

Droit général de l'Union Européenne :

l'ordre juridique de l'Union Européenne

Leçon 4 : La portée vis-à-vis de l'ordre juridique des États membres

Marc BLANQUET

Table des matières

Section 1. L'autonomie du droit de l'Union européenne.....	p. 3
§ 1. Importance.....	p. 3
§ 2. Signification.....	p. 3
§ 3. Dimensions.....	p. 4
Section 2. L'intégration immédiate de l'Union européenne.....	p. 5
§ 1. Problématique générale.....	p. 5
§ 2. L'intégration immédiate des différentes sources du droit de l'Union.....	p. 6
A. Le cas du droit primaire : la neutralisation du dualisme.....	p. 6
B. Le cas du droit dérivé : la prohibition du dualisme.....	p. 7
Section 3. La primauté du droit de l'Union européenne.....	p. 8
§ 1. Le principe communautaire classique de la primauté.....	p. 8
A. Le fondement de la primauté.....	p. 8
1. La démonstration.....	p. 9
a) Les arguments de logique d'ensemble.....	p. 9
1°) L'intégration immédiate.....	p. 10
2°) Les limitations de compétence et les transferts d'attribution.....	p. 10
3°) L'uniformité de force exécutive du droit communautaire.....	p. 10
b) Les arguments particuliers d'ordre logique.....	p. 11
c) Les adjuvants textuels de droit primaire.....	p. 11
2. La conclusion.....	p. 12
a) L'identification du fondement.....	p. 12
b) L'affirmation du caractère existentiel.....	p. 12
3. La situation actuelle.....	p. 13
a) Primauté et prééminence.....	p. 13
b) Maintien du caractère essentiel et nouvel argument formel implicite.....	p. 13
c) Refonte des arguments d'égalité et de coopération loyale.....	p. 14
d) Le nouvel argument : l'article 19 TUE.....	p. 14
B. La portée de la primauté.....	p. 15
1. Une portée générale.....	p. 15
a) Elle bénéficie à l'ensemble des actes de droit de l'Union.....	p. 15
b) Elle s'impose à tous les actes de droit interne.....	p. 16
1°) Quelle que soit la nature de l'acte national.....	p. 16
2°) Qu'il soit antérieur ou postérieur à l'acte communautaire impliqué.....	p. 17
3°) Quel que soit le domaine du droit national concerné.....	p. 17
2. Une portée interne.....	p. 17
a) Problématique générale.....	p. 17
b) Le rôle des juges nationaux.....	p. 18
c) Implications particulières.....	p. 19
3. Une portée raisonnée.....	p. 21
a) L'exception des considérations impérieuses de sécurité juridique.....	p. 22
b) La protection proportionnée de l'identité nationale.....	p. 22
c) Les situations exceptionnelles en matière de droits fondamentaux.....	p. 24
§ 2. La primauté du droit de l'Union sur le droit français.....	p. 26
A. Droit de l'Union et actes administratifs.....	p. 26
B. Droit de l'Union et actes législatifs.....	p. 27

C. Droit de l'Union et Constitution française.....	p. 31
1. Problématique générale.....	p. 31
2. Le contrôle du Conseil constitutionnel.....	p. 32
a) la période classique : l'indifférenciation.....	p. 32
b) L'approche spécifique : 2004.....	p. 33
c) La systématisation : 2006.....	p. 34
1°) Quant à son origine.....	p. 35
2°) Quant à son contenu.....	p. 35
3°) Quant à sa signification.....	p. 36
4°) Quant à sa pratique.....	p. 37
3. La position du Conseil d'Etat.....	p. 39
a) L'ambiguïté.....	p. 39
b) La provocation.....	p. 39
c) La logique de la coopération juridictionnelle.....	p. 40
1°) Premier point : 2007, l'adoption de la nouvelle logique.....	p. 40
2°) Second point : 2021, la sophistication de la nouvelle logique.....	p. 41
4. L'ouverture de la Cour de cassation.....	p. 43
5. La QPC (Question prioritaire de constitutionnalité) et le droit de l'Union européenne.....	p. 44

Il faut examiner la situation juridique du droit de l'Union européenne et considérer le phénomène dont les précédents items présentaient la structure, statiquement, dans une perspective désormais dynamique.

L'essentiel consiste bien sûr à apprécier la portée juridique de ce droit de l'Union européenne ; il faudra aussi souligner son autorité, par l'étude des instruments contentieux spécifiques en assurant le respect, au-delà de la mission principale des juges des États membres à cet égard. Ce sera l'objet des leçons 6 à 8.

Apprécier cette portée revient à envisager le phénomène de l'intégration dans son fonctionnement, dans son jeu, et la clarté exige ici de distinguer deux problématiques :

- il faut d'abord déterminer les paramètres gouvernant les relations entre l'ordre juridique européen et l'ordre juridique des États membres, les relations d'ordre juridique à ordre juridique ;
- il faut ensuite préciser cette portée vis-à-vis des particuliers, des personnes physiques ou morales qui sont aussi des sujets du droit de l'Union (cf. leçon n° 5).

La présente leçon porte sur le premier aspect : la portée du droit de l'Union vis-à-vis de l'ordre juridique des États membres.

La jurisprudence de la Cour de Justice permet d'identifier les principes définissant les relations qui s'établissent dans un ensemble intégré entre l'ordre juridique du « tout » et l'ordre juridique des composantes : parce qu'il est « *issu d'une source autonome* » arrêt du 15 juillet 1964, Costa, aff. n° [6/64](#), Rec. 1141), le droit communautaire « *fait partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des états membres* » (arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, aff. n° [106/77](#), Rec. 629).

Le droit de l'Union européenne bénéficie donc vis-à-vis de l'ordre juridique des États membres d'une autonomie, d'une intégration immédiate, et de la primauté.

Section 1. L'autonomie du droit de l'Union européenne

§ 1. Importance

Dès lors que le droit de l'Union est reconnu comme constituant un véritable ordre juridique, il ne peut exister en tant que tel qu'en vertu d'une autonomie vis-à-vis de l'ordre juridique des États membres.

Cet aspect existentiel se manifeste par l'invocation de l'autonomie dès que sont en cause les caractéristiques de base du droit communautaire, qu'il s'agisse de son effet direct (CJCE, 05 février 1963, Van Gend en Loos, aff n° 26/62, Rec. 3) ou de sa primauté (arrêt Costa précité).

Exemple

Ce fut également le cas, plus récemment, avec l'arrêt Kadi du 3 septembre 2008 (aff. [C-402/05P](#) et [315/05P](#), cf. leçon n° 3, pour positionner l'ordre juridique de l'Union vis-à-vis de l'ordre international : « *Le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne peut pas porter atteinte* ».

§ 2. Signification

Ceci signifie que l'ordre juridique européen est un ordre propre, « **distinct de celui des États membres** » (arrêt Costa précité), que le droit communautaire est « **issu d'une source autonome** » (arrêt Costa) et est « **indépendant des États membres** » (arrêt Van Gend en Loos précité) malgré l'intégration : il n'y a, en effet, aucune contradiction à présenter l'ordre communautaire comme à la fois distinct des ordres nationaux et formant une partie intégrante de ces derniers. Le droit communautaire devient **une source de droit national, mais en tant que droit de l'Union européenne**, avec ses caractéristiques propres. L'intégration

sans autonomie se traduirait par une sorte de dilution du droit communautaire dans les différents systèmes nationaux et il ne pourrait que perdre « *son âme* », c'est à dire ses caractéristiques propres, spécifiques. Il faut donc comprendre cette autonomie comme **une protection de l'intégrité du droit communautaire** et non comme la manifestation d'une quelconque séparation, distanciation des ordres juridiques. Cette intégrité-autonomie du droit de l'Union prohibe tout conditionnement juridique d'origine nationale, qu'il s'agisse d'un conditionnement de la validité, des effets ou de l'interprétation du droit communautaire. On peut d'ailleurs noter la mise en place du renvoi préjudiciel (cf *infra*) destiné à garantir l'uniformité du droit de l'Union par le monopole de la Cour de Justice en matière d'interprétation et d'appréciation de validité de ce droit.

§ 3. Dimensions

On peut en dégager deux, dont la première se subdivise en deux composantes :

- **L'autonomie de validité et d'effectivité** signifie que **la validité du droit communautaire, ainsi que ses effets dans l'ordre juridique des États membres ne sauraient être affectés par des sources de droit national, qu'il s'agisse de sources écrites ou de principes généraux (ou fondamentaux), quand bien même ces sources auraient rang constitutionnel**. La Cour l'a clairement affirmé dans l'arrêt du 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*, aff n° 11/70, Rec. 1125 : la validité du droit communautaire « *ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire* ». La Cour insiste, dans cette décision, sur le fait que l'éventuelle atteinte aux droits fondamentaux formulés par une Constitution nationale, ou aux principes structurels de cette Constitution ne saurait affecter ni la validité d'un acte droit communautaire, ni son effet sur le territoire de l'État membre considéré.
- **L'autonomie d'interprétation** concerne la signification à retenir pour les notions de droit communautaire, c'est à dire ses « *qualifications juridiques* », lorsqu'il attache certaines conséquences juridiques à une qualification. Là encore, il n'y a pas de revendication excluant a priori la référence aux systèmes des États membres pour interpréter un concept communautaire : ce serait là, en effet, une démarche liée à une idée de **séparation des ordres juridiques**, idée qui n'inspire pas, on l'a souligné, le principe d'autonomie. Il est cependant évident qu'un renvoi de principe aux contextes nationaux ne peut que donner des traductions spécifiques aux concepts communautaires, et donc doter le droit communautaire d'une « *géométrie variable* », d'une portée aléatoire incompatible avec sa nature et sa raison d'être.

S'il n'est donc pas exclu que le droit communautaire renvoie explicitement, pour telle ou telle notion, au sens retenu par les droits nationaux, ce ne sera pas le principe, ce dernier étant donc que les notions du droit communautaire ont une dimension, une portée communautaire (pour qu'elle soit vraiment commune), c'est à dire que leur sens est défini par le droit communautaire lui-même.

Exemple

Les notions utilisées par le traité de Rome, comme « *travailleur* », « *taxe d'effet équivalant à des droits de douane* », « *mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives* », ou « *juridiction* » ont fait l'objet d'une définition dont la Cour de justice a souligné le caractère nécessairement communautaire.

On comprend aisément que si le traité donne certains droits (de séjour, d'accès à l'emploi, de libre circulation...) aux « *travailleurs* », et si les États membres ne retiennent pas exactement la même définition pour cette notion (l'un exigeant par exemple un minimum d'heures de travail pour être un travailleur), ceci reviendrait à faire varier la portée de la libre circulation des travailleurs selon les États, et ceci aboutirait de surcroît à ériger des obstacles face à ce régime de libéralisation.

Section 2. L'intégration immédiate de l'Union européenne

Il faut prendre la mesure de **la problématique générale**, avant de distinguer **les différents cadres** (selon les types d'actes de droit communautaire) dans lesquels va jouer ce principe.

§ 1. Problématique générale

Cette intégration dans l'ordre juridique des États membres signifie que la relation entre l'ordre juridique de l'Union européenne et celui des États membres est **de type résolument moniste**. Il n'y a pas place en droit de l'Union pour le débat opposant dans la théorie du droit international les monistes, voyant une continuité entre l'ordre juridique international et les ordres étatiques, aux dualistes qui marquent une étanche séparation entre les deux. On peut revenir sur ce débat, déjà abordé dans la leçon n° 1 à titre introductif.

Les monistes, au nombre desquels on distinguera Hans Kelsen, ou Georges Scelle, permettent de déduire de leur conception l'absence de toute formalité (sinon la publicité pour rendre les normes opposables aux particuliers) pour que les normes d'origine externe, internationale produisent des effets juridiques dans les ordres internes.	
--	--

Remarque

C'est là la seule conclusion inéluctable de cette conception, même si d'aucuns estiment que le monisme implique obligatoirement la primauté du droit externe sur le droit interne : c'est là oublier que certains théoriciens incontestablement monistes trouvent l'unité entre les deux types d'ordres juridiques en ce qu'ils émanent tous deux de l'activité de l'État (l'ordre international correspondant à l'activité internationale de l'État), ce qui les amène logiquement à concilier monisme et primauté de l'ordre étatique (Jellinek par exemple). C'est oublier aussi que Kelsen lui-même ne conclut à la primauté du droit international qu'après avoir hésité, et essentiellement pour des raisons pratiques (cette primauté étant nécessaire au développement du droit international).

	En revanche, donc, les dualistes (Triepel en Allemagne, Anzilotti en Italie) considèrent qu'une norme internationale ne peut avoir un effet interne qu'après avoir été <i>transformée</i> en source de droit interne, par une mesure de réception .
--	---

Le problème de hiérarchie entre le droit externe et le droit interne est alors évacué plutôt que réglé, puisqu'il se transforme en un problème purement interne, dont l'élément déterminant sera la nature et la force juridique de l'acte de réception (habillage interne de l'acte d'origine internationale). Si la théorie du droit international préconise le monisme, le droit international ne l'impose pas, ce qui partage les divers États en fonction de leur choix de l'approche moniste ou de la conception dualiste. On peut aussi considérer que cette latitude des États est en phase avec le caractère parfois considéré comme « *platonique* » de la supériorité du droit international, dans la mesure où l'effectivité interne de ce droit dépend entièrement des États. Quoi qu'il en soit, il se trouve qu'appartiennent aux Communautés européennes, et depuis le début, des États de tradition moniste (France...) et des pays dualistes (Italie et Allemagne, mais aussi Royaume-Uni, Danemark, Irlande...).

A la différence du droit international cependant, **le droit communautaire n'est pas indifférent à la manière dont les États membres conçoivent leur « rapport à la Communauté »**. Par nature, comme a pu l'écrire

excellamment Guy Isaac, le droit communautaire « *postule le monisme* ». Les traités n'en posent cependant pas le principe expressément, sinon par des indices ponctuels, règlement directement applicable selon l'article 288 TFUE, ex-article 249 TCE, procédure de renvoi préjudiciel (article 267 TFUE, ex-article 234 TCE) entre le juge national et la Cour de Justice incompréhensible si le droit communautaire, en tant que tel, n'est pas applicable par le juge interne...

Exemple

C'est donc la Cour de justice, là comme ailleurs, qui a dû s'employer à poser ce principe essentiel : « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions » (arrêt Costa précité). Le droit communautaire fait « *partie intégrante... de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres* » (CJCE, 09 mars 1978, Simmenthal, aff. n° 106/77, Rec. 609).

C'est ce que l'on appellera **l'intégration immédiate du droit communautaire** (les expressions **d'applicabilité directe** ou **d'applicabilité immédiate** étant plus classiquement utilisées en doctrine), le terme d'**intégration** correspondant exactement à l'approche de la Cour dans ces arrêts de base et le terme **immédiate** pouvant être pris dans ses deux acceptions : intégration instantanée, et intégration sans mesure intermédiaire.

§ 2. L'intégration immédiate des différentes sources du droit de l'Union

Ce principe est particulièrement délicat à imposer quant au droit primaire, mais prend toute sa portée quant au droit dérivé et aux sources externes du droit communautaire.

A. Le cas du droit primaire : la neutralisation du dualisme

Les traités fondateurs, étant formellement des traités internationaux, sont entrés en vigueur dans les États dualistes, tels que l'Italie, selon des procédures imprégnées de dualisme et la Cour s'emploie simplement ici à ce qu'aucun raisonnement dualiste n'en soit déduit pour transformer les rapports entre le droit communautaire et le droit national en problématique purement interne (conflit entre loi nationale et droit communautaire assimilé à un conflit entre deux lois internes ou entre loi et Constitution). Ceci se traduit par une position réaliste de la Cour, admettant que les États membres déterminent les modalités de conclusion et d'entrée en vigueur des traités, mais refusant, en tout état de cause, de considérer que ces modalités vaudraient « *réception* » ou « *transformation* » en droit national.

La lecture dualiste de ces procédures pousse à transformer la problématique traité communautaire/loi nationale en une problématique interne (conflit entre deux lois si on considère que le traité a été introduit par une loi dans l'ordre interne, ou conflit entre la loi contraire et la Constitution, si le raisonnement est axé sur le fait que le traité est entré dans l'ordre interne conformément à la Constitution).

Dans les deux cas, il est évident que cette approche rend aléatoire l'effet du droit communautaire, puisque, dans le premier exemple, il est subordonné à l'abrogation de la loi contraire, pratique condamnée par la Cour : CJCE, 13 juillet 1972, Commission/Italie, aff. n° 48/71, Rec. 529, et dans le second, il est suspendu à une déclaration d'inconstitutionnalité de cette loi contraire (conception condamnée par la Cour de justice : CJCE, 09 mars 1978, Simmenthal, aff. n° 106/77, Rec. 629).

L'important est de ne pas négliger l'autonomie du droit communautaire : c'est en tant que droit communautaire, « *sous ses couleurs* » pourrait-on dire, et non en tant que droit national que le droit issu des traités communautaires doit être appliqué par les juges nationaux, CJCE, Ord., 22 juin 1965, San Michele, aff. n° 9/65, Rec. 1967, 35.

B. Le cas du droit dérivé : la prohibition du dualisme

La Cour est ici inflexible et proscriit vis-à-vis du droit dérivé toute procédure ressemblant de près ou de loin à une « *réception* » en droit national ; c'est sans aucune médiation nationale (même pas une publication) que les actes des institutions communautaires s'imposent dans les ordres juridiques des États membres.

Cette rigueur a pu déstabiliser les juristes de tradition dualiste, au point qu'ils ont parfois pu chercher une forme de réconfort dans des fictions juridiques telles que celle reposant sur l'idée d'une réception globale et anticipée de l'ensemble du droit communautaire qui aurait été opérée par le loi de ratification du traité.

Le cas du règlement ne paraît en rien ambigu, l'article 288 TFUE (ex art. 249 TCE, ex-article 189 TCEE) indiquant explicitement qu'il est « *directement applicable dans tout État membre* », ce qui signifie (même pour une interprétation des plus restrictives) qu'il s'intègre immédiatement dans l'ordre juridique des États membres.

Exemple

La Cour de justice, pourtant, a été obligée de souligner que ceci excluait, au-delà des procédures ouvertement dualistes, les formes « *déguisées* » de réception, telle qu'une reproduction du règlement dans une loi nationale, dans un but invoqué de clarification, et finalement de promotion des effets du règlement. Une telle procédure, dissimulant la nature communautaire de l'acte, ne pouvait qu'être condamnée, CJCE, 7 février 1973, Commission/Italie, aff. n° 39/72, Rec., 101.

L'intégration immédiate des décisions (qui appellent clairement des actes d'exécution des États membres), **et des accords externes de la Communauté n'a jamais soulevé de difficultés**, la conclusion communautaire et la publication à l'Officiel des Communautés étant, par exemple, suffisantes à l'égard de ces accords externes, mais la situation des directives était, a priori, plus délicate, en raison du relais de l'acte national de transposition.

On a déjà (cf. *supra*) pu souligner l'ambiguïté de ce terme, auquel la Cour préfère parfois celui d'acte d'« *exécution* » ; ceci peut être discuté dans la mesure où il pourrait y avoir confusion avec les actes pris pour se conformer à une directive, mais il est clair que cette « *mise en œuvre* » nationale n'a, en toutes hypothèses, aucune fonction de réception ou de transformation. Le contrôle de cet acte national qui peut être mené par le juge national, par rapport à la directive, prouve bien que celle-ci est intégrée par elle-même dans l'ordre interne.

Section 3. La primauté du droit de l'Union européenne

Cette primauté du droit communautaire sur le droit national a pu être présentée comme une condition existentielle pour le droit communautaire, qui ne peut être qu'un droit commun, uniforme dans son application, ce que seule sa primauté garantit vraiment.

