



HAL
open science

La réforme du fédéralisme allemand en 2006

Thomas Groh

► **To cite this version:**

| Thomas Groh. La réforme du fédéralisme allemand en 2006. 2007. hal-00551640

HAL Id: hal-00551640

<https://hal.science/hal-00551640>

Preprint submitted on 4 Jan 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La réforme du fédéralisme allemand en 2006

Thomas GROH¹

Le fédéralisme est un des principes fondamentaux du système constitutionnel de l'Allemagne. La Constitution de la République fédérale d'Allemagne, la Loi fondamentale (LF), interdit expressément toute révision constitutionnelle qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder ou au principe du concours des Länder à l'activité législative fédérale². Cela ne signifie pas cependant qu'une révision constitutionnelle ne peut modifier les modalités concrètes de la mise en œuvre du fédéralisme par la Loi fondamentale. En effet, plusieurs révisions de la Loi fondamentale ont réformé les rapports entre la Fédération et les Länder³.

La plus récente de ces réformes a eu lieu en 2006 après l'échec d'une première tentative en décembre 2004. Elle a été mise en œuvre par deux lois connexes : l'une avait pour seul objectif de réviser la Loi fondamentale⁴ tandis que la seconde – la « *Föderalismusreform-Begleitgesetz* »⁵, titre-fleuve impossible à traduire – a modifié presque une vingtaine de lois⁶ et en a créé quatre nouvelles⁷. Il serait impossible en quelques pages de fournir une analyse exhaustive de la multitude des domaines concernés par cette deuxième loi. On s'efforcera donc d'éclairer les points essentiels de la révision constitutionnelle, c'est-à-dire de la première loi. C'est sans aucun doute la plus ambitieuse des 52 révisions de la Loi fondamentale depuis son entrée en vigueur en 1949 ; en effet, elle a modifié, à elle seule, vingt-cinq articles de la Constitution allemande⁸. Quant à son contenu, elle s'est fixée deux objectifs principaux : rendre la répartition des compétences législatives entre la Fédération et les Länder plus simple et plus claire et la procédure législative fédérale plus efficace⁹.

Saisir l'importance de la réforme constitutionnelle ainsi que ses enjeux nécessite de connaître le système antérieur à 2006. Ainsi, il convient de présenter, dans un premier temps, les traits caractéristiques du fédéralisme allemand et de donner, dans un second temps, un aperçu des modifications les plus importantes apportées au système fédéral allemand en 2006.

¹ Docteur en droit; Maître de conférences (Wissenschaftlicher Assistent) à la Faculté de droit de l'Université de Dresde. Le manuscrit a été achevé en mars 2007. – J'exprime ma profonde gratitude à M. Nicolas BERTRAND pour son aide indispensable lors des dernières corrections de la version définitive de cet article.

² Article 79 al. 3 LF. Cette disposition interdit en outre des révisions qui toucheraient aux principes énoncés aux articles 1^{er} LF (dignité de l'être humain et caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique) et 20 LF (fondements de l'ordre étatique et droit de résistance).

³ On se limite à citer, à titre d'exemple, les révisions du 12 mai 1969 réformant le système financier fédéral (Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne [BGBl.] 1969, série I, p. 359) et du 27 octobre 1994 modifiant, entre autres, les conditions dans lesquelles la Fédération peut exercer ses compétences législatives concurrentes (BGBl. 1994 I 3146).

⁴ Loi du 28 août 2006 portant révision de la Loi fondamentale (BGBl. 2006 I 2034), entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006.

⁵ Loi du 5 septembre 2006 (BGBl. 2006 I 2098), entrée en vigueur le 12 septembre 2006 (à l'exception de ses articles 4 à 9, 11, 13, 20 et 21 qui sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2007).

⁶ Parmi ces lois figurent notamment la Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (BGBl. 1993 I 1473) et la Loi relative à la coopération de la Fédération et des Länder dans les affaires de l'Union européenne (BGBl. 1993 I 313).

⁷ Parmi ces lois figurent notamment la Loi relative à la répartition interne de dépôts ne portant pas intérêt et d'amendes en vertu de l'article 104 du traité CE (BGBl. 2006 I 2104) et la Loi relative à l'obligation de supporter, dans les rapports entre la Fédération et les Länder, les charges en cas de manquement à des engagements supranationaux ou internationaux (BGBl. 2006 I 2105).

⁸ La loi de révision a modifié les articles 22, 23 al. 6, 33 al. 5, 52 al. 3a, 72, 73, 74, 84 al. 1, 85 al. 1, 87c, 91a, 91b, 93, 98 al. 3, 104a, 105 al. 2a, 107 al. 1 et 125a LF, elle a inséré à la Loi fondamentale les articles 104b, 109 al. 5, 125b, 125c et 143c LF et elle a supprimé les articles 74a et 75 LF.

⁹ Cf. la motivation du projet de loi portant révision de la Loi fondamentale, Bundestags-Drucksache 16/813, p. 7 (disponible sur le site internet du Bundestag : <http://drucksachen.bundestag.de>).

I. – Traits caractéristiques du système fédéral allemand

Tout système fédéral est caractérisé, d'une part, par l'autonomie des États fédérés et, d'autre part, par leur participation à l'exercice du pouvoir fédéral. L'originalité d'un tel système est largement déterminée par le degré d'autonomie et de participation que ce système accorde aux États fédérés ainsi que par les mécanismes qui les mettent en œuvre. Les auteurs de la Loi fondamentale avaient opté pour une solution équilibrée, accordant une autonomie relativement large aux Länder, mais limitant, en revanche, la participation de ces derniers à l'exercice du pouvoir fédéral. Au fil des années, cet équilibre est toutefois devenu de plus en plus problématique pour notamment deux raisons. Les Länder ont eu non seulement de moins en moins d'autonomie en matière législative, ils sont également devenus beaucoup plus influents dans le domaine de la législation fédérale qu'il ne l'était prévu initialement dans la Loi fondamentale. L'interdépendance qui en résultait était une des raisons principales qui ont conduit à la réforme de 2006. Quel était alors l'équilibre – ou plutôt le déséquilibre – entre l'autonomie des Länder (A.) et leur participation à l'exercice du pouvoir fédéral (B.) avant la réforme ?

A. – L'autonomie des Länder

Dans le système fédéral allemand, les Länder sont de véritables États dotés de leurs propres Constitutions, de leurs propres institutions ainsi que de leurs propres compétences législatives, administratives et juridictionnelles et même internationales. L'épanouissement de leur autonomie ne peut pourtant se faire que dans le respect des dispositions de la Loi fondamentale. Ceci est vrai notamment pour le respect des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale ; en vertu de l'article 1^{er} al. 3 LF, ces droits fondamentaux lient, à titre de droit directement applicable, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire tant de la Fédération que des Länder. Plus généralement, les Länder doivent respecter *toute* disposition de droit fédéral, quelle que soit sa forme (loi, règlement¹⁰ ou texte normatif fédéral d'un autre caractère). En effet, l'article 31 LF dispose que le droit fédéral prime le droit des Länder. Il en résulte que toute norme du droit d'un Land qui viole une disposition quelconque du droit fédéral est nulle. L'étendue de l'autonomie des Länder est toutefois considérable, en premier lieu en matière d'organisation constitutionnelle.

1. – « Autonomie constitutionnelle » des Länder

En ce qui concerne les Constitutions des Länder, la Loi fédérale ne prévoit que quelques principes fondamentaux qu'elles doivent respecter. Ainsi, l'article 28 al. 1 LF dispose que l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la Loi fondamentale. A condition qu'il respecte ces principes, chaque Land est entièrement libre d'organiser le système de ses institutions constitutionnelles. S'agissant des droits fondamentaux, l'article 142 LF prévoit que nonobstant l'article 31 LF, les dispositions des Constitutions des Länder demeurent en vigueur pour autant qu'elles garantissent des droits fondamentaux en accord avec les articles 1^{er} à 18 LF. En vertu de cette disposition, les Länder peuvent garantir, dans leurs Constitutions, des droits fondamentaux plus favorables aux individus que ceux consacrés au niveau fédéral sans violer d'aucune manière la Loi fondamentale. Ainsi, l'article 28 al. 1, première phrase, de la Constitution de la

¹⁰ A la différence de la Constitution de la V^e République, la Loi fondamentale ne limite pas le domaine de la loi et ne confère pas de pouvoir réglementaire autonome au gouvernement. Bien au contraire, celui-ci ne peut édicter des règlements qu'en vertu d'une habilitation législative (cf. article 80 al. 1 LF).

