



**OBJECTIF  
BARREAU**

**CRFPA 2023**

# **DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

## CHAPITRE II — LES EFFETS DU DROIT DE L'UNION

**Objet de l'étude.** — C'est au regard des effets qu'il produit (effets sur les droits nationaux, effets sur les droits individuels) que le droit de l'Union dévoile toute sa particularité. Il y a là, sans doute, la place pour des pages entières de développements théoriques, car en contrepoint de l'étude des effets du droit de l'Union se devine une interrogation plus profonde sur la nature de l'Union et de son ordre juridique. Mais ce n'est pas là le sens du présent chapitre. Focalisé sur ses déclinaisons pratiques, l'examen de l'effet du droit de l'Union va ici se porter sur les conditions de sa réception dans les ordres juridiques internes.

**Plan de l'étude.** — Au contact de l'ordre juridique interne, le droit de l'Union se singularise du droit international « classique » en tant qu'il prime les normes juridiques nationales (I) et qu'il est capable de produire directement ses effets au sein de l'ordre juridique national (II).

### I. La primauté du droit de l'Union

**Consécration du principe de primauté.** — CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre ENEL*. — « À la différence des traités internationaux ordinaires, le traité 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 (...). Issu d'une source autonome, le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique et 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 ».

**Portée du principe de primauté.** — Si la portée du principe de primauté est affirmée de façon à la fois simple et absolue par la cour de justice (A), son appréhension a suscité plus de réticence auprès des juges nationaux (B).

#### A. Une primauté absolue du point de vue de l'Union

**Principe.** — Du point de vue de la cour de justice, la question est très simple : tout le droit de l'UE, c'est-à-dire aussi bien les traités que le droit dérivé, s'impose à l'ensemble des règles de droit interne, qu'il s'agisse de règlements, de lois, ou même de la Constitution.

Il ne faut pas négliger la portée du principe : tout le droit de l'Union — y compris la plus infinitésimale norme de droit dérivé — prime sur tout le droit interne — y compris sur les dispositions les plus fondamentales de la Constitution. Ceci ressort clairement de l'arrêt *Costa contre ENEL*, la cour affirmant que les États membres ne pouvaient opposer au droit de l'Union un texte interne, « quel qu'il soit ».

**Illustration.** — CJCE, 11 janv. 2000, *Tanja Kreil*. — Une citoyenne allemande souhaitait intégrer l'armée. Cependant, l'article 12 de la Constitution allemande interdisait aux femmes de rentrer dans l'armée. Mme Kreil effectue un recours auprès des juridictions allemandes qui décident de poser une question préjudicielle à la cour de justice pour lui demander si cette disposition est compatible avec une directive communautaire de 1976, sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi. La cour de justice va répondre que l'article 12 de la Constitution allemande méconnaît la directive et ne peut donc pas s'appliquer au litige opposant Mme Kreil aux autorités allemandes. En l'espèce, une simple directive est donc, en droit de l'Union européenne, supérieure aux constitutions nationales ainsi qu'à toutes les autres normes internes.

#### B. Une primauté relative du point de vue interne

En dépit de son énoncé simple (et lapidaire) par la cour de justice, la réception du principe de primauté par les ordres juridiques internes ne s'est pas opérée sans résistance. Et les débats qui entourent cette question sont loin d'être épuisés. Au contraire, tant le juge français (1) que les juges d'autres États membres (2) continuent d'entretenir une certaine défiance — sinon une certaine méfiance — à l'égard de la primauté absolue du droit de l'Union. Bien que cela excède le champ du droit pour refléter plus vraisemblablement des oppositions de nature politique, vous ne pouvez pas faire l'économie de ces connaissances, car elles reflètent l'actualité brûlante

du droit de l'Union et peut être son avenir incertain. Quoi qu'il en soit, on ne peut pas écarter l'idée que des examinateurs — lassés de produire des cas de pur droit matériel — profitent de l'épreuve pour glisser une allusion auxdits débats. Il faut donc s'y préparer.

### 1) La reconnaissance relative de la primauté par le juge français

La facilité avec laquelle les juges français ont reconnu la primauté du droit de l'Union a varié en fonction des normes nationales confrontées au droit de l'Union.

#### a) La primauté reconnue sur les lois et règlements

**La reconnaissance évidente de la primauté du droit de l'Union.** — De ce point de vue, la primauté du droit de l'Union n'est pas une profonde nouveauté : l'article 55 de la Constitution établit que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois. Cette disposition profite évidemment au droit de l'Union. L'essentiel du problème ne portait donc pas sur la prévalence du droit international et européen sur les lois et règlements internes, mais davantage sur la désignation du juge compétent pour éprouver la conventionnalité des lois.

