

ÉTUDE

Demandée par la Commission JURI



La primauté du droit de l'Union européenne



Département thématique des droits des citoyens et des affaires
constitutionnelles
Direction générale des politiques internes de l'Union
PE 732.474 - Mai 2022

FR

La primauté du droit de l'Union européenne

Résumé

Cette recherche, réalisée à la demande du département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen, explique la notion de primauté du droit de l'UE et ses conséquences pratiques, telle qu'elle résulte du système des traités et a été développée par la jurisprudence de la Cour de justice depuis 1964. Elle explique comment et avec quelles limites éventuelles les juridictions des États membres acceptent, interprètent et appliquent le principe.

Ce document a été commandé par la commission affaires juridiques du Parlement européen.

AUTEUR

Jacques Ziller, Professeur de droit, Université de Paris-1 Panthéon Sorbonne et Università di Pavia

ADMINISTRATEUR RESPONSABLE

Giorgio MUSSA

EDITORIAL ASSISTANT

Ewelina MIAZGA

VERSIONS LINGUISTIQUES

Original: FR

À PROPOS DE L'ÉDITEUR

Les départements thématiques fournissent une expertise interne et externe aux commissions du Parlement européen et aux autres organes parlementaires pour les accompagner dans l'élaboration de la législation et dans l'exercice du contrôle démocratique des politiques internes de l'Union européenne.

Pour contacter le département thématique ou recevoir ses actualités, veuillez écrire à l'adresse suivante:

Département thématique des politiques économiques, scientifiques et de la qualité de la vie
Parlement européen

European Parliament

B-1047 Brussels

Adresse électronique: poldep-citizens@europarl.europa.eu

Manuscrit achevé en mai 2022

© Union européenne, 2022

Le présent document est disponible sur internet à l'adresse suivante:

<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.

Reproduction et traduction autorisées, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source, information préalable de l'éditeur et transmission d'un exemplaire à celui-ci.

© L'image figurant à la page 1 est utilisée sous licence d'Adobe Stock.

CONTENU

LISTE DES ABBRÉVIATIONS	5
LISTE DES ENCADRÉS	6
SYNTHESE	7
1. INFORMATIONS GENERALES	8
2. LA NOTION DE PRIMAUTÉ DANS LE SYSTÈME DES TRAITÉS ET LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE	9
2.1. La primauté, conséquence du principe <i>pacta sunt servanda</i>	9
2.2. La primauté dans les traités de l'Union européenne	11
2.2.1. L'absence du principe de primauté dans le texte des traités en vigueur	11
2.2.2. L'acceptation implicite du principe de primauté par les États membres	11
2.2.3. La codification du principe de primauté par le traité constitutionnel de 2004	12
2.2.4. La Déclaration (n° 17) relative à la primauté	13
2.3. La primauté dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne	15
2.3.1. L'arrêt <i>Costa contre ENEL</i> : l'obligation pour les États membres de ne pas appliquer une norme de droit national contraire au droit de l'Union	15
2.3.2. Précisions subséquentes par la jurisprudence : 1° la primauté vaut par rapport à toute disposition de droit interne, y compris la constitution	17
2.3.3. Précisions subséquentes par la jurisprudence : 2° la primauté de tout le droit de l'Union, droit primaire, accords internationaux et droit dérivé	20
2.3.4. Précisions subséquentes par la jurisprudence : 3° la primauté et l'effet direct	21
2.4. La primauté : conséquences et sanctions	24
3. L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION DE LA PRIMAUTÉ PAR LES JURIDICTIONS DES ÉTATS MEMBRES	27
3.1. Le problème résultant de la coexistence, dans chaque État membre, des deux ordres juridiques	27
3.2. L'acceptation de la primauté et de ses conséquences	29
3.3. L'indication préventive d'éventuelles limites à la primauté : <i>controlimiti</i> , <i>Solange</i> et identité constitutionnelle	31
3.4. Le dialogue entre juridictions nationales et Cour de justice de l'Union	33
3.5. La confrontation entre avec la Cour de justice de l'Union	36
3.5.1. La confrontation entre la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et la CJUE : le contrôle de l' <i>ultra vires</i>	36
3.5.2. La confrontation entre la Cour suprême danoise et la Cour constitutionnelle tchèque et la CJUE	37
3.5.3. La confrontation entre les Cour constitutionnelles roumaine, hongroise et polonaise et la CJUE	37

4. RECOMMANDATIONS	39
BIBLIOGRAPHIE	41
Liste chronologique de jurisprudence européenne et nationale	43

LISTE DES ABBRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
Art.	Article
BVerfGE	Recueil de jurisprudence de la Cour Fédéral Constitutionnelle allemande
c.	Contre
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne (des Communautés avant le 1/02/2003))
CourEDH	Cour Européenne des droits de l'homme
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
par.	Paragraphe
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
v.	Voir

LISTE DES ENCADRÉS

Encadré 1: Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969	10
Encadré 2: Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004	13
Encadré 3: Déclaration (n° 17) relative à la primauté	14
Encadré 4: Arrêt du 15 juillet 1964, Costa contre E.N.E.L, Aff 6-64	16
Encadré 5: Conclusions de l'avocat général Lagrange dans l'affaire Costa c. Enel	17
Encadré 6: Arrêt du 17 décembre 1970 Internationale Handelsgesellschaft Aff. 11-70	18
Encadré 7: Arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, Aff. 106-77	19
Encadré 8: Article 280 TFUE	20
Encadré 9: Communiqué de presse n° 58/20 du 8 mai 2020	21
Encadré 10: Avis n° 1-91 du 14 décembre 1991 (Espace économique européen)	22
Encadré 11: Arrêt du 5 février 1963, van Gend en Loos, Aff. 26-62	22
Encadré 12: Arrêt du 24 juin 2019, Popławski, Aff. C-573/17	24
Encadré 13: Arrêt du 18 janvier 2022, Thelen Technopark, Aff. C-261/20	26
Encadré 14: Conclusions de l'avocat général Lagrange dans l'affaire Costa c. Enel	27
Encadré 15: Trybunał Konstytucyjny Arrêt N P 1/05 du 27 avril 2005	29
Encadré 16: Cour de Cassation, 24 mai 1975, Société Cafés Jacques Vabre	30
Encadré 17: Tribunal Constitucional, 13 décembre 2004, DTC n 1/2004	30

SYNTHÈSE

Contexte

La primauté est l'un des principes essentiels du droit de l'Union Européenne, et l'une des caractéristiques les plus fondamentales qui rendent le droit de l'UE sans précédent et unique à ce jour. Le principe de la primauté du droit de l'UE s'est précisé au fil du temps avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ; il n'est pas inscrit dans les traités de l'UE, bien qu'une déclaration soit annexée au traité de Lisbonne à cet égard. Néanmoins, en dépit de son caractère unique et du fait que la plupart des acteurs juridiques l'ont accepté dans une large mesure, la primauté reste parfois un sujet sensible. Étant donné que le principe doit être mis en œuvre dans l'ordre juridique interne par des autorités nationales sur lesquelles les institutions de l'UE n'ont pas de pouvoir direct, l'acceptation et le respect effectifs par ces autorités sont fondamentaux. Au cours des deux dernières années, dans différents États membres (par exemple l'Allemagne, la Pologne, la Roumanie, la Hongrie, etc.), des décisions judiciaires ont contesté et remis en question le principe de la primauté du droit communautaire.

Objectif

La recherche analyse, entre autres questions connexes, les points suivants :

- La notion de primauté du droit de l'UE, telle qu'elle est consacrée par les traités et par la jurisprudence de la Cour de justice, à commencer par l'arrêt *Costa/Enel* de 1964.
- Le principe est-il toujours le même que lorsqu'il a été développé dans les affaires *Costa/Enel*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Simmenthal*, ou a-t-il changé ?
- Exemples d'interprétation du principe de primauté du droit de l'UE dans la jurisprudence récente des États membres (Allemagne, Pologne, Hongrie, Roumanie, etc.). Quelles sont les similitudes? Quelles sont les différences? Quel a été le contexte et quelle est son importance ?
- Après avoir examiné les questions précédentes, des recommandations politiques à l'attention du Parlement européen sont formulées.

1. INFORMATIONS GENERALES

PRINCIPALES CONCLUSIONS

La primauté n'est pas inscrite expressément dans les traités, mais elle est reconnue par les États membres à travers la Déclaration n° 17 qui leur est annexée.

La Cour de justice a précisé la signification de la primauté à partir de son arrêt *Costa c. Enel* du 15 juillet 1964.

La primauté a des conséquences pratiques précises à l'égard des États membres et bénéficie du système de sanctions propres à l'Union européenne, ce qui en garantit l'effectivité.

Les institutions des États membres sont liées par le principe *pacta sunt servanda*, selon des modalités variables selon que leur constitution donne précedence ou non aux traités par rapport à la loi.

La primauté est reconnue et appliquée par toutes les juridictions des États membres, mais il y a certaines limitations à ses conséquences dans quelques cas. Cela tient au fait que dans des affaires précises il y a une divergence entre une règle de l'ordre juridique propre à l'État et une règle de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Certaines cours constitutionnelles ou suprêmes ont développé à titre préventif des théories relative aux limites éventuelles que les droits fondamentaux ou principes constitutionnels, ainsi que l'identité constitutionnelle des États membres pourraient poser aux conséquences de la primauté.

Dans des cas peu nombreux, mais retentissants, les Cours constitutionnelles ou suprême de l'Allemagne, du Danemark, de la Hongrie, de la Pologne et de la Roumanie ont ouvertement défié la CJUE en refusant expressément d'appliquer ses décisions les concernant.

2. LA NOTION DE PRIMAUTÉ DANS LE SYSTÈME DES TRAITÉS ET LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

- La primauté est la conséquence du principe *pacta sunt servanda* pour les traités de l'Union européenne
- La primauté n'est pas inscrite expressément dans les traités, mais elle est reconnue par les États membres à travers la Déclaration n° 17 qui leur est annexée
- La Cour de justice a précisé la signification de la primauté à partir de son arrêt *Costa c. Enel* du 15 juillet 1964
- La primauté a des conséquences pratiques précises à l'égard des États membres et bénéficie du système de sanctions propres à l'Union européenne ce qui en garantit l'effectivité

Le terme "primauté" (*primacy* en anglais, *primacía*, en espagnol, *primato* en italien, *primazia* en portugais, par exemple) n'a été consacré officiellement que par l'Acte final de la conférence intergouvernementale de 2007 qui a adopté le Traité de Lisbonne. Auparavant différents termes étaient utilisés dans les langues latines et en anglais (notamment par exemple le verbe « prévaloir » ou le nom « prééminence¹ » en français, *precedence* ou *supremacy* en anglais, *prevalenza* en italien) alors que dans les langues germaniques un seul terme a toujours été utilisé, qui signifie littéralement « priorité » : *Vorrang* en allemand, *voorrang* en néerlandais, *förrang* en danois, *företräde* en suédois)². A notre avis cette variété de dénominations, et en particulier l'utilisation souvent inconsidérée du terme *supremacy* en anglais ou *supremazia* en italien, a contribué à rendre parfois confus le débat sur la primauté et à exacerber certaines positions, alors que le principe n'a en soi rien d'extraordinaire puisqu'il est la conséquence du principe général du droit des traités *pacta sunt servanda*. Ce n'est pas le principe de primauté en soi qui est original mais le contexte institutionnel et procédural des traités de l'Union – le « système des traités » selon l'expression fréquemment utilisée par la Cour de Justice de l'Union – qui en garantissent l'effectivité d'une manière qui n'a pas son pareil pour d'autres traités internationaux

2.1. La primauté, conséquence du principe *pacta sunt servanda*

Les États doivent respecter et appliquer les traités qu'ils ont conclus. C'est là un principe aussi ancien que la pratique des traités internationaux, souvent exprimé par la locution latine *pacta sunt servanda*. Cette locution est d'ailleurs le titre de l'art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (v. encadré 1), dans laquelle ont été codifiés en 1969 les règles et principes coutumiers appliqués par les États depuis des siècles. En vertu de ce principe, un État ne peut pas se prévaloir de son droit interne, quelle que soit sa forme ou son rang (constitution, loi, jugement d'une juridiction etc.), pour se soustraire à l'obligation d'appliquer un traité qu'il a souscrit (art. 27).