Saxe garantit, par exemple, à chacun le libre choix de sa profession et de son emploi tandis que l'article 12 al. 1, première phrase, LF limite ce droit fondamental aux seuls Allemands¹¹. La Cour constitutionnelle fédérale, le Bundesverfassungsgericht à Karlsruhe, et la doctrine dominante estiment en outre que l'art. 31 qui énonce la primauté du droit fédéral par rapport au droit des Länder n'est applicable aux dispositions des Constitutions des Länder que dans la mesure où il y a un véritable *conflit* de normes constitutionnelles. Cette hypothèse présuppose que la norme fédérale et la norme d'un Land sont toutes les deux applicables à une même situation et que leur application conduit à des résultats incompatibles l'un avec l'autre¹². Une simple divergence de libellé ou même de contenu de deux dispositions ne constitue donc pas automatiquement un conflit de normes. En fin de compte, les conditions auxquelles doivent satisfaire les Constitutions des Länder en vertu de la Loi fondamentale se révèlent être moins de rigoureuses restrictions à l'organisation des Constitutions des Länder qu'un encadrement assez souple à l'intérieur duquel l'autonomie constitutionnelle des Länder peut s'épanouir. Malgré certaines ressemblances entre les Constitutions des Länder, chacune de ces Constitutions, prise dans son intégralité, est en effet unique.

2. – *Autonomie des compétences*

L'autonomie des Länder se manifeste également par le faisceau impressionnant de leurs compétences propres. En effet, la Loi fondamentale dispose à plusieurs reprises que les compétences de la Fédération sont limitées à celles énumérées dans la Loi fondamentale. Ainsi, la règle générale de l'article 30 LF précise que l'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'État relèvent des Länder, à moins que la Loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'admette un autre règlement. Cette règle générale est concrétisée, dans le domaine des compétences législatives, à l'article 70 LF qui prévoit que les Länder ont le droit de légiférer dans les cas où la Loi fondamentale ne confère pas à la Fédération des pouvoirs législatifs. En ce qui concerne l'administration, la même règle s'applique ; l'article 83 LF prévoit que, sauf disposition contraire prévue ou admise par la Loi fondamentale, ce sont les Länder qui exécutent les lois fédérales, et ceci au titre de leur compétence propre. Il s'agit évidemment d'une *présomption de compétence* en faveur des Länder – présomption qui, d'ailleurs, rappelle fortement le principe des compétences d'attribution de l'article 5 al. 1 du traité CE et qui n'exclut pas, tout comme sa « sœur » européenne, que l'entité supérieure dispose de compétences implicites¹³. Pourtant, cette présomption ne dit rien sur l'étendue réelle des compétences des Länder. La détermination de celle-ci nécessite d'abord une analyse des compétences fédérales, première étape pour faire l'inventaire des compétences des Länder, c'est-à-dire les compétences qui ne sont pas attribuées à la Fédération.

¹¹ Cette limitation n'est pas sans problème par rapport à l'article 12 al. 1 du traité CE qui interdit, dans le domaine d'application du traité CE, toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Cf., à ce sujet, R. WERNSMANN, *Die Deutschengrundrechte des Grundgesetzes im Lichte des Europarechts*, Juristische Ausbildung (JURA) 2000, p. 657-663 (659 s.).

¹² Cf., dans ce sens, Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 29 janvier 1974 (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE], tome 36, p. 342 [360 s.]); H. DREIER, Article 31 pt. 39 s., in : H. DREIER (éd.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tome II, Tübingen, 2^e éd., 2006. Une partie de la doctrine estime toutefois que même les dispositions constitutionnelles des Länder ayant un contenu identique à une disposition de la Loi fondamentale sont nulles en vertu de l'article 31 LF ; dans ce sens, P. M. HUBER, Article 31 pt. 11 s., in : M. SACHS (éd.), *Grundgesetz-Kommentar*, München, 3^e éd., 2003.

¹³ Au sujet des compétences implicites de la Fédération R. STETTNER, Article 70 pt. 54 s., in : H. DREIER, *Grundgesetz-Kommentar* (supra note 12).

a) *Compétences législatives*

La répartition des compétences législatives entre la Fédération et les Länder est réglée notamment par les articles 70 s. LF. Elle est basée, d'une part, sur une définition des types de compétences législatives de la Fédération, à savoir la compétence exclusive et la compétence concurrente, et, d'autre part, sur des listes énumérant les matières qui relèvent des deux types respectifs.

La compétence exclusive de la Fédération est définie à l'article 71 LF qui prévoit que, dans le domaine de cette compétence, les Länder n'ont le pouvoir de légiférer que si une loi fédérale les y autorise expressément et dans la mesure prévue par cette loi¹⁴. Les matières qui relèvent de la compétence exclusive de la Fédération sont énumérées à l'article 73 LF qui contient une longue liste de matières et de groupes de matières d'une diversité remarquable. L'on y trouve, pour ne citer que quelques matières à titre d'exemple, les affaires étrangères et la défense¹⁵, la nationalité dans la Fédération¹⁶, la liberté de circulation et d'établissement¹⁷, la navigation aérienne¹⁸, les postes et télécommunications¹⁹, la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle²⁰ ainsi que la statistique à finalité fédérale²¹. Toutefois, la liste des matières de l'article 73 LF n'est pas exhaustive. Il y a en outre beaucoup de dispositions réparties un peu partout dans la Loi fondamentale qui confèrent une compétence législative exclusive à la Fédération. Parmi ces dispositions figurent notamment celles qui prévoient que « les modalités [de la mise en œuvre d'un certain article de la Loi fondamentale] sont réglées par une loi fédérale »²².

La définition de la compétence législative concurrente est donnée à l'article 72 LF ; celui-ci prévoit que, dans le domaine de cette compétence, les Länder ont le pouvoir de légiférer aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'a pas fait au moyen d'une loi usage de sa compétence législative. Toutefois, la Fédération n'était pas libre d'exercer sa compétence en ce domaine ; en effet, elle n'avait le droit de légiférer, avant la réforme de 2006, que lorsque et dans la mesure où une réglementation législative fédérale était *nécessaire* pour réaliser des conditions de vie équivalentes dans toute l'Allemagne ou pour préserver, dans l'intérêt de l'ensemble de l'État, l'unité juridique ou économique. Cette condition était le résultat d'une réforme constitutionnelle de 1994²³. Avant cette dernière, la Fédération avait le droit de légiférer dans le domaine des compétences concurrentes lorsqu'il y avait un simple *besoin* d'une réglementation fédérale. On a rendu plus stricte cette condition en 1994 précisément dans le souci de rendre plus difficile l'exercice, par la Fédération, de ses compétences législatives concurrentes²⁴. En effet, jusqu'à la révi-

¹⁴ De telles autorisations sont pourtant extrêmement rares en pratique ; cf. les exemples donnés par R. STETTNER, Article 71 pt. 19, in : H. DREIER, Grundgesetz-Kommentar (supra note 12).

¹⁵ Article 73 al. 1 n° 1 LF.

¹⁶ Article 73 al. 1 n° 2 LF.

¹⁷ Article 73 al. 1 n° 3 LF.

¹⁸ Article 73 al. 1 n° 6 LF.

¹⁹ Article 73 al. 1 n° 7 LF.

²⁰ Article 73 al. 1 n° 9 LF.

²¹ Article 73 al. 1 n° 11 LF.

²² A titre d'exemple, les lois fédérales prévues à l'article 21 al. 3 LF (modalités du régime juridique des partis politiques) et à l'article 94 al. 2 LF (organisation et procédure du Bundesverfassungsgericht).

²³ Loi portant révision de la Loi fondamentale du 27 octobre 1994 (BGBl. 1994 I 3146).