**La compétence débattue pour le contrôle de conventionnalité des lois.** — Nul besoin de revenir ici en détail sur les débats qui ont entouré la désignation du juge compétent pour contrôler la conventionnalité des lois. Un rappel des jurisprudences pertinentes devrait vous suffire à cerner l'évolution française à ce sujet.

**Rappel.** — Après que le Conseil constitutionnel a rejeté sa compétence pour contrôler la conventionnalité des lois (CC, 15 janv. 1975, *IVG*), le juge judiciaire (Cass., 24 mai 1975, *Soc. des cafés Jacques Vabre*) puis le juge administratif (CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*) ont accepté d'écarter des lois contraires aux actes internationaux. Cet élan jurisprudentiel a, évidemment, profité au droit de l'Union, dont la primauté était pleinement admise à l'égard des lois et des normes inférieures à celles-ci. Par extension, le Conseil d'État a confirmé que la primauté valait également à l'égard des lois organiques (CE, 6 avr. 2016, *Blanc*).

**Portée.** — Cette primauté bénéficie à l'ensemble des normes de l'Union, qu'il s'agisse des traités (CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*), mais aussi des règlements (CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*) ; des directives (CE, 28 févr. 1992, *Rothmans*) ou des décisions (CE, 10 janv. 2001, *Région Guadeloupe*). Beaucoup plus délicate est, en revanche, la question de la primauté du droit de l'Union sur la Constitution.

**Remarque.** — Ces éléments de connaissance se situent à la frontière entre le programme de droit européen et celui de droit administratif. Il peut, malgré tout, être très profitable de mentionner ces jurisprudences internes dans une copie de droit européen, car cela reflète l'ouverture d'esprit du candidat (qualité qu'on s'attend à retrouver chez l'avocat que vous vous destinez à devenir).

#### b) La primauté débattue sur la Constitution

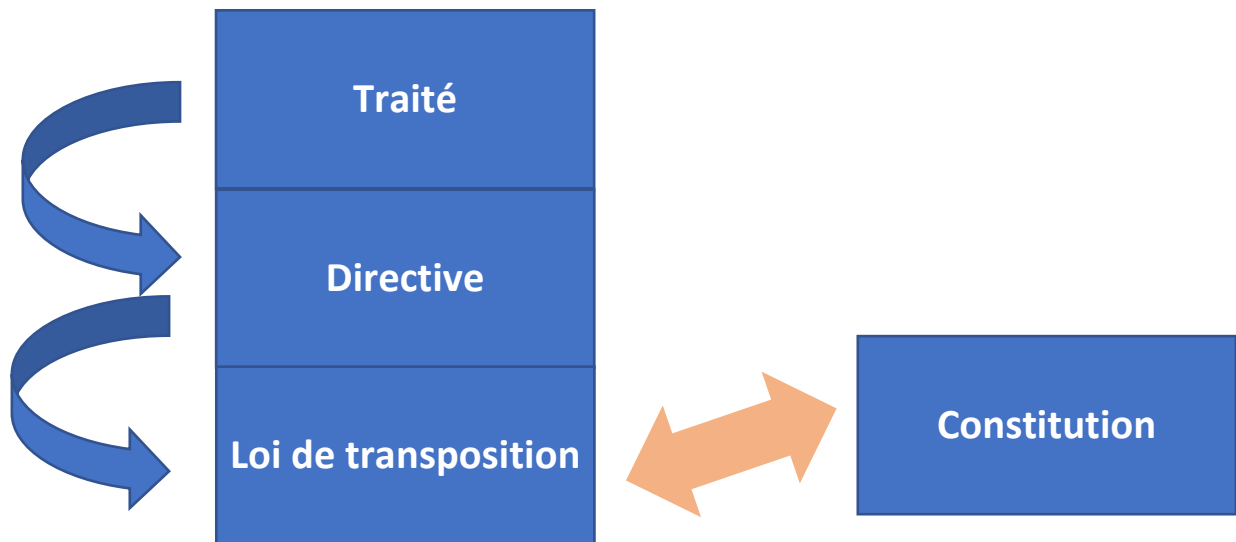
**Position du problème.** — On n'ignore pas les difficultés à faire cohabiter principe de primauté et suprématie constitutionnelle. Cette réticence spontanée s'apprécie au regard des prises de position des juges français :

- CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres* : « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux n'a pas vocation à s'appliquer, dans l'ordre juridique interne, aux dispositions de nature constitutionnelle » ;
- Cass., Ass. Plénière, 2 juin 2000, *Fraise* : *idem* ;
- Conseil constitutionnel, 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* : le principe de primauté est « sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ».

