



Les principes en droit européen – *Principles in European Law*

Collection dirigée par SAMANTHA BESSON et NICOLAS LEVRAT

FONDEMENTS DU DROIT EUROPÉEN



Les principes en droit européen

Principles in European Law

Ouvrage édité par Samantha Besson
et Pascal Pichonnaz

Avec la collaboration de
Marie-Louise Gächter-Alge

L.G.D.J.

Schulthess
EDITIONS ROMANDES

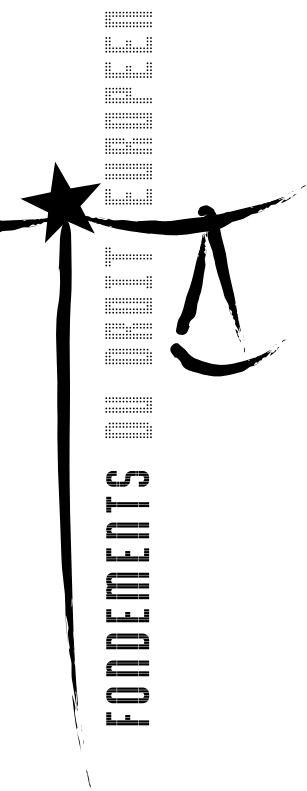


L.G.D.J.



Samantha Besson et Pascal Pichonnaz (éd.)
Avec la collaboration de Marie-Louise Gächter-Alge

Les principes en droit européen
Principles in European Law



Volume 2

Collection dirigée par Samantha Besson et Nicolas Levrat

Collection dirigée par Samantha Besson et Nicolas Levrat

Les principes en droit européen

Principles in European Law

Ouvrage édité par Samantha Besson et
Pascal Pichonnaz

Avec la collaboration de
Marie-Louise Gächter-Alge

L.G.D.J

Schulthess § 2011
ÉDITIONS ROMANDES

Création de la couverture: © Valérie Salvo

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011

ISBN 978-3-7255-6350-0
Diffusion en France

Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle
Editions Juridiques Associées / LGDJ, Paris

www.schulthess.com
www.lgdj.fr

Sommaire

Table des matières	IX
Liste des contributeurs	XVII
Avant-propos	1
Introduction	5
I ^{RE} PARTIE : NOTION ET FONCTIONS DES PRINCIPES EN DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL – THE NOTION AND FUNCTIONS OF PRINCIPLES IN EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW	17
Samantha Besson	
<i>General Principles in International Law - Whose Principles?</i>	19
Joxerramon Bengoetxea	
<i>Principia and Teloi</i>	65
Alain Zysset/Johan Rochel	
<i>Between Authority and Morality: Identifying Two Legitimatory Roles of Legal Principles</i>	85
II ^E PARTIE : LES PRINCIPES EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC – PRINCIPLES IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW	105
Pierre d'Argent	
<i>Les principes généraux à la Cour internationale de Justice</i>	107

Sévrine Knuchel

“General Principles”: the Surest Path for the Formation of Jus Cogens? 121

Marie-Louise Gächter-Alge

The Principle of Good Faith in Treaty Negotiations – Obligation to Choose Words in a Trustworthy Manner 139

III^E PARTIE : LES PRINCIPES EN DROIT PUBLIC EUROPÉEN –

PRINCIPLES IN EUROPEAN PUBLIC LAW 161

Beata Jastrzebska

*Le principe de respect de l’identité nationale des États membres –
signification incertaine d’une disposition ambitieuse* 163

Hanna Schröder

Principe de transparence, droit des marchés publics et bonne administration 185

Eleonor Kleber Gallego

*Quelques réflexions sur la relation entre les principes d’égalité, de non-
discrimination et de dignité* 201

IV^E PARTIE : LES PRINCIPES EN DROIT PRIVÉ EUROPÉEN –

PRINCIPLES IN EUROPEAN PRIVATE LAW 221

Jan M. Smits

On the Role of Principles in European Private Law 223

Constanze Semmelmann

*The General Principles of European Union Law in the Light of the
Public-Private Distinction* 233

Geneviève Michelet

*L'incidence de la conception du contrat sur les contours des principes
généraux contractuels* 257

Pascal Pichonnaz

*Les principes en droit européen des contrats : De règles communes à une
compréhension partagée* 281

V^E PARTIE : LES PRINCIPES EN DROIT EUROPÉEN ET LE DROIT NATIONAL –
PRINCIPLES IN EUROPEAN LAW AND NATIONAL LAW 309

Fatimata Niang

La fonction fédérative du juge de l'Union de droit commun 311

Takis Tridimas

The CJEU and the Specificity of Preliminary Reference Rulings: Some Reflections 331

Lamprini Xenou

*Les principes généraux du droit de l'Union européenne et le juge
administratif français* 355

FATIMATA NIANG

La fonction *fédérative* du juge de l'Union de droit commun

Introduction

La fonction dévolue au juge national d'assurer la sauvegarde des prérogatives des sujets du droit de l'Union a été affirmée avec éclat par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). En effet, selon la Cour, « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a, *en tant qu'organe d'un État membre*, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire¹ ». La compétence du juge semble reposer sur un double fondement: le droit national mais également l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, le juge est rattaché à son ordre constitutionnel puisque l'exigence qui s'impose à lui est d'abord comprise comme découlant de sa qualité d'*organe d'un État membre*. En même temps, on ne saurait lui dénier sa magistrature unioniste puisque son office est fondé également sur sa *qualité* de juge « chargé d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application » du droit de l'Union, comme la Cour elle-même. L'office du juge reposant sur deux pieds a ainsi pour conséquence que les juridictions nationales, investies d'une compétence fonctionnelle communautaire, sont, du point de vue du droit de l'Union, juges de l'Union de droit commun.

Jusqu'à présent, le concept de *juge national*, *juge de l'Union de droit commun* n'avait pas été formellement consacré par les traités. Celui-ci est d'abord une expression d'origine doctrinale² reprise par la jurisprudence³. En effet, pour la Cour, la

¹ CJUE, 9 août 1978, *Administration des finances de l'Etat c. SA Simmenthal*, 106/77, Rec. 1976, 609, para 16.

² Edouard DUBOUT, « De la primauté « imposée » à la primauté « consentie ». Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Contribution aux Actes du IV^{ème} Congrès de l'Association française des constitutionnalistes* des 9, 10 et 11 juin 2005 à Montpellier, disponible sur www.droitconstitutionnel.org, p. 3.