²⁴ En outre, toujours dans le souci de limiter, en faveur des Länder, l'exercice des compétences concurrentes par la Fédération, la réforme de 1994 a prévu que des lois fédérales pour lesquelles la nécessité au sens de l'article 72 al. 2 LF n'existe plus pouvaient être remplacées par le droit des Länder (article 72 al. 3 LF). Toutefois, un tel remplacement ne pouvait avoir lieu qu'en vertu d'une loi fédérale et la Fédération ne l'a jamais autorisé.

sion de 1994, une jurisprudence constante du Bundesverfassungsgericht estimait que le besoin d'une réglementation fédérale était une condition qui échappait au contrôle de la juridiction constitutionnelle²⁵. La Fédération pouvait donc décider de manière complètement discrétionnaire si elle exerçait sa compétence législative concurrente ou non. Ce n'était qu'en vertu de cette jurisprudence que la Fédération était en mesure d'exercer ses compétences concurrentes aussi extensivement qu'elle ne l'a fait, réduisant ainsi considérablement l'étendue des compétences législatives effectives des Länder dans les matières relevant de la compétence concurrente. Depuis la révision de 1994, le Bundesverfassungsgericht estime que le respect de la condition énoncé à l'article 72 al. 2 LF est soumis au contrôle de la juridiction constitutionnelle²⁶ ; il a, à plusieurs reprises, déclaré inconstitutionnelles des lois ne satisfaisant pas à cette condition²⁷.

Les matières relevant de la compétence concurrente de la Fédération sont avant tout énumérées à l'article 74 al. 1 LF. La diversité de ces matières n'est pas moins grande que celle des matières relevant de la compétence exclusive de la Fédération. On peut citer, par exemple, le droit civil, le droit pénal, l'organisation et la procédure judiciaire, le barreau et le notariat²⁸, l'état civil²⁹, le droit économique³⁰, le droit du travail³¹, la réglementation des allocations de formation et la promotion de la recherche scientifique³², la prévention des abus de puissance économique³³, la plupart des questions ayant trait à la santé publique³⁴ et la responsabilité publique³⁵. L'article 74a LF ajoutait certaines compétences en matière de traitements et de pensions des fonctionnaires publics. Enfin, l'article 75 al. 1 LF établissait une liste de matières dans lesquelles la Fédération disposait d'une compétence législative concurrente dont l'exercice était pourtant limité à l'édiction de dispositions-cadres qui devaient être concrétisées ou complétées, dans un délai raisonnable, par les Länder. Les matières les plus importantes relevant de ce régime spécial étaient le statut juridique des personnes au service des Länder, des communes et d'autres collectivités publiques³⁶, les principes généraux de l'enseignement supérieur³⁷, le statut général de la presse³⁸, la protection de la nature³⁹ et l'aménagement du territoire⁴⁰. Notamment en ce qui concerne la protection de la nature, la « législation successive » de la Fédération et des Länder prévue à l'article 75 LF posait un pro-

²⁵ Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 22 avril 1953 (BVerfGE 2, 213 [224 s.]), et arrêt du 15 décembre 1983 (BVerfGE 65, 1 [63]).

²⁶ Cf. notamment Bundesverfassungsgericht, arrêt du 24 octobre 2002 (BVerfGE 106, 62 [135 s.]).

²⁷ Bundesverfassungsgericht, arrêt du 16 mars 2004 (BVerfGE 110, 141 [174 s.]) ; arrêt du 27 juillet 2004 (BVerfGE 111, 226 [253 s.]) ; arrêt du 26 janvier 2005 (BVerfGE 112, 226 [243 s.]).

²⁸ Article 74 al. 1 n° 1 LF.

²⁹ Article 74 al. 1 n° 2 LF.

³⁰ Article 74 al. 1 n° 11 LF.

³¹ Article 74 al. 1 n° 12 LF.

³² Article 74 al. 1 n° 13 LF.

³³ Article 74 al. 1 n° 16 LF.

³⁴ Article 74 al. 1 n° 19 LF.

³⁵ Article 74 al. 1 n° 25 LF.

³⁶ Article 75 al. 1 n° 1 LF.

³⁷ Article 75 al. 1 n° 1a LF.

³⁸ Article 75 al. 1 n° 2 LF.

³⁹ Article 75 al. 1 n° 3 LF.

⁴⁰ Article 75 al. 1 n° 4 LF. Abstraction faite de deux exceptions très spécifiques (article 105 al. 2 LF : compétence législative concurrente de la Fédération pour certains impôts ; article 115c LF : compétence législative élargie de la Fédération en cas d'agression armée contre le territoire fédéral), les listes des matières des articles 74, 74a et 75 LF sont exhaustives.

blème par rapport au droit communautaire. En effet, environ 80% des lois allemandes en matière de protection de la nature trouvent leur origine dans des directives communautaires. Or, non seulement la nécessité de légiférer en deux étapes dans les matières énumérées à l'article 75 al. 1 LF rendait la procédure considérablement plus longue, mettant en danger la transposition des directives dans le délai prévu, mais encore le fait que 17 législateurs différents agissaient augmentait le risque d'une mauvaise transposition des directives. Voilà une des raisons pour lesquelles l'article 75 LF faisait, lui aussi, l'objet de la réforme de 2006.

Toutes les matières dans lesquelles la Loi fondamentale ne prévoit ni une compétence législative exclusive ni une compétence législative concurrente de la Fédération relèvent de la compétence législative – et il faut le préciser : de la compétence législative *exclusive* – des Länder. Ceci est notamment vrai pour le régime juridique des collectivités locales, le maintien de la sécurité publique et de l'ordre public, l'enseignement scolaire, en partie l'enseignement supérieur et la plupart des questions culturelles. En général, les Länder disposent également de la compétence exclusive pour l'organisation de leurs administrations et pour la procédure administrative ; toutefois, dans les cas où les Länder exécutent des lois fédérales, la Fédération peut en disposer autrement⁴¹.

Le respect de la répartition des compétences décrite ci-dessus est soumis au contrôle du Bundesverfassungsgericht. L'article 93 al. 1 n° 2 LF détermine à cet effet que lorsqu'il y a des divergences d'opinion ou des doutes sur la compatibilité formelle ou matérielle du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la Loi fondamentale – ce qui implique la compatibilité avec la répartition des compétences prévue par la Loi fondamentale –, le gouvernement fédéral, tout gouvernement d'un Land ainsi qu'un tiers des membres du Bundestag sont en droit de demander au Bundesverfassungsgericht de trancher la question. En cas de divergences d'opinion sur le point de savoir si une loi satisfait à la condition prévue à l'article 72 al. 2 LF, à savoir qu'une réglementation fédérale est nécessaire pour réaliser des conditions de vie équivalentes dans toute l'Allemagne ou pour préserver, dans l'intérêt de l'ensemble de l'État, l'unité juridique ou économique, le Bundesrat, tout gouvernement d'un Land ainsi que toute représentation du peuple d'un Land peuvent demander, en vertu de l'article 93 al. 1 n° 2a LF, au Bundesverfassungsgericht de statuer sur ce point. A la différence du système français de contrôle de constitutionnalité, le droit allemand ne connaît pourtant qu'un contrôle *a posteriori* ; la loi dont la conformité au régime de la répartition des compétences est en cause doit donc être promulguée⁴² avant de pouvoir être contrôlée par le Bundesverfassungsgericht. A côté des procédures énoncées ci-dessus et qu'on appelle communément « contrôle abstrait des normes », l'article 100 al. 1 LF prévoit une autre procédure qui permet, elle aussi, de faire contrôler le respect de la répartition des compétences. Cette procédure, appelée « contrôle concret des normes » puisqu'elle trouve son origine dans un litige concret devant une juridiction, permet à cette juridiction de demander au Bundesverfassungsgericht de statuer sur la conformité d'une loi à la Loi fondamentale, y compris sa conformité au régime de la répartition des compétences. Le contrôle concret des normes présuppose que la validité de la loi en question conditionne la décision de la juridiction et que celle-ci estime effectivement que la loi est inconstitutionnelle.

⁴¹ Articles 84 al. 1 et 85 al. 1 LF. Pour plus de détails, cf. infra b).

⁴² Il n'est pourtant pas nécessaire que la loi soit en vigueur ; cf. Bundesverfassungsgericht, arrêt du 30 juillet 1952 (BVerfGE 1, 396 [410]), jurisprudence constante.

b) Compétences administratives

Les Länder disposent de compétences administratives dans une mesure beaucoup plus large qu'en matière de compétences législatives. En effet, la Loi fondamentale, à la différence d'autres Constitutions de type fédéral, ne distribue pas, pour chaque matière donnée, l'ensemble des compétences – à savoir les compétences législatives, administratives et juridictionnelles – soit à la Fédération, soit aux Länder, mais elle répartit les compétences de manière distincte pour la législation, pour l'administration et pour les juridictions. Dans le domaine de l'administration, elle n'attribue les compétences à la Fédération que dans certaines matières assez spécifiques ; parmi ces matières figurent notamment les affaires étrangères et la protection des frontières⁴³, les forces armées ainsi que la défense⁴⁴, la politique monétaire⁴⁵ et les organismes de sécurité sociale dont le ressort dépasse le territoire d'un seul Land⁴⁶.