Mais si la primauté est dans la logique des traités communautaires, elle n'est pas dans leur texte, et c'est donc la Cour de Justice, dans un arrêt fondamental (CJCE, 15 juillet 1964, Costa, aff. n° 6/64) qui a dû construire et imposer ce principe essentiel pour les relations entre l'ordre juridique communautaire et celui des États membres. Le traité constitutionnel clarifiait (plus qu'il ne changeait) la situation, prévoyant expressément (article I-6) que « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment les droit des États membres* ». Si certains ont vu là une innovation majeure, il faut relativiser. Ce ne serait une innovation que si la primauté n'existait pas sur fondement jurisprudentiel, et, justement, tout était fait pour présenter l'article I-6 comme une simple codification, confirmation de la jurisprudence. Ainsi, une « Déclaration » annexée au traité précisait sobrement que « *La Conférence constate que l'article I-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance* ».

Le traité modificatif de Lisbonne n'a pas retenu l'article établissant clairement cette primauté dans le texte fondamental lui-même mais reprend la « déclaration » (n° 17) accompagnée d'un avis du service juridique du Conseil.

« 17. Déclaration relative à la primauté : La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'UE, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence. En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent Acte final l'avis du Service juridique du Conseil sur la primauté tel qu'il figure au document 11197/07 (JUR 260) : "Avis du Service juridique du Conseil du 22 juin 2007 Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. À l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, Costa contre ENEL 1), la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice." ».

C'est donc toujours la doctrine communautaire de la primauté fondée sur la jurisprudence de la Cour qu'il faut présenter et l'on conservera ici ce qualificatif caractéristique de « communautaire ».

Cette origine jurisprudentielle et le caractère à certains égards maximaliste de la conception de la Cour expliquent les réticences de quelques juges nationaux, notamment le Conseil d'État français, qui ont eu du mal à s'aligner sur l'orthodoxie communautaire en la matière. On considère que le Conseil d'État n'a véritablement assuré la primauté du droit communautaire sur la loi française postérieure que depuis l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989. Il faudra donc, dans un second paragraphe, détailler la question de la primauté du droit de l'Union sur le droit français.

§ 1. Le principe communautaire classique de la primauté

Dans l'arrêt Costa, la Cour s'est employée à donner à la primauté à la fois un fondement solide et une portée maximale.

A. Le fondement de la primauté

L'important, avec l'arrêt Costa, n'est pas qu'il ait consacré la primauté du droit communautaire. Il ne pouvait en aller autrement. Mais **il est essentiel qu'il l'ait fait selon un raisonnement spécifique**, dès lors que ce raisonnement s'imposait, en l'absence de consécration par le droit primaire. Cette absence de fondement textuel offrait trois possibilités à la Cour : la solution internationale, la solution nationale, ou la **solution propre à l'ordre communautaire**.

Le droit international n'est, en effet, pas sans ressource. La Convention de Vienne, à ses articles 26 et 27, prévoit respectivement que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* », et qu'« *une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité* ». C'est là reprendre une règle de droit coutumier classiquement déclinée par les instances arbitrales et juridictionnelles internationales :

Exemple

« *c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles d'un traité* » (avis de la CPJI, 31 juillet 1930, « Communautés Greco-Bulgares », série A/B n° 37, p. 32) ; « *un État qui avait valablement contracté des obligations internationales (est) tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris* » (CPJI, 21 février 1925, Échanges de populations grecques et turques, avis consultatif, Série B, n° 10, p. 20) ; il faut dire que les lois nationales sont considérées, au regard du droit international, comme « *de simples faits, manifestation de la volonté des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives* » (arrêt du 25 mai 1926, intérêts allemands en Haute Silésie polonaise : série A, n° 7, p. 9; cf. aussi, en matière de décisions juridictionnelles internes, arrêt 15 septembre 1928, usine de Chorzow : série A, n° 17, p. 33-34). La portée d'une telle primauté, ne jouant certes que dans l'ordre international lui-même, est tout à fait générale : « *il est incontestable et incontesté que le droit international est supérieur au droit interne* » (Tribunal arbitral mixte France-Mexique dans l'affaire Georges Pinson (1928) ; arbitre Verzijl, R.S.A., V., p. 327), les choses pouvant être plus brutales : « *un traité est supérieur à la Constitution* » (sentence arbitrale du 26 juillet 1875 dans l'affaire du « Montijo » (Etats-Unis c/ Colombie) (Moore, International arbitrations, vol. 2, p. 1345).

Au bilan, une primauté certes générale, mais incomplète, puisque ne jouant que dans l'ordre international, et laissant dès lors les États libres d'en organiser la traduction juridique dans leur ordre interne.

La solution nationale aurait consisté à renvoyer aux dispositions constitutionnelles des États membres qui, justement, déterminent les conséquences nationales de l'autorité des traités internationaux (à l'image de l'article 55 de la Constitution française). On voit d'emblée l'impasse que cette solution constitue : la primauté du droit communautaire qui aurait pu en résulter aurait, certes, pu se prévaloir d'une base juridique solide mais aurait été limitée triplement dans sa portée, d'une part, en toute logique, ne pouvant jouer vis-à-vis de ces constitutions elles-mêmes, ensuite dépendant de ces dispositions et de leurs éventuelles réserves ou conditions (du type de la réserve de réciprocité), enfin variant selon les différentes solutions nationales : donc une primauté partielle, aléatoire et variable.

On comprend donc les enjeux de l'arrêt Costa où la Cour a dû pallier l'absence de formulation explicite de la primauté dans le traité en donnant à ce principe un fondement tel que sa portée puisse correspondre à ce qu'exige la nature et le fonctionnement même du système juridique communautaire.

1. La démonstration

Elle se déploie principalement sur le terrain des arguments logiques, au sens de l'hypothèse d'une logique d'ensemble du système communautaire intégré, d'ordre général ou particulier, avec l'appui de quelques arguments textuels complémentaires. La Cour invoque donc « les termes et l'esprit du traité ».

a) Les arguments de logique d'ensemble

1°) L'intégration immédiate

La Cour va rappeler le principe d'intégration immédiate du droit adopté en commun par les États membres, insistant très nettement sur le caractère objectif de la situation juridique, irréductible à l'intersubjectivité caractérisant les traités « ordinaires » : « *à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions* ». Les États membres ont donc « *créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes* », et il y a une « *intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire* ». La Cour met ici incontestablement en évidence le fait que les sources de droit communautaire sont immédiatement des sources de droit national dans les États membres (principe d'intégration immédiate), sans se référer explicitement à l'effet direct, sauf à considérer que le droit « applicable aux ressortissants » signifie « directement applicable » au sens de la création directe de droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Le raisonnement logique consiste ici à montrer l'incohérence qu'il y aurait à assurer la pénétration immédiate (dès l'entrée en vigueur du traité et on ajoutera sans aucune formalité dualiste de réception ou de transformation) du droit communautaire au sein même des ordres juridiques nationaux, si les sources nationales pouvaient faire obstacle à leur application.

2°) Les limitations de compétence et les transferts d'attribution

La Cour va lister une série de caractéristiques indéniables de la Communauté : durée illimitée, institutions propres, personnalité, capacité juridique, capacité de représentation internationale, et « plus particulièrement », « *pouvoir réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté* », pour en déduire que les États membres, en instituant celle-ci, « *ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains* ». On reconnaît là une formule de l'arrêt Van Gend en Loos précité. La Cour va revenir, dans la suite de l'arrêt Costa, sur cette idée et ajouter un détail, précisant qu'il s'agit d'une « *limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté* » (cf. aussi l'arrêt du 13 juillet 1972, Commission c/ Italie, 48/71, Rec. 529), ce qui est, d'une part, une avancée par rapport à l'arrêt Van Gend en Loos, l'étape suivante étant l'avis 1/91 (14 décembre 1991, Rec. I-6079), pour lequel « *les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains* ». On peut voir dans cette conclusion en termes de refus de l'acte unilatéral ultérieur une version « communautarisée » de la formule précédemment signalée et d'une eau toute internationale, tirant la même conclusion de l'acceptation préalable et sur base de réciprocité d'un traité.

La Cour insiste sur ce caractère irrévocable sans lequel les attributions de compétences à la Communauté n'auraient aucun sens, aucune portée véritable en ajoutant que « les obligations contractées dans le traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires », idée que l'on retrouvera dans l'arrêt Simmenthal (9 mars 1978, 106/77, Rec. 629, point 18), la Cour y invoquant « *le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres* ».

3°) L'uniformité de force exécutive du droit communautaire

La force exécutive du droit communautaire ne saurait « *varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité* ». C'est là un argument vraiment lié à la spécificité du projet communautaire, que la Cour a décliné sous de multiples formes, générales (« *L'autorité du droit communautaire ne saurait varier d'un État membre à l'autre, par l'effet des législations internes, quel qu'en soit l'objet, sans que soient mises en péril l'efficacité de ce droit et l'application uniforme qu'il doit recevoir dans l'ensemble des États membres et à l'égard de tous les destinataires des dispositions en cause* » (arrêt du 6 décembre 1977, Maris, 55/77, Rec. 2327), ou particulières (« *Les organisations communes des marchés agricoles ne peuvent remplir leurs fonctions que si les dispositions auxquelles elles donnent lieu sont appliquées de manière uniforme dans tous les États membres* » (arrêt du 26 octobre 1972, Vereenigde

Oliefabrieken c/ Produktschap voor Margarine, Vetten en Olien, 26/72, Rec. 1031). La construction logique est assez simple : les règles adoptées en commun pour assurer le fonctionnement de l'espace communautaire en tant que marché commun ou unique doivent s'appliquer de manière uniforme dans tous les États membres sous peine de recréer des barrières entre eux, et de faire perdre tout sens à la notion même de marché commun et de droit communautaire ; or la seule garantie absolue qu'une règle commune s'appliquera partout de la même manière est d'empêcher qu'un obstacle (une règle nationale) vienne affecter dans tel ou tel des États membres, l'application de ladite règle. Seule la primauté peut donc garantir cette uniformité.

b) Les arguments particuliers d'ordre logique

Trois arguments plus particuliers cherchent à emporter l'adhésion sur ce terrain de la logique. Deux relèvent de la même idée : dès lors que le droit d'agir unilatéralement (c'est-à-dire en poursuivant un objectif purement national) est parfois prévu dans le traité mais en vertu d'une clause spéciale précise (par exemple l'article 223 TCEE autorisant les États à ne pas fournir de renseignement dont la divulgation serait contraire à leur sécurité et à prendre les mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité en matière de production ou de commerce des armes notamment) ; dès lors, que, en second lieu et selon un modèle comparable, des possibilités de dérogation aux obligations leur incombant sont offertes aux États membres, mais en suivant une procédure d'autorisation particulière.

Exemple

Par exemple la possibilité pour un État de prendre des mesures de protection en matière de mouvements de capitaux en cas de risque de perturbation (art. 73), ou, pendant la période de transition, l'autorisation de prendre des mesures de sauvegarde en cas de difficultés graves et susceptibles de persister dans un secteur économique (art. 226), ces procédures spécialement organisées seraient sans objet si un État membre pouvait se dispenser de respecter le droit communautaire en adoptant simplement une loi contraire.

La Cour note en troisième lieu que « *la prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables dans tout État membre » ; que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve, serait sans portée si un État pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires* ». L'argument pourrait cependant être retourné et être mobilisé au service de la thèse d'une primauté restreinte à ces seuls instruments pour lesquels le traité prévoit explicitement le caractère contraignant et l'applicabilité directe.

c) Les adjuvants textuels de droit primaire

La Cour appuie son argument lié à l'invariabilité de la force exécutive du droit communautaire sur deux articles du traité, la variation de cette force exécutive mettant « *en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5 (2)* », et provoquant « *une discrimination interdite par l'article 7* ».

L'article 5 2ème alinéa (repris aujourd'hui par l'article 4 §3 3° alinéa *in fine* TUE) disposait que les États membres « *s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ». On comprend la logique de la référence, mais pour autant il semble excessif d'affirmer qu'en vertu de l'arrêt Costa, la « *primauté (d'application) constatée par la Cour... se trouve plus particulièrement exprimée à l'article 5 du traité CEE* » (Conclusions Reischl, sous l'arrêt du 27 mars 1980, Denavit italiana Srl., 61/79, Rec. 1205, cf. spéc. p. 1232), ou plus directement encore que « *la primauté du droit communautaire sur les ordres nationaux a été fondée par la Cour sur l'article 5* » (G.-M. Ubertazzi, « L'impact du droit communautaire sur le procès pénal interne », RTDE 1975, p. 196). C'est là confondre deux principes cohérents mais distincts, celui de primauté et celui de coopération loyale. Le premier joue en cas de conflit de normes et assure une solution devant le juge national, alors que le second peut simplement conduire à la condamnation d'un État membre pour manquement, mais dans des hypothèses, il est vrai, plus larges, puisque même sans acte national contraire au droit communautaire, il pourra suffire qu'un État membre ait une attitude « *dont la généralisation ... pourrait avoir des conséquences préjudiciables* » pour le budget communautaire, pour qu'il soit condamné pour violation de ce devoir de loyauté (arrêt du 15 janvier 1986, Hurd, 44/84, Rec. 29). En somme, deux

principes assurant tous deux l'autorité du droit de l'Union et la prévalence de l'intérêt commun, mais avec des conséquences, des fonctions, et un champ d'application différents.

La référence au **principe de non-discrimination** est encore moins convaincante, qui semble considérer que la situation différenciée qui résulterait de ce qu'une norme communautaire s'appliquerait intégralement dans un État membre A, alors qu'elle serait entravée par un acte contraire dans un État membre B provoquerait une discrimination en raison de la nationalité. Encore faudrait-il que la situation juridique résultant, dans l'État membre B, de l'acte contraire, ne soit pas la même pour les ressortissants de cet État et ceux relevant d'autres États membres, ce qui n'est pas inéluctable.

2. La conclusion

La Cour va embrasser sans distinction tous les arguments évoqués pour conclure par une formule cardinale d'une exceptionnelle densité : *« il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »*. Le fondement même de la primauté est ici identifié, et joint à l'affirmation non négligeable du caractère existentiel du principe.

a) L'identification du fondement

La Cour, comme dans la plupart de ses arrêts importants, rappelle l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, mais le fondement précis donné à la primauté n'est autre que la « nature spécifique originale » de cet ordre juridique, ce qui peut susciter trois degrés d'appréciation. En premier lieu, il faut admettre que l'objectif visé, consistant à identifier un fondement « communautaire » ou plus exactement qui ne soit ni national (ce qui impliquerait une primauté partielle, aléatoire et variable), ni international (ce qui aurait lié la primauté du droit communautaire à celle, générale mais incomplète, du droit international), est indiscutablement atteint. La seconde réaction pourrait être plus négative, et l'a été parfois, au double sens où la Cour pourrait apparaître comme ayant abouti à une solution « de facilité » (le droit communautaire bénéficie de la primauté car il est dans sa nature même de bénéficier de la primauté), ou une solution extrême, générale, parfois ressentie comme traduisant une vision « impérialiste » du droit communautaire. Un troisième degré d'examen montre cependant la pertinence de la vision : c'est bien l'originalité du projet spécifique communautaire, projet d'intégration juridique, projet de constitution d'un marché commun, qui interdit d'envisager toute atteinte au jeu des règles communes ; le droit international en tant que tel peut s'accommoder d'une primauté limitée dans sa traduction au seul ordre juridique international, mais le projet communautaire n'aurait plus de sens si les États membres pouvaient moduler unilatéralement l'application des règles communes, et n'encourraient ce faisant qu'un possible constat de manquement prononcé par la Cour. Cette spécificité est donc inséparable d'une autre dimension, qui apparaît nettement : le caractère existentiel de la primauté pour le droit communautaire.

b) L'affirmation du caractère existentiel

Il ne s'agit pas simplement de souligner l'importance du principe (« principe fondamental de la primauté de l'ordre juridique communautaire », arrêt du 10 octobre 1973, Variola, 34/73, Rec. 981), mais son caractère véritablement existentiel. L'adjectif est souvent associé à la plume, autorisée s'il en fut, de Pierre Pescatore (*Le droit de l'intégration*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », réimpr. 2005, p. 85). C'est en effet ce type d'enjeu que révèle clairement la formulation de l'arrêt Costa, selon laquelle l'absence de primauté du droit communautaire ferait perdre à celui-ci « son caractère communautaire » et mettrait en cause « la base juridique de la Communauté elle-même ». La Cour le répétera solennellement dans l'arrêt Simmenthal (arrêt du 9 mars 1978, 106/77, Rec. 629), avec la mise « en question des bases mêmes de la Communauté », et les différentes variantes utilisées pour rendre compte de l'impossibilité absolue d'accepter que des mesures nationales entravent l'application des règles communes sont de la même veine : ce serait « contraire à la nature » du système (arrêt du 13 février 1969, Walt Wilhelm, 14/68, Rec. 15), « incompatible avec les exigences

inhérentes à la nature même du droit communautaire » (arrêt du 19 juin 1990, Factortame, C-213/89, Rec. I-2433). Si la Cour, dans l'arrêt Costa, refuse qu'un Etat membre fasse prévaloir un acte ultérieur vis-à-vis du traité en invoquant à la fois le respect de la réciprocité et de la notion de Communauté, la jurisprudence ultérieure abandonnera la réciprocité pour la notion de solidarité mais conservera la dimension existentielle : « le fait, pour un État, de rompre unilatéralement, selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de son appartenance à la Communauté » est un « manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les États membres du fait de leur adhésion à la Communauté » qui « affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire » (7 février 1973, Commission c/ Italie, 39/72, Rec. 101, ou 7 février 1979, Commission c/ Royaume-Uni, 128/78, Rec. 419).

3. La situation actuelle

Pendant longtemps, la Cour n'a pas eu à revenir sur la question du fondement de la primauté, la jurisprudence Costa devenant iconique et apparaissant comme suffisante. Depuis quelques années cependant, sans doute face à des remises en cause de la part de certaines cours constitutionnelles, qu'elles soient frontales (Pologne, Roumanie, Hongrie), ou plus subtiles (Espagne, Allemagne, Italie), la Cour a ressenti le besoin de consolider l'édifice, tout en continuant à souligner le caractère fondateur et fondamental de la jurisprudence Costa. Elle utilise donc d'autres approches, reprenant mais parfois sous un autre angle, les arguments de 1964, en tentant aussi de multiplier les références à de nouveaux arguments textuels ou formels.

a) Primauté et prééminence

Notons d'abord un curieux dédoublement, la Cour expliquant que « *dans l'arrêt du 15 juillet 1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66, p. 1158 à 1160), la Cour a posé le principe de la primauté du droit communautaire, compris comme consacrant la prééminence de ce droit sur le droit des États membres* » (par exemple arrêt du 24 juin 2019, Popławski, aff. [C-573/17](#), ou arrêt du 21 décembre 2021, Euro Box Promotion e.a., aff. [C#357/19](#), [C#379/19](#), [C#547/19](#), [C#811/19](#) et [C#840/19](#)). On pourrait en déduire qu'il y a un principe fondamental de prééminence, qui est une règle de conflit d'ordres juridiques plus que de normes (correspondant à la philosophie classique de la primauté), et, en aval, un principe de primauté, qui consacre ce principe fondamental, et qui impose, de façon plus particulière, « *à toutes les instances des États membres de donner leur plein effet aux différentes normes de l'Union* » (même arrêt Popławski), ou spécialement pour le juge national « *chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union* » « *l'obligation d'assurer le plein effet de celles-ci en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* » (idem). Le fâcheux retour en arrière de l'arrêt Popławski que nous soulignerons plus loin quant à la portée de la primauté s'explique peut-être par une focalisation excessive sur cet aspect « dérivé » d'une primauté conçue comme liée aux obligations et aux possibilités des juges nationaux en fonction des caractéristiques des actes de l'Union, le caractère fondamental de la « prééminence » étant quelque peu perdu de vue...

b) Maintien du caractère essentiel et nouvel argument formel implicite

La Cour maintient, malgré les ambiguïtés signalées, l'affirmation solennelle du caractère existentiel de la primauté : par exemple dans l'arrêt Euro Box, elle rappelle qu'elle a jugé que « *l'institution par le traité CEE d'un ordre juridique propre, accepté par les États membres sur une base de réciprocité, a pour corollaire qu'ils ne sauraient faire prévaloir contre cet ordre juridique une mesure unilatérale ultérieure, ni opposer au droit né du traité CEE des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans faire perdre à ce droit son caractère communautaire et sans mettre en cause la base juridique de la Communauté elle-même* » .