¹ Cela rappelle le texte du 5ème alinéa du Préambule de la CEDH : « Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de *prééminence du droit*, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle » (italiques de l'auteur) ; le texte anglais dit « rule of law ».

² Dans la version française de l'arrêt *Costa c. Enel* (v. infra 2.3.1.) le terme primauté n'est pas utilisé, mais le terme prééminence ; ce n'est que plus tard que le mot « primauté » a été ajouté comme mot clé dans les tables du recueil de jurisprudence puis dans la version numérique de l'arrêt que l'on trouve encore dans EUR-LEX : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006>, consulté le 15-04-2022.

Il n'y a qu'une seule exception : le cas où un traité a été souscrit en violation d'une règle de droit interne concernant la compétence de conclure des traités. La règle ainsi invoquée doit toutefois être d'importance fondamentale et la violation doit être manifeste : par exemple au cas où le traité a été signé ou ratifié par une autorité qui n'en a pas le pouvoir (un ministre, un élu ou un fonctionnaire qui n'a pas reçu mandat de la part du Chef de l'Etat ou du gouvernement ou du ministre des affaires étrangères), ou qui n'a pas demandé l'autorisation au parlement lorsqu'une telle autorisation est requise pour la ratification. Il ne suffit pas qu'un gouvernement, un parlement ou une juridiction constate une violation pour qu'elle corresponde aux critères de l'art. 46 : la violation doit être manifeste et évidente, selon des termes qui renvoient à la pratique du droit international.

Encadré 1: Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969

Article 26 PACTA SUNT SERVANDA

Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.

Article 27 DROIT INTERNE ET RESPECT DES TRAITÉS

Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46.

Article 46 DISPOSITIONS DU DROIT INTERNE CONCERNANT LA COMPÉTENCE POUR CONCLURE DES TRAITÉS

1. Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.
2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi.

Source: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_2_1986.pdf

L'originalité du principe de primauté du droit de l'Union est que les traités qui la fondent contiennent des institutions et des procédures précises destinés à en garantir l'application de façon beaucoup plus effective que pour la plupart des traités internationaux et de façon égale pour tous les États parties. Depuis le traité instituant la CECA, du 18 avril 1951 la participation aux Communautés et à l'Union européennes implique en effet automatiquement que les États membres acceptent la compétence de la Cour de justice, contrairement par exemple à la Charte des Nations Unies qui n'implique pas l'obligation d'accepter la compétence de la Cour internationale de justice. Plus original encore, la Commission, indépendante des États, a le pouvoir de constater que l'un de ceux-ci a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des traités et du droit dérivé. Elle peut saisir la CJUE par un recours en manquement, qui peut aboutir à la condamnation de l'État défaillant, avec la possibilité depuis le traité de Maastricht d'une sanction pécuniaire (arts. 258 et 260 TFUE). Qui plus est, le système du renvoi préjudiciel des traités de Rome permet à une juridiction de l'État membre saisie par un particulier – citoyen, association, entreprise etc. – de faire préciser par la CJUE comment le droit de l'Union doit être interprété et appliqué dans les États membres grâce à la procédure de renvoi préjudiciel (art. 267 TFUE). Dans la plupart des cas, les juridictions internationales non seulement ne peuvent être saisies que contre les États qui en ont accepté la compétence, mais qui plus est elles ne

peuvent être saisies que par les autres États parties au traité, et non par un organe indépendant ou par les simples citoyens (à l'exception de la CEDH en ce qui concerne l'Europe). La jurisprudence de la CJUE relative à l'effet direct (ou applicabilité directe) des traités et du droit dérivé, tout comme celle relative à la primauté, sont déduites de ce « système des traités » original.

2.2. La primauté dans les traités de l'Union européenne

2.2.1. L'absence du principe de primauté dans le texte des traités en vigueur

Le principe de primauté ne figure pas dans les traités de l'Union européenne. Dès lors que le traité CECA instituait une Haute Autorité supranationale dont les actes s'appliquaient dans les États membres il était évident pour ses auteurs que les États participants ne pouvaient pas se délier de leurs obligations. C'est d'ailleurs la raison principale pour laquelle le gouvernement britannique dirigé par Clement Attlee, avec lequel Jean Monnet avait discuté jusqu'à la veille de la Déclaration Schuman en mai 1951, avait fini par renoncer à participer au projet de Communauté du charbon et de l'acier, car il voulait se garder les mains libres pour mettre en œuvre le projet de nationalisations du Parti travailliste. C'est aussi la raison pour laquelle il y eut des discussions tendues et approfondies dans les Parlements des six futurs États membres lors des débats sur l'autorisation de ratifier le traité. En effet le traité CECA stipulait que l'unanimité des États membres n'était requise que pour l'adoption des actes les plus importants ; les États étaient protégés contre un éventuel abus de la Haute Autorité par la possibilité d'introduire un recours en annulation, comme c'est encore le cas aujourd'hui avec l'art. 263 TFUE.

La question de savoir ce qui se passerait en cas de conflit entre une norme figurant dans les traités ou dans le droit dérivé et le droit interne des États membres fut discutée dans les milieux juridiques, en particulier après l'entrée en vigueur des traités de Rome le 1er janvier 1958³. En effet il était prévu une période de transition de huit ans, pendant laquelle les règlements, directives et décisions ne pouvaient être pris qu'à l'unanimité des États membres au Conseil. Après cela le Conseil déciderait à la majorité qualifiée dans de nombreux domaines et l'on pouvait donc s'attendre à ce que des normes soient adoptées contre la volonté d'un État membre. La question la plus débattue était de savoir si la possibilité d'un recours en manquement introduit par la Commission contre un État membre qui ne respecterait pas ses obligations était suffisante pour garantir l'application du droit communautaire de façon égale dans tous les États membres. C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'arrêt *Costa c. Enel* de 1964 qui a consacré le principe de primauté.

2.2.2. L'acceptation implicite du principe de primauté par les États membres

L'arrêt *Costa c. Enel* a conduit à certaines critiques politiques, notamment de la part de Michel Debré quand il était Ministre français des affaires étrangères de 1968 à 1969. Toutefois aucun État membre n'a jamais saisi l'occasion d'une révision des traités pour proposer d'introduire une clause limitant la primauté, ni lors des négociations du traité de fusion des exécutifs signé le 8 avril 1965 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1967, ni à l'occasion de l'Acte unique européen de 1986, du traité de Maastricht de 1992, du traité d'Amsterdam de 1997 et du traité de Nice de 2001, pas plus qu'à l'occasion des traités d'accession des nouveaux États membres.

³ V. Ter Kuile, L. F. D., 'Le problème des dispositions directement applicables des traités internationaux et son application aux traités insistant les communautés', Fédération internationale pour le droit européen, *Deuxième colloque international de droit européen – La Haye 1963*, N.V. Uitgeverij, 1966.

Le Royaume-Uni en particulier tira les conséquences de la jurisprudence sur la primauté dans le *European Communities Act* de 1972 pour assurer l'effectivité du droit communautaire. Après le référendum du 2 juin 1992 au Danemark, où les électeurs repoussèrent la ratification du traité de Maastricht, le gouvernement ne proposa pas d'adopter une quelconque déclaration concernant la primauté parmi les actes dont il pensait qu'ils permettraient de procéder à un nouveau référendum. Les jurisprudences développées à partir des années soixante-dix en Allemagne et en Italie à propos limites de la primauté en cas de collision avec leurs droits fondamentaux ou principes constitutionnels (v. ci-dessous 3.3) n'eurent pas non plus pour conséquence des propositions spécifiques lors de la négociation des traités de révision. Il faut rappeler que dans d'autres cas les États membres se mirent d'accord sur des modifications destinées à limiter les effets d'une jurisprudence de la CJUE, par exemple avec l'article du traité d'Amsterdam relatif au statut des régions ultrapériphériques (art. 355 TFUE).

L'on peut donc constater que jusqu'à la Convention européenne de 2002-2003, les gouvernements des États membres avaient implicitement accepté la jurisprudence de la Cour de justice, comme ils le firent ensuite de façon explicite par la signature du traité constitutionnel de 2004 et par la déclaration relative à la primauté annexée au traité de Lisbonne en 2007. Cela n'a pas empêché certaines juridictions d'émettre à partir des années soixante-dix des réserves à l'application de la primauté comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude.

2.2.3. La codification du principe de primauté par le traité constitutionnel de 2004

Le projet de Traité d'Union européenne adopté par le Parlement européen le 14 février 1984 contenait la première tentative de codification du principe de primauté, en même temps que du principe de l'applicabilité directe. L'article 42 du projet, intitulé « Droit de l'Union », disposait « *Le droit de l'Union est directement applicable dans les États membres. Il prévaut sur les droits nationaux. Sans préjudice des compétences attribuées à la Commission, l'application de ce droit est assurée par les autorités des États membres. Une loi organique détermine les modalités selon lesquelles la Commission veille à cette application. Les juridictions nationales sont tenues d'appliquer le droit de l'Union* » [nous soulignons]. Ce regroupement de règles et principes dérivant du système des traités n'était pas une innovation de fond ; c'était une formulation claire et relativement simplifiée du droit existant. Nombre de dispositions du projet de traité qui constituaient des innovations de fond furent repris par la suite dans le traité de Maastricht et les traités d'Amsterdam et de Nice.

C'est seulement dix-huit ans plus tard que la Convention européenne de 2002-2003 introduisit dans le projet de traité constitutionnel, dans le souci de clarifier le droit existant, bon nombre de formulations explicites de principes déjà existants de manière implicite et souvent consacrés par la jurisprudence de la Cour de justice, dont la primauté. La codification de ce principe fut discutée au sein du Praesidium de la Convention après la présentation du rapport du groupe de travail sur les compétences complémentaires à la session plénière des 7 et 8 novembre 2002 ; le rapport précisait que « le futur traité constitutionnel doit contenir un titre consacré aux compétences dans leur ensemble »⁴.