³ T, 10 juillet 1990, *Tetra Pak Rausing SA c. Commission*, T - 51/89, Rec. 1990, II - 309, point 42. Le tribunal estime qu'en sa qualité de *juge communautaire de droit commun*, le juge national applique comme il est tenu de le faire en vertu du principe de primauté et de l'effet direct les règles communautaires de la concurrence ; T, 22 décembre 1995, *Danielsson*, T-219/95, Rec. 1995, point 77 : « la protection juridictionnelle des particuliers, dans le système contentieux communautaire,

consécration des juridictions nationales au nombre des acteurs de l'ordre juridique de l'Union chargés de veiller à l'efficacité de ses normes et assurer ainsi aux citoyens la pleine effectivité des droits qu'ils tirent du droit de l'Union n'est que la conséquence de sa propre doctrine constitutionnelle, que renforce le mécanisme du renvoi préjudiciel. Autrement dit, c'est par un régime juridique non seulement supranational mais également d'origine judiciaire que les particuliers acquièrent des droits substantiels, dont la garantie est assurée par des organes dont le titre est fondé sur le droit interne.

Cette spécificité de l'ordre juridique de l'Union tranche fortement avec les droits nationaux et même celui issu de la CEDH. En effet, les articles 6 et 13 de la Convention prévoient formellement le droit à un recours effectif. La question peut alors se poser de savoir si lorsque la Cour intime aux juridictions nationales de prendre les mesures nécessaires pour assurer la pleine effectivité des droits des particuliers, il renvoie à l'autonomie procédurale des Etats membres ou si cette exigence comporte une dimension substantielle lui conférant une véritable compétence d'origine supranationale. Autrement dit, le droit à une protection juridictionnelle effective, qu'emporte la fonction supranationale du juge national, se fonde-t-il sur le droit de l'Union, relève-t-il de la compétence résiduelle des Etats, ou encore de l'exigence générale tirée de l'article 6 de la CEDH ?

Pour ce qui la concerne, la position de la CJUE a évolué au fil de sa jurisprudence. Fondant ce droit sur la spécificité de l'ordre juridique de l'Union, qui « impose le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables », la Cour considère que le « droit à obtenir réparation trouve directement son fondement dans le droit communautaire⁴ ». Alternativement, elle invoque l'obligation de coopération loyale qui obligerait les Etats à « effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire »⁵; la Cour admettant même parfois un fondement hybride plutôt complexe.

La variabilité de la position de la Cour sur le titre de compétence du juge national reflète les logiques existentielles qui commandent les ordres juridiques au sein du système juridique global de l'Union européenne. A cet égard, la Cour s'est inspirée de la CEDH⁶ pour dégager le principe général du droit communautaire dit du « droit au juge ». Ce principe est issu des traditions constitutionnelles des Etats. Jusqu'ici aucune

est assurée, grâce au mécanisme du renvoi préjudiciel au titre de l'article 150 du traité, dans le cadre d'actions introduites devant le juge national, *juge communautaire de droit commun* ».

⁴ CJUE, 19 novembre 1991, *Francovich c. République italienne*, Aff. Jtes C-6/90 et C-9/90, Rec. 1991, 5403, §§ 37 et 43.

⁵ Ibid., § 36.

⁶ CJUE, 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84, Rec. 1986, 1651.

disposition conventionnelle n'avait formellement consacré un tel droit au juge. Il n'est donc pas anodin que le traité de Lisbonne ait impulsé une évolution notable du droit primaire. Le nouvel article 19 § 1 alinéa 2 TUE dispose que « 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 ». Alors que c'est l'activité normative d'une autorité supranationale qui affecte le patrimoine des particuliers, il est demandé à des autorités nationales d'assurer la sauvegarde des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union. La consécration d'un tel droit est elle alors de nature à éclairer le fondement du titre de compétence du juge ?

L'examen contradictoire de jurisprudences nationales invite à un dépassement des concepts classiques de légitimation de la fonction unioniste du juge national. Ces conceptions reposent sur une vision conflictuelle parce que hiérarchisée des rapports entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux. S'il est vrai qu'une telle approche pouvait se justifier à l'origine en raison de la conception fermée de leur office par les juges, il n'en est plus de même aujourd'hui puisque les différents ordres tendent à s'harmoniser, sous l'effet de la valorisation de principes communs. L'approche que nous suggérons oblige à la fois à promouvoir l'interdépendance entre les systèmes (I) - elle sera dite pluraliste - mais elle exclut également de penser l'office européen du juge national indépendamment de la nouvelle structure politique à laquelle il appartient (II). L'office européen du juge national est légitimé par la fonction fédérative qu'il exerce au sein de cet ordre inter systémique fondé par le concours de légitimités fragmentées issues des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique de l'Union.

I. Congédier la logique systémique de légitimation

A l'origine de l'indétermination conceptuelle du titre de compétence du juge de l'Union de droit commun, la logique de système engendre un conflit de « souverainetés juridiques concurrentes⁷ » entre une juridiction supranationale soucieuse de préserver la spécificité intrinsèque du droit de l'Union (A) et des juridictions internes, garantes de leur Constitution, au regard de laquelle elles apparaîtraient naturellement⁸ légitimes (B).

⁷ Conclusions de l'Avocat général Miguel Poiares Maduro relatives à l'affaire C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec. 2008, I-09895.

⁸ Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, p. 850.

A. Le fondement européen du titre de compétence du juge national, conséquence de l'exigence existentielle de primauté du droit de l'Union

La question du titre de compétence du juge de l'Union de droit commun soulève plus généralement des questions théoriques quant à la hiérarchie entre deux sources formelles du droit que sont la Constitution et les normes internationales. Elle n'est donc pas propre aux rapports entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux (b). Celle de l'articulation des normes internes et internationales et ses incidences sur l'office du juge se pose également lorsque l'on s'intéresse au régime de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (a).

1. Le cas de la Cour EDH

S'il est vrai que la Cour de Strasbourg n'a pas la même vocation que la Cour de Luxembourg en ce qu'elle ne délivre pas encore⁹ d'injonctions aux juges nationaux, en revanche elle aussi s'indiffère de la source des violations. Elle a ainsi jugé que « la circonstance, qu'une disposition du code de la santé publique s'inspire presque mot pour mot » d'une directive communautaire « ne la soustrait pas à l'empire de la Convention¹⁰ ». En outre, la Cour EDH, dans son arrêt *Matthews*¹¹, se déclare compétente pour contrôler la conformité avec la CEDH de la décision du Conseil du 20 septembre 1976 et de l'Acte portant élection des représentants au Parlement européen excluant l'organisation d'élections européennes à Gibraltar. Elle a ainsi jugé contraire au protocole 1 un acte de droit primaire qui avait pour conséquence de priver les habitants de Gibraltar de leur droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen.

Il est intéressant ici de noter que du point de vue de la Cour EDH, il n'y a aucune violation de sa juridiction matérielle à se déclarer compétente pour contrôler la conformité avec la Convention du droit « constitutionnel » communautaire. Cette compétence est selon la Cour d'autant plus justifiée que les actes contestés ne pouvant, en raison de leur rang, faire l'objet d'un contrôle au sein du système juridictionnel de l'Union, on risque d'aboutir ainsi à un déni de justice, injustifiable au regard de la protection qui est due aux droits fondamentaux. Au paragraphe 32 de sa décision, elle déclare en effet que « la Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des

⁹ Qu'en sera-t-il après l'adhésion de l'UE à la CEDH ? Elle est prévue par l'article 6 § 2 du TUE et du protocole n° 8 relatif à l'article 6 § 2 du TUE ainsi qu'à l'article 59 de la Convention tel qu'amendé par le protocole 14.