Force est ici de constater que les positions de la CJUE et des juridictions internes sont antagonistes, ce qui impose une tentative de conciliation. Or, les difficultés liées à cette opposition frontale ne sont pas seulement théoriques.

**Difficultés pratiques. — Le contrôle des lois de transposition.** — L'essentiel des difficultés pratiques se présente à l'occasion du contrôle des lois de transposition des directives.

La situation est la suivante : une loi de transposition, conforme à la directive transposée, est contraire à la Constitution.



La situation est alors à l'origine d'une impasse, que l'on peut résumer comme suit :

- Soit on censure la loi, au motif de son inconstitutionnalité : dans ce cas, la France viole le droit de l'Union (Art. 288 TFUE : les directives doivent être transposées) ;
- Soit on maintient la loi, au motif de la primauté du droit de l'Union : dans ce cas, le principe de primauté renverse la suprématie constitutionnelle.

**Articulation constitutionnelle.** — Saisi de ces difficultés à faire cohabiter suprématie constitutionnelle et primauté du droit de l'Union, le Conseil constitutionnel a fourni une méthode d'analyse visant à articuler harmonieusement ces deux exigences contradictoires, dans sa décision du **27 juill. 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information**. Son analyse repose sur deux étapes :

- (1) Le Conseil constitutionnel rappelle que, selon l'article 88-1 de la Constitution, le législateur français a l'obligation *constitutionnelle* de transposer les directives.
  - Conséquence : en l'absence de loi de transposition, il existe une violation de la Constitution.
  - Limites :
    - En présence d'une loi de transposition, le Conseil constitutionnel **ne peut pas vérifier la conformité de la loi par rapport à la directive** (ce serait alors un contrôle de conventionnalité, pour lequel il ne reconnaît pas sa compétence — cf. *supra* - décision IVG).
    - En présence d'une loi de transposition, le Conseil constitutionnel **peut contrôler la conformité de la loi par rapport à la Constitution**. Dans ce cas, une deuxième étape doit être conduite dans l'examen.

- (2) Si la loi est contraire à la Constitution, il convient d'identifier le **motif de la contrariété**.

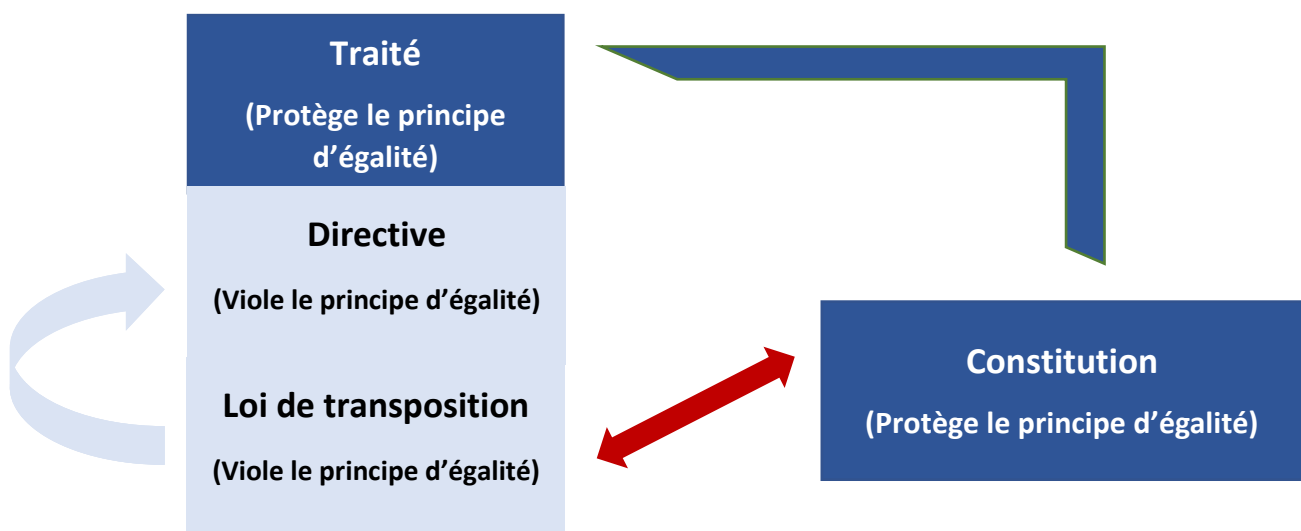
En effet, si la loi qui transpose fidèlement la directive est contraire à un principe reconnu par la Constitution, il y a de fortes chances pour que la directive soit elle-même contraire à un principe équivalent protégé par les traités de l'Union européenne.