Dans les matières qui ne relèvent pas de la compétence administrative de la Fédération, les lois fédérales sont exécutées par les Länder, soit au titre de leur compétence propre (article 84 LF), soit par délégation de la Fédération (article 85 LF). Dans les deux cas, l'organisation des administrations relève de la compétence des Länder ; en cas d'exécution des lois fédérales au titre de leur compétence propre, la même chose vaut pour la procédure administrative. Toutefois, tant l'article 84 al. 1 LF que l'article 85 al. 1 LF prévoient que la Fédération peut en disposer autrement par une loi fédérale. En vertu de ces articles, la Fédération dispose donc d'une compétence législative qui lui permet de régler l'organisation des administrations ainsi que la procédure administrative dans les domaines ayant trait à l'exécution des lois fédérales. L'adoption de telles dispositions fédérales nécessitait, avant 2006, l'approbation du Bundesrat. La suppression de cette exigence était un des soucis principaux de la réforme de 2006⁴⁷.

En ce qui concerne l'exécution des lois des Länder, la répartition des compétences est claire et simple : il va de soi que ce sont les Länder qui exécuteront leurs propres lois ; ils jouissent donc en l'espèce d'une autonomie complète.

c) Compétences juridictionnelles

Le principe général de la répartition des compétences opérée par la Loi fondamentale, à savoir la présomption de compétences en faveur des Länder, est moins clair dans le domaine des compétences juridictionnelles. En effet, l'article 92 LF, règle générale relative à l'organisation des juridictions, prévoit de manière assez laconique que le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges et qu'il est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, par les cours fédérales prévues par la Loi fondamentale et par les tribunaux des Länder. Exception faite de certaines juridictions très spécialisées⁴⁸, la Loi fondamentale ne prévoit toutefois, à son article 95 al. 1, que cinq cours fédérales. Ce sont les cours suprêmes respectives des différents domaines de juridiction : de la juridiction civile et pénale, de la juridiction administrative, de la juridiction financière, de la juridiction du travail et de la juridiction sociale⁴⁹.

Il s'en suit que tous les autres tribunaux sont des tribunaux des Länder. On peut dire alors, sans vouloir

⁴³ Article 87 al. 1 LF.

⁴⁴ Articles 87a et 87b LF.

⁴⁵ Article 88 LF.

⁴⁶ Article 87 al. 2 LF.

⁴⁷ Pour les raisons, cf. infra B. I.

⁴⁸ Ces juridictions sont énumérées à l'article 96 LF.

⁴⁹ Il s'agit du Bundesgerichtshof à Karlsruhe, du Bundesverwaltungsgericht à Leipzig, du Bundesfinanzhof à Munich, du Bundesarbeitsgericht à Erfurt et du Bundessozialgericht à Kassel.

contester l'importance des cours suprêmes pour la formation et le développement de la jurisprudence, que le pouvoir de rendre la justice relève essentiellement de la compétence des Länder. Toutefois, l'organisation des juridictions, notamment la détermination des différents types de tribunaux, de leur ordre hiérarchique et de leurs compétences respectives, ainsi que la procédure judiciaire sont réglées par des lois fédérales⁵⁰.

d) *Compétences internationales*

Enfin, les Länder disposent aussi de compétences en matière du droit international public. Bien que, en vertu de l'article 32 al. 1 LF, les relations avec des États étrangers relèvent de la Fédération, l'alinéa 3 du même article prévoit que les Länder peuvent, dans la mesure de leur compétence législative, conclure des traités internationaux avec des États étrangers⁵¹. La conclusion de tels traités est toutefois soumise à l'approbation du gouvernement fédéral.

B. – *La participation des Länder à la législation fédérale*

Dans la mesure où l'exercice du pouvoir public relève des compétences de la Fédération, il faut s'interroger sur la participation des Länder à l'exercice du pouvoir fédéral. La réponse à cette question est donnée en premier lieu à l'article 50 LF selon lequel les Länder concourent, par l'intermédiaire du Bundesrat, à la législation et à l'administration de la Fédération et aux affaires de l'Union européenne. A la différence d'une seconde chambre au sens classique du terme⁵², le Bundesrat ne représente pas les peuples des Länder, mais leurs gouvernements. Ainsi, les 69 membres du Bundesrat font tous partie du gouvernement d'un Land. Le nombre des représentants d'un Land est déterminé, par voie de calcul pondéré, en fonction de l'importance de la population du Land en question ; il varie entre trois et six⁵³. En vertu de l'article 51 al. 3, seconde phrase, LF, les voix d'un Land ne peuvent être exprimées que globalement. Cela implique que les gouvernements formés par des coalitions politiques doivent trouver un compromis pour leur vote au Bundesrat, faute de quoi l'expression de leurs voix n'est pas valable⁵⁴. Dans la pratique, les accords de coalition entre les formations politiques au niveau des Länder contiennent généralement ce qu'on appelle une « clause du Bundesrat », prévoyant que le Land s'abstiendra au Bundesrat si les partis qui forment le gouvernement d'un Land ne peuvent pas s'entendre sur une position commune.

En ce qui concerne la réforme du fédéralisme allemand, la participation des Länder à la législation fédérale mérite une attention particulière⁵⁵. Il ressort des dispositions sur la procédure législative, notam-

⁵⁰ Ces lois ont été adoptées en vertu d'une compétence législative concurrente conférée à la Fédération à l'article 74 al. 1 n° 1 LF.

⁵¹ Le terme « État étranger » à l'article 32 LF désigne tout sujet de droit international public ; cf. U. FASTENRATH et T. GROH, article 32 pt. 29 s., in : K. H. FRIAUF et W. HÖFLING (éds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Berlin, 2004.

⁵² Dans son arrêt du 25 juin 1974, le Bundesverfassungsgericht a expressément refusé de qualifier le Bundesrat de « seconde chambre d'un organe législatif unique » (BVerfGE 37, 363 [380]).

⁵³ Voici la répartition actuelle des membres du Bundesrat : Le Bade-Wurtemberg, la Bavière, la Basse-Saxe et la Rhénanie du Nord-Westphalie disposent de 6 membres chacun, la Hesse dispose de 5 membres, Berlin, le Brandebourg, le Rhénanie-Palatinat, la Saxe, la Saxe-Anhalt, le Schleswig-Holstein et la Thuringe disposent de 4 membres chacun et Brême, Hambourg, le Mecklembourg-Poméranie occidentale et la Sarre disposent de 3 membres chacun.

⁵⁴ A ce sujet Bundesverfassungsgericht, arrêt du 18 décembre 2002 (BVerfGE 106, 310 ; inconstitutionnalité de la loi sur l'immigration à cause de l'expression non globale des voix du Brandebourg).

⁵⁵ La participation des Länder à l'administration de la Fédération se fait notamment par l'approbation par le Bundesrat de

ment des articles 77 et 78 LF, que les lois fédérales sont adoptées par la représentation du peuple allemand, le Bundestag, mais qu'aucune loi fédérale ne peut être adoptée définitivement sans concours du Bundesrat. Ce concours peut prendre deux formes : l'adoption de certaines lois nécessite l'approbation expresse du Bundesrat, tandis que toutes les autres peuvent faire l'objet d'une opposition du Bundesrat.