¹⁰ Cour EDH, 15 novembre 1991, *Cantoni c. France*, Rec. 1996-V.

¹¹ Cour EDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. 24833/94, *CMLRev*, 1999, p. 673.

organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être reconnus. Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des États membres ».

Si au sein d'un régime comme celui moins intégré de la CEDH, le juge national est également confronté au défi d'articulation de normes issues d'un ordre juridique, la question de son titre de compétence unioniste interroge plus fondamentalement le paradigme classique de justification de la fonction du juge dans les systèmes démocratiques. Une telle interrogation apparaît encore plus nécessaire lorsque l'on s'intéresse au régime supranational de l'ordre juridique de l'Union (b).

2. La « doctrine constitutionnelle » de la CJUE

L'exigence qui pèse sur les juges nationaux, révélée par le contentieux de la deuxième génération, est un des aspects de la doctrine constitutionnelle de la Cour. Elle a été posée dans son arrêt *Simmenthal*¹², dont il n'est pas inutile de rappeler les faits. En l'espèce, la société Simmenthal réclame auprès du tribunal compétent - *pretore* de Susa - le remboursement de taxes de contrôle sanitaire qu'elle a acquittées sur un lot de viande bovine importé de France. Elle prétend que lesdites taxes sont contraires au droit communautaire. Le Tribunal saisit la CJUE une première fois. Un premier arrêt rendu sur renvoi préjudiciel (15 décembre 1976) lui donne raison en déclarant lesdites taxes, instituées par une loi italienne postérieure, contraires à l'ancien article 30 TCEE¹³, qui prohibe les restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent. La Cour déclare que les « contrôles sanitaires opérés à la frontière à l'occasion de l'importation des animaux ou des viandes destinées à l'alimentation constituent des mesures d'effet équivalent et sont à considérer comme des taxes d'effet équivalent à des droits de douanes les charges pécuniaires, imposées, pour des raisons de contrôle sanitaire, aux produits importés à l'occasion de leur passage à la frontière ». Le tribunal compétent enjoint alors par ordonnance l'Administration des Finances de procéder au remboursement des droits indûment perçus, augmentés des intérêts. L'Administration s'y refuse et l'affaire revient devant le *pretore*. Celui-ci estimant qu'il se trouvait en présence d'une contradiction entre des normes de droit communautaire directement applicables et une loi interne postérieure sursit à statuer et demanda à la Cour de déterminer l'effet des dispositions directement applicables à l'égard du droit interne des États membres¹⁴.

¹² *Simmenthal*, note 1.

¹³ Devenu article 34 TFUE.

¹⁴ Entre temps, le litige était devenu sans objet puisque la juridiction constitutionnelle avait demandé l'abrogation de la loi litigieuse (§8), ce que le législateur fit.

Pour la société Simmenthal, afin de parer à « la solution imposée en Italie par la Cour constitutionnelle qui présenterait, au regard des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice, de très graves inconvénients, il suffirait, *comme dans les autres États membres*, de reconnaître au juge ordinaire le pouvoir de ne pas appliquer les dispositions internes incompatibles avec le droit communautaire ».

Le gouvernement italien, suivant en cela la doctrine de la Cour constitutionnelle italienne, faisait valoir que, conformément à l'ordre constitutionnel italien, seule la Cour constitutionnelle peut sanctionner la méconnaissance par le législateur d'une norme supérieure. Il s'appuyait sur plusieurs arguments. Tout d'abord, il appartient à chaque ordre constitutionnel de régler les modalités d'élimination des normes nationales contraires au droit communautaire. Cet argument repose sur l'exigence plus générale de cohérence qui sous tend tout ordre juridique. A cet égard il n'est sans rappeler l'argument défendu y compris au sein du prétoire européen par le Tribunal. Dans sa décision *Jego Quéré*¹⁵, invitant la Cour à « reconsidérer l'interprétation stricte, jusqu'à présent retenue, de la personne individuellement concernée au sens de l'article 230 TCE », le Tribunal avait considéré qu'« aucun argument impérieux » ne justifiait le maintien de la jurisprudence *Plaumann*¹⁶. En fait, le Tribunal, par ce biais, interrogeait la légitimité de la jurisprudence constante de la Cour sur le *locus standi* des particuliers. Soucieux de défendre le mode de l'interprétation téléo-systématique, dégagé par la Cour et exigeant que les règles du Traité soient interprétées à la lumière du *contexte* et des *objectifs* poursuivis par l'ordre « constitutionnel » de l'Union, le Tribunal invite la Cour à restaurer la cohérence de l'ordre juridique, cohérence mise à mal par une règle jurisprudentielle, qui aboutit, dans les faits, à un déficit de protection juridictionnelle des particuliers, au mépris d'une garantie fondamentale du droit de l'Union. Ce mépris de la garantie ne pouvait perdurer et les conventionnels y ont remédié, sur invitation de la Cour¹⁷. Mais il reflète l'importance qu'un principe comme celui de la protection juridictionnelle joue dans la structuration de l'ordre juridique de l'Union, ordre qui par ailleurs est désormais sous l'emprise des exigences de l'Etat de droit¹⁸. En effet, l'article 19 alinéa 1 TUE, reprenant le principe posé par la Cour dans

¹⁵ T, 3 mai 2002, *Jégo Quéré*, T-177/01, Rec. 2002, II – 2365.

¹⁶ CJUE, 13 juillet 1963, *Plaumann c. Commission*, 25/62, Rec. 1963, 197.

¹⁷ Article 263 alinéa 4 TFUE : Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.

¹⁸ Article 2 TUE : L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.

son arrêt UPA invite désormais les Etats à établir les voies de droit nécessaires à la mise en œuvre du droit de l'Union.

A cet égard, le deuxième argument du gouvernement italien consistait à rappeler qu'au sein de l'ordre juridique italien le principe de légalité ne permettait pas au juge ordinaire « de ne pas appliquer la règle de droit », celle-ci devant faire l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Le transfert des compétences à la Communauté ne peut avoir pour effet « une privation radicale d'efficacité de la volonté souveraine des organes législatifs italiens » ni « de consacrer une incompétence absolue du législateur » dans les matières transférées.

La Commission soutenait pour sa part que: « l'interdiction faite au juge d'appliquer la règle communautaire aussi longtemps que la loi postérieure contraire n'a pas été éliminée par le juge constitutionnel n'est pas conciliable avec le principe, essentiel dans l'ordre juridique communautaire, de la primauté du droit communautaire ». En effet, « le principe de la primauté du droit communautaire ne trouverait pas sa source dans les diverses constitutions nationales, au risque évident de solutions différentes selon la teneur de celles-ci, mais dans le droit communautaire lui-même ».