Il fut proposé d'introduire au début de ce futur titre sur les compétences un article qui contenait le texte devenu par la suite l'art. 1-6 du Traité constitutionnel (v. encadré 2). Dans le projet de la Convention remis au Président du Conseil européen le 18 juillet 2003 cette disposition figurait en tant que premier paragraphe de l'art. I-10 « Le droit de l'Union » juste après l'art. I-9 Principes fondamentaux. Le projet de la Convention suivait ainsi le modèle de la Loi Fondamentale allemande, où l'article 30, qui pose la règle générale de répartition des compétences entre la Fédération et les *Länder* est

⁴ <http://european-convention.europa.eu/docs/meetings/5-FR.pdf> consulté le 19/04/2022.

immédiatement suivi de l'article 31 qui dispose *Bundesrecht bricht Landesrecht* (traduit officiellement comme « Le droit fédéral prime le droit de Land »⁵). Le deuxième paragraphe de l'art. I-10 reprenait la formule déjà présente dans l'art. 5, première phrase, du Traité de Rome, aujourd'hui art. 4 par. 3 deuxième phrase TUE : « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant de la Constitution ou résultant des actes des institutions de l'Union ». L'art. I-6 mettait donc particulièrement en évidence que la primauté est la conséquence du principe *pacta sunt servanda* ; cette corrélation n'était plus apparente dans Traité constitutionnel lui-même, puisque l'art. I-6 y était réduit à sa première phrase. Il suivait immédiatement l'art. I-5 sur les relations entre l'Union et les États membres (devenu art. 4 par. 2 et 3 TUE) et précédait l'art. I-7 sur la personnalité juridique de l'Union⁶.

Encadré 2: Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004

Article I- 6 Droit de l'Union

La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées ont la primauté sur le droit des États membres.

Source: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2004%3A310%3ATOC>

Le traité constitutionnel dans sa version finale semblait donc donner plus d'importance au principe de primauté et insistait moins sur son lien avec les compétences de l'Union, c'est-à-dire avec le principe d'attribution. Comme l'on sait, le traité n'est finalement pas entré en vigueur, puisqu'à la suite des référendums négatifs en France le 29 mai 2005 et aux Pays-Bas le 1^{er} juin le processus de ratification fut arrêté. Ce n'est qu'au premier semestre 2007, à l'initiative de la présidence allemande du Conseil, que les négociations sur ce qui est devenu le traité de Lisbonne ont repris. Dès le début, les gouvernements britannique et néerlandais ont demandé entre autres que la disposition relative à la primauté ne soit pas reprise, car ils craignaient que cela n'effraie leurs électeurs et ne compromette la ratification du futur nouveau traité. En effet ces gouvernements estimaient que la formulation expresse du principe de primauté, comme la référence à l'hymne et au drapeau de l'Union, ou encore l'usage du terme « loi » de l'Union ou « Ministre des affaires étrangères » donnaient l'impression que le traité remplaçait la Communauté et l'Union européennes existante par un État fédéral.

2.2.4. La Déclaration (n° 17) relative à la primauté

L'absence du principe de primauté dans les traités suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ne changeait rien du point de vue juridique, mais nombre de gouvernements et le service juridique du Conseil estimèrent que le fait que cet article ne soit pas repris constituait un risque, en particulier si des juridictions – notamment des cours constitutionnelles ou suprêmes – voulaient utiliser cette absence comme argument interprétatif pour affirmer que les États membres ne reconnaissent pas la primauté.

⁵ <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/998616/388674/8ebe168c59975c69406341a69612f94c/loi-fundamentale-data.pdf>.

⁶ Ce changement de place est dû au groupe d'experts juridiques de la Conférence intergouvernementale qui a rédigé le Traité constitutionnel de 2004, qui s'est contenté d'indiquer « Il est suggéré que l'article I-10 § 1 est mieux à sa place ici ». V. à ce propos Bribosia, H., ' De la simplification des traités au traité constitutionnel ', Amato, G., Bribosia, H., De Witte, B. *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 213 ainsi que Bribosia, H., ' Subsidiarité et répartition des compétences entre l'union et ses états membres ' in Amato etc. précité, p. 429.

Pour contrer ce risque, le Conseil européen, lors sa réunion des 21 et 22 juin 2007, décida que le futur traité, à élaborer par la Convention intergouvernementale qui devait être convoquée peu après, serait accompagné d'une déclaration avec un texte précis, repris comme Déclaration (n° 17) relative à la primauté (V. encadré 3). Dans son arrêt du 22 février 2022 relative à la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle roumaine, la CJUE a d'ailleurs précisé que « Ces caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union et l'importance du respect qui lui est dû ont été, du reste, confirmées par la ratification, sans réserve, des traités modifiant le traité CEE et, notamment, du traité de Lisbonne. En effet, lors de l'adoption de ce traité, la conférence des représentants des gouvernements des États

Encadré 3: Déclaration (n° 17) relative à la primauté

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."

membres a tenu à rappeler expressément, dans sa déclaration n° 17 [...] » et que « Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour a confirmé, de manière constante, la jurisprudence antérieure relative au principe de primauté du droit de l'Union »⁷.

Les déclarations adoptées par les conférences intergouvernementales révisant les traités n'ont pas en soi de caractère obligatoire, contrairement au texte des traités et protocoles, mais elles n'en ont pas moins un effet juridique important. En fonction des principes du droit international public, de telles déclarations établissent la preuve formelle de l'opinion juridique des États qui les souscrivent : en l'espèce il s'agit de tous les États signataires du traité de Lisbonne ainsi que des États qui ont par la suite adhéré à l'Union.

De plus, la Déclaration n° 17 a fixé le vocabulaire : il faut désormais utiliser les termes « primauté », *primacia*, *primacy*, *primato*, etc. dans les langues où la jurisprudence et la doctrine variaient sur le vocabulaire. En particulier en anglais le mot *supremacy* était souvent utilisé, ce qui renvoyait implicitement à la formulation particulièrement solennelle de l'art. VI – 2 de la Constitution des États-

⁷ Arrêt du 22 février 2022, RS, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, points 49 et 50.

Unis d'Amérique selon laquelle « This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding ». Le terme *supremacy* renvoyait donc implicitement à un État fédéral.

Le terme « primauté » plutôt que « suprématie » souligne que les traités et le droit de l'Union ne sont pas intrinsèquement supérieurs aux constitutions des États membres. La primauté signifie simplement qu'en cas de différence de contenu sur un point particulier entre le droit d'un État membre et le droit de l'Union, c'est le droit de l'Union qui doit être appliqué pour résoudre un problème concret ponctuel, en attendant la modification ou l'abrogation soit du droit interne soit du droit de l'Union pour résoudre cette contradiction. Si le gouvernement d'un État membre n'est plus satisfait d'une disposition des traités, du droit dérivé ou de la jurisprudence de la CJUE, il peut essayer de se mettre d'accord avec les autres pour en obtenir la révision, y compris les dispositions qui sont à la base de d'une jurisprudence contestée.

En d'autres termes, contrairement à ce qu'il en est du droit interne où il y a une hiérarchie des normes entre la constitution qui est au sommet, la loi qui est inférieure à la constitution, et les décrets qui sont inférieurs à la constitution ou aux lois qu'ils doivent appliquer, il n'y a pas de hiérarchie entre le droit de l'Union et le droit interne⁸.

La Déclaration n° 17 renvoie de plus, de façon assez peu usuelle, à un avis du Service juridique du Conseil qui contient une synthèse de la jurisprudence *Costa c. Enel* à laquelle il se réfère explicitement.

2.3. La primauté dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

2.3.1. L'arrêt *Costa contre ENEL* : l'obligation pour les États membres de ne pas appliquer une norme de droit national contraire au droit de l'Union

C'est la CJUE qui a pour la première fois énoncé le principe de primauté, le 15 juillet 1964, en réponse à une question d'un juge italien. Ce dernier devait trancher un litige entre un particulier (M. Costa) et l'entreprise qui avait le monopole de production de l'électricité (l'ENEL). Il demandait si certaines disposition du traité CEE interdisait la nationalisation de l'électricité qui avait été opérée par une loi du 6 décembre 1962. La Cour constitutionnelle italienne s'était déjà prononcée sur une question similaire du même juge ; elle avait constaté que la loi de nationalisation était postérieure à la loi de 1958 qui avait rendu le traité CEE opérationnel dans l'ordre juridique italien et qu'elle n'avait pas le pouvoir de faire prévaloir une loi antérieure sur une loi postérieure. Le gouvernement italien soutenait qu'en tout état de cause la Cour de Justice ne pouvait pas répondre à la question préjudicielle, car en cas de contrariété de la loi italienne avec le traité c'était la Commission qui devrait le cas échéant demander à l'Italie de modifier sa loi. En l'occurrence, la CJUE estimait que le traité CEE n'interdisait pas une nationalisation comme celle opérée en Italie ; afin de pouvoir l'expliquer, elle rejeta l'argument du gouvernement italien qui l'aurait empêché de répondre au juge de Milan.

⁸ Rappelons qu'il y a par contre il y a une hiérarchie des normes à l'intérieur du droit de l'Union, entre les traités d'une part, et les règlements, directives et décisions d'autre part, qui doivent être conformes aux traités tout comme les décrets et lois nationaux doivent être conformes à la Constitution d'un État.

L'arrêt *Costa c. ENEL* ne dit pas que le droit communautaire prévaut sur le droit interne ; il dit que le droit interne ne peut pas prévaloir sur le droit de l'Union : il n'y a pas de primauté du droit interne. L'arrêt argumente fortement la primauté en se référant explicitement au traité CEE (v. encadré 4 – nous soulignons).

Encadré 4: Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa contre E.N.E.L.*, Aff 6-64

[...] en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoir réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, *ceux-ci ont limité*, bien que dans des domaines restreints, *leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes*;

[...] cette *intégration au droit de chaque pays membre* de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont *pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale* ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable; 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), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7;

[...] les *obligations contractées* dans le traité instituant la Communauté *ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs* futurs des signataires;

Source: Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6-64, ECLI:EU:C:1964:66, p.1159

Dans ses conclusions, prononcées le 25 juin, l'avocat général Maurice Lagrange avait également mis en évidence que la primauté n'était pas fondée sur une hiérarchie entre droit communautaire et droit national (v. encadré 5 – nous soulignons). Lagrange était un membre du Conseil d'Etat français, qui avait rédigé la première mouture du Traité CECA en 1950-1951, et avait été nommé magistrat à la Cour de Justice en 1954 sur proposition du gouvernement français.

Il est clair que les juges ont suivi les conclusions de Lagrange, même si l'arrêt est moins détaillé que ces dernières. Ces conclusions montrent que le point central de la jurisprudence *Costa c. ENEL*, plus que l'affirmation du principe la primauté qui découlé du principe *pacta sunt servanda*, est l'obligation pour les autorités des États membres de ne pas appliquer une norme interne contraire au droit de l'Union, en attendant que le conflit entre cette norme et une norme de droit de l'Union ne soit résolu par la modification de la norme interne, ou pourquoi pas de la norme de droit de l'Union.