→ **Exemple** : une directive méconnaîtrait le principe d'égalité. Ce principe est consacré tant par la Constitution que par le droit primaire de l'Union. Dès lors, si la loi de transposition est conforme à cette directive et qu'elle viole le principe constitutionnel d'égalité, cela signifie que la directive viole elle-même le principe communautaire d'égalité.

Ce « test d'équivalence » permet alors au Conseil constitutionnel d'expliquer la démarche à suivre :

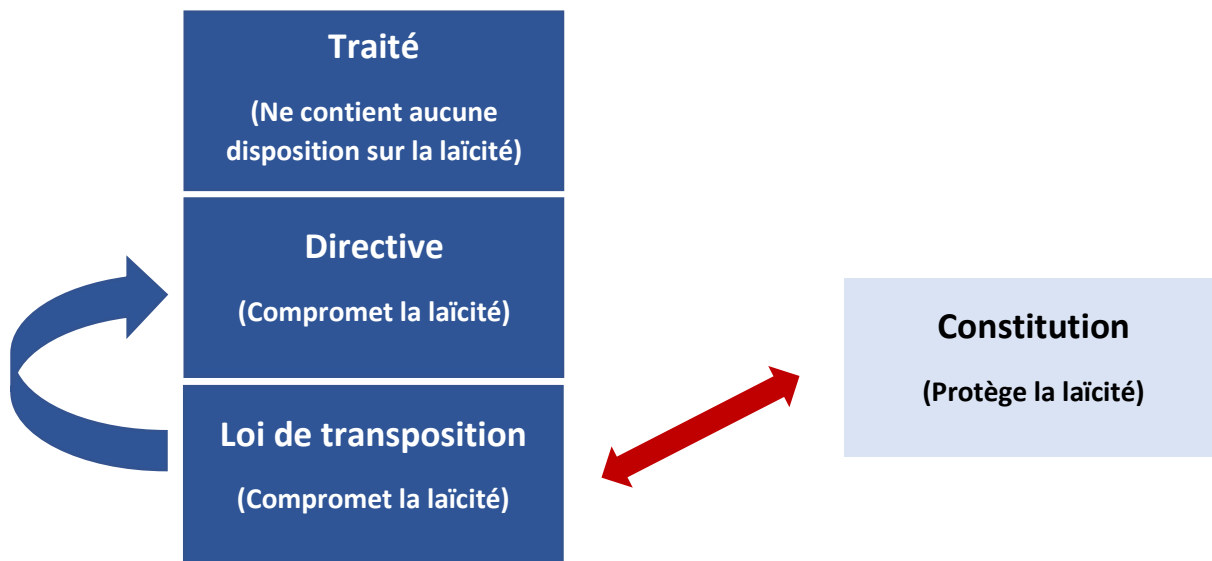
- Soit le principe constitutionnel violé par la loi de transposition a un équivalent dans le droit primaire européen : dans ce cas, la directive est sans doute contraire au droit primaire. Il appartient alors à la cour de justice d'annuler cette directive (v. hypothèse 1).
- Soit le principe constitutionnel violé par la loi de transposition n'a pas d'équivalent dans le droit primaire européen : dans ce cas, le Conseil constitutionnel estime que le principe en cause est « *inhérent à l'identité constitutionnelle française* », et accepte de censurer la loi de transposition (v. hypothèse 2).

#### Hypothèse 1 : L'équivalence



Conséquence : la contrariété révélée de la directive au traité suppose que l'on saisisse la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours tenant à l'annulation de la directive.

## Hypothèse 2 : La réserve de constitutionnalité



Conséquence : l'absence d'équivalence du principe protégé (ici la laïcité) en fait un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française. Le CC peut invalider la loi.

**Reprise *mutatis mutandis* par le Conseil d'État. — CE, 8 févr. 2007, *Arcelor*.** — Le Conseil d'État a réitéré l'analyse du Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de constitutionnalité d'un décret transposant une directive (le juge administratif étant alors compétent pour assurer un tel contrôle de constitutionnalité).



**L'arrêt *Arcelor*.** — En l'espèce, la société Arcelor, société spécialisée dans la sidérurgie, conteste la légalité du décret transposant une directive de l'Union relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (« SEQE »). La société Arcelor considère que ce décret, qui impose aux industries sidérurgiques de participer au SEQE, n'est pas conforme à la constitution car :

- **Il méconnaît le principe d'égalité** : si la sidérurgie est concernée, ce n'est pas le cas d'autres activités industrielles, notamment les industries du plastique et de l'aluminium. Il y a donc violation du principe constitutionnel d'égalité ;
- **Il méconnaît la liberté d'entreprendre** : en obligeant la société à payer pour avoir le droit d'émettre des gaz à effet de serre (« GES ») ;
- **Il méconnaît le droit de propriété** : en l'obligeant à payer là encore, le décret a pour effet de déposséder la société d'une partie de son patrimoine.