La Cour procède à un raisonnement en deux temps. Elle rappelle les conséquences qu'il convient de tirer de sa doctrine constitutionnelle. Il découle, selon elle, du principe d'effet direct que les règles de droit communautaire déploient la plénitude de leurs effets d'une manière uniforme dans les Etats membres, qu'elles génèrent des droits et des obligations qu'y compris le juge national est tenu de sauvegarder. L'applicabilité directe et la primauté ne peuvent trouver ni leur source ni leur justification dans les systèmes constitutionnels nationaux, sans être exposés dans leurs effets à des solutions différentes selon la teneur de ceux-ci. Elles ne peuvent les trouver que dans le droit communautaire¹⁹.

Le raisonnement de la Cour repose sur un mode récurrent de justification de sa doctrine autoproclamée. Elle considère en effet que dès lors que le droit de l'Union affecte *positivement* le patrimoine des particuliers, il est présumé légitime. La Cour refoule le mode classique de justification du commandement dans les systèmes démocratiques, renversant ainsi la charge de la preuve au détriment de celui qui conteste, par exemple, le principe de l'invocabilité d'une directive. Cette nouvelle approche est prégnante dès l'origine puisque pour la Cour, dans ce nouvel ordre juridique que constitue l'UE, les citoyens sont directement et individuellement concernés par les normes supranationales dont ils peuvent se prévaloir. Cette conviction serait renforcée par la « vigilance des

¹⁹ W.J. GRANSCHOF VAN DER MEERSCH, « L'arrêt du 9 mars 1978 de la CJUE et la règle de l'application directe du droit communautaire dans le droit interne des Etats membres », *RDIC*, 1978, p. 35.

particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits », laquelle conforterait le contrôle que la Cour pourrait exercer sur la mise en œuvre par les Etats du droit de l'Union. Selon Olivier Costa, « les juges, de même que la plupart des spécialistes de droit communautaire, ont tiré argument des possibilités d'accès des citoyens à la Cour et des audaces de sa jurisprudence pour souligner sa contribution spécifique, non seulement à l'intégration européenne, mais aussi à l'identification des *implications positives de ce processus pour les citoyens*²⁰ ». En effet, selon la Cour, « le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ».

L'exigence de protection effective commande de consolider et de sauvegarder les droits de ceux qui constituent le ressort crucial de la nouvelle communauté politique. Elle est illustrée par une affaire récente de la Cour dans son arrêt *Rottman*²¹. La Cour se prononce pour la première fois sur l'étendue des pouvoirs reconnus aux Etats par le TUE et le TFUE dans la détermination de leurs nationaux. La Cour était saisie par voie préjudicielle de la question de la validité avec le droit de l'Union d'une décision de retrait de la nationalité acquise par fraude. Le requérant est un citoyen autrichien qui, ayant fait l'objet de poursuites pénales dans son pays d'origine, s'est réfugié en Allemagne où il a acquis la nationalité allemande, perdant par ce fait sa nationalité d'origine. S'étant vu retirer sa nationalité allemande et devenu ainsi apatride, il excipe devant la juridiction allemande de l'illégalité dudit retrait au motif que celui-ci lui faisait également perdre sa citoyenneté européenne, en méconnaissance de l'ancien article 17 CE. Reconnaisant la légitimité du retrait de la nationalité allemande au requérant, la Cour invite néanmoins le juge national à apprécier le respect du principe de proportionnalité. Puisque la citoyenneté européenne a vocation à devenir le statut fondamental des ressortissants de l'UE, la Cour croit pouvoir imposer aux Etats, y compris dans leur champ discrétionnaire de détermination des conditions d'acquisition de la nationalité, le respect des exigences issues du droit de l'Union. La Cour exerce un véritable contrôle juridictionnel au regard du droit de l'Union, prenant par ailleurs le contrepied de ce que lui suggérait son Avocat général²².

²⁰ Olivier COSTA, « La Cour de justice et le contrôle démocratique de l'Union européenne », *RFSP*, no 6, 2001, p. 882.

²¹ CJUE, 2 mars 2010, *Rottman*, C-135/08, non encore publié au Recueil.

²² Conclusions de l'Avocat général M. Poiares Maduro, présentées le 30 septembre 2009, relatives à l'affaire C 135/08, *Janko Rottmann contre Freistaat Bayern*, 21 mai 2008, non encore publié au Recueil. L'Avocat général considère que la situation d'apatridie qui résulte de la perte de la nationalité allemande ne saurait constituer une raison suffisante pour la réintégration dans la nationalité d'origine. En effet, « aucune règle communautaire ne saurait imposer » à un Etat de

Il ne fait pas de doute que du point de vue de la Cour les juridictions nationales sont investies de la même compétence fonctionnelle que celle que lui confère l'alinéa 1 de l'article 19 §1. Aussi, « tout juge saisi dans le cadre de sa compétence, a, *en tant qu'organe d'un État membre*, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire ». Il doit garantir le respect des droits spécifiques déterminés dans le traité et les actes des institutions, et plus généralement, de sauvegarder les droits de l'Homme qui trouvent leur source dans les principes généraux du droit de l'Union. En revanche, pour les contempteurs du titre de compétence unioniste du juge national, il suffit de s'appuyer sur la l'analyse par la Cour de justice de l'office du juge national pour montrer que ce dernier *n'est qu'*investi d'une compétence fonctionnellement « communautaire ». L'instrumentalisation de la mission du juge serait ainsi sans effet sur la base juridique de ses prérogatives qui demeurent enracinées dans l'ordre juridique national, ce que dit d'ailleurs aussi la Cour dans *Simmenthal*. Cette approche se fonde sur le paradigme du dédoublement fonctionnel de Georges Scelle²³, peu propice au reflux de la logique de système, au profit de la prééminence de l'ordre juridique interne (B).

B. Le fondement constitutionnel du titre de compétence du juge national, une exigence essentielle du paradigme démocratique

Au rebours de la conception supranationale de la Cour, les juridictions nationales ont construit leur office sur le principe de défense de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Ce sont particulièrement les juridictions suprêmes, peu enclines par ailleurs à coopérer avec la Cour via le mécanisme du renvoi préjudiciel, qui ont eu à forger une approche domestique du titre de compétence du juge de l'Union de droit commun.

Ainsi, le Tribunal Constitutionnel espagnol, dans sa décision du 13 décembre 2004, était saisi de la conformité avec le droit constitutionnel espagnol de l'article I-6²⁴ du TECE relative à la primauté du droit de l'Union. C'est l'article 93 de la Constitution

réaménager son droit de la personnalité afin que les règles de retrait aient un effet rétroactif permettant à un requérant de recouvrer sa nationalité d'origine.