Encadré 5: Conclusions de l'avocat général Lagrange dans l'affaire Costa c. Enel

Nous devons d'abord écarter la seconde objection, celle qui est tirée de ce que la violation du traité, résultant d'une loi interne postérieure à sa mise en vigueur et qui lui est contraire, ne relèverait que de la procédure de constatation des manquements des États membres édictée aux articles 169 à 171, procédure qui n'est pas ouverte aux particuliers et qui laisse subsister la loi jusqu'à ce qu'elle ait été éventuellement abrogée à la suite d'un arrêt de la Cour constatant son incompatibilité avec le traité. En effet, *le problème n'est pas là: le problème est celui de la coexistence de deux normes juridiques contraires (par hypothèse) et également applicables dans l'ordre interne, l'une émanant du traité ou des Institutions de la Communauté, l'autre des instances nationales: laquelle doit prévaloir tant qu'il n'a pas été mis fin à la contrariété?* Telle est la question.

Sans vouloir faire appel à des conceptions doctrinales, trop sujettes à controverse, sur la nature des Communautés européennes, ni prendre parti entre « l'Europe fédérale » et « l'Europe des patries », ou entre le « supranational » et l'« international », le juge (c'est son rôle) ne peut que considérer le traité tel qu'il est. Or — c'est là une simple constatation — le traité instituant la C.E.E., comme les deux autres traités dits européens, crée un ordre juridique propre, distinct de l'ordre juridique de chacun des États membres, mais qui s'y substitue partiellement selon des règles précises édictées par le traité lui-même et qui consistent dans des transferts de compétence consentis à des institutions communes. [...]

Source: Conclusions du 25 juin 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6-64, ECLI:EU:C:1964:51, p. 1174.

L'arrêt *Costa c. ENEL* a été complété par la suite par de nombreux autres, formant une jurisprudence constante. Il serait erroné de voir dans l'évolution de cette jurisprudence une quelconque modification des positions de la Cour par rapport à l'arrêt de 1964. L'évolution de la jurisprudence est simplement due au fait que la Cour répond d'habitude aux questions qui lui sont posées par un renvoi préjudiciel ou par un recours en manquement au moment où la question se pose.

2.3.2. Précisions subséquentes par la jurisprudence : 1° la primauté vaut par rapport à toute disposition de droit interne, y compris la constitution

L'arrêt le plus souvent cité est l'arrêt du 17 décembre 1970 dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, à la fois parce que c'est l'un des premiers du point de vue chronologique à avoir explicitement précisé un point très important concernant la primauté, mais aussi et surtout parce que ce point concerne la primauté du droit de l'Union par rapport à la constitution des États membres.

Le Tribunal administratif de Francfort estimait que des dispositions de règlements communautaires relatifs à l'organisation commune des marchés dans le secteur des céréales et aux certificats d'importation et d'exportation étaient contraires notamment « aux principes de liberté d'action et de disposition, de liberté économique et de proportionnalité résultant, notamment, des articles 2, alinéa 1 et 14 de la loi fondamentale » de 1949. Le juge allemand estimait inutile de demander à la Cour si l'on « pouvait déduire du traité CEE une réserve non écrite en faveur des constitutions des États membres et, plus particulièrement, des droits fondamentaux reconnus par celles-ci, ou si les traités communautaires prévoient des droits subjectifs, analogues ou équivalents aux droits fondamentaux généralement reconnus dans les États membres ou stipulés par la Convention européenne des droits de l'homme » car la CJUE avait selon lui « admis à différentes reprises que le principe de la proportionnalité vaut également dans le cadre de la Communauté ».

La Cour de justice répondit en rappelant que la primauté vaut également à l'égard de dispositions constitutionnelles nationales ; elle décida néanmoins d'examiner si les dispositions réglementaires contestées n'étaient pas contraires à des principes de droit de l'Union autres que le principe de proportionnalité, dont elle estimait qu'il n'était pas mis en cause par les dispositions litigieuses des règlements (v. encadré 6 – nous soulignons).

Encadré 6: Arrêt du 17 décembre 1970 Internationale Handelsgesellschaft Aff. 11-70

3. [...] le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire; [...] la validité de tels actes ne sauraient être appréciée qu'en fonction du droit communautaire; [...] en effet, 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 ;

[...] dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État;

4. [...] il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue; [...] en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; [...] la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté; [...] il y a lieu dès lors d'examiner, à la lumière des doutes exprimés par le tribunal administratif, si le régime de cautionnement aurait porté atteinte à des droits de caractère fondamental dont le respect doit être assuré dans l'ordre juridique communautaire;

Source: Arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11-70, ECLI:EU:C:1970:114, point 3.

Il est utile de souligner que dès cet arrêt de 1970 la Cour manifestait son souci d'assurer la protection des droits fondamentaux, et qu'elle n'a donc pas attendu l'arrêt *Solange I* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (v. ci-dessous 3.3) pour ce faire.

La position de la CJUE fut réitérée à l'égard de l'Italie avec l'arrêt du 9 mars 1978 dans l'affaire *Simmenthal* (v. encadré 7 – nous soulignons). La Cour avait été saisie par un juge italien qui devait répondre à un recours de la Société Simmenthal demandant le remboursement de droits de contrôle sanitaire qu'elle avait dû payer alors qu'elle les estimait contraires à l'interdiction des taxes d'effets équivalents à des droits de douane prohibés par le traité CEE. Le juge voulait savoir s'il devait attendre que le législateur modifie la loi italienne, ou encore attendre que la Cour constitutionnelle en déclare l'inconstitutionnalité ou s'il pouvait au contraire immédiatement ordonner la restitution des droits. Le gouvernement italien estimait quant à lui que la question préjudicielle tendait à faire trancher par la CJUE une question de droit italien, ce qui n'est pas son rôle.

Encadré 7: Arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, Aff. 106-77

17. [...] *en vertu du principe de la primauté du droit communautaire*, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont *pour effet*, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore — en tant que *ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres* — d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires;

[...]

21. [...] *tout juge national*, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'*obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire*;

22. [...] serait, dès lors, *incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires*;

23. [...] *tel serait le cas si*, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit communautaire et une loi nationale postérieure, *la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit communautaire*, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, *même si l'obstacle résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire*;

Source: Arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, point 21.

L'arrêt est particulièrement significatif car il souligne que la primauté vaut à l'égard de toute disposition d'un ordre juridique national, ce qui sous-entend également les dispositions de la Constitution. Dans cette affaire cela signifiait que le juge italien n'avait pas besoin d'attendre que la Cour constitutionnelle se prononce, alors même que la Constitution réserve à cette dernière seule la possibilité d'annuler une loi.

Il est utile de souligner particulièrement la référence à « *toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire* ». Cette formulation inclut non seulement la loi et toutes les dispositions réglementaires qui lui sont inférieures, mais aussi la Constitution, qui est supérieure à la loi. Elle inclut également l'application et l'interprétation du droit national par les juges et par l'administration.

De plus il faut rappeler qu'il n'y avait de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois à l'initiative des particuliers que dans deux États membres sur six (l'Allemagne et en l'Italie) jusqu'à l'adhésion du Danemark au 1er janvier 1973 et que ce n'est qu'à partir de la fin des années soixante-dix que les systèmes de contrôle juridictionnel de constitutionnalité se sont développés dans les autres États membres, à l'exception des Pays-Bas et du Royaume-Uni. Ceci est souvent oublié lorsque l'on retrace l'historique des jurisprudences relatives à la primauté.

Comme cela était particulièrement évident dans l'arrêt *Costa c. ENEL*, la primauté vaut aussi bien à l'égard du droit interne antérieur à la norme de l'Union qu'à l'égard du droit intérieur postérieur, comme cela avait été précisé auparavant dans l'arrêt de 1978 *Pigs Marketing Board*, Aff. 38/75⁹, qui ne faisait qu'expliquer quelque chose qui était évident depuis 1964.

2.3.3. Précisions subséquentes par la jurisprudence : 2° la primauté de tout le droit de l'Union, droit primaire, accords internationaux et droit dérivé

Avant et après l'arrêt *Simmenthal* de 1978, au gré des questions qui lui ont été soumises, la Cour a explicité ce qui était implicite pour qui voulait bien lire l'arrêt *Costa c. ENEL*. Avec la fin de la période de transition établie par le traité CEE, le 1er janvier 1970, le nombre de recours préjudiciels a commencé à augmenter par rapport à la période précédente, et les élargissements successifs à partir de 1973 ont également produit une augmentation. C'est avant tout cela qui explique le fait que les arrêts qui précisent la jurisprudence *Costa c. ENEL* datent pour la plupart des années soixante-dix et quatre-vingt.

- Les dispositions des traités de l'Union et leurs protocoles priment le droit national, comme cela ressort de très nombreuses affaires à commencer par *Costa c. ENEL* Aff. 6/64 en 1964.
- Il en va de même des règlements, comme précisé dans les arrêts de 1971 *Politi*, Aff. 43/71¹⁰ et de 1972 *Marimex*, Aff. 84/71¹¹.
- C'est aussi le cas des directives, comme rappelé dans l'arrêt de 1981 *Rewe*, Aff. 158/80¹² et de nombreux autres.
- C'est encore le cas des décisions, comme dans l'arrêt de 1987 *Albako*, Aff. 249/85¹³.
- C'est également le cas des accords internationaux conclus par l'Union, comme dans l'arrêt de 1975 *Nederlandse Spoorwegen*, Aff. 38/75.

Il était évident que la primauté signifiait que les jugements devenus définitifs de la CJUE priment le droit des États membres, ce qui ressort du texte même des traités (v. encadré 8)

Encadré 8: Article 280 TFUE

Article 280 (ex-article 244 TCE)

Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ont force exécutoire dans les conditions fixées à l'article 299.

Les conditions fixées à l'art. 299 TFUE ne sont que des précisions d'ordre procédural sans pertinence pour le principe de primauté. La Cour elle-même n'a pas manqué de souligner l'obligation des juridictions des États membres de appliquer ses jugements, en particulier les arrêts par lesquels elle répond à une question préjudicielle.

⁹ Arrêt du 29 novembre 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, ECLI:EU:C:1978:214.

¹⁰ Arrêt du 14 décembre 1971, *Politi*, 43-71, ECLI:EU:C:1971:122.

¹¹ Arrêt du 7 mars 1972, *Marimex*, 84-71, ECLI: EU:C:1972:14.

¹² Arrêt du 7 juillet 1981, *Rewe*, 158/80, ECLI:EU:C:1981:163.

¹³ Arrêt du 21 mai 1987, *Albako* 249/85, ECLI: EU:C:1987:245.

Nombre de commentateurs ont relevé la publication d'un Communiqué de presse à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020 (v. encadré 9).

Encadré 9: Communiqué de presse n° 58/20 du 8 mai 2020

La direction de la Communication de la Cour de justice de l'Union européenne a reçu de nombreuses questions concernant l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle allemande le 5 mai 2020 portant sur le programme PSPP de la Banque centrale européenne (BCE).

Les services de l'institution ne commentent jamais un arrêt d'une juridiction nationale.

D'une manière générale, il est rappelé que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, un arrêt rendu à titre préjudiciel par cette Cour lie le juge national pour la solution du litige au principal. Afin d'assurer une application uniforme du droit de l'Union, seule la Cour de justice, créée à cette fin par les États membres, est compétente pour constater qu'un acte d'une institution de l'Union est contraire au droit de l'Union. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité de tels actes seraient en effet susceptibles de compromettre l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de porter atteinte à la sécurité juridique. Tout comme d'autres autorités des États membres, les juridictions nationales sont obligées de garantir le plein effet du droit de l'Union. Ce n'est qu'ainsi que l'égalité des États membres dans l'Union créée par eux peut être assurée.