1. Lois dont l'adoption nécessite l'approbation expresse du Bundesrat

L'adoption d'une loi nécessite l'approbation expresse du Bundesrat dans tous les cas prévus par la Loi fondamentale. Malheureusement, celle-ci ne dresse pas une liste unique de ces lois, mais contient des dizaines de dispositions soumettant certains types de loi à l'approbation du Bundesrat. Il n'est pas surprenant qu'il s'agisse avant tout de lois qui touchent directement aux intérêts des Länder. A titre d'exemple, on peut citer l'article 23 al. 1 LF qui autorise la Fédération à transférer, pour l'édification d'une Europe unie, des compétences (y compris des compétences des Länder) par une loi approuvée par le Bundesrat. Dans tous les cas où l'adoption d'une loi nécessite l'approbation du Bundesrat, celle-ci doit être votée à la majorité absolue des voix, à savoir trente-cinq voix au moins. Si on fait le calcul inverse, on arrive à la conclusion qu'un ensemble de Länder qui dispose de trente-cinq voix au Bundesrat – une majorité qui n'est pas trop difficile à atteindre – peut empêcher l'adoption de n'importe quelle loi qui nécessite l'approbation du Bundesrat. Sachant que la proportion de ces lois par rapport à l'ensemble des lois fédérales est passée de 10% à l'origine de la RFA à environ 60% en 2006, on voit aisément que le Bundesrat pouvait se transformer rapidement en un second théâtre de guerre permettant aux partis de l'opposition au niveau fédéral de freiner considérablement le travail du gouvernement fédéral.

L'augmentation du nombre des lois soumises à l'approbation du Bundesrat était notamment due à l'article 84 al. 1 LF. Cet article permet à la Fédération de régler, dans la mesure où les Länder exécutent les lois fédérales au titre de leur compétence propre, l'organisation des administrations et la procédure administrative. Avant la réforme de 2006, la Fédération ne pouvait régler ces questions que par une loi fédérale approuvée par le Bundesrat. Une fois de plus, la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht a contribué au problème, estimant que l'approbation du Bundesrat était nécessaire pour l'ensemble d'une loi dès qu'une seule de ses dispositions avait des effets sur l'organisation des administrations ou sur la procédure administrative⁵⁶. Le législateur fédéral en tirait les conséquences en scindant, à plusieurs reprises, des lois en deux – l'une qui se limitait aux règles matérielles et l'autre qui comprenait les dispositions touchant aux questions d'ordre administratif⁵⁷. Ainsi, la partie principale de la loi, à savoir les dispositions matérielles, pouvait être adoptée sans approbation du Bundesrat. Mais cette « solution » était loin d'être satisfaisante, et il était clair dès le début du projet de réforme qu'on ne pouvait pas atteindre les objectifs de celle-ci sans modifier l'article 84 al. 1 LF.

certaines règlements du gouvernement fédéral (Article 80 al. 2 LF) et de prescriptions administratives générales relatives à l'exécution des lois fédérales par les Länder (articles 84 al. 2 et 85 al. 2 LF). En ce qui concerne les affaires de l'Union européenne, les modalités de la participation des Länder sont réglées à l'article 23 al. 2 et 4 à 6 LF ainsi que par la Loi relative à la coopération entre la Fédération et les Länder dans les affaires de l'Union européenne (supra note 6).

⁵⁶ Jurisprudence constante ; cf. notamment Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 12 novembre 1958 (BVerfGE 8, 274 [294 s.]), et arrêt du 10 décembre 1980 (BVerfGE 55, 274 [319, 326 s.]).

⁵⁷ Ce procédé a été accepté par le Bundesverfassungsgericht dans un arrêt du 25 février 1975 (BVerfGE 39, 1 [35]).

2. Lois auxquelles le Bundesrat peut faire opposition

Les lois qui ne nécessitent pas l'approbation expresse du Bundesrat peuvent faire l'objet d'une opposition de ce dernier⁵⁸. L'opposition du Bundesrat a le caractère d'un veto suspensif⁵⁹ ; elle n'est donc pas définitive et le Bundestag peut la lever. Il doit toutefois prendre sa décision avec une majorité correspondante à celle atteinte au Bundesrat. En effet, l'article 77 al. 4 LF prévoit que si le Bundesrat vote l'opposition à la majorité de ses membres, elle ne peut être levée que par une délibération prise à la majorité des membres du Bundestag ; si le Bundesrat vote l'opposition à la majorité des deux tiers au moins de ses membres, la levée de l'opposition requiert une délibération du Bundestag prise à la majorité des deux tiers des voix exprimées et qui doit correspondre, au moins, à la majorité de ses membres. Bien que, en général, ce régime permette au Bundestag d'imposer sa position et d'adopter une loi même contre la volonté du Bundesrat, il y a eu des périodes où ceci n'était plus possible. Pendant ces périodes, les gouvernements des Länder soutenus par les partis politiques opposés au gouvernement fédéral dominaient le Bundesrat par une majorité des deux tiers de ses voix. Cette majorité ne s'acquiert pas facilement, mais une fois que les partis opposés au gouvernement fédéral l'ont obtenue, ils peuvent empêcher l'adoption de *toute* loi fédérale et réduire ainsi à néant le travail du gouvernement fédéral – à moins que celui-ci dispose de la majorité des deux tiers au moins des voix au Bundestag, hypothèse extrêmement rare en pratique⁶⁰.

Les élections législatives au niveau des Länder, déterminant de façon indirecte la composition du Bundesrat, revêtent donc une importance majeure pour le fonctionnement de la procédure législative fédérale. Elles peuvent freiner, voire paralyser complètement le travail législatif au niveau fédéral. Plus d'une fois elles ont transformé les rêves des membres du gouvernement fédéral et des partis qui les soutenaient en cauchemars – ce qui explique que déjà plusieurs mois avant des élections législatives importantes dans un Land la politique du gouvernement fédéral se bornait souvent à analyser les sondages d'opinion. D'un certain point de vue, le pêle-mêle causé par l'interdépendance de la Fédération et des Länder a connu un point culminant en 2005 : après que le gouvernement de la Rhénanie du Nord-Westphalie, soutenu par le SPD et les Verts, avait été chassé lors des élections législatives, le chancelier fédéral socio-démocrate de l'époque, M. Schröder, estimait avoir perdu la légitimation nécessaire pour poursuivre son agenda politique et mettait en jeu la responsabilité du gouvernement fédéral par une motion de confiance au Bundestag⁶¹.

⁵⁸ En vertu de l'article 77 al. 3 LF, l'opposition du Bundesrat n'est possible qu'après l'achèvement d'une procédure visant à concilier, au sein d'une commission paritaire de députés du Bundestag et de membres du Bundesrat, les positions du Bundestag et du Bundesrat.

⁵⁹ R. STETTNER, Article 77 pt. 30, in: H. DREIER, Grundgesetz-Kommentar (supra note 12).

⁶⁰ Le gouvernement fédéral ne disposait d'une telle majorité que pendant les périodes où il était soutenu par une « grande coalition » formée par la CDU et le SPD (1966 à 1969 et depuis 2005).

⁶¹ Cette motion de confiance avait pour objectif unique de permettre au Président fédéral, après un vote négatif au Bundestag, de dissoudre ce dernier en vertu de l'article 68 al. 1 LF et d'organiser ainsi des élections législatives anticipées au niveau fédéral. Pour atteindre cet objectif, beaucoup de députés soutenant le gouvernement se sont abstenus. Le Bundesverfassungsgericht, dans son arrêt du 25 août 2005, a déclaré constitutionnelle la dissolution du Bundestag par le Président fédéral (BVerfGE 114, 121).

II. – Les modifications apportées au fédéralisme allemand par la réforme de 2006

Afin de réduire l'interdépendance de la Fédération et des Länder notamment en matière législative, la réforme de 2006 visait notamment à rendre plus simple et plus claire la répartition des compétences législatives et à réduire considérablement le nombre de lois fédérales soumises à l'approbation du Bundesrat (le taux souhaité était fixé à 35-40% environ de l'ensemble des lois fédérales⁶²), rendant ainsi la procédure législative plus efficace. Mais elle ne s'est pas arrêtée à ces deux objectifs principaux ; en effet, on a profité de l'occasion pour ajuster plusieurs autres aspects du système fédéral allemand.

A. – La nouvelle répartition des compétences législatives

La réforme n'a pas touché aux principes fondamentaux de la répartition des compétences législatives. La présomption des compétences en faveur des Länder (article 70 LF) s'applique toujours et la technique de la répartition des compétences, à savoir donner une définition des types de compétences et énumérer, pour chacun de ces types, les matières qui en relèvent est restée la même. De plus, il y a toujours les deux types fondamentaux de compétences législatives de la Fédération : la compétence exclusive et la compétence concurrente. En revanche, on a modifié les listes des matières relevant des compétences législatives de la Fédération et on a créé deux nouvelles sortes de compétences concurrentes de la Fédération. La détermination du domaine actuel des compétences des Länder (3.) présuppose une analyse tant de l'étendue des compétences exclusives de la Fédération (1.) que de celle de ses compétences concurrentes (2.)⁶³.