²³ Georges SCELLE, *Droit International Public : Manuel Élémentaire*, Vol I., *Principes et systématique*, 1932, pp. 43, 54-56 et 217; Vol. II, 1934, pp. 10, 319 et 450; *Précis de droit des gens ; The European tradition in international law*, *EJIL*, 01/01-02,1990, pp. 193-249; Antonio CASSESE, « Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' in International Law », *EJIL*, Vol. 1, 1990, pp. 210-231.

²⁴ Article I-6 TECE : La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres.

espagnole qui prévoit les modalités d'insertion du droit de l'UE dans l'ordre juridique espagnol. Cette clause reconnaît la spécificité de l'intégration de l'Espagne dans les Communautés européennes en tant que « phénomène d'intégration qui comporte les conséquences d'une insertion dans une entité supranationale distincte, susceptible de créer un ordre juridique qui lui soit propre et doté de principes directeurs relatifs à l'efficacité, aux exigences et aux limites de l'applicabilité de ces normes ».

Le juge espagnol, à l'instar des juges italien²⁵, français et allemand rappelle que le transfert de compétence aux Communautés doit respecter les principes de base et les valeurs fondamentales qui constituent le socle de l'Etat espagnol (telos). Afin de garantir le respect de l'intégrité constitutionnelle, il est rappelé que l'article 93 reste « sans conteste le support constitutionnel de base de l'intégration d'autres ordres juridiques » dans l'ordre juridique espagnol, tout en admettant que ces autres ordres demeurent « autonomes quant à leur origine » mais « appelés à coexister avec l'ordre juridique interne ».

S'agissant de la question de la compatibilité avec l'article 9-1 de la Constitution espagnole du principe de primauté du droit de l'UE, le Tribunal considère que celui-ci n'affecterait que dans certaines hypothèses, au demeurant résiduelles, la loi fondamentale interne. En effet, selon le Tribunal la question de la primauté du droit de l'Union et celle de la suprématie de la Constitution ne peuvent pas être antinomiques puisque les deux principes intéressent des ordres juridiques qui obéissent à des exigences normatives distinctes. De la même manière que la primauté du droit de l'Union constitue une donnée existentielle de l'ordre juridique de l'Union, la question de la suprématie de la Constitution est consubstantielle à tout ordre juridique interne, de sorte qu'il y a une nécessaire coexistence des deux exigences. Du point de vue du Tribunal, les conventionnels ont intégré les résistances des juridictions nationales à la doctrine constitutionnelle de la Cour puisque « ces dispositions [art. I-2, art. I-5, § 1, Préambule Charte, art. II-113] consacrent, notamment, la garantie de l'existence des États et de leurs structures de base, ainsi que leurs valeurs, principes et droits fondamentaux qui ne peuvent en aucun cas être méconnus après le phénomène du transfert de l'exercice de compétences à l'organisation supra-étatique, garantie dont l'absence ou le défaut de proclamation explicite justifia, de par le passé, les réserves opposées à la primauté du droit communautaire sur les différentes Constitutions, réserves présentées à travers de célèbres décisions émanant des juridictions

²⁵ La Cour Constitutionnelle italienne dans sa jurisprudence initiale, s'appuyant sur le caractère dualiste du système juridique, confère à la participation de l'Italie à l'Union une légitimité constitutionnelle, rendant réversible le transfert de compétences. Arrêt du 7 mars 1964, *Costa c. ENEL*, Riv. Internaz., 1964, pp. 295-296.

constitutionnelles de certains États, ce qui fut appelé en doctrine le dialogue entre les tribunaux constitutionnels et la Cour de justice ».

A cet égard, c'est tout le bénéfice que l'on doit reconnaître ici au paradigme de la fédération tel que théorisé par Olivier Beaud que nous allons développer plus loin.

A la juridiction espagnole de conclure que puisque « la primauté proclamée dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe opère à partir d'un ordre juridique qui se construit sur les valeurs communes des Constitutions des États intégrés dans l'Union et de leurs traditions constitutionnelles communes », l'antinomie entre suprématie de la Constitution et primauté n'est qu'apparente. Si la première partie de l'assertion peut convaincre, la conclusion du Tribunal demeure à tout le moins surprenante puisqu'elle consiste à évacuer un problème systémique réel en le présentant comme seulement apparent. L'argumentation de la juridiction espagnole a toutefois le mérite de révéler l'inconsistance du paradigme kelsénien quant à l'imperméabilité des ordres.

Après l'examen des positions des acteurs du pôle judiciaire européen, il nous apparaît clairement que la logique systémique de justification de la compétence du juge, qui a prévalu tout au long du contentieux de la première génération, aboutit sur une aporie. Obstacle fondamental à la détermination du fondement de l'office européen du juge national, cette logique a été progressivement congédiée par les juridictions elles mêmes, lesquelles naguère opposées, se sont efforcées d'harmoniser au mieux leur jurisprudence. La position de la juridiction constitutionnelle espagnole est à cet égard assez révélatrice. S'appuyant sur deux logiques distinctes, le raisonnement du Tribunal espagnol congédie in fine la logique de système, promouvant le dialogue et appelant ainsi à reconsidérer les contraintes systémiques afin que la fonction fédérative du juge l'emporte sur celle d'un pouvoir garant du respect de la pyramide kelsénienne (II).

II. Promouvoir la fonction fédérative du juge comme titre de compétence du juge de droit commun de l'Union

A. La logique de défiance fertile des juges - comment concilier des telos distincts ?

1. Les apories de la logique systémique

Les modalités de justification de la magistrature unioniste du juge national sont contradictoires. Elles demeureront même inconciliables aussi longtemps que chaque système cherchera, pour des raisons existentielles, à préserver l'intégrité de son ordre.

Pour le système juridique de l'Union, cette intégrité ne peut être garantie qu'en affermissant le principe d'autonomie ontologique qui la gouverne alors que les systèmes nationaux demeurent les garants farouches d'une exigence démocratique. A dire vrai, une cette logique systémique se justifie si l'on considère que « tenant son investiture de la règle européenne le juge européen ne peut que choisir celle-ci, d'autant plus qu'il en a été érigé en gardien et que pour la raison symétrique, parce que son investiture procède du droit national et en dernière analyse de la Constitution, le juge ne peut qu'accorder la primauté à la règle constitutionnelle »²⁶.

Cette opposition binaire inter-système est relayée à l'intérieur d'un système, fonctionnant selon une logique ambivalente entre une tendance centrifuge (logique intergouvernementale) et une tendance centripète (logique supranationale).

