives à l'affaire *Michaniki* :

²⁰⁰ M. DOBBS, *op. cit.*, p. 321.

²⁰¹ Voy., par ex., T. KONSTADINIDES, *op. cit.*, pp. 7-8.

²⁰² A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, *op. cit.*, p. 1452.

²⁰³ *Ibid.*, p. 1431.

²⁰⁴ Sur ce concept, voy. *ibid.*, pp. 1420-1421 ; A. VOßKUHLE, « Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts : Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund », *EuConst.*, 2010, vol. 6, pp. 183-184 ; I. PERNICE et F. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *op. cit.*, pp. 623 et s. ; L. BESSELINK, *A Composite European Constitution*, *op. cit.*

²⁰⁵ Sur cette vision, voy. M. POIARES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », in N. WALKER, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, pp. 501-537.

« de même que le droit communautaire prend en compte l'identité constitutionnelle des États membres, de même le droit constitutionnel national doit s'adapter aux exigences de l'ordre juridique communautaire » ²⁰⁶.

CONCLUSION

Les lignes qui précèdent ont dévoilé non pas une influence directe et nette du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne, mais plutôt une interdépendance croissante.

Qu'il s'agisse du destin européen de quelques grands concepts du droit constitutionnel tels que le fédéralisme ou encore de la jurisprudence relative aux contre-limites, les influences constitutionnelles observées ci-dessus sont des manifestations de la théorie du « constitutionnalisme multiniveaux » et du caractère composite (« Verbund ») de la Constitution européenne ²⁰⁷. Les influences réciproques étudiées ci-dessus illustrent bien la pertinence de ce modèle explicatif ²⁰⁸. Elles mettent en lumière la relation de dépendance des droits nationaux et du droit de l'Union ²⁰⁹, le terreau fertile d'un droit constitutionnel européen « (...) understood as a partial constitution or as a complementary constitution that, together with the Member States' constitutions, forms the European constitutional area » ²¹⁰.

Ainsi, nous avons pu montrer que les grands concepts constitutionnels ont fourni un cadre de pensée à partir duquel la construction européenne s'est développée. En retour, le processus de construction *sui generis* du droit de l'Union a fondamentalement remis en question les ordres constitutionnels nationaux, qui ont dû prendre en compte le point de vue européen. Pensons par exemple aux mécanismes de répartition des compétences européens, inspirés à n'en pas douter des expériences constitutionnelles nationales, définis par les membres de la Fédération mais qui, dans leur concrétisation, ont bousculé les ordres constitutionnels nationaux dans leur vision de la souveraineté et des

²⁰⁶ C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro, § 33.

²⁰⁷ Sur ce concept, voy. M. POIARES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *op. cit.*, pp. 1420-1421 ; I. PERNICE et F. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *op. cit.*, pp. 623 et s. ; L. BESSELINK, *A Composite European Constitution*, *op. cit.*

²⁰⁸ I. PERNICE et F. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *op. cit.*, pp. 631-632. Ces auteurs considèrent d'ailleurs que l'expression « Constitution européenne » recouvre en réalité à la fois les Constitutions nationales des États membres et le droit primaire de l'UE.

²⁰⁹ Voy. J. SCHWARZE, « Introduction » et « La naissance d'un ordre constitutionnel européen », in J. SCHWARZE (dir.), *La naissance d'un ordre constitutionnel européen. L'interaction du droit constitutionnel national et européen*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 12 et 547.

²¹⁰ A. VON BOGDANDY, « Founding Principles », *op. cit.*, p. 24.

compétences nationales. Pensons au « patrimoine constitutionnel commun » qui a émergé en matière de droits fondamentaux d'un dialogue entre les différentes cours constitutionnelles et la Cour de justice.

Le dialogue entre les juges constitutionnels nationaux et européens est lui aussi une manifestation de ce constitutionnalisme multiniveau, de cette Constitution composite qui se développe au niveau européen. Dans sa version constructive, ce dialogue répond à la vision contrapuntique défendue par Miguel Poiarés Maduro ²¹¹ : cette « empathie juridictionnelle » qui invite chaque juge à dépasser l'ordre juridique dans lequel il opère pour prendre en compte le point de vue et les exigences de l'ordre juridique voisin. Néanmoins, on notera que le constitutionnalisme multiniveau présente parfois un autre visage, nettement moins constructif, plus menaçant, lorsque se développe un dialogue de sourds entre les juges européens et les juges constitutionnels nationaux, niant les exigences des autres ordres juridiques. Qu'il s'agisse des *contrelimites* ou de la clause de l'identité nationale, chacun des instruments étudiés peut aussi être lu et être utilisé comme un instrument de négation des exigences de l'ordre juridique européen, par exemple dans l'arrêt relatif au Traité de Lisbonne de la Cour constitutionnelle allemande, ou des ordres juridiques nationaux, dans la jurisprudence parfois excessivement extensive de la Cour de justice.

Ainsi, avec Jürgen Schwarze, nous pouvons souligner que « (...) le véritable problème de la relation entre le droit constitutionnel national et le droit européen » ne se joue pas dans la question de la « concurrence » et de la supériorité. Le défi posé est « d'arriver, de manière semblable à ce qui se passe au niveau du droit constitutionnel à l'intérieur d'un État entre des normes contraires à la Constitution, à une concordance pratique ». Il s'agit de développer, entre les niveaux européens et nationaux, un équilibre satisfaisant, qui tienne compte de la dépendance mutuelle croissante entre les niveaux européens et nationaux ²¹². En assumant le pluralisme juridique et l'identité juridique particulière de l'Union, tout l'enjeu est de développer un dialogue entre les différents niveaux du constitutionnalisme européen sans hiérarchie statique et prédéfinie dans lequel chaque acteur accepte de se décentrer et de mettre en œuvre une « empathie juridictionnelle » permettant d'embrasser le point de vue des autres niveaux.

²¹¹ Sur cette vision, voy. M. POIARES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », *op. cit.*, pp. 501-537.

²¹² J. SCHWARZE, « La naissance d'un ordre constitutionnel européen », *op. cit.*, p. 547.