L'institution s'abstiendra de toute autre communication à ce sujet.

Source: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2999149/fr/

Ce n'est pas tant le contenu du communiqué qui était remarquable, car il ne fait que rappeler la jurisprudence constante, que le fait qu'il ait été publié tout en rappelant que « Les services de l'institution ne commentent jamais un arrêt d'une juridiction nationale ».

2.3.4. Précisions subséquentes par la jurisprudence : 3° la primauté et l'effet direct

L'un des aspects les plus importants de la primauté est qu'elle est un corollaire de l'autre grand principe du droit de l'Union européenne, le principe de l'effet direct (ou applicabilité directe¹⁴) tel qu'il est établi depuis l'arrêt du 5 février 1963 *van Gend en Loos* Aff. 26/62, comme la Cour l'a rappelé en particulier avec l'avis 1/91 sur l'Espace économique européen (v. encadré 10).

¹⁴ Contrairement à une partie de la doctrine, l'auteur de cette analyse n'estime pas utile de distinguer entre « applicabilité » et « effet ». Une telle différence peut être utile du point de vue pédagogique dans un cours ou un manuel de droit de l'Union, mais elle n'est pas confirmée de façon constante par la jurisprudence si l'on se donne la peine de comparer les différentes versions linguistiques des arrêts.

Encadré 10: Avis n° 1-91 du 14 décembre 1991 (Espace économique européen)

[...] le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Les traités communautaires ont en effet instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les États membres ont limité leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États, mais également leurs ressortissants. Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des États membres et l'effet direct de toute une série de dispositions.

Source: Avis du 14 décembre 1991, Projet d'accord l'Espace économique européen, Avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, point 21.

Les principaux éléments du débat sur la relation entre droit communautaire ou droit de l'Union européenne et droit national, qui a repris avec vigueur tant dans la jurisprudence que dans la doctrine depuis le traité de Lisbonne, étaient déjà entièrement présents dans le célèbre arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963. L'entreprise de transports Van Gend en Loos avait contesté la hausse des tarifs douaniers sur certains produits importés d'Allemagne aux Pays-Bas devant un tribunal néerlandais, la *Tariefcomissie d'Amsterdam*. Celui-ci avait demandé à la CJUE « Si l'article 12 du traité CEE a un effet interne, en d'autres termes, si les justiciables peuvent faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder ». Si c'était le cas, en vertu de la Constitution des Pays-Bas, le juge devait appliquer le traité, et puisque l'art. 12 interdisait les hausses de droits de douanes entre États membres il devait refuser d'appliquer la nouvelle loi néerlandaise et donc maintenir l'ancien taux de droits. La Cour répondit que « l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder » en précisant les critères de l'applicabilité directe (v. encadré 11 – nous soulignons).

En vertu de la jurisprudence *Van Gend en Loos*, telle que complétée au fil des ans par de nombreux autres arrêts, dès lors qu'une norme de droit de l'Union est suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour pouvoir être appliquée par les autorités publiques, que ce soient des juridictions ou des autorités administratives, cette norme doit être appliquée aux cas particuliers qu'elle concerne sans que soit nécessaire une intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire national.

Encadré 11: Arrêt du 5 février 1963, van Gend en Loos, Aff. 26-62

[...] eu égard à l'économie du traité en matière de droits de douane et taxes d'effet équivalent, il convient de souligner que l'article 9, qui fonde la Communauté sur une union douanière, comporte comme règle essentielle l'interdiction de ces droits et taxes ;

[...] cette disposition figure en tête de la partie du traité qui définit les « fondements de la Communauté » ;

[...] elle se trouve appliquée et explicitée par l'article 12; attendu que le texte de l'article 12 énonce une interdiction *claire et inconditionnelle* qui est une *obligation* non pas de faire, mais de ne pas faire; que cette obligation n'est d'ailleurs *assortie d'aucune réserve* des États de subordonner sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne ;

[...] cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à *produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables* ;

Source: Arrêt 5 février 1963, van Gend en Loos, Aff. 26-62, ECLI:EU:C:1963:1, p. 24.

Dès les conclusions de l'avocat général Roemer du 12 décembre 1962¹⁵, il était évident que l'applicabilité directe des dispositions du droit de l'Union pouvait générer une contradiction avec une règle de droit interne d'un État membre. Avec l'arrêt *Costa c. ENEL*, l'on pouvait déduire de la combinaison entre les deux jurisprudences que ce n'est qu'en présence d'une norme écrite directement applicable – de droit primaire, de droit dérivé, d'un accord international de l'Union ou d'un jugement de la CJUE devenu définitif – que la primauté est invocable contre le droit interne, c'est-à-dire que les autorités doivent laisser inappliquée la règle interne au profit de la règle européenne.

Pour le cas où les conditions de l'applicabilité directe n'étaient pas remplies, la Cour a progressivement développé l'obligation d'interprétation conforme par sa jurisprudence à partir de son arrêt du 10 avril 1984 dans l'affaire *von Colson*¹⁶. Cette obligation d'interprétation conforme signifie que dès lors qu'une règle de droit national peut faire l'objet de différentes interprétations, ce qui est souvent le cas, les autorités des États membres doivent appliquer une interprétation qui évite une contradiction avec le droit de l'Union. Elles doivent utiliser toutes les techniques possibles d'interprétation, y compris si elles sont peu usuelles dans leur pays, avec toutefois une limite essentielle : l'interprétation *contra legem*, c'est-à-dire contraire au texte précis de la norme nationale, n'est pas possible. Ce n'est donc qu'après avoir vérifié qu'il n'y a pas une possibilité d'interprétation conforme que l'autorité nationale doit laisser inappliquée la norme nationale au profit de la norme de droit de l'Union, si elle est directement applicable.

Avec l'arrêt du 24 juin 2019 dans l'affaire *Popławski*, la Cour a précisé pour la première fois que l'obligation d'interprétation conforme était elle aussi une conséquence de la primauté. Il s'agissait de répondre à une question préjudicielle d'un tribunal d'Amsterdam dans le cadre d'une application du mandat d'arrêt européen. Le tribunal estimait qu'il y avait une contradiction entre la loi néerlandaise et les Décisions cadre 2002/584 et 2008/909 sur le mandat d'arrêt européen. Or depuis la création de cette catégorie d'actes par le traité de Maastricht, les décisions-cadres étaient expressément dépourvues d'effet direct en vertu du traité. Le tribunal demanda donc à la Cour : « Si l'autorité judiciaire d'exécution ne peut interpréter les dispositions nationales adoptées en exécution d'une décision-cadre de sorte que leur application aboutisse à un résultat conforme à la décision-cadre, est-elle tenue, en vertu du principe de primauté, de laisser inappliquées les dispositions nationales incompatibles avec les dispositions de ladite décision-cadre ? ». La Cour réitéra le principe de la jurisprudence, en la faisant précéder d'une définition plus large qu'auparavant des effets de la primauté (v. encadré 12 – nous soulignons).

¹⁵ ECLI:EU:C:1962:42.

¹⁶ Arrêt du 10 avril 1984, *von Colson*, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153.

Encadré 12: Arrêt du 24 juin 2019, Popławski, Aff. C-573/17

57 Il résulte de ce qui précède que, *afin de garantir l'effectivité de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union, le principe de primauté impose, notamment, aux juridictions nationales d'interpréter, dans toute la mesure du possible, leur droit interne de manière conforme au droit de l'Union et de reconnaître aux particuliers la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit de l'Union imputable à un État membre.*

58 *C'est également en vertu du principe de primauté que, à défaut de pouvoir procéder à une interprétation de la réglementation nationale conforme aux exigences du droit de l'Union, le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de celles-ci en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel [...].*

60 *Le principe de primauté du droit de l'Union ne saurait dès lors aboutir à remettre en cause la distinction essentielle entre les dispositions du droit de l'Union disposant d'un effet direct et celles qui en sont dépourvues, ni, partant, à instaurer un régime unique d'application de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union par les juridictions nationales.*

Source: Arrêt du 24 juin 2019, Popławski, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530.

Au-delà d'une rédaction quelque peu alambiquée, cet arrêt a eu le mérite de faire ressortir la distinction entre le principe de primauté d'une part, tel qu'exprimé dans la jurisprudence depuis 1964 et d'autre part ses différentes conséquences, qui dérivent évidemment du fait qu'il est l'expression du principe *pacta sunt servanda*.

2.4. La primauté : conséquences et sanctions

Il résulte de tout ce qui a été exposé précédemment que la primauté n'est pas seulement un des plus importants principes généraux du droit de l'Union européenne. De l'avis de l'auteur de cette analyse, les conséquences concrètes et les sanctions du principe sont encore plus importantes que le principe général lui-même. Ce sont d'ailleurs ces conséquences et sanctions qui distinguent la primauté du principe plus général *pacta sunt servanda*.

Comme souvent rappelé par la jurisprudence de la Cour, mais aussi par la Commission et les autres Institutions de l'Union, la primauté signifie qu'en cas de divergence entre d'un côté une règle ou un principe de droit de l'Union et de l'autre une règle ou un principe de droit d'un État membre, les autorités de l'État membre doivent faire le nécessaire pour éliminer cette divergence.

Le problème se pose le plus souvent à l'occasion d'un litige devant une juridiction, ou bien lorsqu'une administration doit prendre une décision d'application, car il faut régler une situation dans le champ d'application du droit de l'Union, tel qu'il est défini par les traités. Il ne devrait pas s'agir de pétitions de principe. Une telle divergence est de nature temporaire : elle peut être éliminée soit parce que les règles ou principes de droit de l'État membre sont adaptées, par un changement de la réglementation, de la législation, de la jurisprudence ou de la constitution, soit parce que les règles ou principes de droit de l'Union sont adaptées par un changement du droit dérivé, de la jurisprudence ou des traités – que ce soit à l'initiative des Institutions de l'Union ou des États membres.

En attendant qu'une telle adaptation soit accomplie, toutes les institutions de l'État membre, au niveau central, régional ou local, que ce soit l'administration, les juridictions, ou le législateur doivent faire le

nécessaire pour que la divergence soit résolue au bénéfice du droit de l'Union, en particulier par une interprétation du droit national qui soit conforme au droit de l'Union. Si cela n'est pas possible, dans le cas où la norme de droit de l'Union répond aux conditions de l'effet direct, c'est-à-dire si elle est claire, précise et inconditionnelle, cette norme doit être appliquée à la situation en cause à la place de la norme nationale. En cas de doute sur l'effet direct de la norme, la juridiction nationale saisie d'un litige doit soumettre la question à la CJUE par un renvoi préjudiciel, et doit appliquer la solution indiquée par la Cour.

Au cas où les institutions d'un État membre ne respectent pas les obligations qui viennent d'être rappelées, ce sont les sanctions habituelles du droit de l'Union européenne qui s'appliquent. Ces sanctions garantissent beaucoup mieux l'effectivité du droit de l'Union que ne le font les sanctions habituelles du droit international. En droit international en effet, les sanctions dépendent des rapports entre les États et sont fondamentalement basées sur la réciprocité : si un État ne respecte pas les obligations que lui imposent un traité, les autres États parties sont dispensés d'appliquer les mêmes obligations à son égard. La réciprocité entre États ne s'applique jamais en droit de l'Union, car les États ont toujours la possibilité de faire trancher un éventuel litige par la Cour de Justice, par la voie du recours en manquement (art. 259 TFUE).