Une approche normative de la fonction du juge doit avoir pour finalité de prendre en considération le phénomène de « revendication concurrente de souveraineté juridique » en tant que « manifestation même du pluralisme juridique qui marque l'originalité du processus d'intégration européenne²⁷ ». En effet, l'opposition systématique fondée sur une vision hermétique car hiérarchisée des différents ordres juridiques au sein du système juridictionnel de l'Union doit être congédiée car elle confine à des positionnements idéologiques qui empêchent de saisir la fonction du juge. En effet, du point de vue des ordres juridiques nationaux, la légitimité du juge national ne peut être pensée indépendamment de la détermination du point d'imputation des décisions de justice. Celle-ci git dans le peuple dans les systèmes démocratiques. Alors que du point de vue du système juridique de l'Union ce fondement est manquant du fait de l'obstacle conceptuel que constitue l'absence de *demos* européen et l'inachèvement du paradigme des *démoi* nationaux.

Puisque cette tentation translatrice réductrice du modèle stato-morphiste peine en effet à fournir un fondement de justification de la fonction de juger unioniste, elle *doit* être porteuse d'une invitation à un dépassement, du moins de la logique binaire. En effet, puisque d'un côté comme de l'autre on rechigne à s'affranchir d'une logique de système, oserions nous suggérer la proposition suivante : la question de la fonction unioniste du juge national ne peut s'appréhender indépendamment de la nature du système qui dicte l'injonction (2).

²⁶ Louis DUBOIS, « Le juge français entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit - Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1992, p. 214.

²⁷ Conclusions de l'Avocat général Miguel Poiares Maduro relatives à l'affaire *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, 21 mai 2008, C-127/07, Rec. 2008, I-09895.

2. Le modèle fonctionnel de la fédération

Le paradigme de la fédération invite explicitement à une pacification des rapports normatifs mais également entre ordres. A cet égard, le juge espagnol fait figure de pionnier en entendant s'inscrire ici dans le « 'pluralisme constitutionnel' européen »²⁸, un pluralisme créateur orienté vers la mise en valeur de principes communs, au fondement de cet ordre inter systémique. Dans cette dynamique de construction d'ordres juridiques en symbiose, on assiste à un changement de nature juridique du principe de primauté opéré par le traité de Lisbonne. Naguère intégré au Traité établissant une constitution pour l'Europe et susceptible de produire des effets juridiques, le principe de primauté est désormais annexé au traité au titre d'une déclaration²⁹. On le sait les déclarations ne sont pas porteuses d'effet juridique mais sont un support à l'interprétation. D'une disposition normative, la primauté est devenue un principe de nature plus politique et consensuelle³⁰ mais dont la vocation semble désormais aller bien au-delà d'un simple rapport à la norme. En effet, le traité de Lisbonne a également consacré un nouvel aspect de la coopération loyale. Il impose une « assistance mutuelle entre Etats membres et Union dans l'accomplissement des missions découlant des traités » (Article 4 §3 alinéa 1 TUE). Cela nous donne une nouvelle dimension à la primauté en ce sens que même, comme les conventionnels le reconnaissent, s'il découle de la nature spécifique originale de l'Union, le principe de primauté est également une des manifestations du devoir de loyauté qui doit réglementer les rapports entre les différents ordres juridiques. La Cour le rappelait dans

²⁸ Laurence BURGORGUE LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : Un Solange II à l'espagnole », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, no 18, 2005, pp. 205-217.

²⁹ La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, 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.*

(1) « Il [en] résulte (...) 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. » »

³⁰ Eleftheria NEFRAMI, « A propos du principe de primauté », in *Le traité de Lisbonne, Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, pp.199-221.

Costa en considérant que « que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5 (2)³¹ »; les Etats l'entérinent désormais avec la vocation désormais générale du principe de coopération loyale. Ce devoir de loyauté est d'autant plus fondamental qu'il est une caractéristique des sociétés fédérales fondées sur le pluralisme. Comme la vocation de l'ordre juridique de l'Union est, selon la Cour, de « s'intégrer³² » au système juridique des Etats membres, le paradigme pluraliste apparaît particulièrement pertinent pour décrire leur rapprochement.

Dans cette perspective, la question du titre de compétence du juge national renvoie à la *fonction* qu'exerce le dit juge dans le système encore indéterminé que constitue l'UE. Caractérisé par l'agrégation - juxtaposition des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique de l'Union, le système juridictionnel de l'Union ne devrait plus se définir négativement, comme catégorie *sui generis*, distincte des Etats et des organisations internationales. Le système juridique de l'Union serait une forme politique à part entière, qu'il est possible de singulariser, et dont la spécificité résiderait précisément dans son *telos* spécifique par rapport aux autres catégories connues en droit constitutionnel. Cette forme politique particulière se fonde sur le paradigme fédératif tel qu'il a été théorisé par Olivier Beaud³³. Elle a pour principal avantage de dépasser la logique binaire qui caractérise les modes classiques d'explication de l'UE en proposant une lecture tripartite³⁴ de la fédération européenne mais elle permet aussi de renforcer le mode téléologique de justification de l'intégration européenne. En tant qu'interprète authentique qui veille au respect des identités respectives des Etats membres et de la fédération, le juge national, dans son office de juge de l'Union, est le gardien du *telos*³⁵. Il veille en effet à ce que le conflit existentiel qu'évoque Olivier Beaud ne s'actualise jamais. Pour ce faire, il doit s'assurer que les intérêts des acteurs essentiels soient préservés.

Une des manifestations les plus remarquables de cet évitement du conflit existentiel réside dans la convergence harmonieuse des jurisprudences des juridictions au sein du

³¹ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, 6/64, Rec. 1964, 1141.

³² Ibid.

³³ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007.

³⁴ Le paradigme analytique fédéral est une construction tripartite. Elle recouvre les Etats (autorités fédérées), la fédération (autorités fédérales ou pouvoir public fédéral) et la somme des deux (Fédération). Caractéristiques : rapports non hiérarchiques mais horizontaux (abandon de la pyramide kelsenienne) ; logique inclusive ou associative ; nécessaire respect de l'unité politique des Etats membres qui demeurent souverains, pp. 133-143).

³⁵ Le *telos* de la Fédération se caractérise par cet équilibre qu'il faut maintenir entre les deux fins contradictoires que sont la fin commune (unité) et la fin particulariste (autonomie), Olivier BEAUD, op.cit., note 33, p. 277.

système juridictionnel de l'Union. Cette convergence est rendue possible par l'invention et l'affermissement d'un outil remarquable au sein de l'ordre juridique de l'Union : les principes. Initialement, outil de légitimation du droit judiciaire par la Cour - face à la défiance des juridictions constitutionnelles nationales à l'endroit de la doctrine constitutionnelle du juge de l'Union, les principes constituent des médias de transmission, instruments de communication entre des systèmes normatifs qui se revendiquent autonomes³⁶. Les principes, subissant une forme de dédoublement fonctionnel : instrument de légitimation et fondement d'un *jus commune*.