Elle souligne aussi (par exemple dans le même arrêt Euro Box) avoir depuis longtemps (avis 1/91) « *considéré que, bien que conclu sous la forme d'un accord international, le traité CEE constitue la charte constitutionnelle*

d'une communauté de droit et que les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes ».

La Cour va relier cette logique à un raisonnement axé sur l'évolution du droit primaire, jugeant que « Ces caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union et l'importance du respect qui lui est dû ont été, du reste, confirmées par la ratification, sans réserve, des traités modifiant le traité CEE et, notamment, du traité de Lisbonne. En effet, lors de l'adoption de ce traité, la conférence des représentants des gouvernements des États membres a tenu à rappeler expressément, dans sa déclaration n° 17 relative à la primauté, annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne (JO 2012, C 326, p. 346), que, selon une jurisprudence constante de la Cour, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par cette jurisprudence » (par exemple Euro Box). La Cour, dans le même arrêt, conforte sa position en relevant que « Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour a confirmé, de manière constante, la jurisprudence antérieure relative au principe de primauté du droit de l'Union, principe qui impose à toutes les instances des États membres de donner leur plein effet aux différentes normes de l'Union, le droit des États membres ne pouvant affecter l'effet reconnu à ces différentes normes sur le territoire desdits États [arrêts du 18 mai 2021, Asociația « Forumul Judecătorelor din România » e.a., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 et C-397/19, EU:C:2021:393, point 244 et jurisprudence citée ; du 6 octobre 2021, W.#. (chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – Nomination), C-487/19, EU:C:2021:798, point 156, ainsi que du 23 novembre 2021, IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi), C-564/19, EU:C:2021:949, point 78 et jurisprudence citée] ».

c) Refonte des arguments d'égalité et de coopération loyale

Nous avons vu que dans l'arrêt Costa, la Cour tentait de se raccrocher à des dispositions du traité CEE en matière de non-discrimination ou de coopération loyale, le raisonnement, on l'a vu, étant discutable. La Cour maintient pourtant ce genre d'argument dans sa jurisprudence récente, avec sans doute une subtile réorientation vers le principe d'égalité des États membres devant les traités (désormais consacrée par l'article 4, §2 TUE, nouveau fondement explicite dans le droit primaire utilisable). La Cour commence par rappeler que « la force exécutive du droit communautaire ne saurait varier d'un État membre à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité CEE, ni provoquer une discrimination en raison de la nationalité interdite par ce traité » (par exemple Euro Box), et ajoute désormais que « l'article 4, paragraphe 2, TUE prévoit que l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités. Or, l'Union ne saurait respecter une telle égalité que si les États membres sont, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, dans l'impossibilité de faire prévaloir, contre l'ordre juridique de l'Union, une mesure unilatérale, quelle qu'elle soit » (par exemple Euro Box).

Le lien avec le devoir de coopération loyale ne pouvait pas être abandonné, dès lors qu'il est consacré désormais, depuis le traité de Lisbonne, de façon explicite par l'article 4, §3 TUE, ce qui était moins net en 1964 pour l'article 5 CEE, le principe de coopération loyale n'étant même pas vraiment identifié encore à l'époque. La Cour continue donc à le mobiliser, mais de façon assez confuse, en le reliant au principe d'égalité des États membres devant le traité : « le respect de l'égalité des États membres devant les traités, ... constitue une expression du principe de coopération loyale énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE » (arrêt du 22 février 2022, RS, aff. C-430/21).

d) Le nouvel argument : l'article 19 TUE

Un nouveau fondement dans le droit primaire apparaît désormais aussi : l'article 19 TUE. Celui-ci présente le système juridictionnel de l'Union, associant la Cour de justice mais aussi les juridictions nationales qui ont un rôle « communautaire » : le paragraphe 1 de l'article 19 TUE dispose que « La Cour de justice de l'Union européenne... assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. ».

D'où l'argumentation de la Cour de justice (prenons ici l'arrêt RS par exemple) : « S'agissant des obligations découlant de l'article 19 TUE, il convient de souligner que cette disposition, qui concrétise la valeur de l'État

de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie aux juridictions nationales et à la Cour la charge de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle que les justiciables tirent de ce droit... Il y a lieu, notamment, de rappeler que le principe de primauté du droit de l'Union impose au juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union l'obligation, à défaut de pouvoir procéder à une interprétation de la réglementation nationale conforme aux exigences du droit de l'Union, d'assurer le plein effet des exigences de ce droit dans le litige dont il est saisi en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute réglementation ou pratique nationale, même postérieure, qui est contraire à une disposition du droit de l'Union d'effet direct, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de cette réglementation ou pratique nationale par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel... Le respect de cette obligation d'appliquer intégralement toute disposition du droit de l'Union d'effet direct doit être regardé comme étant indispensable pour garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres, telle qu'elle est requise par l'article 19, paragraphe 1, TUE ».

Et la Cour a ajouté (par exemple dans l'arrêt Euro Box) à cette référence à l'article 19 une remarque pour « consolider » ou légitimer ses prises de position quant à la primauté, même si c'est surtout quant à la portée de ce principe, et on voit ici le nouveau contexte qui a nécessité de la part de la Cour de reformuler le dispositif relatif à la primauté, un contexte de conflit ouvert ou entrouvert par les juridictions constitutionnelles nationales : « *il convient de préciser que, conformément à l'article 19 TUE, s'il appartient aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle effective que les justiciables tirent de ce droit, la Cour détient une compétence exclusive pour fournir l'interprétation définitive dudit droit (voir, en ce sens, arrêt du 2 septembre 2021, République de Moldavie, C#741/19, EU:C:2021:655, point 45). Or, dans l'exercice de cette compétence, il appartient en définitive à la Cour de préciser la portée du principe de primauté du droit de l'Union au regard des dispositions pertinentes de ce droit, cette portée ne pouvant pas dépendre de l'interprétation de dispositions du droit national, ni de l'interprétation de dispositions du droit de l'Union retenue par une juridiction nationale, qui ne correspond pas à celle de la Cour ».*

B. La portée de la primauté

La formule cardinale de l'arrêt Costa révèle deux traits essentiels (et existentiel) de la primauté, que la jurisprudence ultérieure ne fera que confirmer. La primauté du droit de l'Union est **générale** et **interne**, ce en quoi elle est bien un paramètre gouvernant les relations d'ordre juridique à ordre juridique dans cette architecture intégrée inédite. Ces deux caractères seraient totalement irréalistes si la primauté, telle que l'applique la Cour de justice, ne se caractérisait pas aussi par une portée **raisonnée**..

1. Une portée générale

Cette portée est doublement générale :

a) Elle bénéficie à l'ensemble des actes de droit de l'Union

En effet ce qui est visé est « *le droit né du traité* », ce qui implique les sources de droit primaire, de droit dérivé, toutes les catégories décisives de ce droit dérivé (règlement, directive, décisions), et les accords externes conclus par les Communautés. Cette généralité signifie aussi qu'elle transcende les caractéristiques particulières des normes européennes en cause, notamment le fait que ces normes aient ou non un effet direct. Certaines conclusions d'avocats généraux ainsi que certains arrêts semblaient clairs à cet égard mais on déplore une évolution récente assez troublante : CJ, 24/06/19, *Poplawski*, aff. C-573/17 ; certes, cet effet direct (étudié plus loin) commandant la possibilité pour les juges de faire application d'un acte de l'Union dans une espèce particulière, on peut comprendre que l'effet de la primauté sera plus complet s'il aboutit à l'application de l'acte européen par substitution à l'acte national. Pour autant, même en l'absence d'effet direct, la primauté devrait imposer l'éviction de cet acte contraire. Depuis cet arrêt *Poplawski* cependant, la

Cour est claire : « Le principe de primauté du droit de l'Union ne saurait... aboutir à remettre en cause la distinction essentielle entre les dispositions du droit de l'Union disposant d'un effet direct et celles qui en sont dépourvues, ni, partant, à instaurer un régime unique d'application de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union par les juridictions nationales ». « Le principe de primauté du droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas à une juridiction nationale de laisser inappliquée une disposition du droit national incompatible avec des dispositions d'une décision-cadre, telle que les décisions-cadres en cause au principal, ..., ces dispositions étant dépourvues d'effet direct ».

C'est extrêmement regrettable car cela transforme la nature même du principe de primauté qui ne définirait plus la relation entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques des États membres mais une relation entre les actes de droit de l'Union et les actes de droit interne, prenant en considération acte de l'Union par acte de l'Union, les caractères particuliers de celui-ci. La Cour a maintenu cette démarche depuis 2019, tout en admettant des assouplissements peu convaincants, sauf peut-être quant au malaise ressenti par la Cour elle-même : ainsi dans un arrêt du 18 janvier 2022, Thelen Technopark Berlin GmbH, aff. [C-261/20](#), la Cour reprend son raisonnement « poplawskien » en d'édulcorant quelque peu : « une juridiction nationale n'est pas tenue, **sur le seul fondement du droit de l'Union**, de laisser inappliquée une disposition de son droit national contraire à une disposition du droit de l'Union si cette dernière disposition est dépourvue d'effet direct (arrêt du 24 juin 2019, Popławski, C#573/17, EU:C:2019:530, point 68), sans préjudice toutefois de la possibilité, pour cette juridiction, ainsi que pour toute autorité administrative nationale compétente, d'écarter, **sur le fondement du droit interne**, toute disposition du droit national contraire à une disposition du droit de l'Union dépourvue d'un tel effet ».

Malaise tant c'est là admettre que les contours du principe de primauté ne sont plus entièrement déterminés par le droit de l'Union...

b) Elle s'impose à tous les actes de droit interne

Ceci peut être précisé sous trois angles.

1°) Quelle que soit la nature de l'acte national

Donc, qu'il s'agisse d'une source administrative, législative, juridictionnelle, et même de niveau constitutionnel : dans un premier temps, la Cour devait affirmer que des dispositions constitutionnelles internes ne sauraient être utilisées pour mettre en échec le droit communautaire et qu'une telle action serait « contraire à l'ordre public communautaire » (22 juin 1965, San Michele, aff. C-9/65, Rec. 1967, p. 35) ; puis, plus clairement encore que « ... les droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre » ou « ... les principes d'une structure constitutionnelle nationale ne (sauraient) affecter la validité d'un acte de la Communauté et son effet sur le territoire » d'un État membre (17 déc. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. C-11/70, Rec. 1125). En bref, le droit constitutionnel d'un État membre ne saurait constituer un obstacle à la primauté (CJCE, 13 juill. 1972, Commission c/Italie, aff. C-48/71, Rec. 533 ; CJCE, 11 janv. 2000, Tanja Kreil, aff. [C-285/98](#), Rec. I-69 ; CJCE, 16 déc. 2008, Michaniki, aff. [C-213/07](#), Rec. I-9999). La Cour est désormais très explicite et privilégie deux formulations, affirmant qu'« Il est (...) de jurisprudence bien établie qu'en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union (v. avis 1/91, du 14 déc. 1991, Rec. I-6079, point 21, et avis 1/09, du 8 mars 2011 Rec. I 1137, point 65), le fait pour un État membre d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet État » (arrêt du 26 févr. 2013, Melloni, aff. [C-399/11](#) ; ou qu'« en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, il ne saurait être admis que les règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union » (arrêt du 26 mai 2016, Ezernieki, aff. [C-273/15](#) ; cf. aussi CJ, 8 sept. 2010, Winner Wetten, aff. [C-409/06](#), Rec. I 8015, ou CJ, 15 janv. 2013, Križan e.a., aff. [C-416/10](#)).

C'est sans doute ici que se révèle la nature même du principe de primauté, qui doit être compris comme un principe pragmatique lié au caractère de droit commun (à plusieurs États) du droit de l'Union. S'il est adopté en commun, c'est parce que les États membres ont considéré que les exigences d'un espace intégré imposaient que cette règle soit unique, soit la même dans tous les États membres. À partir de là, elle ne doit rencontrer

dans son application aucun obstacle particulier qui porterait atteinte à cette uniformité d'application. Pour le dire simplement, la primauté n'est donc pas une relation de droit supérieur à droit inférieur, mais de droit commun à droit particulier. Dès lors, on le comprend, tout obstacle dans un droit particulier (national) sera inacceptable et devra être écarté (ni plus, ni moins) et dans cette logique, la nature juridique de l'obstacle importe peu : un obstacle constitutionnel ne sera pas moins dirimant qu'un obstacle administratif ou législatif. La conception de la Cour est ici incontestable dans son constat du caractère général de la primauté. La relation entre le droit de l'Union et les constitutions des États membres est cependant particulièrement sensible en tant que nœud ultime reliant les ordres intégrés et on peut comprendre que cette généralité de la primauté ait pu déstabiliser et troubler, notamment, les juridictions constitutionnelles des États membres, dont la mission n'est pas, comme les autres juridictions, d'appliquer le droit, mais d'assurer la suprématie de la Constitution. Ce serait une question insoluble si l'on retenait une conception hiérarchique de la primauté. Elle doit être « gérable » avec la vision plus réaliste de la relation droit commun/droit particulier.

Les instruments de « gestion » de ce problème sensible, de conciliation de l'inconciliable, peuvent être d'ores et déjà identifiés dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui, tout en restant ferme sur le principe, va le combiner avec le principe du respect de l'identité nationale des États membres, ou va accepter de prendre en considération des situations exceptionnelles spécialement en matière de droits fondamentaux. Il s'agit, dans une sorte de *multilevel constitutionalism*, de ne pas mettre de limites à la primauté mais d'en faire une application raisonnée, soit en termes de proportionnalité, soit en termes de relation Principe/exceptions.

2°) Qu'il soit antérieur ou postérieur à l'acte communautaire impliqué

Exemple

CJCE, 29 novembre 1978, Pigs marketing Board, aff n° 83/78.

3°) Quel que soit le domaine du droit national concerné

Puisque l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon ces différents secteurs (CJCE, 21 mars 1972, SAIL, aff n° 82/71), cette absence de distinction est logique. Puisque ce qui est proscrit est un « obstacle » à l'application pleine et uniforme du droit de l'Union, l'obstacle est tout aussi dirimant, par exemple, qu'il soit de nature constitutionnelle ou administrative...

2. Une portée interne

Il convient ici de présenter la problématique générale, puis de détailler l'arrêt de principe qui a précisé la mission des juges nationaux, avant d'évoquer quelques traductions particulières.

a) Problématique générale

La primauté s'impose à tout juge d'un État membre (« ne pourrait ... se voir judiciairement opposer » (arrêt Costa)), ce qui est un élément décisif de la « *force de pénétration du droit communautaire* » dans les ordres nationaux : quand un État membre adopte un acte contraire au droit communautaire, la conséquence ne sera pas une « simple » condamnation par la Cour de Justice, mais l'obligation pour tout juge d'écarter de sa propre autorité l'acte national contraire.

Remarque

Deux remarques ici :

1. Le droit de l'Union ne « *saurait se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit* » ... Rien de moins, mais rien de plus...
Il ne s'agit donc pas d'une supériorité « hiérarchique » se traduisant par l'invalidité juridique de la norme inférieure contraire, mais de l'exigence existentielle pour le droit de l'Union d'être un droit commun : il l'est dans son élaboration en commun (le droit de l'Union n'est pas un droit « externe », « extérieur », « étranger », il est un droit élaboré en commun par chacun des 27 États). Il doit l'être dans son application, qui doit être uniforme, non pas par idéologie ou prétention hégémonique, mais parce qu'une atteinte à cette uniformité d'application reviendrait à recréer des frontières, et à priver de sens la création des Communautés et de l'Union elle-même. La Cour de justice, dans le même arrêt Costa, est sensible à cet aspect existentiel (« *sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* »), et l'on en trouve l'écho dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle espagnole également distinguant la suprématie constitutionnelle et la primauté existentielle du droit communautaire (décembre 2004).
L'approche est donc celle de la proscription de tout obstacle lié aux normes nationales et l'on se rend compte alors de l'indifférence de la nature juridique de ces normes. Dès lors que tout obstacle national est interdit puisqu' attentatoire à la nature même de l'intégration européenne, un obstacle constitutionnel ne sera pas moins gênant et dès lors plus acceptable qu'un obstacle législatif ou administratif...
2. On peut voir là une différence décisive avec la primauté du droit international sur le droit des États. Qu'on ne s'y trompe pas : la généralité de la portée de cette primauté communautaire n'a rien d'exceptionnel. A ceux que surprendrait (cf. ci-dessus) l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur les dispositions constitutionnelles, rappelons la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du Montijo, en 1875 affirmant que les traités internationaux l'emportent sur les Constitutions nationales. Là n'est donc pas l'originalité.

En revanche, le droit international laisse à la discrétion des ordres juridiques nationaux le rôle de la fonction judiciaire étatique en la matière et le problème du traitement interne et de l'applicabilité des actes nationaux contraires au droit international. Ce dernier ne se préoccupe que des conséquences externes de sa primauté (inopposabilité, responsabilité internationale...).

En droit communautaire, donc, la dimension interne de cette primauté sera également et largement « *communautarisée* », la primauté ne valant pas uniquement devant les deux juridictions communautaires mais devant toutes les juridictions de tous les États membres, érigés en « *juges communautaires de droit commun* ». On comprend aisément qu'il y ait là un facteur essentiel d'efficacité de ce droit communautaire, et qu'il faille s'intéresser à la manière dont la Cour a précisé ce rôle des juges nationaux.

b) Le rôle des juges nationaux

En matière de primauté, l'arrêt Costa était si catégorique qu'il n'a pas été nécessaire à la Cour de le faire suivre de toute une jurisprudence complémentaire. Il y a cependant un deuxième arrêt de principe, qui a détaillé les obligations des juges nationaux au service de cette primauté : c'est l'arrêt Simmenthal du 09 mars 1978, aff n° 106/77. C'est essentiel, la primauté étant sans doute plus à traduire en termes d'obligation des juges que de pure et simple hiérarchie normative. La présentation choisie distingue les situations dans le temps (mais sans que le sens de la solution en dépende bien entendu).

La primauté conduit donc à « *rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante* », et, dans l'hypothèse symétrique d'un conflit entre un acte national (législatif en l'espèce) postérieur à un acte communautaire, la primauté va « *empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires antérieures* ».

Au-delà de l'imprécision de la formulation, on comprend **qu'il s'agit de refuser une efficacité juridique quelle qu'elle soit à une telle source nationale**. L'abrogation formelle d'un tel acte national pourra s'avérer utile

dans un sens de sécurité juridique (« *Même si, dans la pratique, les autorités d'un État membre n'appliquent pas une disposition nationale contraire au droit communautaire, la sécurité juridique exige néanmoins que cette disposition soit modifiée.* » (arrêt du 5 juillet 2007, Commission/Belgique ([C-522/04](#)), cf. point 70), mais elle n'est donc en aucune façon nécessaire pour que le juge puisse écarter l'acte.

De plus, l'arrêt Simmenthal précise que le juge national doit assurer cette mission « *de sa propre autorité* » et « *en tant qu'organe d'un État membre* », ce qui est significatif de l'exigence caractérisant la conception de la Cour de justice, et de la signification même de cette mission : le seul fondement de ce rôle du juge n'est autre que l'obligation de coopération des organes des États membres, au service de l'efficacité du droit communautaire. C'est donc bien en tant qu'organe étatique (alors que certains avaient pu trouver illogique une tel paradoxe apparent), en tant qu'organe d'un État membre que les juges nationaux doivent exercer cette mission communautaire.