Qui plus est, la Commission a toujours la possibilité d'ouvrir une procédure d'infraction contre un État membre qui ne respecterait pas les obligations découlant de la primauté, avec la possibilité de saisir la Cour d'un recours en manquement (art. 258 TFUE). Lorsque la Cour donne raison à la Commission ou à un État membre qui l'a saisie d'un tel recours, si l'État condamné ne respecte pas le jugement de la Cour, la Commission peut à nouveau saisir cette dernière d'une demande de condamnation à une somme forfaitaire ou à une astreinte (art. 260 TFUE). Cette somme ou astreinte constitue un titre exécutoire qui peut donner à lieu à exécution forcée (art. 299 TFUE).

Il faut toutefois rappeler que la procédure d'infraction n'a rien d'automatique et que la Commission reste parfaitement libre d'engager ou non la procédure ainsi que de la clore parce qu'elle s'estime satisfaite des explications données par le gouvernement de l'État membre ou parce qu'elle n'estime pas opportun de saisir la Cour. Comme nous le verrons dans la partie suivante de cette analyse, jusqu'à présent dans les cas où des juridictions suprêmes ont explicitement refusé de tirer les conséquences de la primauté dans un cas concret (v. ci-dessous 3.5.), la Commission soit n'a pas engagé de procédure d'infraction – contre la République tchèque dans l'affaire *Landtová* ou contre le Danemark dans l'affaire *Ajos* – soit s'est contentée des explications du gouvernement – le gouvernement allemand dans l'affaire *PSPP*. Dans le cas de la procédure d'infraction engagée le 22 décembre 2021¹⁷ contre la Pologne du fait des décisions du 14 juillet 2021 et du 7 octobre 2021 de son Tribunal constitutionnel, il est trop tôt au moment où est rédigée cette étude pour savoir si la Commission sera amenée à saisir la CJUE de l'affaire, ce qui dépendra en particulier des réponses fournies par le gouvernement polonais.

Il y a une autre sanction ordinaire du droit de l'Union, souvent oubliée dans les discussions relatives à la primauté : dans le cas d'une violation du droit de l'Union par les institutions d'un État membre, que ce soit le gouvernement, l'administration, le législateur ou les juridictions quelles qu'elles soient, les particuliers victimes de cette violation peuvent mettre en jeu la responsabilité de l'État en question devant les juridictions compétentes de ce dernier.

Cela a été rappelé par la Cour dans un arrêt du 18 janvier 2022 dans l'affaire *Thelen Technopark* (v. encadré 13 – nous soulignons).

¹⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_7070

Encadré 13: Arrêt du 18 janvier 2022, Thelen Technopark, Aff. C-261/20

Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'*une juridiction nationale, saisie d'un litige opposant exclusivement des particuliers, n'est pas tenue, sur le seul fondement dudit droit, de laisser inappliquée une réglementation nationale qui fixe, en violation de l'article [...]. de la directive 2006/123/CE [...]. du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, [...], sans préjudice toutefois, d'une part, de la possibilité pour cette juridiction d'écarter ladite réglementation sur le fondement du droit interne dans le cadre d'un tel litige, et, d'autre part, du droit pour la partie lésée par la non-conformité du droit national au droit de l'Union de demander réparation du préjudice qui en a résulté pour elle.*

Source: Arrêt du 18 janvier 2022, Thelen Technopark, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33, point 48.

Il est néanmoins utile de souligner qu'il s'agissait d'un cas très particulier du principe rappelé auparavant dans l'arrêt *Popławski* précité, car il s'agissait d'un litige entre particuliers et non contre un État membre.

3. L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION DE LA PRIMAUTÉ PAR LES JURIDICTIONS DES ÉTATS MEMBRES

- Les institutions des États membres sont liées par le principe *pacta sunt servanda*, selon des modalités variables selon que leur constitution donne précedence ou non aux traités par rapport à la loi.
- La primauté est reconnue et appliquée par toutes les juridictions des États membres, mais il y a certaines limitations à ses conséquences dans quelques cas concrets. Cela tient au fait que dans des affaires précises il y a une divergence entre une règle de l'ordre juridique propre à l'État et une règle de l'ordre juridique de l'Union européenne.
- Certaines cours constitutionnelles ou suprêmes ont développé à titre préventif des théories relative aux limites éventuelles que les droits fondamentaux ou principes constitutionnels, ainsi que l'identité constitutionnelle des États membres pourraient poser aux conséquences de la primauté.
- Dans des cas peu nombreux, mais retentissants, les Cours constitutionnelles ou suprême de l'Allemagne, du Danemark, de la Hongrie, de la Pologne et de la Roumanie ont ouvertement défié la CJUE en refusant expressément d'appliquer ses décisions les concernant.

3.1. Le problème résultant de la coexistence, dans chaque État membre, des deux ordres juridiques

Le problème essentiel posé par la primauté du droit de l'Union avait été identifié de manière particulièrement claire par l'avocat général Lagrange dans ses conclusions du 25 juin 1964 dans l'affaire *Costa c. Enel* (voir ci-dessus 2.3.1.). Plutôt que de les paraphraser, il nous semble utile d'en reproduire les passages essentiels car ils montrent que lors de ses délibérations conduisant à l'arrêt du 15 juillet suivant, la Cour était parfaitement consciente de ce problème (v. encadré 14 – nous soulignons). Cela signifie en particulier qu'il n'y a pas eu d'évolution de la Cour et qu'elle a toujours suivi la même ligne en matière de primauté comme nous l'avons vu dans la partie précédente.

Encadré 14: Conclusions de l'avocat général Lagrange dans l'affaire *Costa c. Enel*

"[...] il est impossible d'échapper au *problème résultant de la coexistence, dans chaque État membre, des deux ordres juridiques*, l'ordre interne et l'ordre communautaire, qui se meuvent chacun dans sa propre sphère de compétence, *ni, par suite, à la question de savoir quelle est la sanction des empiétements de compétence* que l'un viendrait à commettre à l'égard de l'autre.

Source: Conclusions du 25 juin 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6-64, ECLI:EU:C:1964:51, p. 1176-1183.

Lagrange distinguait ensuite entre les situations où la règle interne était antérieure à la règle

Dans quelles conditions ces juridictions devront-elles exercer leur *contrôle* et, notamment, appliquer les dispositions self-executing du traité, ainsi que les règlements communautaires légalement pris, *lorsqu'il existe une norme interne contraire* ? Si celle-ci est *antérieure* à la mise en vigueur du traité ou à la publication du règlement, *les règles de l'abrogation implicite doivent suffire*.

communautaire, c'est-à-dire à l'entrée en vigueur du traité ou celle d'un acte de droit dérivé.

Pour les situations où la norme de droit interne litigieuse est antérieure à la norme du droit de l'Union, la situation lui paraissait simple. Les cas qui se sont présentés par la suite ont par contre montré que les règles de l'abrogation implicite divergent d'un État membre à l'autre. En particulier, lorsqu'une cour

constitutionnelle ou une cour suprême a seule le pouvoir d'annuler une loi – ce qui équivaut à son abrogation – les autres juridictions n'ont pas ce pouvoir. C'est la situation que la Cour a affronté dans l'affaire *Simmenthal* (v. ci-dessus 2.3.2.) avec une solution qui est devenue de jurisprudence constante.

Dans l'affaire *Costa c. ENEL*, la loi de nationalisation de l'énergie électrique était postérieure à la loi qui avait introduit le traité CEE dans le droit italien. C'est ce qu'examinait en particulier Lagrange.

[...] il n'y a cependant, en ce cas, de véritable difficulté que si la norme interne a le caractère d'un acte législatif, car s'il s'agit seulement d'un acte administratif ordinaire, ou même d'un règlement, le contentieux de l'annulation ou, au moins, l'exception d'illégalité (dans les pays qui n'admettent pas pleinement le recours direct en annulation contre les règlements) doivent suffire à paralyser l'effet de l'acte interne au profit de la règle communautaire. Dans le cas d'acte législatif, on se trouve au contraire inévitablement confronté avec un problème d'ordre constitutionnel.

En effet les problèmes d'application de la primauté qui ont conduit à parfois à des confrontations avec des cours constitutionnelles ou suprêmes ont concerné soit des dispositions législatives internes, soit des dispositions constitutionnelles.

S'il arrivait qu'un juge constitutionnel de l'un des États membres, dans la plénitude de sa compétence, en vînt à reconnaître qu'un tel résultat ne peut être atteint dans le cadre des normes constitutionnelles de son pays, par exemple à l'égard des lois ordinaires contraires au traité qui prévaudraient sur le traité lui-même sans qu'aucun juge (pas même le juge constitutionnel) n'ait le pouvoir d'en paralyser l'application tant qu'elles n'auraient pas été abrogées ou modifiées par le Parlement, une telle décision créerait un conflit rigoureusement insoluble entre les deux ordres juridiques et ébranlerait les fondements mêmes du traité. Non seulement celui-ci ne pourrait recevoir application, dans les conditions qu'il a prévues, dans le pays intéressé, mais, par une réaction en chaîne, il ne le pourrait vraisemblablement pas davantage dans les autres pays de la Communauté [...].

C'était précisément le cas dans l'affaire *Costa c. ENEL*.

Dans ces conditions, deux solutions seulement resteraient ouvertes pour l'État considéré: ou bien modifier la Constitution pour la rendre compatible avec le traité, ou bien dénoncer celui-ci. En effet, cet État s'est engagé, par la signature du traité, sa ratification et le dépôt des instruments de ratification, à l'égard de ses partenaires et il ne pourrait rester passif sans méconnaître ses obligations internationales. On comprend, dès lors, que la Commission qui, en vertu de l'article 155, a reçu la mission de veiller à l'application du traité, ait fait part à la Cour dans ses observations des « vives appréhensions » que lui inspire l'arrêt du 24 février 1964 [de la Cour constitutionnelle italienne].

Ceci a été rappelé de manière très claire et précise quarante ans après par le Tribunal constitutionnel polonais avec son arrêt du 27 avril 2005 sur la compatibilité du mandat d'arrêt européen avec l'interdiction constitutionnelle de l'extradition des nationaux. L'arrêt expliquait qu'en présence d'une contradiction entre la Constitution polonaise qui interdisait l'extradition de ses citoyens et les exigences de la Décision-cadre 2002/584 qui prévoyait le cas échéant la remise d'un citoyen à un autre État membre, il y avait quatre étapes à suivre.

En premier lieu, le Tribunal devait vérifier la possibilité d'une interprétation conforme. Si ce n'était pas possible, le gouvernement devait demander la modification de la Décision-cadre. Si ce n'était pas possible, la Pologne devait modifier sa Constitution. Et si cela n'était pas possible, la seule issue était de

mettre en œuvre l'art. 50 TUE et quitter l'Union. En l'occurrence l'interprétation conforme n'étant pas possible, le Tribunal fixa un toutefois un délai pendant lequel il estimait qu'une éventuelle remise aurait été possible bien qu'en théorie contraire à la Constitution, pour laisser le temps au pouvoir constituant d'adopter l'amendement nécessaire. Certains commentateurs ont vu dans cet arrêt un refus de la primauté, mais ce n'était pas le cas, comme le souligne l'arrêt qui établit clairement le lien entre primauté et principe *pacata sunt servanda* (v. encadré 15 – nous soulignons) pour estimer que l'article du Code de procédure pénale destiné à mettre en œuvre la décision-cadre doit continuer à s'appliquer.