Le recours aux principes a d'abord été une parade permettant à la Cour de réagir aux critiques liées au caractère « constitutionnalisant » de sa jurisprudence. Leur contenu apparaissait ainsi dans cette perspective déterminant et c'est la raison pour laquelle, le recours à un raisonnement syllogistique par la Cour lui permet d'extirper des traditions constitutionnelles des Etats membres ainsi que du support de la CEDH des valeurs communes³⁷. La logique de défiance des juridictions nationales à l'encontre de la doctrine constitutionnelle de la Cour reflète l'ambivalence du phénomène pluraliste, soucieux de respecter la diversité des positions des acteurs de cette « convergence discutée et réciproque des points de vue de la part d'interprètes formellement indépendants » tout en préservant l'unité « sur des valeurs fondatrices des ordres juridiques auxquels ils appartiennent »³⁸.

Par exemple, s'il est vrai que la logique de système, prégnante dans la jurisprudence ancienne de la Cour, l'avait conduit à rappeler dans son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*³⁹ le principe posé dès *Costa c. ENEL* selon lequel « le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même », elle avait opportunément recouru aux principes pour déclamer que le « respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », vidant ainsi de tout fondement la résistance de la CCFA.

³⁶ Denys SIMON et Mattias GUYOMAR, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gazette du Palais*, 12 février 2009, p. 11 ; Denys SIMON, « Les principes en droit communautaire », in Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 302.

³⁷ Pierre BRUNET, « Les juges européens au pays des valeurs », *La vie des idées*, 9 juin 2009.

³⁸ Edouard DUBOUT, « Du fond à la forme de l'arrêt Perreux : retour sur l'affirmation de sa fonction communautaire par le Conseil d'Etat français », *LPA*, 3 juin 2010, no 7.

³⁹ CJUE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. 1970, 1145.

Les juridictions constitutionnelles nationales se sont appropriées cette construction savante de la Cour en se fondant sur un principe naguère décrié. Ainsi le Tribunal constitutionnel espagnol, dans la décision susmentionnée constatant que « la primauté proclamée par le TECE joue en présence d'un ordre juridique qui se construit sur les valeurs communes des Constitutions des Etats faisant partie intégrante de l'Union, et de leurs valeurs constitutionnelles » ne trouve pas moyen à censure de l'article I-6 TECE. Dans la même lignée, les juridictions suprêmes françaises semblent nourrir davantage le dialogue avec leurs homologues européens, contribuant ainsi à affermir les principes communs aux ordres juridiques nationaux et de l'Union⁴⁰.

B. La convergence des jurisprudences nationales et européennes : outil d'affermissement de la fonction fédérative du juge de droit commun de l'Union

Le phénomène d'harmonisation des jurisprudences permis par la tolérance constitutionnelle que manifestent les juges à l'égard de principes émanant d'autres systèmes juridiques que les leurs est également en cours lorsqu'on analyse la mise en œuvre de la CEDH au sein des ordres juridiques nationaux. Est à cet égard significatif l'arrêt rendu par la Cour EDH dans son affaire *Bosphorus*⁴¹. L'affaire *Bosphorus* donne une nouvelle fois l'occasion à la Cour EDH de se prononcer sur l'équivalence des protections dans le droit de l'Union et celui de la Convention. La Cour était saisie de la compatibilité avec le droit de propriété garanti par la Convention d'une décision de saisie par les autorités irlandaises d'un aéronef. Cette décision reprenait fidèlement les dispositions d'un règlement communautaire, relatif aux sanctions contre l'ex-Yougoslavie.

Une nouvelle fois, le litige confinait à l'examen indirect d'un acte de droit dérivé communautaire. Confirmant sa compétence, la Cour a posé une présomption simple de conformité des mesures d'exécution du droit communautaire avec les droits garantis par la Convention « dès lors qu'il est constant que la CE accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention⁴² ».

Dans sa démarche classique de pesée des intérêts, la Cour a reconnu que « l'intérêt général poursuivi par la mesure litigieuse (qui) résidait dans l'exécution par l'Etat

⁴⁰ Laurence BURGORGUE LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : 'Un Solange II à l'espagnole' », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, no 18, 2005, pp. 205-217, sp. p. 209-210.

⁴¹ Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus*, req. 45036/98.

⁴² Cour EDH, *Bosphorus*, *ibid.* § 155.

irlandais des obligations juridiques découlant de son adhésion à la Communauté européenne » constituait « au demeurant un intérêt légitime revêtant un poids considérable⁴³ ».

Le Conseil constitutionnel (CC) français a inauguré une véritable révolution jurisprudentielle en 2004. Dans sa décision relative à la *loi pour la confiance dans l'économie numérique*⁴⁴, le Conseil se déclare incompétent pour examiner la constitutionnalité de l'article 6 de la loi déférée parce qu'il transpose strictement certaines dispositions de la directive relative au commerce électronique. Le CC rappelle qu'il n'appartient qu'à la CJUE d'apprécier la validité d'une directive au regard du droit communautaire ajoutant que ce contrôle des directives peut être l'objet d'une coopération judiciaire dans le cadre du renvoi préjudiciel. Le CC saisi de la conformité d'une loi à la Constitution a constaté et relevé la spécificité de la norme venue réceptionner dans le droit français une norme communautaire. Il apparaît ainsi que la directive fait écran et empêche toute appréciation de la part de la juridiction constitutionnelle.

Pour asseoir son refus de contrôler la constitutionnalité de la loi litigieuse le Conseil s'appuie sur l'article 88-1 en considérant que la transposition des directives relève d'une exigence constitutionnelle. Par cet engagement, les Etats ont reconnu à l'autorité juridictionnelle communautaire la compétence exclusive de se prononcer sur la validité des actes de droit dérivé. Selon le Conseil, la juridiction de l'Union est tenue en vertu de la Constitution française, de se prononcer sur la validité de la directive au droit primaire. Il y a un véritable renversement de l'exigence de protection juridictionnelle effective qui ne pèse pas sur les juridictions de droit commun mais repose désormais sur l'interprète authentique du droit de l'Union : la Cour.

Le renvoi à la compétence de la Cour questionne le prétendu principe de complétude des voies de recours qu'instrumentalise la Cour lorsqu'est en cause le *locus standi* des particuliers. Dans l'affaire *UPA*⁴⁵, la cour avait censuré la proposition du TPI dans *Jégo Quéré* au motif que le critère de l'affectation directe et individuelle était expressément prévu par le traité et qu'on ne saurait s'en écarter sans procéder à une révision judiciaire du texte. La Cour avait donc conclu qu'il appartenait aux Etats membres de combler les carences dans l'ordre juridictionnel de l'Union tenant aux difficultés de recevabilité des recours des particuliers. Les insuffisances ne peuvent venir de l'ordre juridique communautaire comme le pensait le TPI dans *Jégo-Quéré*.

⁴³ Cour EDH, *Bosphorus*, ibid. § 150.

⁴⁴ Conseil constitutionnel, Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, « Loi pour la confiance dans l'économie numérique », *Journal officiel* du 22 juin 2004, p. 11182.