La société Arcelor saisit le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort s'agissant d'apprécier la légalité des décrets. Le Conseil d'État se retrouve ainsi confronté au même problème que le Conseil constitutionnel : s'il accepte de contrôler la constitutionnalité du décret de transposition — conformément à la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne — il portera atteinte à la primauté du droit de l'Union affirmé par la CJUE. Et s'il annule le décret de transposition, la France pourra être condamnée par la cour de justice pour manquement, dans la mesure où elle n'aura pas transposé la directive.

Le Conseil d'État va alors adopter une démarche similaire à celle du Conseil constitutionnel.

D'abord, il réaffirme la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne, rappelant sa jurisprudence *Sarran*. Il réaffirme ensuite l'obligation constitutionnelle de transposer les directives issues de l'article 88-1 de la Constitution. Cette obligation, qui pèse sur le législateur, pèse donc aussi sur le pouvoir réglementaire lorsqu'il a la charge d'assurer la transposition d'une directive. Le Conseil d'État en déduit que le contrôle de constitutionnalité des décrets de transposition doit être adapté. Le contrôle reste inchangé en ce qui concerne les règles de compétences, mais il doit être adapté pour les règles de fond.

Le juge administratif, avant de contrôler la constitutionnalité du décret, va rechercher, s'il existe un principe en droit de l'Union qui garantit l'effectivité du principe constitutionnel invoqué. De la sorte, le Conseil d'État met en évidence un « principe d'équivalence ».

Sa prise de position peut être comprise au travers d'un exemple concret. Prenons le cas du principe d'égalité, soulevé en l'espèce par la société Arcelor :

- S'il trouve en droit de l'Union, un principe équivalent au droit constitutionnel invoqué, alors, au lieu de contrôler la constitutionnalité du décret, il conviendra de contrôler la conformité de la directive par rapport au principe du droit de l'Union.
- Dans ce cas, soit il n'y a aucun doute sur la compatibilité de la directive avec les principes de droit de l'Union, et le Conseil d'État tranche lui-même le litige. Soit il a un doute sur la compatibilité de la directive au principe européen d'égalité : dans ce cas, le Conseil d'État est tenu de poser une question préjudicielle à la cour de justice, seule compétente pour apprécier la légalité d'une directive par rapport au droit primaire.
- En revanche, si le juge national ne trouve pas de principe en droit de l'UE équivalent au principe constitutionnel invoqué, il va contrôler directement la constitutionnalité du décret. C'est ce que l'on va appeler la réserve de constitutionnalité. Dans cette hypothèse d'absence d'équivalence, c'est donc que l'on se trouve *a priori* confronté à un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ».

En l'espèce, le Conseil d'État constate tout d'abord que l'on est bien en présence d'un décret de transposition, il convient donc d'adapter le contrôle de constitutionnalité. Il recherche alors s'il existe en droit de l'UE, des principes équivalents aux principes constitutionnels invoqués.

Il constate que le droit de l'Union protège également, à travers notamment les PGD, le principe d'égalité, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété. En conséquence, il ne contrôle pas le décret par rapport aux principes constitutionnels, mais la directive par rapport aux principes du droit de l'Union.

Il constate qu'il n'y a aucune difficulté sérieuse s'agissant du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre.

En revanche, il estime qu'il y a une difficulté sérieuse s'agissant du principe d'égalité et pose dès lors une question préjudicielle à la cour de justice.

La cour de justice a répondu que la directive en cause ne violait pas le principe d'égalité dans un arrêt du 16 décembre 2008 *Société Arcelor*. En conséquence, le Conseil d'État a estimé, dans un second arrêt *Arcelor* du 3 juin 2009, après réception de la réponse de la cour de justice, que la directive respectait bien les principes de droit de l'Union. Il en déduit que le décret de transposition de la directive respecte nécessairement la Constitution.

**La consécration de la jurisprudence Arcelor.** — Bien que complexe, la solution Arcelor est devenue une méthode constante adoptée par les juridictions administratives.

- **Exemple : CE, 3 oct. 2016, Confédération Paysanne.** — Dans cette affaire, le Conseil d'État a dû se prononcer sur la constitutionnalité d'un décret de transposition d'une directive, que la requérante contestait sous l'angle du principe de précaution.
- Le Conseil d'État a estimé que le principe de précaution, prévue par la Charte de l'environnement, est aussi un principe du droit de l'Union. Il a donc décidé de poser la question à la cour de justice afin qu'elle opère un contrôle de la conformité de la directive par rapport au principe de précaution, tel qu'il est protégé en droit de l'Union.