Encadré 15: Trybunał Konstytucyjny Arrêt N P 1/05 du 27 avril 2005

5.5. *Article 9 of the Constitution is not only a grandiose declaration addressed to the international community, but also an obligation of state bodies, including the government, parliament and the courts, to observe the international law, which is binding for the Republic of Poland. Apart from appropriate changes in the national legal order, the implementation of this obligation may require the bodies of public administration to undertake specific actions within the scope of their assigned competencies. Therefore, both due to the effect of deferral (consisting of the maintenance of the binding force), as well as owing to Article 9 of the Constitution, it should be concluded and recognised that the courts are temporarily obliged to continue to apply Article 607t § 1 of the Code of Penal Procedure.*

Source: https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/P_1_05_full_GB.pdf

3.2. L'acceptation de la primauté et de ses conséquences

Contrairement à l'impression que donnent certains commentaires relatifs aux arrêts les plus récents par lesquels certaines Cours constitutionnelles ou suprêmes se sont opposées de façon frontale à la CJUE, il est erroné de penser que la primauté ne serait pas acceptée par de nombreuses juridictions d'États membres. Bien au contraire, le nombre de renvois préjudiciels dans lesquels une juridiction demande à la Cour si une règle du droit de l'Union interdit l'application d'une règle nationale dans un cas précis montre au contraire une très forte déférence : depuis que l'arrêt *Costa c. ENEL* du 15 juillet 1964 il n'y a eu qu'un nombre extrêmement limité de cas où une juridiction a refusé de tirer les conséquences d'un arrêt alors qu'il y a eu des milliers de questions préjudicielles, de deux cents à quatre cents par an ces dernières années. Qui plus est, dans le cas le plus retentissant, à savoir l'arrêt *PSPP* du 5 mai 2020, la Cour constitutionnelle allemande a d'ailleurs tenu à souligner son respect de la primauté, en basant son refus d'appliquer l'arrêt de la CJUE sur l'argument selon lequel la Cour de justice aurait excédé les limites de sa compétence (v. 3.3.).

Cette déférence des juridictions des États membres est particulièrement bien illustrée par l'arrêt du 24 mai 1975 de la *Cour de Cassation* française dans l'affaire *Cafés Jacques Vabre* (v. encadré 16 – nous soulignons).

La plupart des commentateurs soulignent que la Cour de cassation a repris la formulation de la jurisprudence de la CJUE se référant à la spécificité de l'ordre juridique de l'Union et que donc pour elle le fondement des conséquences de la primauté serait le même que pour la CJUE. C'est oublier que l'arrêt rappelle expressément l'Art. 55 de la Constitution française selon lequel les traités régulièrement conclus ont une autorité supérieure à celle des lois.

Encadré 16: Cour de Cassation, 24 mai 1975, Société Cafés Jacques Vabre

attendu que *le traité* du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article [55] de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, *institue un ordre juridique propre intégré à celui des États membres ; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions*; que, dès lors, c'est à bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que la Cour d'appel a décidé que l'article 95 du traité devait être appliqué en l'espèce, à l'exclusion de l'article 265 du code des douanes, bien que ce dernier texte fut postérieur ;

Source: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006994625/>

Il ressort d'un examen de droit comparé que les juridictions nationales se basent en particulier sur la constitution de leur État, qui les lie, pour fonder la primauté. Dans les cas où la constitution consacre expressément la prééminence des traités internationaux sur la loi interne, comme c'était le cas en 1964 pour la France, le Luxembourg et les Pays-Bas, il n'y a pas de problème. Par contre en l'absence d'une telle clause dans la constitution comme c'était le cas pour les trois autres États fondateurs, et comme c'est encore le cas pour de nombreux États membres, la situation est plus compliquée. Dans la plupart des cas, toutefois, les juridictions nationales suprêmes évitent la confrontation avec la Cour de justice.

L'une des décisions les plus intéressantes est la « déclaration » DTC n° 1/2004 de la Cour constitutionnelle espagnole du 13 décembre 2004 à propos de la ratification du traité constitutionnel de 2004, notamment parce qu'elle affirme la compatibilité entre primauté du droit de l'Union et suprématie de la Constitution (v. encadré 17 – nous soulignons).

Encadré 17: Tribunal Constitucional, 13 décembre 2004, DTC n 1/2004

Primauté et suprématie sont des catégories qui évoluent dans des ordres distincts. La première, dans celui de *l'application de normes valides*, la seconde dans le cadre de *procédures d'élaboration des normes*.

La *suprématie* repose sur le caractère hiérarchique supérieur d'une norme et, ce faisant, elle est source de validité pour celles qui lui sont inférieures, ce qui entraîne leur *invalidité si elles contreviennent au contenu de la norme supérieure*.

La *primauté* en revanche ne repose pas nécessairement sur la hiérarchie, mais sur la distinction entre des domaines différents d'application des normes, en principe valides, et où une ou plusieurs d'entre elles ont la capacité d'en écarter certaines en vertu de leur application préférentielle ou prévalente pour une raison ou pour une autre.

[...]

La *suprématie de la Constitution* est ainsi, ce faisant, compatible avec des régimes d'application qui octroient une préférence pour appliquer des normes d'un ordre juridique différent de l'ordre juridique national à chaque fois que la Constitution le prévoit [...]. En définitive, la Constitution a accepté en vertu de l'article 93, la primauté du droit de l'Union dans le domaine d'application de ce droit conformément à ce qu'affirme expressément l'article I-6 du traité.

Source: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-declaration-du-13-decembre-2004-dtc-n-12004>

3.3. L'indication préventive d'éventuelles limites à la primauté : *controlimiti*, *Solange* et identité constitutionnelle

Dans son arrêt du 7 mars 1964 n°14, dans l'affaire *Costa c. ENEL*, la Cour constitutionnelle italienne (*Corte costituzionale*) avait refusé de contrôler la conformité de la loi de nationalisation de 1962 au traité CEE parce qu'elle était postérieure à celui-ci. Cela ne signifiait pas qu'elle contestait le principe de la primauté – dont l'on parlait depuis quelques années dans les milieux juridiques – mais qu'elle estimait que la Constitution ne lui donnait pas le pouvoir d'en tirer les conséquences qui en seront tirées quelques mois plus tard par la CJUE. Avec son arrêt du 2 décembre 1973, dans une affaire *Frontini*¹⁸, la Cour italienne a changé de position et a accepté de contrôler le respect par le législateur du droit de l'Union. Elle a toutefois ajouté que « en vertu de l'article 11 de la Constitution, les limitations de souveraineté n'ont été admises qu'en vue d'atteindre les objectifs qui y sont énoncés ; il faut donc exclure que ces limitations [...] puissent en tout état de cause conférer aux organes de la CEE un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine ». Aux limitations de souveraineté s'opposent donc des contre-limites (*controlimiti*) de ces droits et principes. Il faut souligner que la notion de « droits inaliénables de la personne humaine » ne couvre pas l'ensemble des droits fondamentaux protégés par la Constitution italienne et que la notion de principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel ne couvre pas l'ensemble de la Constitution (v. ci-dessous 3.1.4). Plus récemment, suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour constitutionnelle italienne évoque l'« identité constitutionnelle » plutôt que ces « principes fondamentaux » sans que cela ne signifie une différence de fond.

La doctrine *Solange* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) est comparable à la théorie des *contro-limiti*. La Cour allemande a en effet développé avec la jurisprudence *Solange* (en allemand : « tant que ») une doctrine de ce qu'elle considérait comme pouvant s'opposer à l'application des conséquences de la primauté. Dans un arrêt du 29 mai 1974, dit *Solange I*¹⁹, la Cour constitutionnelle s'est déclarée compétente pour statuer sur un conflit entre le droit communautaire et la constitution allemande. Elle précisait que la Loi fondamentale devait prévaloir tant qu'un niveau de protection des droits fondamentaux équivalent à celui du droit constitutionnel allemand n'était pas garanti par le droit de l'Union. Depuis un second arrêt du 22 octobre 1986, dit *Solange II*²⁰ elle n'accepte pas d'exercer un contrôle tant que le requérant ne démontre pas que la protection des droits fondamentaux en vertu du droit de l'UE ne correspond pas à la protection garantie par la Loi fondamentale. Dans son arrêt du 12 octobre 1993 sur la loi de ratification du traité de Maastricht²¹, la Cour constitutionnelle a ajouté que son éventuel contrôle pourrait également inclure la question d'une extension des compétences de l'Union, ce qu'elle n'a pas fait avant 2009. En bref, selon cette doctrine jurisprudentielle, la Cour constitutionnelle accepte le principe de primauté affirmé dans l'arrêt *Costa c. Enel*, et considère qu'il y a une présomption de compatibilité du droit de l'Union avec la Constitution allemande tant qu'il n'est pas démontré qu'une norme de l'Union est contraire aux droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale de 1949 ou à l'art. 79, par. 3, qui interdit notamment de porter atteinte à la division de la Fédération en *Länder* et à la participation de ces derniers à la législation fédérale. Progressivement la Cour constitutionnelle a élargi le champ des principes constitutionnels pouvant s'opposer aux conséquences de la primauté au-delà de l'art. 79 de la Loi

¹⁸ Décision du 18 décembre 1973, (ECLI:IT:COST:1973:183).

¹⁹ BVerfGE 37, 271.

²⁰ BVerfGE 73, 339.

²¹ BVerfGE 89, 155 du 12 octobre 1993.

fondamentale et a commencé à utiliser la formule de l'« identité constitutionnelle » de l'Allemagne, à laquelle fait écho l'art. 4 par. 2 TUE dans sa rédaction résultant du traité de Lisbonne.

Peu à peu, à différentes occasions, un certain nombre d'autres juridictions – Cours constitutionnelles ou Cours suprêmes - ont élaboré des jurisprudences comparables.

C'est le cas du Conseil constitutionnel français. Il faut rappeler que pendant longtemps le Conseil n'a eu à se prononcer que sur la nécessité éventuelle d'une révision de la Constitution préalable à la ratification d'un traité de révision, puisqu'il avait précisé en 1975 qu'il appartenait aux juridictions judiciaires et administratives de contrôler la conformité des lois aux traités internationaux (v. ci-dessus 3.2.). Plus récemment il a précisé à différentes occasions que lui seul peut vérifier si une loi mettant en œuvre le droit de l'Union est contraire à l'identité constitutionnelle de la France, formulation utilisée depuis une Décision du 27 juillet 2006²², qui remplaçait l'expression « une disposition expresse de la Constitution », utilisée entre 2004 et 2006. Ce n'est qu'en 2021 que le Conseil a illustré concrètement un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », dans une décision du 15 octobre 2021. Le Conseil déduit de l'art. 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que « l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits »²³. Dans l'affaire qui lui était soumise, la directive pertinente²⁴ n'impliquait d'ailleurs pas que la loi française doive procéder à une telle délégation et il n'y avait donc pas de problème. Une partie de la doctrine a considéré qu'il s'agissait d'un avertissement adressé aux institutions de l'Union, mais l'on peut aussi considérer que le Conseil a choisi ce cas pour montrer qu'il était capable le cas échéant de vigilance sans que cela n'empêche la déférence à la jurisprudence de la CJUE.