⁴⁵ CJUE, 25 juillet 2002, *UPA c. Conseil*, C-50/00, Rec. 2002, I-66/77.

La position du Conseil est à la fois classique et en même assez novatrice. Classique tout d'abord car à l'instar des autres juridictions constitutionnelles nationales et notamment la Cour de Karlsruhe par exemple, le Conseil considère que la spécificité du droit de l'Union repose sur la Constitution. Mais fait nouveau, cette spécificité, qui empêche d'examiner la constitutionnalité d'une loi de transposition, entraîne l'incompétence du Conseil et appelle celle de la Cour, et ce en vertu de la Constitution française elle-même. On le voit bien, cela soulève une question théorique. Celle-ci est éclairée par la jurisprudence administrative, notamment la décision du Conseil d'Etat *Arcelor*⁴⁶.

Dans l'affaire *Arcelor*, le CE était emmené à se prononcer sur la compatibilité avec un principe constitutionnel d'un acte réglementaire de transposition d'une directive. S'agissant d'un acte qui se contentait de reprendre matériellement les dispositions de la directive, le Conseil, cherchant à éviter le conflit de système généré par des énoncés normatifs contradictoires, a tenté de requalifier le potentiel moyen d'inconstitutionnalité en moyen d'inconventionnalité. Dans cette affaire, le Conseil a donc posé pour principe que sa compétence pour examiner la constitutionnalité d'un acte réglementaire transposant les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive communautaire ne pourrait être exercée pleinement que si le principe constitutionnel dont la méconnaissance était invoquée n'avait pas d'équivalent dans l'ordre juridique communautaire. Lorsqu'une telle équivalence existe, il lui appartient, en cas de difficulté sérieuse, de poser une question préjudicielle à la CJUE. Si cette dernière déclare l'acte contraire au droit primaire, il reviendra au Conseil d'en tirer les conséquences sur le plan interne en annulant l'acte de transposition.

Cette affaire renforce encore davantage l'importance du recours aux principes communs, dont l'émergence « contribue fortement à la structuration des rapports entre ordres juridiques communautaire et nationaux⁴⁷ ». En effet, le recours à des principes, comme manifestation de valeurs⁴⁸ communes, permet de conférer une immunité en droit interne aux actes de droit de l'Union, tout en rehaussant la magistrature unioniste du juge national. A cette structuration contribue également la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Depuis sa décision *Brunner contre Traité sur l'Union Européenne*, la Cour considère que sa « compétence s'étend à l'appréciation du respect, par les institutions de l'Union, des limites de leur pouvoir ». La Cour a eu l'occasion

⁴⁶ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

⁴⁷ Mattias GUYOMAR et Denys SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gazette du Palais*, 12 février 2009, p.11.

⁴⁸ Pierre BRUNET, « Les juges européens au pays des valeurs », *La vie des idées*, 9 juin 2009.

récemment d'exercer cette compétence autoproclamée de contrôle *ultra vires* dans une affaire *Honeywell*⁴⁹.

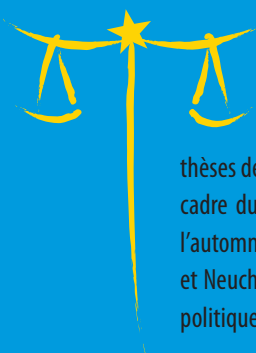
Dans l'affaire susmentionnée, la Cour a examiné la conformité de la jurisprudence *Mangold* à l'article 19 du TUE, appréciant si, en élevant au rang de « principe général du droit de l'Union » l'interdiction des discriminations en raison de l'âge contenue dans la directive 2000/78/CE, la Cour a excédé les pouvoirs dont elle dispose sur le fondement dudit article. La tentation était en effet grande de faire de l'érection en principe général du droit l'interdiction des discriminations en raison de l'âge un simple fait du prince. La doctrine allemande, de ce fait, s'était vertement élevée contre la décision de la Cour fédérale du travail de donner effet à la décision *Mangold* alors que selon elle ladite juridiction ne devait pas être liée par l'arrêt de la Cour. La violation de la clause de *standstill* qui oblige les Etats à ne pas prendre de dispositions, dans le délai de transposition des directives, susceptible de compromettre les résultats prescrits par l'acte de droit dérivé, ne faisait pas le poids face au principe de confiance légitime des opérateurs économiques en la réglementation allemande existante. Tous les éléments semblaient donc réunis pour que la juridiction constitutionnelle fédérale censure l'arrêt de la CJUE.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a pourtant pas condamné l'arrêt *Mangold*. En juge européen de droit commun, la Cour rappelle que le principe de primauté du droit de l'Union et son corollaire l'application uniforme du droit de l'Union seraient compromis si chaque Etat membre ainsi que leurs juridictions pouvaient s'arroger le droit de contrôler la validité des actes de institutions de l'Union. Une telle compétence, dévolue exclusivement à la CJUE, en vertu du droit primaire, exclut celle des juridictions nationales, qui doivent donc poser préalablement à la juridiction de l'Union une question préjudicielle. La Cour allemande considère en outre que le contrôle *ultra vires* doit demeurer exceptionnel, restreint c'est-à-dire limité à l'appréciation de l'erreur manifeste et dans son exercice, les juges doivent adopter une attitude « ouverte » vis-à-vis du droit de l'Union.

La motivation de la Cour allemande n'est pas sans rappeler celle du Conseil constitutionnel qui refuse le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives.

⁴⁹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Honeywell*, 2 BvR 2661/06, Press release no. 69/2010 of 26 August 2010, <https://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg10-069en.html>.

A la fois source de droit européen et éléments de convergence des systèmes juridiques nationaux en Europe, les principes généraux soulèvent de nombreuses questions en droit européen, questions qui appellent un débat théorique approfondi. Le présent ouvrage apporte des pistes de réflexion et esquisse quelques réponses dans les domaines du droit public et privé européen, mais aussi des rapports du droit européen avec le droit national et le droit international. Fruit du quatrième colloque de l'Ecole doctorale « Fondements du droit européen », ce volume réunit des contributions en anglais et en français rédigées par des doctorants et post-doctorants des universités suisses romandes et alémaniques, ainsi que d'universités européennes partenaires. Il comprend aussi des contributions de spécialistes européens invités à participer au colloque.



La collection *Fondements du droit européen* dont le présent ouvrage est le deuxième volume est éditée par les Professeurs Samantha Besson (Université de Fribourg) et Nicolas Levrat (Université de Genève). Y sont publiés les ouvrages collectifs et thèses de doctorat issus de l'Ecole doctorale Fondements du droit européen, soutenue dans le cadre du programme ProDoc du Fonds national suisse de la recherche scientifique depuis l'automne 2008 et qui regroupe les doctorants des Universités de Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, mais aussi d'autres monographies portant sur les fondements philosophiques, politiques, économiques et historiques du droit européen.

ISBN 978-3-7255-6350-0



9 783725 563500