1. Les compétences législatives exclusives de la Fédération

En ce qui concerne les compétences législatives exclusives de la Fédération, la liste des matières qui en relèvent (article 73 LF) a été complétée. On y a inclus six matières qui, pour la plupart, relevaient avant la réforme de la compétence législative concurrente de la Fédération. Il s'agit notamment de la législation des armes et des explosifs⁶⁴, de la production et de l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques⁶⁵ ainsi que de la déclaration de domicile et des cartes d'identité⁶⁶. De plus, à cause de certaines évolutions récentes au niveau international, on a conféré à la Fédération la compétence législative exclusive en matière de prévention des menaces terroristes *internationales*, notamment dans les cas où celles-ci concernent plusieurs Länder⁶⁷. La prévention de menaces de groupes terroristes dont les activités sont limitées au niveau national ou même régional relève toujours de la compétence législative des Länder, et ceci même si plusieurs Länder sont menacés. En vertu de l'article 73 al. 2 LF, l'adoption d'une loi fédérale relative à la prévention du terrorisme international est soumise, à titre d'exception dans les matières relevant de la compétence législative exclusive de la Fédération, à l'approbation du Bundesrat.

⁶² Cf. la motivation du projet de loi portant révision de la Loi fondamentale (supra note 9), p. 14 s.

⁶³ Pour une introduction systématique à la nouvelle répartition des compétences législatives : A. THIELE, Die Neuregelung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform – ein Überblick, Juristische Arbeitsblätter (JA) 2006, p. 714-719; cf. également U. HÄDE, Zur Föderalismusreform in Deutschland, Juristenzeitung (JZ) 2006, p. 930-940; J. IPSEN, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2006, p. 2801-2806.

⁶⁴ Article 73 al. 1 n° 12 LF (avant la réforme : article 74 al. 1 n° 4a LF).

⁶⁵ Article 73 al. 1 n° 14 LF (avant la réforme : article 74 al. 1 n° 11a LF).

⁶⁶ Inclus à l'article 73 al. 1 n° 3 LF (avant la réforme : article 75 al. 1 n° 5 LF).

⁶⁷ Article 73 al. 1 n° 9a LF.

2. Les compétences législatives concurrentes de la Fédération

Les compétences législatives concurrentes de la Fédération ont été davantage modifiées. Tout d'abord, on a abrogé les articles 74a et 75 LF. En ce qui concerne l'article 75 LF qui prévoyait une « législation successive » limitant le rôle de la Fédération à l'édiction de dispositions-cadres qui devaient être concrétisées ou complétées par des dispositions législatives des Länder, l'abrogation a pour conséquence que la Fédération peut désormais adopter, dans toutes les matières relevant de ses compétences législatives concurrentes, des dispositions législatives qui vont dans le détail.

De plus, on a créé deux nouvelles sortes de compétences législatives concurrentes : d'une part, on a supprimé, dans certaines matières, la condition prévue à l'article 72 al. 2 LF selon laquelle la Fédération ne peut adopter des lois fédérales que lorsque et dans la mesure où une réglementation législative fédérale est nécessaire pour réaliser des conditions de vie équivalentes dans toute l'Allemagne ou pour préserver, dans l'intérêt de l'ensemble de l'État, l'unité juridique ou économique. On n'a cependant pas voulu permettre à la Fédération de légiférer sans qu'il y en ait une telle nécessité ; bien au contraire, on a estimé que les matières en cause ne peuvent être réglées, de par leur importance ou leur nature, que par une réglementation législative fédérale⁶⁸. Dans ces matières, qui forment environ deux tiers des matières énumérées à la liste de l'article 74 al. 1 LF, la nécessité d'une législation fédérale est désormais présumée, et ceci de manière irréfutable⁶⁹ ; il suffit donc qu'une telle matière fasse partie de la liste de l'article 74 al. 1 LF pour que la Fédération puisse la régler par une loi. Parmi ces matières, plusieurs font partie des plus importantes dans le domaine des compétences concurrentes de la Fédération. A titre d'exemple, on peut citer le droit civil, le droit pénal, l'organisation des juridictions et la procédure judiciaire⁷⁰, l'état civil⁷¹, le droit du travail⁷², la prévention des abus de puissance économique⁷³ ainsi que le statut juridique des fonctionnaires et des juges des Länder à l'exception de leurs traitements, promotions et pensions⁷⁴. L'adoption de lois fédérales dans cette dernière matière est soumise, en vertu de l'article 74 al. 2 LF, à l'approbation du Bundesrat.

La création de la seconde sorte de compétences législatives concurrentes de la Fédération est sans doute l'innovation majeure (pour éviter le terme de progrès) de la réforme dans le domaine de la répartition des compétences. Pour plusieurs des matières énumérées à l'article 74 al. 1 LF – il s'agit notamment de certaines questions relatives à la protection de la nature⁷⁵, de l'aménagement du territoire⁷⁶ et de l'accès à l'enseignement supérieur ainsi que des diplômes d'études supérieures⁷⁷, matières qui figu-

⁶⁸ Cf. la motivation de la loi portant révision de la Loi fondamentale (supra note 9), p. 9.

⁶⁹ Ceci implique qu'il ne sera plus possible désormais, dans ces matières, de remplacer, en vertu de l'article 72 al. 4 LF (avant la réforme : article 72 al. 3 LF), une loi fédérale par le droit des Länder au motif que la nécessité d'une réglementation législative fédérale au sens de l'article 72 al. 2 LF n'existe plus. Dans la mesure où ces matières relèvent du second nouveau type de compétences concurrentes, les Länder disposent toutefois de la compétence de déroger aux lois fédérales en ces matières (v. infra).

⁷⁰ Article 74 al. 1 n° 1 LF.

⁷¹ Article 74 al. 1 n° 2 LF.

⁷² Article 74 al. 1 n° 12 LF.

⁷³ Article 74 al. 1 n° 16 LF.

⁷⁴ Article 74 al. 1 n° 27 LF. Cette matière figurait, avant la réforme, notamment à l'article 75 al. 1 n° 1 LF.

⁷⁵ Article 74 al. 1 n° 29 LF (avant la réforme : article 75 al. 1 n° 3 LF).

⁷⁶ Article 74 al. 1 n° 31 LF (avant la réforme : article 75 al. 1 n° 4 LF).

⁷⁷ Article 74 al. 1 n° 33 LF (avant la réforme : article 75 al. 1 n° 1a LF). Relèvent également de la seconde nouvelle sorte de compétences concurrentes certaines questions relatives à la chasse (article 74 al. 1 n° 28 LF [avant la réforme : article 75

raient avant à la liste de l'article 75 al. 1 LF –, on a créé une véritable concurrence entre la Fédération et les Länder. En effet, en vertu de l'article 72 al. 3, première phrase, LF, les Länder peuvent dans ces matières adopter des dispositions divergentes du droit fédéral ; dans le même temps, la Fédération garde sa compétence législative de sorte qu'elle puisse adopter des dispositions qui, à leur tour, dérogent au droit des Länder⁷⁸. La question incontournable est de savoir laquelle des deux normes prime dans un tel cas. Bien que hiérarchiquement, la loi fédérale soit située à un rang supérieur par rapport aux lois des Länder, l'article 72 al. 3 LF prévoit qu'en cas de conflit entre le droit fédéral et le droit des Länder, la norme postérieure prime l'antérieure. Evidemment, la règle générale sur les rapports entre le droit fédéral et le droit des Länder, à savoir l'article 31 LF selon lequel le droit fédéral prime le droit des Länder, ne s'applique plus dans les matières relevant de cette nouvelle sorte de compétences concurrentes. Toutefois, une loi d'un Land adoptée postérieurement à une loi fédérale ne rend pas celle-ci invalide. Bien au contraire, la loi fédérale reste applicable dans tous les autres Länder ; et si le Land qui a adopté une loi dérogeant à une loi fédérale abroge ultérieurement sa loi, c'est automatiquement la loi fédérale qui sera applicable de nouveau⁷⁹.