**Point méthode.** — Bien qu'il existe des doutes et des critiques quant à la validité de la solution trouvée par le juge français, elle doit constituer votre trame d'analyse pour l'examen, dans l'hypothèse où un cas pratique porterait sur une telle situation. Il importe de restituer, dans l'ordre, les différentes étapes décrites avant, à savoir :

- **Étape n°1 :** rappeler l'obligation qui pèse sur l'État de transposer les directives (obligation issue tant de la Constitution : art. 88-1 ; que du droit de l'Union : art. 288 TFUE) : en l'absence de transposition d'une directive, l'État méconnaît à la fois ses obligations européennes (et s'expose, à ce titre, à une procédure de recours en manquement devant la cour de justice) et ses obligations nationales (le défaut de transposition est un manquement à l'article 88-1 de la Constitution).
- **Étape n°2 :** en présence d'une mesure de transposition, il faut ensuite s'interroger sur l'objet du contrôle demandé : s'agit-il de contrôler la conformité de la loi/du décret de transposition par rapport à la directive ? Dans ce cas, il s'agit d'un contrôle de *conventionnalité* pour lequel seul le juge ordinaire est compétent (*Nicolo, Jacques Vabre*), à l'exclusion du juge constitutionnel (*IVG*).

S'agit-il, sinon, de contrôler la conformité de la loi/du décret de transposition par rapport à la Constitution ? Dans ce cas, il s'agit d'un contrôle de *constitutionnalité*, pour lequel est compétent le juge constitutionnel (s'il est question d'une loi de transposition) ou le juge administratif (s'il est question d'un décret de transposition).

- **Étape n°3 :** si la loi/le décret de transposition est contraire à la Constitution, il importe d'identifier le motif de contrariété.
  - ➔ Soit la contrariété porte sur un élément protégé à la fois par la Constitution et par le droit primaire de l'Union, dans ce cas le juge national est tenu de renvoyer à la cour de justice le soin d'apprécier si la directive dont l'acte national cherche à assurer la transposition est, ou non, contraire au droit primaire européen.
  - ➔ Soit la contrariété porte sur un élément inhérent à l'identité constitutionnelle française (ie. n'a pas d'équivalent en droit primaire européen), auquel cas le juge national peut invalider l'acte de transposition.

En dépit d'une construction ingénieuse, l'on peut douter qu'elle suffise à placer le droit français à l'abri d'une contestation vis-à-vis du droit de l'Union. Dans l'hypothèse où le juge décèle un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle française* », au titre duquel il consent à ce que la partie de la directive qui y porte atteinte ne soit pas transposée dans l'ordre juridique interne, cela engendrerait une violation de l'obligation qui pèse sur l'État de transposer les directives. En d'autres termes, la France pourrait se voir condamnée pour manquement par la cour de justice, le défaut de transposition suffisant à constater une violation du droit de l'Union.

Cela étant, jusqu'à une période récente, une telle situation de blocage n'était que purement théorique, dans la mesure où la « méthode Arcelor » n'avait donné lieu à aucune mise en œuvre concrète. Cela n'est, d'ailleurs, pas tout à fait surprenant : la plupart des principes consacrés par la Constitution trouvent un équivalent dans le droit de l'Union, de sorte que le « principe d'équivalence » neutralise *de facto* la possibilité pour la loi de transposition de s'écarter des prescriptions posées par une directive.

Toutefois, récemment, le Conseil constitutionnel a donné vie à la notion de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle », à l'occasion d'une décision *Air France* (Conseil constitutionnel, QPC, 15 oct. 2021, Soc. Air France). À l'instar des jurisprudences qui l'ont précédée, la décision mettait en cause une allégation d'inconstitutionnalité d'une loi de transposition de directive.

Adoptée en 2001, la directive en cause était prise dans le cadre de la Convention de Schengen, et visait notamment à imposer aux États membres d'obliger les entreprises de transport aérien et maritime d'intercepter sans délai les personnes étrangères en situation irrégulière sur le territoire. La directive a été transposée aux articles L. 213-4 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui prévoient que



« l'entreprise de transport aérien ou maritime est tenue de ramener une personne étrangère non ressortissante d'un État membre de l'Union européenne en cas de refus d'entrée sur le territoire national ». Le non-respect d'une telle obligation expose l'entreprise de transport à une amende, dont l'article L. 625-7 du même code prévoit qu'elle peut atteindre 30 000 euros.