On pourrait regretter que la Cour, dans l'arrêt Simmenthal, ne cite pas expressément l'article 5 TCEE, expression et support des obligations de « coopération loyale » des États membres en tant que fondement (pourtant évident) de ce rôle de coopération, mais elle a, dans des décisions ultérieures, associé la référence à la jurisprudence Simmenthal à la mention de l'article 5, CJCE, 19 juin 1990, Factortame, aff n° C-213/89.

Exemple

On peut, par exemple, voir la position très claire du juge dans l'arrêt du 6 septembre 2012, Philips Electronics, aff. [C-18/11](#) : « *Le juge national... a, en tant qu'organe d'un État membre, l'obligation, par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 TCE, d'appliquer intégralement le droit de l'Union directement applicable et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition de la loi nationale contraire à une disposition du droit de l'Union* ».

c) Implications particulières

On peut évoquer **trois points** témoignant de ce que peut et doit être le rôle des juges nationaux au service de la primauté du droit communautaire.

Premier point : l'exigence : Le juge national sollicité pour se prononcer sur la compatibilité d'une loi nationale avec le droit communautaire et qui saisit la Cour d'une question préjudicielle en interprétation en vue d'être en mesure de trancher ce problème de compatibilité peut suspendre immédiatement l'application de cette loi jusqu'au jugement de la Cour, même si son droit national le lui interdit (CJCE, 19 juin 1990, Factortame, aff n° [C-213/89](#)).

Exemple

Autre exemple de cette exigence : CJCE, 18/07/07, Lucchini, aff. n° [C-119/05](#) : Il incombe aux juridictions nationales d'interpréter les dispositions du droit national dans toute la mesure du possible d'une manière telle qu'elles puissent recevoir une application qui contribue à la mise en œuvre du droit communautaire.

À cet égard, une juridiction nationale chargée d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les normes du droit communautaire a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale.

Par conséquent, le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive.

Deuxième point : le régime : Il faut aussi savoir que s'applique ici le régime de l'autonomie institutionnelle et procédurale et cela pour toutes les manifestations du rôle communautaire des juges nationaux, qu'il s'agisse pour eux, par exemple, de tirer les conséquences de la primauté par un système de répétition de l'indu ou de

concrétiser l'obligation des États membres de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables (cf. leçon suivante).

La détermination du juge compétent, l'organisation juridictionnelle et la procédure applicable font, au titre de cette autonomie, l'objet d'un renvoi aux systèmes nationaux, très net dès l'arrêt de la Cour de Justice du 16 décembre 1976 (Rewe, aff. n° 33/76) assorti de deux limites valant pour l'ensemble de cette coopération juridictionnelle.

1. Les conditions de forme ne doivent pas être moins favorables que celles applicables à des réclamations comparables et purement internes.
2. Ces conditions, en second lieu, et en toutes hypothèses, ne doivent pas rendre pratiquement impossible, ou excessivement difficile la satisfaction de la requête (CJCE, 09 novembre 1983, San Giorgio, aff. n° 199/82 le remboursement de ces taxes).

Exemple

La Cour a qualifié, dans un arrêt du 10 juillet 1997 (Palmisani, aff. n° C-261/95) ces deux conditions, respectivement, de « *principe d'équivalence* » et de « *principe d'effectivité* ».

3. Il semble que la Cour ait identifié un troisième principe d'encadrement de l'autonomie procédurale pour la répétition de l'indu : une fois que l'illégalité d'une taxe par rapport au droit communautaire a été constatée avec autorité de chose jugée, il est impossible de modifier les règles procédurales nationales dans un sens défavorable aux intérêts du justiciable,

Exemple

cf. une série d'arrêts du 15 septembre 1998 ; notamment l'arrêt EDIS, aff n° C-231/96.

On peut aussi indiquer qu'existe une limite à l'intensité du contrôle exigé du juge national quand il assure le respect du droit communautaire.

Cette intensité n'a pas à dépasser celle qui caractériserait le contrôle de la Cour de justice si cette dernière avait à se prononcer sur un cas similaire concernant les institutions communautaires (CJCE 21 janvier 1999, Upjohn Ltd, aff. n° C-120/97).

Troisième point : la question de relevé d'office : C'est une question longtemps restée en suspens : le juge national a-t-il l'obligation de soulever d'office tout moyen tiré de la violation du droit communautaire ? Malgré quelques décisions de la Cour paraissant impliquer une telle obligation, les juridictions nationales n'avaient pas toutes la même conception (le Conseil d'État français refusant de soulever d'office l'illégalité d'une mesure nationale au regard des objectifs d'une directive communautaire : C.E., 11 janvier 1991, SA Morgane).

Exemple

La Cour a rendu deux arrêts sur cette question le 14 décembre 1995 (Peterbroeck, aff. n° C-312/93 et Van Schijndel, aff. n° C-430 et 431/93) mais la conjonction de ses deux réponses à la même question peut laisser quelque peu perplexe. Dans l'arrêt Peterbroeck, on peut lire que « *le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de procédure nationale qui...interdit au juge national ... d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette dernière n'a pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable ...* ». Mais, pour l'arrêt Van Schijndel, « *... le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité (au civil, aux Pays-Bas, le juge est normalement limité à l'objet du litige et aux éléments de fait tels que circonscrits par les parties, sauf intérêt public péremptoire) qui leur incombe ...* ».

Sous l'apparente contradiction, il n'y a que **le jeu, parfois subtil, des deux principes d'équivalence et d'effectivité**, appréciés différemment dans ces deux affaires quant à l'obligation de soulever d'office un grief tiré de la violation du droit communautaire.

Il s'en est suivie une jurisprudence où la Cour a parfois pu consacrer l'obligation de soulever d'office la violation du droit communautaire (par exemple, CJCE 26/10/06, Mostaza Claro, [C-168/05](#)) mais pour des raisons

particulières. On trouve toujours, également, des arrêts expliquant que dès lors que ni le principe d'effectivité, ni le principe d'équivalence n'exigent le relevé d'office, le droit communautaire ne l'impose pas : CJCE, 7 juin 2007, Van der Weerd e.a., aff. n° [C-222/05](#) à [C-225/05](#) :

« Le droit communautaire n'impose pas au juge national, dans une procédure juridictionnelle concernant la légalité d'un acte administratif au regard des moyens tirés de la violation des articles 11 et 13 de la directive 85/511, établissant des mesures communautaires de lutte contre la fièvre aphteuse, telle que modifiée par la directive 90/423, de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions de la réglementation communautaire, étant donné que ni le principe d'équivalence ni le principe d'effectivité ne l'exigent. »

Remarque

Une remarque terminale :

Le rôle des juges est évidemment essentiel, mais s'il est central, il n'est pas unique. Les obligations résultant de la primauté s'imposent aux juges nationaux, on l'a dit, en tant qu'organes d'un État membre, c'est dire qu'elles concernent... tous les organes des États membres.

2 dimensions ici :

1. Il y a d'abord le fait que l'ensemble de l'ordre juridique national ne doit pas « diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires », ce qui concerne « toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire » (rappel notamment dans l'arrêt CJCE, 28 juin 2001, Larys, [C-118/00](#), Rec. p. I-5063).
2. Plus généralement, il faut comprendre que « Ce principe de primauté du droit communautaire impose non seulement aux juridictions, mais à toutes les instances de l'État membre de donner plein effet à la norme communautaire » (même arrêt), ce que la Cour a parfois encore précisé : par exemple, « sont soumis à l'obligation de laisser inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale non seulement les juridictions nationales, mais également tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées » (29 avril 1999, Ciola, [C-224/97](#), Rec. p. I-2517).

3. Une portée raisonnée

On considère habituellement que la primauté a une portée absolue, dans le modèle qu'en a défini l'arrêt Costa. C'est vrai dans le sens où ce caractère définit la relation d'ordre juridique à ordre juridique et ne dépend donc pas, notamment, des situations et intérêts en jeu, ou de la nature éventuellement éminente des règles nationales en cause. Pour autant, la primauté étant interne et donc concrètement appliquée par les juridictions nationales, il était impératif pour la Cour de justice d'en faire un principe cohérent avec la logique de coopération gouvernant ses relations avec ces juges « de droit commun » nationaux, au moyen d'une recherche d'équilibre. Une telle recherche, se traduisant par une primauté « raisonnée », ne serait pas possible si la primauté signifiait une hiérarchie normative entre le droit de l'Union et les droits nationaux ; elle l'est en revanche compte tenu de la dimension pragmatique de la primauté exigeant simplement que les obstacles particuliers à l'application du droit commun soient écartés.

C'est déjà ce souci qui a conduit la Cour de justice, après l'arrêt Costa et les premières réactions des juges, notamment constitutionnels, nationaux, à développer un système de protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, cette solution ne remettant en rien en cause le principe de primauté et étant entièrement contrôlée par la Cour elle-même puisque reposant sur un instrument de juge : les principes généraux du droit de l'Union. Ce sont les deux caractères que l'on retrouvera dans les tempéraments que va admettre la Cour de justice et qui pourront aboutir à une application « raisonnée » de la primauté. La Cour va accepter de prendre en considération certains enjeux auxquels sont particulièrement sensibles les juges nationaux (la sécurité juridique par exemple), ou spécialement les juges constitutionnels, les tempéraments en l'espèce étant alors des éléments de gestion de la délicate relation entre le droit de l'Union et les constitutions nationales ; dans ce dernier cas de figure, on pourra compter l'admission de la protection par les États membres d'éléments d'identité nationale (ces éléments pouvant être constitutionnels), ou la prise en compte de situations exceptionnelles en matière de droits fondamentaux.

Dans tous les cas, le principe de primauté n'est pas écarté, ni limité, mais tout en restant ferme sur ce principe, la Cour l'applique avec souplesse, soit au moyen d'un contrôle de proportionnalité, soit par le jeu du diptyque principe/exception. Même si l'on se rapproche parfois en apparence des « contre-limites » développées par les juridictions constitutionnelles de certains États membres en réaction à l'affirmation explicite du caractère général de la primauté, notamment dans l'arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft (aff. 11/70, Rec. 1125), et qui, pour ces juridictions nationales, marquent vraiment une limite à la primauté du droit de l'Union, limite dont ils sont les juges, les tempéraments admis par la Cour de justice, au contraire, ne portent pas atteinte au principe même de primauté dans sa généralité, et sont toujours contrôlés par la Cour elle-même.

a) L'exception des considérations impérieuses de sécurité juridique

Dans l'arrêt du 8 septembre 2010, Winner Wetten (aff. C-409/06, préc.), la Cour semble être frappée par l'unanimité des observations des États membres soutenant l'idée qu'existerait un principe autorisant, dans des circonstances exceptionnelles, le maintien provisoire des effets d'une norme nationale jugée contraire à une norme du droit de l'Union. Le raisonnement, que ne réfute en rien la Cour, reposerait sur une analogie avec l'article 264, al. 2 TFUE donnant à la Cour un pouvoir d'appréciation (la Cour insiste sur cet aspect) pour indiquer, dans chaque cas particulier, ceux des effets d'un acte de l'Union qu'elle annule qui doivent être considérés comme définitifs (arrêt du 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, aff. [C-402/05 P](#) et [C-415/05 P](#), Rec. I 6351, points 373 à 376). La Cour, ce qui est plus discutable, du moins si l'on reste sur le terrain de la pure analogie, assimile à ce cas de figure expressément prévu dans le traité le même pouvoir d'appréciation qui lui appartiendrait en cas d'invalidation préjudicielle d'un acte (v., notamment, arrêt du 22 déc. 2008, Régie Networks, [C-333/07](#), Rec. I-10807). La Cour, sans rejeter le prétendu principe, explique qu'il ne peut être appliqué dans cette affaire Winner Wetten : « à supposer même que des considérations similaires à celles sous-jacentes à ladite jurisprudence, développée en ce qui concerne les actes de l'Union, soient de nature à conduire, par analogie et à titre exceptionnel, à une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci, une telle suspension, dont les conditions ne pourraient être déterminées que par la seule Cour, est à exclure d'emblée, en l'occurrence, eu égard à l'absence de considérations impérieuses de sécurité juridique propres à justifier celle-ci ».

Exemple

La Cour admet en revanche très clairement cette exception, pourvu qu'elle soit provisoire et accordée par elle seule, dans l'arrêt du 28 juillet 2016, Association France Nature Environnement, aff. [C-379/15](#), point 33 : « il ressort des points 66 et 67 de l'arrêt du 8 septembre 2010, Winner Wetten (...) que seule la Cour peut, à titre exceptionnel et pour des considérations impérieuses de sécurité juridique, accorder une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle du droit de l'Union à l'égard du droit national contraire à celle-ci. En effet, si des juridictions nationales avaient le pouvoir de donner aux dispositions nationales la primauté par rapport au droit de l'Union contraire à celles-ci, serait-ce même à titre provisoire, il serait porté atteinte à l'application uniforme du droit de l'Union ».

On trouve également cette démarche, mais plus limitée quant au champ couvert (domaine environnemental) dans l'arrêt du 28 février 2012, Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL, aff. [C-41/11](#).

b) La protection proportionnée de l'identité nationale

Remarque

Biblio. :

- BAILLY (D.), *La notion d'identité constitutionnelle de l'État membre de l'Union européenne. Étude de droit constitutionnel européen*, thèse, Montpellier, 2014.
- BLANQUET (M.), « Mêmété et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 53.
- BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *De l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2012
- MILLET (F.X.), *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Bibliothèque de droit constitutionnel et de science politique, Paris, LGDJ, 2013.

Par un balancement assez habituel dans les négociations des traités européens, les ambitions extra-économiques du traité de Maastricht ont eu pour pendant un article F, § 1 TUE dont d'aucuns ont pensé qu'il resterait au stade de la pétition de principe symbolique : « *L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres* ». C'était sans compter avec la Cour de justice qui, dès 1996, alors même que le pays défendeur ne l'avait pas invoqué, s'est référé à cette disposition pour juger que « *la sauvegarde de l'identité nationale des États membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire* » (CJCE, 2 juill. 1996, Commission c/ Luxembourg, aff. C-473/93, Rec. I-3248). C'était là appliquer à cette identité nationale la logique pacificatrice dégagée par la jurisprudence en droit du marché intérieur, tant pour la libre circulation des marchandises, avec la jurisprudence Cassis de Dijon (arrêt du 20 févr. 1979, Rewe Zentral, aff. 120/78, Rec. 649) soustrayant de la rigueur de l'interdiction des restrictions les mesures nationales indistinctement applicables poursuivant une **exigence impérative d'intérêt général**, que pour la libre prestation de service (arrêts du 25 juill. 1991, Gouda, aff. C-288/89, Rec. I-4007, Commission c/Pays-Bas, aff. C-353/89, Rec. I-4069, et Sager, aff. C-76/90, Rec. I-4221), le droit d'établissement (arrêts du 31 mars 1993, Kraus, aff. C-19/92, Rec. I-1663, et du 30 nov. 1995, Gebhard, aff. C-55/94, Rec. I-4165), la libre circulation des travailleurs (arrêt du 15 déc. 1995, Bosman, aff. C-415/93, Rec. I-4921), et, plus tard, la libre circulation des capitaux (arrêt du 1er juin 1999, Konle, aff. C-302/97, Rec. I-3099), avec des « **raisons impérieuses d'intérêt général** » pouvant, donc, justifier une entrave à ces libertés de circulation. Avec cette jurisprudence, la Cour admettait, au-delà des dérogations expressément inscrites dans le traité, que les principes et objectifs du droit communautaire et spécialement les libertés fondamentales de circulation cèdent face à certains impératifs nationaux reconnus en quelque sorte comme relevant naturellement des États, ces raisons impérieuses d'intérêt général n'exprimant rien d'autre, finalement, que des missions régaliennes caractérisant le rôle de l'État, le message lancé étant donc que les États membres restaient des États au plein sens du terme, message au demeurant sans grand risque puisque la mise en œuvre de ces justifications légitimes était conditionnée par une stricte proportionnalité sévèrement contrôlée par la Cour. C'est dans ce moule que la Cour, en 1996, a coulé le dispositif de protection de l'identité nationale qui en reprend les équilibres.

Si les traités ont conservé l'expression « identité nationale » et si la Cour, dès lors, s'applique à rester scrupuleusement dans ce cadre, plusieurs éléments ont conduit à aborder par là une question fondamentale : le respect de **l'identité constitutionnelle** des États membres. D'abord, le discours de l'identité, en matière communautaire, est historiquement apparu sous cet angle, avec les « contre-limites » italiennes et allemandes, dans les années 70 ;

Exemple

ainsi dès son arrêt Solange du 29 mai 1974, la Cour constitutionnelle allemande refuse que « *la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité, soit modifiée sans révision constitutionnelle, et notamment par la législation de l'institution interétatique* ». Il s'agit là, pour ces juges constitutionnels, d'une véritable limite à la primauté, sanctuarisant un noyau central constitutionnel. Les avocats généraux de la Cour sont également passés rapidement de l'identité nationale à l'identité constitutionnelle : l'identité nationale que doit respecter l'Union aux termes des traités « *comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre* » (concl. Poiras Maduro, arrêt du 16 déc. 2008, Michaniki, aff. C-213/07, Rec. I-9999), cette opinion catégorique étant aussi celle de l'Avocat général Bot dans ses conclusions Melloni (arrêt du 26 févr. 2013, aff. C-399/11), évoquant « *l'identité nationale des États membres, dont l'identité constitutionnelle fait assurément partie* ». Enfin la nouvelle formulation adoptée par le traité de Lisbonne pousse également la problématique du respect de l'identité nationale vers les contrées constitutionnelles : l'article 4, § 2 TUE dispose que l'Union respecte, s'agissant des États membres « *leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles...* ».

C'est donc dans des affaires où les États membres tentent de justifier une atteinte au droit de l'Union par l'invocation d'un élément de ce qui serait leur identité constitutionnelle que la Cour de justice a développé une jurisprudence dans laquelle elle voit là une protection légitime de l'identité nationale, tout en appliquant dans un deuxième temps le **principe de proportionnalité**, ce qui permet bien d'avoir, vis-à-vis du droit constitutionnel des États membres, une approche tempérée.

Exemple

On peut illustrer cette jurisprudence par deux arrêts concernant respectivement le respect des structures constitutionnelles nationales (arrêt du 6 sept. 2006, Portugal c/Commission (Açores), aff. C-88/03, Rec. I-7115) et le respect des valeurs constitutionnelles nationales (arrêt du 22 déc. 2010, Sayn-Wittgenstein, aff. C-208/09, Rec. I-13693).

Dans le premier, on trouve un « *juste équilibre* » entre le principe de respect de l'identité nationale interdisant à l'Union de porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État membre, que celui-ci soit centralisé ou fédéral et d'influencer la répartition des compétences au sein d'un État membre, et le principe selon lequel un État membre ne saurait se fonder sur des dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de son organisation constitutionnelle, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire. En l'occurrence, cela consiste pour la Cour à admettre l'autonomie locale conférée par l'ordre constitutionnel mais avec des exigences extrêmement détaillées relatives à l'autonomie des législateurs locaux visant à assurer que les États membres ne se dissimulent pas derrière leur ordre juridique constitutionnel et que le principe communautaire d'interdiction des aides d'État n'est pas contournée par un transfert purement formel des compétences législatives.

Dans l'affaire Sayn-Wittgenstein était en cause l'interdiction constitutionnelle autrichienne de mentionner les titres nobiliaires dans les patronymes, ceci traduisant le choix déterminé de l'Autriche, à un moment-clé de son histoire, de la forme républicaine de l'État dont on admettra sans conteste qu'elle participe, à l'instar de l'identité structurelle, de son identité constitutionnelle. La requérante estimait que ceci la gênait dans son exercice des libertés de circulation du marché intérieur et spécialement la liberté de prestation de service. La Cour va rappeler que « *conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la forme républicaine de l'État* » et elle va conclure, toujours dans sa logique de proportionnalité, qu'« *en refusant de reconnaître les éléments nobiliaires d'un nom tel que celui de la requérante au principal, les autorités autrichiennes compétentes en matière d'état civil ne semblent pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent* ».