La création de cette nouvelle sorte de compétences législatives concurrentes de la Fédération a provoqué des commentaires très critiques de la doctrine⁸⁰. En effet, elle n'introduit non seulement à la Loi fondamentale un élément complètement étranger au système constitutionnel allemand, à savoir un véritable parallélisme entre des normes situées hiérarchiquement à un rang différent, mais elle présente aussi le risque d'un « ping-pong législatif » au détriment de la sécurité juridique. Dans les matières relevant de cette nouvelle sorte de compétences concurrentes, la réforme n'a évidemment pas atteint son objectif visant à rendre plus claire la répartition des compétences ; bien au contraire, elle l'a rendue plus compliquée. Désormais, il sera encore plus difficile de connaître la loi applicable, et ceci non seulement pour les citoyens, mais aussi pour les juges, les fonctionnaires et les avocats⁸¹. Même si on estime, avec une partie de la doctrine allemande, que le risque d'une dérogation réciproque de lois n'est pas très grand puisque la Fédération s'entendra avec les Länder sur le contenu des lois qu'elle adoptera dans les matières en cause⁸², il demeure que ces dernières sont toutes des matières pour lesquelles la nécessité d'une réglementation législative *fédérale* est présumée. Ainsi, la réforme fait preuve d'une incohérence qu'on ne peut expliquer que par le compromis politique dont elle est le fruit⁸³. En effet, le droit des Länder de déroger, dans certaines matières, aux lois fédérales, était la compensation pour le fait que certaines ma-

al. 1 n° 3 LF]), à la conservation des sites (article 74 al. 1 n° 29 LF [avant la réforme : article 75 al. 1 n° 3 LF]) et au régime des eaux (article 74 al. 1 n° 32 LF [avant la réforme : article 75 al. 1 n° 4 LF]) ainsi que la répartition des terres (article 74 al. 1 n° 30 LF [avant la réforme : article 75 al. 1 n° 4 LF]).

⁷⁸ En tant que règle générale, des lois fédérales dans ces matières n'entreront en vigueur qu'après un délai de six mois au moins après leur promulgation, à moins qu'elles n'en disposent autrement avec approbation du Bundesrat (article 72 al. 3, deuxième phrase, LF).

⁷⁹ C. DEGENHART, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2006, p. 1209-1216 (1212); J. IPSEN (supra note 63), p. 2804; A. THIELE (supra note 63), p. 716.

⁸⁰ C. DEGENHART (supra note 79), p. 1212; U. HÄDE (supra note 63), p. 932 s. ; M. NIERHAUS et S. RADEMACHER, Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle ?, *Landes- und Kommunalverwaltung (LKV)* 2006, p. 385-395 (389).

⁸¹ De même, il sera très difficile pour la Commission européenne de vérifier, dans ce domaine, si une directive communautaire a été transposée correctement en droit interne ; à ce sujet U. HÄDE (supra note 63), p. 936 s.

⁸² Dans ce sens A. THIELE (supra note 63), p. 716 s.

⁸³ C. DEGENHART (note 79), p. 1212.

tières qui, avant la réforme de 2006, relevaient des compétences concurrentes sont maintenant de la compétence législative exclusive de la Fédération.

Dans toutes les matières énumérées à l'article 74 al. 1 LF qui ne relèvent d'aucune des deux nouvelles sortes de compétences concurrentes, le régime antérieur à la réforme continue d'être appliqué. La Fédération ne peut donc adopter une loi dans ce domaine que lorsque et dans la mesure où une réglementation législative fédérale est nécessaire pour réaliser des conditions de vie équivalentes dans toute l'Allemagne ou pour préserver, dans l'intérêt de l'ensemble de l'État, l'unité juridique ou économique. Parmi les matières en cause figurent par exemple le droit de séjour et d'établissement des étrangers⁸⁴, la réglementation des allocations de formation et la promotion de la recherche scientifique⁸⁵, la plupart des questions ayant trait à la santé publique⁸⁶, la circulation routière⁸⁷, la responsabilité publique⁸⁸, la création médicalement assistée de la vie humaine, l'analyse et la manipulation des informations génétiques et les règles relatives à la transplantation d'organes et de tissus⁸⁹ ainsi que la plupart des questions réglées par le droit économique⁹⁰ ; l'adoption de lois fédérales relatives à la responsabilité publique est soumise, en vertu de l'article 74 al. 2 LF, à l'approbation du Bundesrat. Lorsque, dans une de ces matières, la nécessité d'une réglementation législative fédérale n'existe plus, des lois fédérales dans cette matière peuvent être remplacées par des lois des Länder à condition qu'une loi fédérale en dispose ainsi⁹¹. En cas d'absence d'une telle loi fédérale, le Bundesrat, tout gouvernement d'un Land ainsi que toute représentation du peuple d'un Land peuvent demander au Bundesverfassungsgericht de constater qu'il n'y a plus de nécessité au sens de l'article 72 al. 2 LF, la constatation du Bundesverfassungsgericht substituant la loi fédérale⁹².

3. Les compétences législatives (exclusives) des Länder

L'article 70 LF, règle générale de la répartition des compétences législatives, n'étant pas changé, les Länder ont toujours le droit de légiférer dans toutes les matières qui ne relèvent pas des compétences législatives – soit exclusives, soit concurrentes – de la Fédération ; ce droit de légiférer est une compétence exclusive des Länder. La réforme de 2006 ne s'est pas limitée à transférer certaines matières d'un article de la Loi fondamentale à un autre et de modifier, dans certaines matières relevant des compétences concurrentes de la Fédération, les conditions d'exercice de ces dernières. On a en outre éliminé certaines matières de la liste de l'article 74 al. 1 LF de sorte que ces matières – et d'autres qui figuraient aux listes des articles 74a et 75 LF abrogés – relèvent, depuis la réforme, de la compétence législative des Länder. Ceci est vrai par exemple pour le droit de réunion⁹³, le statut général de la presse⁹⁴ et certaines

⁸⁴ Article 74 al. 1 n° 4 LF.

⁸⁵ Article 74 al. 1 n° 13 LF.

⁸⁶ Article 74 al. 1 n° 19 LF.

⁸⁷ Article 74 al. 1 n° 22 LF.

⁸⁸ Article 74 al. 1 n° 25 LF.

⁸⁹ Article 74 al. 1 n° 26 LF.

⁹⁰ Article 74 al. 1 n° 11 LF. Certaines matières du droit économique relèvent désormais de la compétence des Länder ; cf. infra (texte avant note 95).

⁹¹ Article 72 al. 4 LF (avant la réforme : article 72 al. 3 LF).

⁹² Article 93 al. 2 (nouveau) LF.

⁹³ Avant la réforme : article 74 al. 1 n° 3 LF.

⁹⁴ Avant la réforme : article 75 al. 1 n° 2 LF.

matières du droit économique, notamment les heures d'ouverture des magasins et le régime juridique des restaurants ainsi que des foires et expositions⁹⁵. De plus, les Länder disposent maintenant de la compétence législative pour le régime pénitentiaire⁹⁶ ainsi que pour les traitements, promotions et pensions de leurs fonctionnaires et de leurs juges⁹⁷. Ceci a causé bon nombre de commentaires critiques de la doctrine qui évoquaient le risque d'un « *race to the bottom* », donc d'une « course vers le bas »⁹⁸.

4. Dispositions transitoires

Une modification de la répartition des compétences législatives aussi profonde que celle effectuée par la réforme de 2006 requiert des dispositions transitoires qui déterminent les effets juridiques des lois adoptées en conformité avec la répartition initiale des compétences mais qui, du fait de la modification, ne sont plus conformes à la nouvelle répartition des compétences. A ce sujet, l'article 125a LF prévoit, en tant que règle générale, que de telles lois restent en vigueur mais qu'elles peuvent être substituées par des lois adoptées par le législateur qui, en vertu de la nouvelle répartition des compétences, a le droit de légiférer dans la matière en cause⁹⁹.

B. – Les autres modifications importantes

L'adaptation de la répartition des compétences législatives a été accompagnée par une modification de l'article 84 al. 1 LF visant une réduction du nombre des lois soumises à l'approbation du Bundesrat (1.). En outre, la réforme a interdit à la Fédération d'obliger directement les collectivités locales à exécuter les lois fédérales (2.) ; elle a, enfin, réparti les responsabilités internes en cas de violations du droit communautaire et du droit international public (3.)¹⁰⁰.