Air France ayant refusé d'exécuter l'obligation d'interception s'est vue infliger une amende sur le fondement desdites dispositions législatives. Si elle ne remet pas en cause la conformité de celles-ci avec la directive qu'elles avaient vocation à transposer, Air France soulève plusieurs vices d'inconstitutionnalité, tenant à ce que :

- (1) L'exécution de l'obligation d'intercepter des voyageurs en situation irrégulière est génératrice de risques pour la sécurité à bord des avions (en exerçant une contrainte par corps sur la personne concernée), ce qui serait contraire au droit à la sûreté, protégé par le bloc de constitutionnalité ;
- (2) Le fait de punir les entreprises de transport, alors que le fait initial litigieux est imputable à la fois à la personne en situation irrégulière, mais aussi aux autorités publiques qui ne l'ont pas interceptée, méconnaît le principe constitutionnel de responsabilité personnelle et d'égalité devant les charges publiques ;
- (3) Le fait de déléguer à une entreprise privée des compétences de police administrative générale est contraire à l'article 12 de la DDHC, qui interdit de déléguer à des personnes privées des missions inhérentes à l'exercice de la puissance publique.

Devant le Conseil constitutionnel, les griefs tirés de la violation du droit à la sûreté, du principe de responsabilité personnelle et d'égalité devant les charges publiques ne prospèrent pas. Le juge constitutionnel estime que de tels principes soit n'ont pas été violés, soit trouvent un équivalent dans le droit de l'Union, de sorte qu'il ne lui appartient pas de censurer des dispositions législatives conformes à la directive sur ce visa, faute de quoi, cela reviendrait à contrôler la conformité de la directive au droit primaire européen.

En revanche, et c'est une première, le juge constitutionnel relève que l'interdiction de déléguer la puissance publique à des personnes privées est un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil constitutionnel retient donc sa compétence pour contrôler et le cas échéant invalider, la loi de transposition sur ce motif. Innovante, en ce qu'elle active pour la première fois l'exception d'identité constitutionnelle dégagée dans sa jurisprudence *Droits d'auteur* (cf. *supra*), la solution du Conseil constitutionnel ne le conduira pas, sur le fond, à invalider la loi nationale. Le juge retient que : « (l) a décision de mettre en œuvre le réacheminement d'une personne non admise sur le territoire français relève de la compétence exclusive des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière. En application des dispositions contestées, les entreprises de transport aérien ne sont tenues, à la requête de ces autorités, que de prendre en charge les personnes et d'assurer leur transport. (...). Ainsi, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre à la charge de ces entreprises une obligation de surveiller la personne devant être réacheminée ou d'exercer sur elle une contrainte, de telles mesures relevant des seules compétences des autorités de police ».

## 2) La reconnaissance relative de la primauté par les autres juges nationaux

Déjà mis en tension par le juge français, le principe de primauté fait l'objet d'une certaine reconsidération par d'autres juridictions nationales, dont en particulier par le juge allemand (a.) et par le juge polonais (b.). En creux, ces résistances marquées reflètent, tantôt, une volonté de marquer la prévalence de l'État sur l'Union, tantôt plus radicalement, une dénonciation du processus d'intégration qui la sous-tend.

### a) Le cas de l'Allemagne

Le juge allemand, et plus spécifiquement la Cour constitutionnelle allemande, n'a pas concédé sans rechigner la primauté du droit de l'Union. Déjà en 1974, à l'occasion d'un arrêt *So Lange*, le défaut originnaire de sources de protection des droits fondamentaux dans les traités communautaires avait incité la cour allemande à annoncer qu'elle ne s'opposerait pas à contrôler la conformité d'un acte communautaire aux droits fondamentaux protégés par la Constitution allemande, aussi longtemps (« *so lange* ») que le traité n'en garantirait pas une protection suffisante. L'émergence progressive d'instruments de protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union, marquée par le recours à la méthode des « Principes Généraux du Droit » (cf. *supra*), avait permis de combler cette lacune originelle. Saluant cette construction menée par la cour de justice, le juge allemand avait consenti à ce que la place désormais accordée aux droits fondamentaux dans l'Union satisfaisait l'ultimatum qu'il avait posé dans la décision *So Lange I*. Ainsi, en 1986, dans une décision *So Lange II*, la cour

allemande avait considéré qu'elle n'aura plus à contrôler la législation communautaire par rapport aux droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande... aussi longtemps (« *so lange* ») que la cour de justice en assurerait une protection suffisante.