Loin des exclusives et des anathèmes de l'identité constitutionnelle en tant que contre-limite utilisée par les cours constitutionnelles, une telle jurisprudence apparaît donc comme permettant de gérer en souplesse cette relation complexe entre la primauté du droit de l'Union et l'éminence des constitutions, et comme dessinant les contours d'un **multilevel constitutionalism** inédit.

Remarque

Voir l'[intervention de Marc Blanquet](#), auteur du cours, intitulée "De l'identité constitutionnelle des États membres à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne" lors des séances de l'Académie de Législation de Toulouse (la vidéo est accessible au milieu de la page du site).

c) Les situations exceptionnelles en matière de droits fondamentaux

Les constitutions ayant notamment pour vocation naturelle de porter les dispositifs de protection des droits fondamentaux, les conflits droit de l'Union/ droit constitutionnel national vont souvent concerner ce domaine. À cet égard, l'évolution de la Cour de justice à propos du Mandat d'arrêt européen (MAE) est également à lire comme une manifestation de cette portée raisonnée de la primauté. Dans l'affaire Melloni, s'agissant des droits d'une personne arrêtée en Espagne et faisant l'objet d'un MAE lancé par l'Italie, où elle avait été condamnée par défaut, le standard constitutionnel espagnol garantissait à celle-ci le droit à un second procès alors que le droit de l'Union (décision-cadre sur le MAE, adopté à l'unanimité par les États membres et énumérant les raisons permettant à un État de ne pas exécuter un MAE) permettait de la priver de ce droit. C'est donc une

situation dans laquelle le standard constitutionnel de protection est indiscutablement supérieur à celui offert par le droit de l'Union et la Cour a choisi une interprétation a priori pragmatique et conciliante mais en réalité très ferme. L'idée est que lorsqu'il s'agit de prendre des mesures nationales de mise en œuvre d'un acte de l'Union, il est permis « aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux ». On semble se situer là dans la logique de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux, s'agissant du « niveau de protection », qui 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 ».

Exemple

Donc la règle de conflit du standard le plus protecteur est admise par la Cour, mais c'est là qu'intervient une sorte de contre-limite : « ...pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » (CJ, 26 févr. 2013, Melloni, aff. [C-399/11](#) ; cf. Dubout (E.) : « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni », CDE 2013. 293). La Cour estime qu'« une interprétation différente de l'article 53 de la Charte porterait atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union, en ce qu'elle permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la constitution de cet État ».

Cette position raide de la Cour de justice la montre comme un juge soucieux de garantir l'orthodoxie du droit de l'Union plutôt qu'un juge des droits fondamentaux, et elle a été beaucoup critiquée.

Exemple

Ceci explique en tous cas sans doute que dans une affaire très comparable à l'affaire Melloni, la Cour constitutionnelle allemande, le 15 décembre 2015 (2 BVR 2735/14), ait à la fois refusé d'appliquer l'interprétation du droit de l'Union proposée par l'arrêt Melloni en invoquant l'identité constitutionnelle allemande et spécialement le principe de dignité, et refusé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Pourtant, celle-ci va lui répondre : dans un arrêt du 5 avril 2016, Aranyosi et Caldaru, aff. [C-404/15](#) et [C-659/15 PPU](#), elle confirme la décision Melloni mais admet que dans des situations exceptionnelles notamment de défaillance systémique du système judiciaire de l'État de « destination », et spécialement au nom du principe de dignité, il sera possible de ne pas donner suite au MAE. La Cour encadre cependant de manière très stricte la détermination d'une telle situation exceptionnelle. Dans le domaine des réfugiés et du Mécanisme « Dublin », on avait vu les démarches différentes de la Cour européenne des droits de l'homme qui, au titre de sa mission exclusive, est sensible au critère de la violation concrète et particulière des droits fondamentaux (arrêts MSS du 21 janv. 2011, Req. n° 30696/09, ou Tarakhel du 4 nov. 2014, Req. n° 29217/12), et de la Cour de justice n'admettant, conformément à son propre mandat, d'écarter le jeu normal de ce Mécanisme « Dublin » et la confiance mutuelle entre les États membres qu'en cas de défaillance systémique d'un État (arrêt du 21 déc. 2011, NS, aff. [C-411/10](#) et [C-493/10](#), Rec. I-13905), la Cour, dans l'[avis 2/13 du 18 déc. 2014](#), limitant explicitement cette hypothèse à des « cas exceptionnels ».

Ici, s'agissant dans l'arrêt Aranyosi d'admettre que ne soit pas exécuté un Mandat d'arrêt européen, on va retrouver, pour la définition des « situations exceptionnelles », le cumul des deux démarches qui étaient alternatives (CEDH ou CJUE) en matière de réfugiés : pour écarter le dispositif prévu par le droit de l'Union, la Cour de justice exige que soient menées deux phases successives de contrôle : d'abord un constat de défaillance systémique ou ayant une certaine généralité ; et ensuite l'existence d'un risque concret et précis pour les droits fondamentaux de l'individu en cause. Malgré ces précautions, on voit là encore les efforts de la Cour de justice pour désarmer les critiques d'un arrêt Melloni faisant prévaloir la primauté du droit de l'Union sur la protection des droits fondamentaux, toujours dans cette logique d'application raisonnée du principe de primauté vis-à-vis des constitutions.

BILAN.

Les caractéristiques mêmes de la primauté font que celle-ci permet et exige de trouver un équilibre entre la doctrine communautaire et les jurisprudences nationales. Elle le permet puisqu'elle ne traduit pas une relation hiérarchisée entre le droit de l'Union et le droit national (tout équilibre aurait alors été exclu) mais un principe d'éviction des obstacles nationaux à l'application du droit commun. Et c'est une exigence en raison de la portée

interne de la primauté : de la même façon que la démocratie du système politique de l'Union ne peut pas se construire sans la conscience et l'adhésion des citoyens européens, de même la portée du droit de l'Union ne peut être imposée sans la participation et une forme d'adhésion des juges des États membres. Le facteur temps intervient ici pour révéler que c'est plus une recherche d'équilibre qu'un simple équilibre. Autrement dit, des ajustements se font et si, désormais, la primauté sur les actes administratifs et sur les lois ne pose plus de problème, c'est l'échelon constitutionnel, évidemment très sensible, qui est en cours d'ajustement. Trois facteurs compliquent le problème : d'abord le rôle déterminant des cours constitutionnelles avec leur mission particulière consistant à assurer la suprématie constitutionnelle ; ensuite la spécificité des constitutions, excluant de résoudre le problème par une solution pragmatique telle que la supériorité des traités sur les lois reconnue justement dans les constitutions de manière habituelle ; et enfin la charge politique des constitutions et du droit constitutionnel, ce « droit politique » faisant que, en plus de la question du temps nécessaire pour ces ajustements complexes, va pouvoir jouer, dans certains États membres, l'évolution de la ligne politique vis-à-vis de l'intégration européenne, cette évolution, éventuellement dans un sens moins favorable, étant parfois traduite par des décisions des cours constitutionnelles, ou utilisée par ces dernières pour pouvoir plus confortablement exprimer leurs réserves sur le plan juridique. D'où la nécessité de considérer l'application de la primauté dans les systèmes juridiques des États membres, et spécialement la France.

§ 2. La primauté du droit de l'Union sur le droit français

Cette étude particulière se justifie doublement. Certes, il est déjà naturel d'envisager spécialement les conséquences concrètes de la primauté du droit communautaire vis-à-vis du système juridique national le plus connu des étudiants français, mais, de surcroît, c'est en France que cette primauté a pu se heurter aux difficultés les plus durables, avec tout particulièrement une réticence de plus de vingt ans du Conseil d'État.

Il convient cependant de **distinguer les trois problématiques** du droit communautaire face aux actes administratifs, législatifs, puis constitutionnels : même si l'approche de la Cour de justice se situe dans une logique de « *position* » de l'ordre communautaire vis-à-vis des ordres nationaux, ce qui conduit à ne pas faire de différence en fonction de la nature de l'acte interne confronté à une source communautaire, les perspectives nationales ont souvent du mal à ne pas tenir compte de ce que représentent, en termes politiques, les actes législatifs, et, en termes de souveraineté, les normes constitutionnelles.

Si la portée de la primauté est générale, ainsi qu'on a pu le souligner, ses conséquences pratiques peuvent dépendre des normes nationales en cause.

A. Droit de l'Union et actes administratifs

Pour le **droit primaire**, la question n'a jamais posé de problème. Certes, pendant longtemps, le Conseil d'État admettait que les conventions internationales liaient l'État français tout en considérant que leur méconnaissance par l'administration était une question de responsabilité internationale de la France : le juge administratif n'annulait donc pas un acte administratif contraire à un traité. Mais la Constitution de 1946 ayant indiqué que les traités ou accords avaient « *force de loi* », le Conseil d'État a alors accepté de vérifier leur respect par les actes administratifs (C.E., 30 mai 1952, Dame Kirkwood). Le droit communautaire primaire bénéficie donc de cette position.

Le principe est finalement le même pour le **droit dérivé** : il l'emporte sur les actes administratifs, que ceux-ci soient postérieurs ou antérieurs. Ceci n'a pas posé de difficulté pour le **règlement**. Le Conseil d'État a même accepté de soulever d'office la violation d'un règlement communautaire (C.E., 10 juillet 1970, Synacomex). C'était a priori plus délicat pour les **directives**, puisqu'elles ménagent, on le sait, une marge de liberté au bénéfice des autorités nationales quant à la forme et aux moyens utilisés pour atteindre le résultat prescrit. Le Conseil d'État a cependant progressivement assuré une grande autorité à ces directives. On peut signaler **trois étapes significatives**.

Le Conseil d'État a d'abord considéré qu'il y avait une obligation de mise en œuvre correcte de la directive : les règlements spécialement destinés à transposer une directive doivent donc, c'est bien le moins, en respecter les objectifs, c'est à dire ce qu'elle a de contraignant (C.E. 28 septembre 1984, Confédération nationale des sociétés protectrices des animaux).

Dans un deuxième temps, le Conseil a dépassé ce cadre de la mise en œuvre pour indiquer que tout règlement intervenant dans le champ d'application d'une directive devait respecter les objectifs de celle-ci, C.E., 07 décembre 1984; Fédération française des sociétés de protection de la nature.

Restaient à appréhender les règlements administratifs antérieurs à une directive, de même que l'hypothèse d'un dépassement du délai du recours pour excès de pouvoir. Ces deux failles furent comblées par l'appel à deux théories du droit administratif, dans l'arrêt du 03 février 1989 ; Compagnie Alitalia : **L'obligation d'abroger les règlements illégaux** conduit à admettre qu'un règlement non attaqué dans le délai du recours pour excès de pouvoir peut faire l'objet d'une demande d'abrogation, la réponse négative (éventuellement de manière implicite) de l'administration pouvant alors être attaquée. Quant à la théorie relative **au changement de circonstances de droit ou de fait** (C.E., 10 janvier 1930; Despujol) son application, ici, permet d'imposer l'abrogation d'un règlement antérieur à une directive et contraire à ses objectifs.

Au total, on peut considérer que s'agissant de cette primauté des directives vis-à-vis des actes administratifs, le Conseil d'État est vraiment, désormais, dans une attitude d'orthodoxie et non de gallicanisme (pour reprendre les expressions utilisées par Denys Simon, *RTDE* 1992).

B. Droit de l'Union et actes législatifs

Le symbole de la loi, expression de la volonté générale, comme la révérence (séparation des pouvoirs) parfois manifestée par le juge administratif vis-à-vis du législateur ne pouvaient que se traduire par des réticences pour admettre, au pays de Rousseau (assimilons le Genevois !) (La volonté générale ne peut errer) et de Montesquieu (source plus que père du dogme de la séparation des pouvoirs), la soumission de cette loi au droit communautaire.

Comment aurait-il pu en aller autrement alors que la majesté de la loi a empêché tout véritable contrôle de constitutionnalité des lois, en France, jusqu'en 1971 !

Ceci étant, il faut circonscrire le problème, qui ne se pose pas de la même manière s'agissant d'une loi antérieure ou postérieure à l'acte communautaire conflictuel :

Depuis 1931, en effet, était appliquée en France la « **doctrine Matter** », du nom d'un procureur général près la Cour de cassation, pour appréhender un conflit apparent entre une loi et un traité. La solution consistait à d'abord tenter d'éviter le conflit par les ressources de l'interprétation, puis, en cas de contradiction irréductible, à faire prévaloir l'acte le plus récent. **Les traités l'emportaient donc, classiquement, sur les lois antérieures.** De sorte que lorsquela Constitution de 1958pose, dans son article 55, le principe que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* », il n'y a de difficulté qu'au regard des lois postérieures à un traité, puisque la doctrine Matter, dans une telle configuration, conduit à faire prévaloir la loi.

Malgré cet article 55 de la Constitution, dans une situation de contrariété entre une norme communautaire et une norme législative postérieure, le Conseil d'État a cependant refusé de censurer un acte administratif contraire à un règlement communautaire et appliquant une ordonnance à valeur législative : C.E., 01 mars 1968; Syndicat général des fabricants de semoule de France, Leb. 149. Si l'arrêt n'explicite pas le raisonnement de la Haute juridiction, on peut identifier, dans les conclusions de Nicole Questiaux, le respect affiché du principe de la séparation des pouvoirs. Annuler l'acte administratif reviendrait à affirmer que la loi (l'ordonnance ici) ne respecte pas le traité (l'acte dérivé ici), c'est à dire que la loi ne respecte pas en dernier lieu l'article 55 de la Constitution. On sait que, depuis le classique arrêt Arrighi du 06 novembre 1936, **le Conseil d'État s'estime incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois.**

Exemple

Le 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel, dans sa décision IVG sur la loi Veillégalisant l'avortement en France, va s'affirmer lui-même incompétent pour contrôler le respect d'un traité par une loi, insistant tout au contraire sur la différence radicale qui existerait entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de « *conventionnalité* » des lois (D. 1975, p. 529).

Dans cette affaire était en cause la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, c'est à dire du droit international, européen certes mais non communautaire ; il n'empêche que la décision est éclairante pour le sort réservé à ce droit communautaire.

Le Conseil rappelle qu'il est compétent, au titre de l'article 61 de la Constitution, pour contrôler la conformité de la loi à cette Constitution. Ce rapport de conformité étant revêtu d'un caractère de généralité et d'invariabilité, l'autorité de la décision rendue par le Conseil est logiquement générale et définitive (article 62 de la Constitution). Or, il y aurait une différence de nature entre cette supériorité de la Constitution sur la loi et la supériorité des traités sur la loi, cette dernière étant relative (limitée au champ d'application particulier du traité) et contingente (car soumise au respect de la réciprocité exigée par l'article 55 in fine). **Dès lors, une loi contraire à un traité n'est pas forcément contraire à la Constitution, et une loi qui serait déclarée contraire à la Constitution pour non respect d'un traité peut, si plus tard le partenaire dans cette convention ne respecte plus ses engagements, demeurer contraire à ce traité tout en devenant conforme à la Constitution! Tout ceci conduit donc le Conseil à s'estimer incompétent.**

En savoir plus : Le raisonnement ne résiste pas à quelques réflexions

Si le raisonnement apparaît très fouillé, il ne résiste pourtant pas vraiment face à quelques réflexions très simples : la décision repose sur une analyse des traités empreinte d'une logique synallagmatique évidente pour des instruments classiques et rudimentaires de la vie internationale, tels les traités commerciaux. Mais s'il est évident, pour ce type de conventions, que l'on n'est tenu que dans la mesure où le partenaire remplit lui-même ses obligations (on n'est tenu de payer le prix que si la marchandise est livrée), il n'en va pas de même pour des actes entre États qui engagent ces derniers non entre eux, mais vis-à-vis de leurs ressortissants. Si l'un des signataires de la Convention des droits de l'homme ne respectait plus ces derniers, trouverait-on aussi évidemment logique que tous les autres soient dès lors autorisés à ne plus respecter non plus ces droits de l'homme ? On voit bien que la logique de réciprocité est ici complètement anachronique, déplacée. Le Conseil constitutionnel a admis plus tard (CC, 22/01/99, Cour pénale internationale) que la condition de réciprocité ne s'appliquait pas dans le domaine du droit international protégeant les droits fondamentaux.

Ajoutons, mais ceci n'est pas une critique de la décision IVG, puisqu'elle ne concernait pas le droit communautaire, que le même constat pourrait être fait (pas d'exception d'inexécution en droit communautaire) pour ce qui est de la primauté du droit communautaire.

Mais au-delà de ces discussions, reste le constat : après le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour assurer la primauté des traités sur les lois (postérieures).

Exemple

C'est alors la **Cour de cassation** qui a eu à se prononcer sur la question, dans son arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975, AJDA 1975, p 567 : il s'agissait bien, cette fois, d'un problème communautaire (le traité CEE de Rome était en cause) et ce traité s'opposait à une loi postérieure (loi fiscale du 14 décembre 1966). Les conclusions d'Adolphe Touffait mettaient bien en lumière le risque de déni de justice, spécialement après la récente décision IVG du Conseil constitutionnel. Il signalait aussi la jurisprudence de la Cour de justice, exigeant de **ne pas fonder sur un texte national la primauté du droit communautaire**. Ceci était peut être trop d'exiger de la cour de cassation qu'elle fasse deux révolutions en même temps :

- faire primer un traité pour la première fois sur une loi postérieure, et,
- de surcroît, ne pas appuyer cette innovation sur un fondement a priori solide (la Constitution) mais sur la « *spécificité du droit communautaire* ».

La Cour de cassation a cru habile de se fonder sur... les deux, et elle a - **ce qui est à noter absolument** - effectivement fait primer le traité antérieur, en invoquant à la fois l'article 55 de la Constitution et la

spécificité du droit communautaire. Ce faisant, **elle devait soumettre la situation au « test » de réciprocité (article 55 oblige !)**, et elle résout ce problème dans un deuxième temps en remarquant que l'existence d'une procédure spéciale (le recours en manquement ouvert à l'initiative des États membres) en droit communautaire prive de pertinence la clause de réciprocité : **en somme, après avoir assis la primauté du droit communautaire sur sa spécificité, et sur l'article 55, elle écarte l'article 55 au nom...de la spécificité du droit communautaire !** Quoiqu'il en soit, on aurait pu s'attendre à ce que ces deux décisions de 1975 conduisent le conseil d'État à modifier son approche.

Tel ne fut pas le cas et le Conseil d'État, en 1979 d'abord (22 octobre 1979, Élection à l'Assemblée des Communautés, Leb. 385), puis régulièrement **pendant dix ans encore**, maintint contre vents et marées sa jurisprudence « *des semoules* », se démarquant par là, dans son raisonnement ou sa solution, du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation, de la Cour de justice des Communautés et finalement de toutes les juridictions de l'ensemble des États membres!

Le Conseil d'État a fini par opérer, dans une évidente volonté de discrétion, le **revirement tant attendu**, avec un arrêt du 20 octobre 1989, Nicolo, Leb. 190. Le revirement apparaît sous forme anodine: il s'agissait d'un problème entre la loi de 1977 fixant les modalités françaises des élections européennes et l'article 227-1 TCEE (champ d'application du traité) à propos des élections européennes dans les DOM TOM. Le Conseil juge que « *les règles ... définies par la loi du 07/07/77 ne sont pas incompatibles avec les stipulations claires de l'article 227-1 ... du traité de Rome* » : donc, il vérifie ! Le nouveau raisonnement apparaît dans les conclusions de Patrick Frydman (Voir en ce sens, AJDA 1989, p. 756) : l'article 55 de la Constitution fait l'objet d'une « nouvelle lecture » et le Conseil d'État y lit une habilitation implicite pour le juge ordinaire, lui permettant d'écarter la loi pour incompatibilité avec un traité. L'arrêt se réfère effectivement à l'article 55 de la Constitution dans ses visas. Même si on a pu, compte tenu de son attitude passée, craindre que la formule quelque peu alambiquée de l'arrêt Nicolo (primauté consacrée que pour les stipulations claires du traité) cache une tentative de neutralisation de la nouvelle approche par le biais d'une interprétation (théorie de l'acte clair) que se réserverait le juge administratif (cf. infra, les développements consacrés au renvoi préjudiciel), le Conseil d'État a ensuite étendu sa nouvelle jurisprudence aux règlements communautaires (C.E., 24 septembre 1990, Boisdet, Leb. 250) puis aux directives (C.E., 28 février 1992, SA Rothmans International France, Leb. 80). Dans ce dernier arrêt, le Conseil annule un décret de 1976 pris sur le fondement d'une loi de 1976 (régissant la fixation des prix de vente du tabac) contraire à une directive de 1972 relative à la liberté des prix du tabac. Le même jour, dans un arrêt Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris, la Haute juridiction a même concrétisé cette primauté de la directive en condamnant l'État à réparer les dommages causés aux particuliers par sa violation du droit communautaire. Cette jurisprudence a également été étendue aux décisions (CE 10/01/01, Région Guadeloupe).