1. Modification de l'article 84 al. 1 LF

La réforme n'a pas modifié la règle générale de l'article 84 al. 1 LF selon laquelle les Länder, lorsqu'ils exécutent les lois fédérales au titre de leur compétence propre, déterminent l'organisation des administrations et la procédure administrative. Toutefois, la Fédération peut désormais en disposer autrement par une loi fédérale sans que l'approbation du Bundesrat soit nécessaire. Il n'est pas surprenant que les Länder n'étaient pas prêts à renoncer à une partie aussi importante de leur influence sur la législation fédérale sans contrepartie : la compétence d'adopter des dispositions dérogeant à la loi fédérale en la matière. Cette compétence est comparable à celle dont les Länder disposent, depuis la réforme, dans certaines matières relevant des compétences concurrentes de la Fédération et suscite les mêmes observations critiques¹⁰¹. L'article 84 al. 1 LF réserve d'ailleurs à la Fédération le droit d'interdire aux Länder de

⁹⁵ Avant la réforme : article 74 al. 1 n° 11 LF.

⁹⁶ Avant la réforme : article 74 al. 1 n° 1 LF.

⁹⁷ Avant la réforme : notamment article 74a al. 1 LF.

⁹⁸ A. THIELE (supra note 63), p. 715 et 717 s.

⁹⁹ Pour les lois adoptées en vertu de l'ancien article 75 LF ou en vertu de l'article 84 al. 1 LF dans sa version en vigueur avant la réforme, l'article 125b LF prévoit un régime transitoire spécifique.

¹⁰⁰ La réforme a modifié également certaines dispositions ayant trait aux rapports financiers entre la Fédération et les Länder ; il s'agit notamment des articles 91a et 91b LF (tâches communes) ainsi que de l'article 104a LF (répartition des dépenses entre la Fédération et les Länder). Elle a, en outre, consacré le statut de Berlin en tant que capitale de la République fédérale d'Allemagne (article 22 al. 1 LF).

¹⁰¹ Cf. supra A. 2.

déroger aux lois fédérales relatives à la procédure administrative à condition qu'il y ait un « besoin extraordinaire »¹⁰² d'une réglementation fédérale. L'exercice de ce droit est pourtant soumis à l'approbation du Bundesrat.

2. *Interdiction à la Fédération d'obliger directement les collectivités locales à exécuter les lois fédérales*

Avant la réforme de 2006, il n'était pas exclu que la Fédération détermine, dans les lois fédérales, que celles-ci devaient être exécutées par les collectivités locales, notamment les communes. A la différence des Constitutions de certains Länder¹⁰³, la Loi fondamentale n'oblige pas la Fédération à mettre à la disposition des collectivités locales les moyens financiers nécessaires pour l'exécution des lois fédérales¹⁰⁴. Dans la mesure où la Fédération déterminait que les lois fédérales devaient être exécutées par les collectivités locales, celles-ci disposaient alors de moins en moins de moyens financiers pour accomplir leurs propres tâches¹⁰⁵. Cette situation problématique a conduit les auteurs de la réforme à modifier aussi bien l'article 84 al. 1 que l'article 85 al. 1 LF qui comprennent désormais une interdiction expresse de déterminer, dans une loi fédérale, que cette loi doit être exécutée par les collectivités locales. Celles-ci ne peuvent donc être obligées d'exécuter une loi fédérale qu'en vertu d'une loi d'un Land. Elles ont déjà profité de la modification ; en effet, le Président fédéral, M. Köhler, a refusé récemment de signer une loi, estimant que celle-ci obligeait les collectivités locales d'en exécuter certaines dispositions¹⁰⁶.

3. *Répartition des responsabilités internes en cas de violations du droit communautaire et du droit international public*

Enfin, la réforme a été l'occasion d'insérer, dans la Loi fondamentale, des dispositions déterminant les règles fondamentales de l'attribution des responsabilités internes en cas de violations du droit communautaire et du droit international public. Ainsi, s'agissant de mesures prises par la Communauté européenne (CE) en vertu de l'article 104 du traité CE en cas d'un déficit public excessif de la République fédérale d'Allemagne, l'article 109 al. 5 LF prévoit que la Fédération doit payer 35% des sommes dues à la CE tandis que les autres 65% seront payés par les Länder. Une partie (35%) du montant dû par les Länder est payée par l'ensemble de ceux-ci, la répartition entre les différents Länder étant déterminée en fonction de l'importance de leur population. Le reste (à savoir 65%) ne doit être payé que par les Länder qui ont contribué au déficit public excessif, ceci dans la mesure où ils y ont contribué. L'application de ce dernier critère se révélera sans doute problématique en pratique ; on doit s'attendre à ce que l'évaluation de la contribution d'un Land au déficit public excessif soit conduite de manière politique, plutôt qu'en vertu de raisonnements économiques ou juridiques¹⁰⁷.

En ce qui concerne d'autres sanctions de caractère financier imposées pour des violations du droit communautaire ou du droit international public – on doit penser notamment au paiement de sommes forfaitaires ou d'astreintes infligées par la Cour de justice des Communautés européennes en vertu de

¹⁰² On doit se demander si l'emploi du terme « besoin » vise à soustraire cette condition au contrôle du Bundesverfassungsgericht ; dans ce sens U. HÄDE (supra note 63), p. 934. Cf., dans ce contexte, supra I. A. 2. a).

¹⁰³ A titre d'exemple, l'article 85 al. 2 de la Constitution de la Saxe.

¹⁰⁴ En revanche, la Loi fondamentale détermine, à l'article 104a, dans quelle mesure la Fédération doit mettre à la disposition des Länder les moyens financiers nécessaires pour l'exécution des lois fédérales par ceux-ci.

¹⁰⁵ A ce sujet, J. IPSEN (supra note 63), p. 2802.

¹⁰⁶ Cf. communiqué de presse de la Présidence fédérale du 8 décembre 2006.

¹⁰⁷ On a essayé toutefois de préciser les modalités de la détermination de ce critère ; cf. article 2 de la Loi relative à la répartition interne de dépôts ne portant pas intérêt et d'amendes en vertu de l'article 104 du traité CE.

l'article 228 al. 2 du traité CE et aux satisfactions équitables qui peuvent être accordées par la Cour européenne des Droits de l'Homme en vertu de l'article 41 de la Convention européenne des Droits de l'Homme –, la répartition des responsabilités internes se fait, de manière générale, en fonction de la répartition des compétences entre la Fédération et les Länder. Ainsi, c'est l'entité dont le comportement est à l'origine de la violation du droit communautaire ou du droit international public qui doit payer les sanctions qui en résultent.

Conclusion

La réforme du fédéralisme allemand était avant tout la tentative de simplifier la répartition des compétences législatives et de rendre plus facile et efficace la procédure d'adoption des lois. Elle n'était sans doute pas la panacée qui aurait résolu tous les problèmes du fédéralisme allemand. Loin de cela, elle n'était que le début d'une série de réformes en cours. En effet, une nouvelle commission a été instituée le 8 mars 2007 pour rédiger un projet de réforme du système financier fédéral¹⁰⁸. On s'attend à des négociations encore plus longues et plus laborieuses que pour la réforme de 2006. Entre-temps, la troisième phase de la réforme apparaît déjà à l'horizon : la réorganisation territoriale des Länder¹⁰⁹. Tout cela rassemble fortement au travail de Sisyphe. Espérons alors que tous ceux qui y participent s'en tiennent à Albert Camus...

¹⁰⁸ Certaines questions ayant trait aux rapports financiers entre la Fédération et les Länder ont déjà été réglées par la réforme de 2006 ; cf. supra note 100. Les questions qui doivent être résolues par la deuxième phase de la réforme du fédéralisme allemand sont abordées par F. EKARDT et D. BUSCHER, *Föderalismusreform II : Reform der Finanzbeziehungen von Bund, Ländern und Kommunen*, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2007, p. 89-98 ; U. HÄDE (supra note 63), p. 939 s.

¹⁰⁹ Cf. à ce sujet et ses rapports avec la réforme du système financier fédéral P. KOENIG, *La Bavière et le fédéralisme aujourd'hui*, Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande 2006, p. 419 (428). – L'article 29 LF prévoit expressément la possibilité d'réorganisation territoriale des Länder, rendant nécessaire toutefois l'approbation par votation populaire. Une tentative de fusionner Berlin et le Brandebourg a échoué en 1996 à cause du refus de l'approbation au Brandebourg.