Force est ainsi de constater que la confiance accordée par le juge allemand à l'égard du droit de l'Union, et l'étendue de la primauté qu'il convenait de consentir à celui-ci, n'a jamais été une confiance aveugle. Or, une telle méfiance vis-à-vis de l'idée de primauté absolue du droit de l'Union n'a clairement pas décliné. Au contraire, lors de l'adoption du traité de Lisbonne, la Cour constitutionnelle allemande rend une importante décision (décision *Lisbonne* du 30 juin 2009), dans laquelle elle fait part de son inquiétude liée à l'accroissement des transferts de compétence, y compris dans des domaines marqués par le sceau de l'État (justice, affaires intérieures, etc.). Pareille extension des compétences de l'Union fait craindre au juge constitutionnel un affaiblissement du modèle de l'État, ainsi dépourvu de ses attributs élémentaires. Aussi la cour allemande est-elle soucieuse de veiller à ce que ce processus ne conduise pas à une confusion des genres, en reconnaissant à l'Union la qualité d'État à part entière.

Elle rappelle alors que l'Union reste une organisation internationale, marquée par le principe d'attribution et qu'elle ne doit, dès lors, exercer que les seules compétences que lui ont conférées les États membres.

Or, la cour constitutionnelle souligne que le transfert de compétences que l'Allemagne a consenti à l'Union ne s'est pas opéré aveuglément. Rappelant le contenu de l'article 23 de la Constitution allemande (et procédant, subtilement, à une substitution opportune de base légale : ce sont les constitutions nationales et non le traité qui se trouvent au fondement des compétences de l'Union), la cour rappelle que la Constitution impose des limites au consentement allemand aux transferts de compétences. En particulier, l'article 23 de la Loi fondamentale indique que l'Union ne dispose des compétences qui lui sont attribuées par les États, dont l'Allemagne, que pour autant qu'elle respecte certains principes que l'Allemagne considère comme fondamentaux, et tenant au modèle fédéral allemand, à l'état de droit et à la démocratie, qui sont « *les qualités inhérentes à l'identité constitutionnelle* » allemande (un vocable tout à fait proche de celui employé par le Conseil constitutionnel français...). En particulier, le principe de démocratie auquel se réfère l'article 23 de la Loi fondamentale suppose, selon la cour constitutionnelle, que l'Union ne doit jamais dépasser les compétences qui lui sont attribuées, faute de quoi cela empiéterait sur les responsabilités démocratiques du Parlement national.

À ce titre, la cour constitutionnelle déclare qu'elle n'hésitera pas à déclarer inapplicable en Allemagne un acte juridique de l'Union outrepassant ses compétences, dans la mesure où cet acte ne serait pas couvert par le consentement allemand aux transferts de compétence, visé à l'article 23 de la Loi fondamentale allemande.

Par cette décision, la cour constitutionnelle inaugure le principe de ce qu'il convient d'appeler le contrôle *ultra vires*. Ce contrôle permet à la cour constitutionnelle de s'opposer à faire jouer la primauté d'un acte de l'Union, lorsqu'elle estimera que celui-ci est adopté en dehors des compétences qui sont transférées à l'Union.

En 2010, la cour allemande précise les conditions dans lesquelles elle pourrait (pour l'heure, tout cela relève du domaine de l'hypothèse) exercer son contrôle *ultra vires* : Cour constitutionnelle allemande, 6 juill. 2010, *Honeywell*.

Consciente des craintes que le mécanisme de l'*ultra vires* pourra susciter dans le for des institutions de l'Union (la primauté du droit qu'elles secrètent étant, le cas échéant, tributaire de l'appréciation qu'en fera le juge national), la cour allemande consent qu'il faille trouver un point d'équilibre entre, d'une part, le respect du système de compétence (contrôle *ultra vires*) et l'application uniforme du droit de l'Union (que le contrôle *ultra vires* met directement en péril). Elle juge alors qu'elle ne pourra déclarer un acte *ultra vires* si la CJUE n'a pas eu l'occasion d'interpréter les dispositions du droit de l'Union en cause. L'idée est de laisser l'opportunité à la cour de justice de constater elle-même le problème de compétence, par l'intermédiaire d'un renvoi préjudiciel. En substance, le scénario pourrait être décrit comme suit : l'Union adopte un acte qui, étant directement applicable, doit s'imposer au droit national (principe de primauté). Mais, si en Allemagne, le juge constate que l'acte a été adopté en méconnaissance du principe d'attribution, s'ouvre alors le contrôle *ultra vires*. Ce contrôle peut conduire à deux hypothèses : soit le juge allemand estime que l'acte a été adopté dans le champ des compétences de l'Union, soit il a un doute, auquel cas, il s'engage à procéder à un renvoi préjudiciel auprès de