On peut ajouter **deux précisions**, apportées par la jurisprudence ultérieure du Conseil d'État :

Le Conseil admet d'écarter l'application d'une loi devenue incompatible avec un traité (en l'espèce la Convention européenne des droits de l'homme) en raison d'un changement de circonstances alors qu'elle était conforme *ab initio* (C.E., 02 juin 1999, Meyet). Le Conseil (à la différence sur ce point de la Cour de cassation) ne transpose cependant pas intégralement sa jurisprudence Despujol puisqu'il ne prend ici en compte que les changements de circonstances de droit, et non de fait (ici, le développement des techniques de télécommunication). **En second lieu, le Conseil d'état s'est employé, plus récemment, à tirer toutes les conséquences de cette primauté du droit communautaire**, s'inspirant certainement du principe selon lequel l'administration est tenue de ne pas appliquer une réglementation illégale (C.E., 14 nov. 1958, Ponard, R., 554).

Exemple

Il a donc jugé que l'administration ne doit pas prendre les mesures d'application d'une loi incompatible avec les objectifs d'une directive (C.E., 24 fév. 1999, Association de patients de la médecine anthroposophique, R. 29). Le Premier ministre peut même être tenu d'engager une procédure de délégalisation (art. 37 de la Constitution) des dispositions législatives en cause pour les mettre en conformité avec le droit communautaire (C.E., 3 déc. 1999, Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire (AOMSL) et Rassemblement des opposants à la chasse, *AJDA* 2000, p. 170). De plus, l'administration doit mettre en œuvre les objectifs d'une directive dans le silence de la loi (C.E., 6 fév. 1998, Tête, R. 30) ou lorsque la loi est incompatible avec le droit communautaire (C.E., 3 déc. 1999, AOMSL et association France Nature Environnement, *AJDA* 2000, 171). Même si cette obligation vis-à-vis du droit communautaire ne permet pas à l'Administration de transgresser la répartition constitutionnelle des compétences entre elle et le législateur (art. 34 et 37 de la Constitution), elle peut ordonner aux agents publics de ne pas faire application d'une législation incompatible avec le droit communautaire, ou d'interpréter cette législation dans un sens compatible, ou, en troisième lieu, l'administration peut prendre des mesures impératives, s'imposant aux agents et permettant de mettre la France en conformité avec le droit communautaire. Il ne faut cependant pas que ces mesures soient réglementaires, de portée générale, car il y aurait là atteinte à cette répartition des compétences entre le législateur et l'autorité réglementaire. Donc, la consigne de vérifier au cas par cas si la mise en œuvre d'une loi n'est pas contraire au droit communautaire est acceptée par le Conseil d'État, mais pas si des dispositions réglementaires ont le même contenu...la distinction est parfois subtile (C.E., 30/07/03 et C.E. 27/07/06 : Association Avenir de la langue française).

Le bilan est que désormais, en France, la primauté du droit de l'Union sur les lois même postérieures est correctement assurée par le juge administratif et le juge judiciaire, même si l'on peut mettre un bémol à la clé quant à la méthode ; en effet, on l'a vu, la Cour de cassation comme le Conseil d'État fondent la primauté du droit communautaire (de manière exclusive et implicite Conseil - d'État - ou partiellement - Cour de cassation) sur [l'article 55 de la Constitution française](#). Ceci, rappelons le, est en contradiction avec l'arrêt Costa de la Cour de justice, et on peut d'autant mieux comprendre la Cour de justice que cette attitude des juridictions françaises les met en porte-à-faux du fait de l'utilisation d'un instrument (l'article 55 de la Constitution Française de 1958) à l'évidence « *mal taillé* » au regard du droit communautaire, la clause de réciprocité le situant dans une logique de relations internationales plus classiques.

La tendance ultérieure a cependant consisté à se référer conjointement à l'article 55 et à l'article 88-1 (C.E., 01/01/06 ; Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel ; C.E., 27/10/06, Société Techna).

[Article 88-1 de la Constitution française](#) :

« *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.* »

C'est là un pas vers la reconnaissance de la spécificité et il existe désormais une jurisprudence transversale intéressante. Fonder sur le seul art. 55 la relation entre l'ordre international ou européen et l'ordre français n'est en effet désormais guère admissible. D'abord parce que ce sont deux ordres « distincts » comme le reconnaît, depuis 2004, le Conseil constitutionnel (Décision n° [2004-505 DC](#) du 19 nov. 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe : « *le constituant a ... consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »), mais également pour deux autres raisons.

1. L'ordre de l'Union est essentiellement spécifique par rapport à l'ordre international justement du fait d'une relation différente avec l'ordre des États membres, ce que reconnaît le Conseil constitutionnel en soulignant que cet ordre est intégré dans l'ordre français. Il est donc peu probable que ce soit un seul et même article qui vertèbre uniformément ces relations fondamentalement différenciées.
2. La Constitution française, depuis 1992, dans sa structure même (structure "duale", admet que sa relation à l'ordre de l'Union européenne est spécifique et régie par des dispositions particulières, avec spécialement cet article 88-1.

La répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels internes, l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, qui reposait depuis 1923 sur une jurisprudence classique (arrêt du Tribunal des conflits du 16 juin 1923, Septfonds, Leb. 498) selon laquelle le juge judiciaire non répressif ne peut pas apprécier la légalité d'actes administratifs, a donné lieu à un revirement de la part du Tribunal des conflits, auquel tant le Conseil

d'État que la Cour de cassation ont emboîté le pas, **qui reconnaît à la fois, s'agissant de la mission des juges nationaux au titre de la primauté du droit de l'Union, un cadre spécifique et un fondement particulier.** Le Tribunal des conflits (Décision SCEA du Cheneau du 17 oct. 2011, Leb. 698), comme le Conseil d'État (arrêt du 23 mars 2012, Fédération Sud Santé sociaux, req. n° [331805](#) ; ou du 28 nov. 2014, Union syndicale Solidaires, req. n° [362823](#)) et la Cour de cassation (par ex. Cass. soc., arrêt n° 1560 du 30 sept. 2013, pourvois n° [12-14.752](#) ; [12-14.964](#) ; ou arrêts n° 335 et 349 du 7 mars 2017, pourvois n° [14-27.229](#) et [14-23.193](#) ; ou arrêt du 15 juin 2017, pourvoi n° [16-10242](#)) jugent que :

« S'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ».

Cela se traduit même dans les visas : « Vu l'article 88-1 de la Constitution et le principe d'effectivité issu des dispositions du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne... » (par ex. Cass. civ. 1, 9 nov. 2016, pourvoi n° [15-27357](#)).

Ainsi, l'« effet d'éviction » consécutif à la primauté est relié à la fois à l'article 88-1 de la Constitution et à un fondement situé dans le droit de l'Union européenne, les juges français préférant ici se référer cependant au principe « d'effectivité » plutôt qu'au principe de primauté. Dans son [arrêt French Data Network du 21 avril 2021](#), le Conseil d'État a modifié cette partie de la formule qui devient : « En vertu des principes de primauté, d'unité et d'effectivité issus des traités, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne, le juge national, chargé d'appliquer les dispositions et principes généraux du droit de l'Union, a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire... ». On peut noter que l'autorité du principe, s'agissant du fondement européen, repose à la fois sur les traités et l'interprétation de la Cour de justice, et que la portée de cette obligation des juges nationaux est particulièrement large puisqu'il s'agit du respect du droit de l'Union européenne et d'une obligation d'écarter, de leur propre autorité, toute disposition contraire. L'orthodoxie par rapport aux jurisprudences Costa et Simmenthal est frappante. On y reviendra et ceci fera le lien avec la rubrique suivante... L'arrêt du 21 avril 2021 est cependant en retrait puisque s'agissant d'écarter « toute disposition contraire », ce qui n'était pas explicité jusque là, le Conseil d'État ajoute : « qu'elle résulte d'un engagement international de la France, d'une loi ou d'un acte administratif ».

Il manque donc... la Constitution !

C. Droit de l'Union et Constitution française

1. Problématique générale

C'est le type même de question pour laquelle il faut prendre conscience de la relativité possible des conclusions. La logique des « rapports de système » conduit à pouvoir développer des analyses contradictoires mais a priori aussi incontestable l'une que l'autre. En effet, selon le point de vue (national ou communautaire) que l'on adopte, on sera irrésistiblement amené à conclure à la supériorité... de son point de départ, c'est à dire, selon les cas, la supériorité de la Constitution, ou la primauté du droit communautaire. Si l'on réfléchit à partir de l'ordre juridique national, on peut difficilement, en effet, ne pas considérer que l'engagement dans l'intégration communautaire s'est fait sur le fondement de la Constitution, d'où la conclusion logique d'une primauté de cette dernière.

Si l'on prend la perspective communautaire (ce qui paraît opportun, s'agissant de réfléchir à une caractéristique... du droit communautaire), on ne peut que refuser l'analyse précédente, en ce qu'elle implique une primauté communautaire aléatoire et à géométrie variable selon les États membres, ce qui n'est pas condamnable en soi, mais qui est, à l'évidence, contraire à la nature (la référence, parfois considérée comme un tantinet incantatoire, à la spécificité du droit communautaire, ou à la nature spécifique du droit communautaire correspond bien à un raisonnement fondamental) même du droit communautaire.

Dès lors, il faut considérer la situation concrète dans l'ordre juridique français avec une certaine modestie, en essayant notamment de montrer que quels que soient ici les germes conflictuels (évidents, on vient de le voir) des procédures permettent de résoudre, ou d'éviter les conflits.

2. Le contrôle du Conseil constitutionnel

On peut ici distinguer trois temps :

a) la période classique : l'indifférenciation

L'article 54 de la Constitution française organise une procédure de **contrôle préalable de la constitutionnalité des engagements internationaux**. Il est finalement difficile de donner une claire signification de cette procédure, sinon qu'elle est destinée à pouvoir empêcher (sans que ce soit systématique) un conflit entre ces deux types de normes.

Hasardeuse serait en effet toute autre interprétation en termes de confirmation de la primauté de la Constitution ou des traités :

- on peut en effet considérer que l'impossibilité de ratifier ou d'approuver un engagement international contraire à la Constitution prouverait la primauté de cette dernière,
- mais on peut aussi, en sens contraire, noter que la procédure de l'article 54 est orientée, et qu'en cas de conflit constaté entre un engagement international et la Constitution, elle vise simplement la révision de la Constitution qui doit précéder la ratification du traité (de fait, lorsque le Conseil constitutionnel a déclaré qu'un traité - traité de Maastricht d'Amsterdam, traité constitutionnel ou traité de Lisbonne - contenait des clauses contraires à la Constitution, la conclusion a toujours été qu'il fallait réviser la Constitution pour permettre la ratification de ces traités, et il n'a pas été envisagé de renoncer à une telle ratification).

Quoi qu'il en soit, notons que cette procédure permettant d'éviter les discordances ne peut être appliquée **au droit dérivé (l'article 54 ne concernant que les engagements internationaux)**, ni **au droit primaire antérieur (pas d'effet rétroactif)** à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Le droit primaire postérieur n'a parfois pas fait l'objet d'une vérification (cas de l'Acte unique ou du traité de Nice), ou a été déclaré non contraire à la Constitution (décision du 21 avril 1970 sur les ressources propres, Acte de Bruxelles du 20 septembre 1976 sur l'élection directe du Parlement européen), ou a été déclaré contraire (décisions du Conseil constitutionnel du 02 septembre 1992 sur le traité de Maastricht, du 31 décembre 1997 relative au traité d'Amsterdam, du 19 novembre 2004 pour le traité constitutionnel et du 4 février 2008 pour le traité de Lisbonne) mais suivi d'une « *mise en conformité* » de la Constitution (révisions du 1^{er} mars 2005 et du 4 février 2008 pour les deux derniers exemples). Dans ces décisions, le Conseil constitutionnel, on peut le noter, a présenté une véritable doctrine des rapports entre l'intégration européenne et la souveraineté nationale, affichée comme constituant une sorte de « *grille de référence* » pour son contrôle. Cette doctrine, quelles qu'en soient ses différentes variantes, est caractérisée par un certain flou certainement dû à la généralité des concepts en cause, mais qui, de manière plus opérationnelle, est aussi certainement destiné à préserver une marge d'appréciation pour la Haute instance.

Exemple

Après avoir tenté, dans sa décision des 30 et 31 décembre 1976 relative à l'élection du Parlement européen, de déduire du Préambule de la Constitution de 1946 (« *la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la Paix ...* ») une improbable distinction entre les limitations (seules envisagées par le préambule) de souveraineté, et les transferts (qui seraient, dès lors, interdits) de souveraineté, le Conseil constitutionnel paraît être revenu, notamment pour sa décision du 09 avril 1992 sur le traité de Maastricht et celle du 31 décembre 1997 concernant le traité d'Amsterdam, à une méthode plus ancienne (celle de la décision de 1970) : il refuse qu'il soit porté atteinte aux « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté* ».

Dans une décision du 22 mai 1985, le Conseil a eu l'occasion de définir **ces conditions essentielles : assurer le respect des institutions, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens.**

Si c'est indiscutablement plus « *opérateur* » que la problématique différenciation limite/transfert, la marge d'appréciation demeure cependant. L'important ici consiste certainement à aborder cette question de la souveraineté selon une logique compatible avec le phénomène de l'intégration européenne : en effet, la distinction limitation/transfert se situe dans une logique de souveraineté une et indivisible (on peut limiter une entité indivisible, mais pas en transférer des parcelles), ce qui révèle une assimilation, pour ne pas dire une confusion, entre la souveraineté dans l'Etat (ce dont dérive l'autorité suprême dans un Etat, que ce soit la Nation, ou le Peuple), qui est forcément une et indivisible, et la souveraineté « *de l'Etat* », en cause ici, et qui n'a pas à remplir les mêmes conditions, à peine de ne pouvoir admettre les contraintes dérivant des engagements internationaux ou a fortiori de l'intégration communautaire. Sur ce plan, la « *grille d'analyse* » actuelle est beaucoup plus satisfaisante, puisque permettre des transferts de compétences alors qu'ils portent atteinte à certaines conditions non essentielles d'exercice de la souveraineté revient à adopter une démarche de divisibilité, de fragmentation entre toutes les « *conditions d'exercice de la souveraineté* », c'est à dire finalement une approche admettant la divisibilité de la souveraineté, seule à même de rendre compte du phénomène communautaire.

b) L'approche spécifique : 2004

En 2004, le Conseil constitutionnel a fait évoluer sa jurisprudence, avec la **décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 : Loi pour la confiance dans l'économie numérique** dont le considérant de principe est le suivant : « *Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences" ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne.* »

Dès le 01/07/04 (Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, décision n° 2004-497 DC), le Conseil a réitéré cette jurisprudence qui doit être considérée comme formalisant une nouvelle conception.

Par ailleurs, le Conseil s'est prononcé le 19 novembre 2004 (décision n° 2004-505 DC) pour juger que la ratification du traité établissant la Constitution de l'Union exigeait une révision de la Constitution française, intervenu le 1^{er} mars 2005. Le Conseil, cependant, a esquivé les difficultés majeures, masquant certains apports du traité comme l'affirmation expresse et générale de la primauté au moyen derrière la prétendue absence de nouveauté. Ces diverses décisions, révélant une nouvelle phase, peuvent être rendues par la mise en évidence des cinq traits suivants :

D'abord, le Conseil reconnaît un fondement spécifique pour la primauté du droit de l'Union européenne : l'article 88-1 et non l'article 55, effectivement plus adapté au droit international. C'est la logique d'une « Constitution duale » contenant un Titre spécifique pour les rapports avec l'Union européenne.

Autre précision, issue de la décision du 19 novembre : une « doctrine » plus complète de la problématique d'ensemble : le Conseil rappelle que l'article 88-1 autorise le « transfert de compétences » à une « organisation européenne permanente » mais que *« lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle »*.

Cette nouvelle jurisprudence, par ailleurs, (celle de juin 2004) admet un contrôle a posteriori indirect des directives, c'est à dire qu'elle admet un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé, ce qui ouvre un autre problème, la Cour de justice estimant, on le sait, que seul le juge communautaire peut prononcer l'invalidité d'un acte de droit dérivé (CJCE, 22/10/87, Foto Frost, aff. n° [314/85](#), 4199).

Sur ce plan, cependant, la logique du fondement constitutionnel spécial (art. 88-1) n'est pas entièrement respectée, puisque le Conseil limite cette primauté : elle ne vaut pas contre une disposition constitutionnelle expresse. C'est là tout simplement détruire la cohérence d'un ancrage constitutionnel dérogatoire. L'article 88 a justement été introduit dans la Constitution pour rendre conformes à celle-ci des engagements communautaires qui n'étaient pas compatibles avec les dispositions générales de la Constitution. Une solution pour atténuer cette incohérence serait d'adopter une lecture restrictive de cette nouvelle jurisprudence, qui ne concernerait que les lois de transposition de directives et non la problématique générale des rapports entre le droit communautaire et le droit constitutionnel. Dans cette ligne, on peut relever que le Conseil, dans sa décision du 30 mars 2006 (CPE) semble avoir admis une exception à sa jurisprudence IVG dans la seule hypothèse d'un contrôle de conformité d'une loi de transposition d'une directive par rapport (uniquement) à cette dernière.

Il faut en toutes hypothèses admettre l'ambiguïté de cette contrariété, seule en cause, avec une disposition constitutionnelle « expresse ». On a du mal à comprendre que le droit communautaire puisse déroger aux normes constitutionnelles non écrites, aux principes constitutionnels, et non aux normes constitutionnelles expresse. Implicitement, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 29/07/04 sur la loi bioéthique (décision n° [2004-498 DC](#)) a peut-être fourni un élément complétant le dispositif et permettant d'en identifier la logique. S'agissant de l'éventuelle atteinte à l'article 11 de la Déclaration de 1789 (liberté de communication des pensées et des opinions) par la transposition d'une directive, il précise que cette liberté est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Conv. EDH. La logique serait donc que fait obstacle une disposition expresse constitutionnelle au sens surtout de disposition spécifique, propre à la Constitution française, c'est à dire insusceptible d'être protégée par le juge communautaire. Là est peut-être la clé de cette jurisprudence nouvelle. C'est ce qui s'imposera par la suite, comme vu plus loin...

c) La systématisation : 2006

Il y a eu en 2006 une véritable refonte de la solution mais avec une grille encore différente : après le critère incohérent de la disposition expresse, après le critère plus rationnel et plus ou moins implicite de la disposition spécifique, s'est imposé celui de l'identité constitutionnelle française :

Exemple

Décision n° [2006-540 DC](#), 27 juillet 2006 : loi relative au droit d'auteur et Décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, loi relative au secteur de l'énergie (cf. aussi la décision [2010-79 QPC](#) du 17 décembre 2010, M. Kamel. D) : *« Il résulte de l'article 88-1 de la Constitution que la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle. Il appartient par suite au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence. Toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite »*.

- 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.
- Devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne. Il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. En tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel.

L'analyse de ce nouveau dispositif sera menée en quatre temps: son origine, son contenu, sa signification, et sa pratique depuis 2006.

1°) Quant à son origine

Ce critère était déjà décelable dans les vœux du président du Conseil constitutionnel au président de la République, le 3 janvier 2005 : « *le droit européen... ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme « inhérent » : crucial et distinctif* » et il importe de bien en mesurer la portée et la signification sous ces deux angles. « **Crucial** » car il s'agit de principes constitutionnels et si, dans certains États membres, connaissant une distinction entre deux types de dispositions constitutionnelles hiérarchisées au moyen de procédures distinctes de révision, plus ou moins lourdes, cet aspect du critère pourrait jouer, il serait difficile de faire de même en France où une telle hiérarchisation n'existe pas. Dès lors, le critère le plus opératoire reste le caractère « **distinctif** », ce qui confirme la répartition des rôles entre les juges, le juge constitutionnel français étant incompétent pour juger du respect d'un principe constitutionnel par une loi transposant une directive dès lors que le contrôle de la loi implique le contrôle de la directive et que le principe en cause est également consacré au niveau européen, de sorte que seule la Cour de justice pourra en vérifier le respect par la directive. En revanche, si le principe en cause est spécifique à l'ordre constitutionnel français, le juge constitutionnel en contrôlera le respect par la loi.

2°) Quant à son contenu

Le nouveau dispositif repose donc sur trois éléments : la notion d'identité constitutionnelle de la France, l'appréciation d'une contrariété vis-à-vis de ce qui est « *inhérent* » à cette identité, et la possible validation d'une telle atteinte par le constituant. Pour les trois questions, un certain flou existe, dont on n'est pas loin de penser qu'il est entretenu par le Conseil constitutionnel, tant il est vrai qu'en la matière, l'incertitude peut se traduire en termes de marge de manœuvre pour le juge constitutionnel.

1. Notion d'identité constitutionnelle de la France:

Il faut distinguer deux périodes :

Pendant les 15 premières années de pratique régulière de cette jurisprudence, le Conseil n'a jamais identifié une règle ou un principe comme faisant partie de l'identité constitutionnelle de la France, de sorte que l'on en était réduit à de multiples et variées thèses doctrinales pour sélectionner un « noyau identitaire » : comme a pu l'écrire D. Rousseau, « *À chaque Professeur – ou presque – sa liste de règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France !* » (« L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens n° 1, Paris, Pedone, 2011, p. 96). Au-delà de listes analytiques (A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales : exception française ? », in M. Fatin-Rouge Stéfanini et G. Scofoni dir., *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux*, PUAM, 2013, p. 181 ; ou S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2008, p. 105), on identifie des thèses plus synthétiques et systématiques comme l'approche de M. Quesnel, s'appuyant sur une présomption d'appartenance à l'identité constitutionnelle pour les principes

de l'article 1er de la Constitution : laïcité, indivisibilité de la République, unicité du peuple français, principe d'égalité (M. Quesnel, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Dalloz 2015, p. 166), ou celle de J.-P. Derosier (op. cit.) reliant les « limites constitutionnelles à l'intégration européenne » à deux types de principes constitutionnels ayant un caractère « absolu » soit structurellement (structure de l'Etat, souveraineté, forme de l'État), soit formellement avec les clauses d'éternité, ce qui, pour la France, établirait une double correspondance entre l'identité constitutionnelle et la forme républicaine du gouvernement, laquelle pourrait sans doute être élargie aux principes de la République, ou l'essentiel de la République (formule retenue par le Président Mazeaud dans son discours précurseur de 2005), conception somme toute assez communément partagée et bien rendue par l'intitulé retenu par M. Quesnel : « La Bannière républicaine », op. cit., p. 154. Sur la question, cf. M. Blanquet, « La protection de l'identité constitutionnelle de la France », in H. Gaudin (dir.), *La constitution européenne de la France*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2017, p. 73.

La problématique a évolué le 15 octobre 2021 : la décision n° 2021-940 QPC, Société Air France, a vu le Conseil constitutionnel, pour la première fois, identifier un principe comme faisant partie de l'identité constitutionnelle de la France : il rappelle qu'aux termes de l'article 12 de la Déclaration de 1789, « *La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ». Il en résulte l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits. De manière inédite, le Conseil constitutionnel juge que cette exigence constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

2. S'agissant de ce qui est inhérent à cette identité

Deux interprétations existent pour ce lien privilégié (jonction inséparable selon le Grand dictionnaire Littré) : une version étroite se limitant à ce qui est essentiel parmi les éléments d'identité constitutionnelle (le « noyau du noyau »), une version large pouvant couvrir des aspects externes mais reliés étroitement à cette identité (le « pourtour du noyau »).

3. Enfin, il est à souligner que la protection de l'identité constitutionnelle n'est pas absolue.

Elle s'efface si le constituant « y a consenti ». Quel pouvoir constituant ? Pouvoir originaire ou dérivé ? De nombreux auteurs refusent cette dernière option en soutenant que le pouvoir institué de révision ne pourrait valider une atteinte à l'identité de la constitution. La seule interprétation serait alors qu'est visé le pouvoir de révision se traduisant par une révision/adjonction.

Exemple

Par exemple on peut considérer que participe de l'identité constitutionnelle française l'article 3 de la Constitution, aux termes duquel la qualité d'électeur appartient aux « *nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ». L'article 3 n'a pas été révisé en 1992 mais le constituant a inscrit à l'article 88-3 que « *le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France* ». De même, selon l'article 34 de la Constitution, la loi fixe, notamment, « le régime d'émission de la monnaie ». Le traité de Maastricht a conduit à inscrire dans la Constitution l'article 88-2 selon lequel « *sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne* ».

Voilà ce qui ressemble à des consentements du constituant à une atteinte à l'identité constitutionnelle française.

3°) Quant à sa signification

On peut mettre le dispositif en perspective avec la philosophie même du processus d'intégration. En adhérant à l'Union européenne, les États mettent en commun l'exercice de certaines compétences, y compris certaines liées à l'exercice de leur souveraineté. C'est là un phénomène acceptable dans la mesure où le constat et l'obligation existe pour l'ensemble des États concernés de partager certains principes, certaines valeurs essentielles qui sont à la fois fondatrices de l'Union et communes aux États membres (art. 2 UE). Lorsque, dans un contrôle de constitutionnalité d'un acte interne déterminé par un acte de l'Union, le problème affectant l'acte national provient de la source européenne, soit le principe constitutionnel en cause fait partie des principes

fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union dont le juge européen peut contrôler le respect par l'acte de droit dérivé concerné, et c'est à ce niveau que le contrôle doit s'exercer, soit c'est un principe spécifique à l'ordre constitutionnel national, un élément d'identité constitutionnelle, et seul le juge constitutionnel interne peut alors protéger un tel principe, la Cour de justice n'ayant pas, dans une telle configuration, les moyens de le faire.

4°) Quant à sa pratique

1. Généralisation de la référence à l'identité constitutionnelle de la France

Le Conseil constitutionnel applique désormais systématiquement cette jurisprudence, que ce soit en contrôle préalable de la loi ou dans le cadre de la QPC, dès lors spécialement qu'est en cause la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive.

Dans le cadre des relations entre le Conseil constitutionnel et respectivement **le Conseil d'État et la Cour de cassation** en tant que juges du filtre pour des QPC, Conseil d'Etat comme Cour de cassation se réfèrent aussi à la notion d'identité constitutionnelle de la France.

Lors des débuts de la QPC, **le Conseil d'État** a renvoyé au Conseil constitutionnel une question liée à la contestation d'une loi transposant une directive (arrêt du 8 oct. 2010, n° [338505](#)). Le Conseil constitutionnel a estimé ne pas avoir à statuer sur la question dès lors que trois conditions étaient réunies : la disposition législative se bornait à transposer les dispositions d'une directive ; les dispositions de la directive étaient précises et inconditionnelles ; les droits et libertés constitutionnels invoqués n'étaient pas des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France (Décis. [2010-79 QPC](#) du 17 déc. 2010, M. Kamel D). À partir de là le Conseil d'État en tire les conséquences en tant que juge du filtre. Soit il se borne à ne pas renvoyer la QPC, « *en l'absence de mise en cause...d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* », une telle question n'étant « *pas au nombre de celles qu'il appartient au Conseil d'État de transmettre au Conseil constitutionnel* » (C.E. 14 sept. 2015, Notre Famille.com, n° [389806](#); ou C.E. 3 nov. 2014, A. et D. n° 382619, ce qui revient pour lui à raisonner à partir de la répartition des compétences entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice et à prendre acte de l'incompétence du Conseil constitutionnel, soit il précise que c'est au titre de l'absence de caractère sérieux de la question (C.E. 8 juill. 2015, M. P., n° [390154](#) ; C.E. 9 nov. 2015, A...B, n° [390154](#)).

La Cour de cassation, quant à elle, refuse également de renvoyer au Conseil constitutionnel des dispositions législatives qui « *se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises [d'une directive] et ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ».

Exemple

Cf., par ex, Cass. soc., 15 juin 2011, QPC n° [10-27.130](#) et [10-27.131](#), idem, [deux arrêts] ; plus récemment, arrêt Société Aprochim de la chambre criminelle du 10 août 2016). La chambre criminelle est cependant allé plus loin que le Conseil constitutionnel, étendant ce raisonnement aux dispositions législatives ne mettant en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France qui se bornent « *à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'[un] règlement [européen]* » (Cass. crim., 22 févr. 2012, QPC n° [11-90.122](#), Bull. crim. 2012, n° 54. Le Conseil constitutionnel a eu à connaître en 2011 du contrôle d'une loi tirant les conséquences d'un règlement mais n'a pas étendu (à cette époque) (cf. *infra*) à ce cas son dispositif de 2006 : déc. [2010-102 QPC](#) du 11 févr. 2011). On peut noter un autre élargissement par rapport à la jurisprudence du Conseil constitutionnel limitée au contrôle des lois de transposition des directives avec la Chambre sociale étendant ce même dispositif pour une loi interprétée à la lumière de directives mais ne transposant pas ces directives (Cass. soc., n° 1502 du 7 juill. 2015 (P) QPC, Société Auchan France c/ M. Cioffi).

2. Extension de cette jurisprudence par le Conseil constitutionnel

En 2017 et 2018, le Conseil constitutionnel a utilisé le concept d'identité constitutionnelle de la France dans **d'autres cadre que celui du contrôle des lois de transposition de directives**.

- **1. Contrôle des accords mixtes**

Exemple

Le 31 juillet 2017 (décision n° [2017-749 DC](#)), s'agissant en l'espèce de contrôler la ratification par la France de l'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (traité CETA) et visant explicitement, de manière inédite pour lui, l'avis 2/15 de la Cour de justice du 16 mai 2017, le Conseil devait se prononcer sur un autre type d'hybridité, de mixité que celle qu'illustre une loi de transposition d'une directive ; il s'agissait en l'occurrence d'un accord mixte, c'est-à-dire un traité dont les stipulations relèvent soit de la compétence des États ou des compétences partagées, soit des compétences exclusives de l'Union, ce qui impose la conclusion de la convention à la fois par l'Union et par chacun de ses États membres. Le gouvernement, dans ses observations, considérait que son contrôle ne pouvait porter sur les clauses relevant des compétences exclusives de l'Union, seule la Cour de justice pouvant les apprécier au regard du seul droit de l'Union, mais le Conseil a jugé que :

« 13. S'agissant des stipulations de l'accord qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres ou d'une compétence appartenant aux seuls États membres, il revient au Conseil constitutionnel, comme il est rappelé au paragraphe 11, de déterminer si ces stipulations contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

14. S'agissant, en revanche, des stipulations de l'accord qui relèvent d'une compétence exclusive de l'Union européenne, il revient seulement au Conseil constitutionnel, saisi afin de déterminer si l'autorisation de ratifier cet accord implique une révision constitutionnelle, de veiller à ce qu'elles ne mettent pas en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. En l'absence d'une telle mise en cause, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne de contrôler la compatibilité de l'accord avec le droit de l'Union européenne ».

Le point 73 de la décision, sorte de « considérant balai », exonère d'inconstitutionnalité les stipulations de l'accord autres que celles qu'il a examinées en détail et révèle que le Conseil considère comme une forme de contrôle minimum celui reposant sur le critère de l'identité constitutionnelle :

« 73. Les autres stipulations de l'accord ne contiennent pas de clause contraire à la Constitution, ne remettent pas en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis, ne portent pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et, **à plus forte raison**, ne mettent en cause aucune règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ».

- **2. Contrôle des lois d'application d'un règlement**

Exemple

Dans ses décisions n° [2018-765 DC](#) du 12 juin 2018 (Loi relative à la protection des données personnelles) et [2018-768 DC](#) du 26 juillet 2018 (loi relative à la protection du secret des affaires), le Conseil va élargir le champ de son dispositif, jugeant que « tant la transposition en droit interne d'une directive de l'Union européenne que le respect d'un règlement de l'Union européenne, lorsqu'une loi a pour objet d'y adapter le droit interne, résultent d'une exigence constitutionnelle.

3. Il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive de l'Union européenne, de veiller au respect de cette exigence. Il en va de même pour une loi ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne ».

Le Conseil a repris cet élargissement dans son contrôle a posteriori (QPC) dans la décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, Société Air France : « la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient 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. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne (...) ».

3. La position du Conseil d'Etat

a) L'ambiguïté

Exemple

Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt fort commenté le 30 octobre 1998 dans une affaire Sarran. L'arrêt concerne le droit international, et non le droit communautaire, mais il doit être cependant analysé, la conception qu'il révèle pouvant, à l'époque, pour certains, préfigurer les contours d'une future prise de position relative à la problématique communautaire. Il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un décret de 1998 organisant la consultation, en Nouvelle Calédonie, sur l'avenir de l'île. Le problème portait notamment sur la définition (restreinte) du corps électoral : celle-ci était fixée par une loi du 09 novembre 1988 (et la jurisprudence aurait permis le contrôle normalement) mais par renvoi à l'article 76 de la Constitution, ce qui lui conférait une valeur constitutionnelle.

Divers moyens ayant été soulevés, dont celui de la violation de traités (dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme), le Conseil d'Etat juge que la supériorité conférée par l'article 55 de la Constitution aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle.

Si certains commentateurs ont cru disposer là d'une claire affirmation de la supériorité de la Constitution sur la loi, il convient d'être plus circonspect. Il ne s'agit pas de tirer argument de ce que le Conseil se contente de refuser une supériorité aux traités, ce qui est a priori différent, c'est vrai, d'une affirmation de supériorité de la Constitution. En effet, si le raisonnement reposait sur une identité de valeur entre ces deux types d'actes, l'important aurait été de souligner quel était le plus récent, ce que l'arrêt ne fait pas. La conclusion est donc bien celle d'une supériorité de la Constitution sur les traités. En revanche, il importe d'insister sur le fait que le Conseil d'Etat ne traite que de la supériorité de la Constitution « *dans l'ordre interne* » et se contente d'indiquer qu'une telle supériorité n'est pas fondée sur l'article 55 de la Constitution, ce qui est somme toute l'évidence même (l'article 55 ne posant que le principe de la supériorité des traités sur les lois). Si l'on dépasse les termes mêmes de l'arrêt (qui n'ont donc rien de choquant en eux mêmes) pour chercher à identifier une conception plus générale, et si l'on reste sur le terrain du droit international (celui de l'arrêt Sarran), on peut certainement considérer que le Conseil d'Etat ne remet pas en cause la primauté des traités sur les dispositions internes dans l'ordre international, mais qu'en revanche, il considère que la dimension interne de la primauté est régie par le droit national, ce qui exclut de concrétiser cette primauté vis-à-vis d'une Constitution interne.

La projection de cette position sur le terrain du droit communautaire (vraisemblable puisque le Conseil d'Etat n'a jamais vraiment reconnu la spécificité du droit communautaire) conduit à **deux conclusions** :

- **d'une part, elle prouve le bien fondé de la démarche de la Cour de justice, excluant tout fondement national pour la primauté du droit communautaire** ; un tel fondement ne peut que bloquer la portée de cette primauté, spécialement au regard de la Constitution,
- **d'autre part, il faut prendre conscience que la spécificité du droit communautaire est largement dans cette « communautarisation » de l'effet interne** et que l'application de la jurisprudence Sarran au droit communautaire viderait de sens l'intégration européenne.

b) La provocation

Exemple

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt SNIP du 3 décembre 2001, et de manière incongrue (car ceci n'avait aucun rapport avec la *ratio decidendi* de l'arrêt) a inséré un *obiter dictum* levant l'ambiguïté et suscitant un réel malaise : selon le juge administratif, la primauté du droit communautaire « *ne saurait conduire, au demeurant, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution* ».

C'est là refuser la spécificité du droit communautaire d'une manière aussi gratuite que brutale ; bref, la guerre des juges ou le gallicanisme du Conseil d'Etat n'est pas encore de l'ordre du passé. Il suffit, par exemple,

de considérer l'arrêt du 27/07/06 Association Avenir de la langue française pour voir que le C.E. semble implicitement admettre qu'une disposition constitutionnelle (article 2 : la langue de la République est le français) puisse contrarier l'application du droit communautaire.

La situation était intenable...

c) La logique de la coopération juridictionnelle

Le Conseil a revu son approche dans le sillage du Conseil constitutionnel. On distinguera l'adoption de cette nouvelle logique en 2007 et sa sophistication en 2021.

1°) Premier point : 2007, l'adoption de la nouvelle logique

Dans l'arrêt du 8 février 2007 : *Arcelor Atlantique et Lorraine*, le Conseil d'Etat reprend le raisonnement du Conseil constitutionnel dans sa logique de spécificité et de répartition des compétences juridictionnelles. En présence d'un décret qui transposait, presque mot pour mot, une directive communautaire relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre mis en place dans le cadre du protocole de Kyoto et dont il est soutenu que ce décret méconnaissait différents principes à valeur constitutionnelle, notamment le principe d'égalité, le Conseil d'Etat, s'inspirant de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel en matière de contrôle des lois de transposition des directives, indique que, en pareille hypothèse, le juge doit procéder en deux temps.

1. Il doit d'abord rechercher si les principes constitutionnels dont la méconnaissance est invoquée ont un équivalent dans l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire si le droit ou la liberté en cause est effectivement et efficacement protégé par le droit communautaire « primaire » (traités et principes généraux du droit communautaire), tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Dans l'affirmative, soutenir que le décret est contraire à la Constitution revient donc à soutenir que la directive (que ce décret ne fait que transposer) est contraire au droit communautaire primaire. Le juge procède alors comme d'ordinaire lorsqu'est critiquée devant lui la validité d'une directive : si les critiques formulées à l'encontre de celle-ci ne mettent pas sérieusement en cause sa validité, le juge national peut, de lui-même, écarter ces critiques. On peut ici voir une application très intéressante dans l'arrêt du CE du 10 avril 2008 : Conseil national des barreaux, où pour la première fois, le Conseil s'est prononcé sur la conformité d'une directive à la Convention européenne des droits de l'homme (conformité confirmée).

Si, en revanche, il existe une difficulté sérieuse, il doit alors renvoyer la question à la Cour de justice des Communautés européennes, qui détient le monopole de l'appréciation de la validité du droit communautaire dérivé (CJCE, 22/10/87, arrêt Foto Frost, aff. [314/85](#)). Si la Cour déclare que la directive est contraire au droit communautaire primaire, il appartient alors au juge national d'en tirer les conséquences en annulant le décret transposant cette directive illégale.

2. Dans l'hypothèse inverse, où le juge national n'identifie pas, dans l'ordre juridique communautaire, un principe équivalent au principe constitutionnel invoqué par le requérant, parce que ce principe est en réalité spécifique à la Constitution française, il lui appartient seulement d'examiner, comme il le fait d'ordinaire, si le décret est conforme à ce principe et, dans la négative, d'annuler le décret pour inconstitutionnalité.

En l'espèce, le Conseil d'Etat a estimé que le principe constitutionnel d'égalité, invoqué par la société requérante, trouvait un équivalent dans le droit communautaire. Comme la conformité de la directive au principe communautaire d'égalité posait une difficulté sérieuse, il a donc, conformément à la méthodologie qu'il s'était lui-même fixée, décidé de renvoyer cette question à la Cour de justice des Communautés européennes, qui, le 16 décembre 2008 (aff. [C-127/07](#)) a estimé qu'il n'y avait pas de problème de validité. Le Conseil d'Etat en a tiré les conséquences dans une décision du 3 juin 2009, rejetant la requête d'Arcelor.

Cette décision manifeste de la part du Conseil d'État le souci de tirer toutes les conséquences de la **confiance réciproque qui doit présider aux relations entre systèmes nationaux et système communautaire de garantie des droits** : lorsqu'une méconnaissance des droits et libertés consacrés par la Constitution française trouve son origine dans un acte de droit communautaire et que ces droits et libertés sont également protégés par les traités communautaires et les principes généraux du droit communautaire, le juge national laisse le juge communautaire en assurer le respect, à l'échelle de l'Union européenne ; lorsque sont en cause des droits et libertés spécifiques à la Constitution française, le juge national en assure lui-même le respect. L'annulation d'un acte de transposition au regard de l'un de ces droits ou libertés spécifiques constituerait un signal fort adressé aux pouvoirs publics pour, **soit qu'ils engagent une révision de la Constitution afin de réduire ces spécificités, soit qu'ils demandent une renégociation de l'acte de droit dérivé ainsi reconnu indirectement contraire à la Constitution**.

Le Conseil d'Etat a ainsi répondu à l'invite de son Commissaire de gouvernement qui présentait en des termes significatifs et heureux la logique de l'opération : *« Nous vous invitons à vous inspirer de la démarche retenue par le Conseil constitutionnel et à procéder, à la faveur de l'examen des moyens d'inconstitutionnalité dont vous serez saisis, au transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique communautaire. Cette opération de translation (...) conduira à ce que votre contrôle de constitutionnalité s'effectue, pour partie, sous le timbre du droit communautaire. »*

Le Commissaire du gouvernement Guyomar, dans ses conclusions sur l'affaire Arcelor a également souligné que la solution adaptée par le Conseil constitutionnel s'inscrit en harmonie dans un courant de jurisprudence dégagé par un certain nombre de juridictions nationales d'Etats membres de l'Union européenne. (*« Alors que se développe en Europe, comme nous l'avons vu, un mouvement général de coopération judiciaire entre les cours suprêmes nationales et la CJCE, il serait (...) hasardeux de faire (...) cavalier seul »*). Cette prise de position du commissaire du gouvernement révèle l'angoisse (non juridique) de l'isolement.

La conclusion, c'est que se sophistique depuis 3 ans une forme de coopération entre le juge communautaire et les juridictions nationales, qui est très en phase avec la philosophie même de l'intégration et que le problème délicat de la hiérarchie normative sera peut-être réglé sous sa forme juridictionnelle. Il est vrai que si l'on comprend la primauté du droit communautaire en termes de validité, il est difficile de concilier les positions. Si l'on raisonne en termes d'inopposabilité des normes nationales contraires au droit communautaire, c'est « gérable » et on voit bien que c'est avant tout une question de compétence juridictionnelle.

On a parfois dit que la Communauté était une Europe des juges. C'est plus que jamais vrai, en insistant sur le pluriel. C'est l'Europe du dialogue des juges...

Attention cependant à ne pas trop en faire dans ce registre. Le Conseil d'Etat et son Commissaire du gouvernement, à propos du renvoi préjudiciel à la CJCE évoque une « difficulté sérieuse » quant à la validité de l'acte communautaire et la présentation est un peu celle d'une « bonne manière » faite à la CJCE. NON ! Que la difficulté soit sérieuse ou non, le juge national ne peut pas invalider un acte de droit communautaire dérivé, et c'est une obligation, pas de la « courtoisie judiciaire » !

2°) Second point : 2021, la sophistication de la nouvelle logique

Par plusieurs décisions en 2021, le Conseil d'Etat a permis de préciser les différentes configurations dans lesquelles joue cette nouvelle logique, de nuancer les équilibres de celle-ci, et on a aussi assisté en 2021 à une mise en cohérence encore plus nette entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle du Conseil constitutionnel.

1. Diversification

L'arrêt Arcelor correspondait à la configuration suivante: un recours adressé au Conseil d'Etat lui demandait de contrôler la constitutionnalité d'un acte réglementaire de transposition d'une Directive. La jurisprudence ultérieure a élargi ce cas de figure au contrôle des actes administratifs adaptant le droit français à un règlement européen.

L'arrêt du 21 avril 2021 French Data Network repris (en la précisant et nuanciant, cf. infra) la logique de la Jurisprudence Arcelor mais dans un autre cas de figure, celui où le juge administratif est saisi d'un recours contre un acte administratif relevant du champ d'application du droit de l'Union et qu'est invoqué devant lui le moyen tiré de ce que cet acte, ou les dispositions législatives qui en constituent la base légale ou pour l'application desquelles il a été pris, sont contraires à une directive ou un règlement européen; dans ce cas, la dimension constitutionnelle est invoquée par le défendeur, qui peut soutenir que la règle de droit national en cause, alors même qu'elle est contraire à la disposition du droit de l'Union européenne invoquée dans le litige, ne saurait être écartée sans priver de garanties effectives une exigence constitutionnelle.

L'arrêt du 17 décembre 2021 Bouillon correspond à une 3^{ème} configuration, celle où le juge administratif est saisi d'un refus de l'administration de transposer, ou appliquer une directive, le motif de refus correspondant là encore à la volonté de garantir une exigence constitutionnelle (dans cette affaire, il s'agissait de la libre disposition de la force armée).

2. Equilibre et nuances

Les arrêts de 2021 soufflent le chaud et le froid.

La mise en place d'une véritable clause de sauvegarde constitutionnelle: d'aucuns évoquent ici un "joker constitutionnel" qui peut être présenté ainsi: tout en consacrant l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne, ..., l'article 88-1 **confirme la place de la Constitution au sommet de ce dernier**. Il appartient au juge administratif, s'il y a lieu, de retenir de l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée des obligations résultant du droit de l'Union la lecture la plus conforme aux exigences constitutionnelles autres que celles qui découlent de l'article 88-1, **dans la mesure où les énonciations des arrêts de la Cour le permettent**. Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, aurait pour effet de **priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écarter dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige**. Malgré les formulations quelque peu agressives, tout ceci est classique. C'est la ratio decidendi de la jurisprudence Arcelor, c'est à dire la logique de la protection équivalente ; quant à la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne c'est une évidence ! Mais les relations avec le droit de l'Union ne s'épuisent pas dans une relation hiérarchique à l'intérieur de cet ordre juridique interne...

Le refus déterminé du contrôle de l'ultra vires. La primauté du droit de l'Union est quelque peu malmenée depuis quelques années par les Cours nationales.

Exemple

Citons, entre autres exemple, la décision Weiss de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le 5 mai 2020, confirmant la compétence qu'elle se reconnaît pour contrôler qu'un acte de l'Union (ou un arrêt de la Cour de justice) est ultra vires c'est à dire excède les compétences attribuées à l'Union, ce qui l'autorise à l'écarter. Cela a fait boule de neige puisque la Cour constitutionnelle polonaise, le 7 octobre 2021, s'est crue autorisée dès lors à solennellement affirmer la supériorité de sa Constitution sur le droit de l'Union. La décision Weiss a cependant été condamnée par le gouvernement allemand lui-même et le 9 juin 2021, la Commission a lancé devant la Cour de justice une procédure en manquement, qu'elle a clôturée en décembre 2021 à la suite de curieux engagements du gouvernement allemand promettant que cela ne se produirait plus !

Le gouvernement français, dans l'affaire French Data Network, demandait clairement au Conseil d'Etat de faire de même, et de contrôler que le droit de l'Union respectait la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres. La réponse du Conseil d'Etat est sans appel : *« il n'appartient pas au juge administratif de s'assurer du respect, par le droit dérivé de l'Union européenne ou par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Il ne saurait ainsi exercer un contrôle sur la conformité au droit de l'Union des décisions de la Cour de justice et, notamment, priver de telles décisions de la force obligatoire dont elles sont revêtues, rappelée par l'article 91 de son règlement de procédure, au motif que celle-ci aurait excédé sa compétence en conférant à un principe ou à un acte du droit de l'Union une portée excédant le champ d'application prévu par les traités »*. Si sur le fond, on note ce refus du contrôle ultra vires réclamé par le gouvernement, sur la forme, on soulignera aussi le renvoi au règlement de procédure de la Cour de justice, ce qui a pu être interprété comme une « reconnaissance pleine entière et en peu de mots du principe de la primauté du droit de l'Union » (J. Ziller).

3. Mise en cohérence

Le commissaire du gouvernement, dans l'affaire Arcelor, s'était appuyé sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour inciter le Conseil d'Etat à évoluer, mais le Conseil d'Etat semblait être allé plus loin que son inspirateur, en ne reprenant pas le critère de l'identité constitutionnelle de la France mais en se plaçant dans une logique de protection effective du principe en cause dans l'ordre européen. Donc, là où le Conseil constitutionnel semblait se contenter de vérifier la présence du principe dans le « catalogue communautaire », c'est à dire **la simple existence d'un principe équivalent** dans le droit de l'Union, le Conseil d'Etat vérifiait, lui, si la protection garantie au niveau européen était vraiment effective.

On voit qu'il y a donc là un raisonnement qui n'est pas le même que celui du Conseil constitutionnel initialement. Quand ce dernier se référait à un « noyau dur » « incartable », le Conseil d'Etat était plus dans une logique d'équivalence des protections.

Le Conseil constitutionnel l'a rejoint dans cette démarche :

Exemple

Dans sa **décision Société Air France du 15 octobre 2021**, le Conseil constitutionnel a confirmé avec une grande clarté que c'est bien cette logique de la protection équivalente qui inspire sa démarche : *le Conseil constitutionnel n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*. Et on trouve plus loin, par exemple la précision, dans le même sens, que le droit à la sûreté, le principe de responsabilité personnelle et l'égalité devant les charges publiques, **qui sont protégés par le droit de l'Union européenne**, ne constituent pas des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, et qu'il n'appartient donc pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur ces griefs.

Jusqu'à cette décision, on considérait donc que pour le Conseil constitutionnel, le critère était celui de l'existence d'un principe équivalent dans le droit de l'Union, désormais on voit que c'est **non seulement l'existence mais la protection équivalente assurée dans l'ordre européen** (c'est-à-dire l'approche du Conseil d'Etat depuis 2007).

4. L'ouverture de la Cour de cassation

Exemple

Dans son arrêt Fraisse du 2 juin 2000, rendu comme l'arrêt Sarran à propos des suites des accords de Nouméa sur le statut de la Nouvelle Calédonie, la Cour de cassation devait aborder, comme le Conseil d'Etat, la question des rapports entre norme constitutionnelle et droit international ; à la différence de la Juridiction administrative, elle devait aussi fournir une réponse à propos de l'incompatibilité entre la norme constitutionnelle et le droit communautaire.

La Cour de cassation, **s'agissant du rapport Constitution / droit international**, donne la même réponse que le Conseil d'Etat, refusant de tirer des conséquences, dans l'ordre interne, de la suprématie des engagements internationaux, s'agissant des dispositions constitutionnelles. On peut se contenter de relever la similitude des raisonnements. On peut estimer que la Cour de cassation va plus loin que le Conseil d'Etat **dans la prise de position sur la hiérarchie Traité / Constitution**, puisqu'à la différence de celui-ci, elle ne se réfère pas spécifiquement à l'article 55 de la Constitution (Article 55 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* »), paraissant donc donner une portée de principe à son refus de primauté du droit international (on peut penser, on l'a dit, que l'arrêt Sarran se borne à juger que l'article 55 ne confère pas primauté aux traités sur la constitution).

Il semble cependant préférable de conclure que la Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat, se contente de relever que dans l'ordre interne, elle n'a pas les moyens d'assurer la primauté du droit international sur la constitution : il n'y a donc pas hiérarchisation entre constitution et traités mais problème de compétence juridictionnelle (constitution-écran). Mais l'essentiel est ailleurs. Vis-à-vis du droit communautaire, la Cour prend soin de préciser que « *le droit invoqué en l'espèce (droit d'être inscrit sur les listes électorales) n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire* ». Même s'il n'y a pas de suite spectaculaire du raisonnement puisqu'on se situe dans la situation négative (absence d'applicabilité du droit communautaire), il est clair que la Cour refuse la banalisation du droit communautaire, admettant sa spécificité.

5. La QPC (Question prioritaire de constitutionnalité) et le droit de l'Union européenne

La France s'est dotée d'un dispositif de contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois (question prioritaire de constitutionnalité) susceptible de mettre à mal les obligations d'Etat membre et peut-être aussi la logique de répartition des rôles entre les juges nationaux et le juge européen qui semblait s'imposer depuis quelques années. Ce dispositif résulte de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et a été organisé par une loi organique du 10 décembre 2009, qui a insisté sur ce côté « prioritaire » de la question de constitutionnalité et n'a pas retenu la proposition du gouvernement (pourtant soutenue par le Vice-Président du Conseil d'Etat, le Premier Président et le Procureur Général de la Cour de cassation) consistant à ne pas porter atteinte, par là, aux obligations découlant du droit de l'Union européenne en insérant une réserve liée au respect de l'article 88-1 de la Constitution. Il est vrai que l'imprécision de cette réserve aurait pu être lue comme une remise en cause frontale de la primauté de la constitution, d'où le rejet.

La loi organique n'a pas non plus veillé à garantir que les juges nationaux pourraient continuer à saisir de questions préjudicielles la Cour de justice, malgré le caractère prioritaire du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité, d'où les doutes de la Cour de cassation qui, le 16 avril 2010, sous un déluge de critiques, a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle destinée à vérifier la conformité de cette loi organique au regard de l'orthodoxie européenne. Au-delà des réactions politiques criant au gouvernement des juges, on peut aussi rester surpris que cette saisine ait provoqué une « vengeance » immédiate du Parlement qui, dès le 27 avril, dans le cours d'une discussion législative au Sénat, a inséré un amendement visant à supprimer la formation spéciale de la Cour de cassation compétence en matière de QPC et à écarter le premier président de la Haute juridiction de la présidence de cette formation...

Il est vrai que cet arrêt Abdeli et Melki de la Cour de cassation, par sa rédaction, est un peu surprenant, voire discutable, et il semble vraiment considérer, ce dont la doctrine doutait, que la QPC, telle que mise en place par la loi organique, aurait pour effet, en raison du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité,

de compromettre l'office de « juge communautaire de droit commun » du juge national en l'empêchant éventuellement de procéder à un renvoi préjudiciel.

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat se sont alors précipités pour essayer de désamorcer la bombe du 16 avril et tenter d'éviter que la réponse de la Cour de justice soit frontalement négative.

Le 12 mai, le Conseil constitutionnel, dans une décision relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, s'est donc employé à préciser la distinction entre le contrôle de constitutionnalité des lois incombant au Conseil constitutionnel et le contrôle de leur conventionnalité (compatibilité avec les engagements internationaux et européens de la France) qui relève des juridictions administratives et judiciaires. Ce dernier rôle n'est pas affecté par une éventuelle décision de conformité à la constitution d'une loi qui serait incompatible avec le droit de l'Union. Le juge administratif ou judiciaire ayant posé une QPC n'est pas privé de la possibilité de tout faire, y compris suspendre les effets de la loi en cause immédiatement, ou poser une question préjudicielle.

Le 14 mai, c'était au tour du Conseil d'Etat de s'inviter dans le débat par un pur *obiter dictum*, car l'affaire ne concernait pas du tout le droit de l'Union européenne : dans l'arrêt Rujovic, le Conseil précise que la loi organique organisant la QPC ne fait pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, à tout moment de la procédure de QPC ou au terme de cette procédure. Le Conseil ajoute que le juge administratif peut à tout moment poser une question préjudicielle.

La Cour de justice a répondu à la Cour de cassation le 22 juin 2010, affaires jointes [C-188/10](#) et [C-189/10](#), Melki et Abdeli et si l'arrêt a pu être salué par le Premier Ministre français comme ayant validé la QPC, il consiste surtout, sur le modèle des prises de position pacificatrices du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, à enfermer cette procédure dans des limites extrêmement strictes, que d'aucuns ont considéré comme dévastatrices...La Cour précise ainsi que le juge national demeure libre à tout moment de la procédure et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, de poser une question préjudicielle. Elle ajoute que le juge national peut aussi laisser inappliquée une disposition législative jugée contraire au droit de l'Union quand bien même le Conseil constitutionnel l'aurait validée au regard de la Constitution.

Finalement, il y a là semble-t-il une lecture très raisonnable de la situation, une « interprétation » de la loi organique « conforme au droit de l'Union », une lecture pacificatrice réunissant la Cour de justice, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat répondant de concert aux inquiétudes de la Cour de cassation...

La Cour de cassation a cependant maintenu sa position...Le 29 juin 2010, en assemblée plénière, (arrêt Melki) elle estime, en réponse à l'arrêt de la Cour de justice, que quand elle est saisie à la fois d'une question de constitutionnalité et de conventionnalité d'une disposition législative, la procédure ne lui permet pas de prendre les mesures provisoires ou conservatrices propres à assurer la protection des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. Ceci a pu être discuté, toujours est-il que la Cour de cassation juge qu'il n'y a pas lieu de poser une QPC au Conseil constitutionnel alors que les conditions semblaient réunies et qu'il aurait dû y avoir une obligation pour elle de transmettre cette QPC ...

2 conclusions :

1. La mise en œuvre de la primauté a toujours été faite en termes d'obligations des juges (principalement ; il y a aussi des obligations pour les autres autorités nationales). Le juge national doit faire en sorte que le droit de l'Union « passe », qu'il s'applique et c'est la seule exigence européenne. Le sort du droit national (en termes de validité notamment) n'est pas essentiel dès lors que ce droit national contraire ne fait pas obstacle à l'application du droit commun. L'important est qu'il soit écarté par le juge. Qu'il soit abrogé, invalidé, annulé...peu importe. Cela peut être souhaitable en termes de sécurité juridique, mais il ne faudrait pas que cela conditionne l'application du droit de l'Union.

Dès lors, il n'est pas surprenant que la question délicate des rapports entre le droit de l'Union et les Constitutions des Etats membres soit également résolue en termes de comportement des juges, de « dialogue » des juges.

2. S'est dégagée une prise en compte par l'Union de « l'identité nationale des Etats membres » (actuellement article 4 §2 TUE). C'est exactement ce qui ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français ou du TCF allemand.

Donc on voit que la solution n'est NI une « supériorité » de la Constitution, NI une « supériorité » du droit de l'Union.

Il y a :

1. Une primauté du droit de l'Union qui fait que même des dispositions constitutionnelles devront être écartées si elles font obstacle à l'application du droit de l'Union (cela se fait régulièrement et la conception absolutiste de la supériorité des constitutions est donc clairement dépassée), mais ...
2. Le droit de l'Union devant respecter l'identité nationale des Etats membres, sa primauté ne conduira pas le juge national à devoir écarter ce qui participe de l'identité nationale. La solution n'est donc pas hiérarchique...

Deux remarques ici :

1. Toute l'évolution fait que le risque de conflit est limité du fait que les principes et valeurs formant l'identité des Etats membres sont largement repris au niveau de l'Union dont les principes généraux s'inspirent des « traditions constitutionnelles communes » et dont les « valeurs fondatrices » sont de plus en plus nombreuses.
Le conflit étant limité à ce que les ordres constitutionnels nationaux ont de spécifique (et non d'« essentiel »), c'est assez étroit.
2. Tout ceci correspond...à la logique de l'intégration. L'Union est une Union d'Etats c'est à dire que sa particularité est d'unir des Etats qui...le restent (cf. les missions pour l'ordre public, la sécurité publique, les raisons impérieuses d'intérêt général...). La gestion subtile de la primauté vis-à-vis des Constitutions des Etats membres ne traduit donc que cette logique fondamentale.