Les mêmes considérations s'appliquent à un *obiter dictum* (littéralement « soit dit en passant ») de la Cour constitutionnelle belge, dans un arrêt du 28 avril 2016. Cet *obiter dictum* indique, sans que cela n'ait de conséquence dans l'affaire jugée, que « l'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit »²⁵. Pour le reste il est remarquable que la Cour belge (et la Cour d'arbitrage qui l'a précédé) a été l'une des premières à opérer des renvois préjudiciels à la CJUE et qu'elle a toujours appliqué les décisions de celle-ci.

Il est remarquable que dans son arrêt du 6 décembre 2016 dans l'affaire *Ajos* (v. ci-dessous 3.5.2), la Cour suprême du Danemark (*Højesteret*) ne s'est pas référée quant à elle à la notion d'identité constitutionnelle, mais a simplement considéré que la loi de ratification du traité d'adhésion du Danemark ne permettait pas le développement d'une interprétation dynamique comme celle de la CJUE – ce qui s'appliquerait d'ailleurs également à la CourEDH – pour refuser de donner effet à un arrêt de celle-ci.

Il serait donc tout à fait erroné de dire que la plupart des Cours constitutionnelles ou suprêmes des États membres considèrent qu'il y a des limites à l'application des conséquences de la primauté. Le nombre

²² Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm>, consulté le 02/05/2020.

²³ Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée], (point 15), <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021940QPC.htm>, consulté le 02/05/2020.

²⁴ Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985.

²⁵ Arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016, <http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-062f.pdf> consulté le 02/05/2020.

de cours qui se sont expressément exprimées à ce sujet est au contraire fort réduit. C'est sans doute parce qu'il s'agit notamment de juridictions constitutionnelles ou suprêmes des trois États fondateurs et les plus peuplés de l'Union, que ces jurisprudences attirent particulièrement l'attention, et parce que la Cour constitutionnelle allemande exerce une influence particulièrement grande sur la doctrine d'autres pays et certaines de leurs juridictions, spécialement dans les États qui ont institué un contrôle de constitutionnalité après le retour à la démocratie pluraliste.

La comparaison entre ces jurisprudences doit être faite avec prudence, car le contexte est à chaque fois différent. Cela dépend du fait de ce que dit ou ne dit pas la constitution à propos de l'Union européenne et des traités internationaux ; cela dépend aussi très fortement des procédures de contrôle de constitutionnalité. Il est également nécessaire de tenir compte des règles de révision de la constitution. Lorsque la révision n'est pas difficile comme c'est le cas dans la plupart des États membres, l'invocation de limites aux effets de la primauté signifie que l'éventuelle adaptation du droit national à celui de l'Union doit se faire par une révision constitutionnelle et non par une simple modification de la loi. Il s'agit alors d'un tempérament limité dans le temps à l'effet de la primauté, et non d'une limite absolue au principe. Par contre lorsqu'une telle révision est particulièrement difficile, comme c'est le cas en particulier de l'art. 79 de la Loi fondamentale allemande, il s'agit d'une véritable barrière. En Allemagne elle ne pourrait être surmontée que par une révision complète de la Constitution soumise à référendum.

Ce qui est commun à la plupart de ces jurisprudences est qu'elles ont un caractère conditionnel, particulièrement bien mis en relief par l'utilisation du terme *Solange* en allemand. Les décisions en question ne refusent pas de tirer les conséquences de la primauté dans une affaire précise, elles disent de façon préventive quels seraient les cas où elles ne pourraient pas tirer ces conséquences, du fait d'une contradiction avec certains droits fondamentaux ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle. Il s'agit donc d'un message adressé aux institutions de l'Union pour qu'elles tiennent compte de ces éléments dans leur activité législative, réglementaire ou juridictionnelle. Il appartient au gouvernement des États membres de rappeler le cas échéant l'existence d'un tel problème à la Commission, au Conseil et au Parlement au cours de l'élaboration d'actes de l'Union. Il n'est pas évident toutefois que la position des juridictions nationales soit totalement connue, comprise et soutenue par le gouvernement dans tous les cas où un problème pourrait se présenter, ce qui explique certaines des difficultés qui ont vu le jour au fil du temps, comme par exemple dans le cas de la décision *Landtová* du 31 janvier 2012 de la Cour constitutionnelle tchèque (*Ústavní soud*) (v. 3.5.1.).

Contrairement aux deux cas précédents, dans le cas des Cours constitutionnelles de la Hongrie, de la Pologne et de la Roumanie, la référence à l'identité constitutionnelle n'est pas apparue de façon en quelque sorte préventive et hypothétique, mais pour être appliquée de façon concrète pour refuser de tirer les conséquences de la primauté et en particulier des arrêts de la CJUE (v. 3.5.2).

3.4. Le dialogue entre juridictions nationales et Cour de justice de l'Union

L'une des particularités du « système des traités » de l'Union européenne, qui comme nous l'avons dit précédemment explique les conséquences particulières de la primauté, est le mécanisme de renvoi préjudiciel de l'art. 267 TFUE, établi par le traité de Rome qui a étendu son champ par rapport au renvoi préjudiciel du traité CECA, qui ne concernait que la validité des actes de la Haute Autorité. Ce mécanisme permet un dialogue direct entre juridiction nationale et Cour de Justice de l'Union qui n'a pas son pareil : il est ouvert à toutes les juridictions de tous les États membres, contrairement notamment au mécanisme mis en place par le protocole n° 16 additionnel à la CEDH, qui n'est ouvert qu'aux juridictions suprêmes des seuls États qui l'ont ratifié. D'un point de vue quantitatif, il s'agit essentiellement d'une procédure utilisée par des juridictions de première instance ou d'appel. Les

principales cours constitutionnelles n'ont commencé à opérer de tels renvois que récemment : la Cour constitutionnelle italienne en 2008, le Conseil constitutionnel français en 2013 et la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 2014, alors que la Cour d'arbitrage de Belgique le faisait déjà auparavant. Pour les autres juridictions suprêmes les renvois sont beaucoup plus fréquents, pour la simple raison qu'elles sont saisies depuis longtemps d'affaires où l'application du droit de l'Union est centrale. Le dialogue entre juridictions nationales et Cour de justice de l'Union n'est pas aussi problématique que ne le fait apparaître l'écho donné à certaines décisions récentes, en particulier celles par lesquelles la Cour constitutionnelle fédérale allemande ainsi que celles de la Hongrie, de la Pologne et de la Roumanie ont ouvertement défié la CJUE.

Il faut rappeler que nombre de juridictions ont évité une confrontation avec la CJUE dans les cas où la règle nationale contraire au droit de l'Union a sa source dans une loi, en invoquant le fait qu'elles n'étaient pas habilitées à opérer un contrôle de constitutionnalité de la loi. C'était le cas des juridictions françaises jusqu'en 1975 jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 15 janvier 1975 relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse²⁶ n'établisse qu'en vertu de l'art. 55 de la Constitution il appartenait aux juridictions ordinaires, et non au Conseil lui-même, de contrôler la conformité des lois aux traités. La première conséquence en fut l'arrêt *Jacques Vabre* de la Cour de cassation (voir ci-dessus 3.2.). Toutefois il fallut attendre l'arrêt *Nicolo* du 28 octobre 1989²⁷ pour que la cour administrative suprême française, le Conseil d'État, ne commence à tirer les conséquences de la primauté.

Le Conseil d'État évita longtemps la confrontation en procédant à une interprétation du droit de l'Union de son propre chef, en appliquant la théorie interprétative de l'« acte clair » que la jurisprudence de la CJUE relative aux conditions d'application de l'art. 267 a d'ailleurs consacré avec l'arrêt du 6 octobre 1982 *Cilfit* en statuant que qu'il n'y avait aucune obligation de renvoi préjudiciel lorsque « l'application correcte du droit [de l'Union] peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »²⁸. Il n'est pas facile de savoir si l'invocation de l'acte clair est le résultat d'une tactique intentionnelle ou simplement le résultat d'une erreur d'interprétation du juge national. L'application de la théorie de l'acte clair par le Conseil d'État a longtemps été contestable. La Commission a plus d'une fois introduit une procédure d'infraction dans un tel cas, comme elle l'a fait récemment en particulier à propos d'arrêts du Conseil d'État du 10 décembre 2012²⁹ dont elle estimait qu'ils n'avaient pas appliqué correctement la réponse de la Cour à un renvoi préjudiciel sur cette question. La Cour condamna la France³⁰ ; certains commentateurs estiment que le Conseil d'État était de mauvaise foi et méritait la condamnation, mais il s'agit d'une affirmation difficile à prouver. Plus récemment dans son arrêt du 21 avril 2021 *French Data Network*³¹ le Conseil d'État a expressément indiqué qu'il tirait les conséquences d'une décision de la Cour en réponse à son renvoi préjudiciel précédent, mais de nombreux commentateurs ont souligné que le Conseil d'État avait une interprétation contestable de cet arrêt, en se fondant sur les conclusions du rapporteur public (équivalent de l'avocat général à la CJUE).

²⁶ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 – IVG Décision relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse.

²⁷ Conseil d'État, 20 octobre 1989, N° 108243, ECLI:FR: CEASS:1989:108243.19891020.

²⁸ CJUE 6 octobre 1982, 283/81, *CILFIT*, ECLI: EU:C:1982:335, point 16.

²⁹ Arrêts du 10 décembre 2012, Rhodia ECLI:FR:FR: CESSR: 2012:317074.20121210, et du 10 décembre 2012, Accor (FR: CESSR:2012:317075.20121210).

³⁰ Arrêt du 4 octobre 2018 dans l'affaire C-416/17, Commission France, ECLI:EU:C:2018:811

³¹ Arrêt du 21 avril 2021, N° 393099, 2021, French Data Network ECLI:FR: CEASS:2021:393099.20210421.

Il n'y a pas à notre connaissance d'étude systématique des renvois préjudiciels de toutes les juridictions suprêmes ou constitutionnelles de l'ensemble des États membres, et encore moins de la manière dont les jugements prononcés par la Cour ont été par la suite appliqués ; néanmoins à notre avis ce n'est que très exceptionnellement qu'il y a de véritables difficultés dans ce dialogue. Les cas où il y a de telles difficultés sont évidemment l'objet de nombreux commentaires de la doctrine juridique, et parfois du monde politique et des médias.

De manière très significative le Vice-Président du Conseil d'État français – qui le en tant que juridiction administrative suprême – a décrit de la manière suivante ce dialogue dans un discours sur « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes »³². « Ce dialogue peut être rugueux et sans complaisance. Il doit cependant se conclure dans la convergence et la concorde. Parce que nous sommes des juges, il nous appartient de respecter la hiérarchie des normes qui s'impose à nous, le mandat qui nous est donné par les textes fondateurs qui nous instituent et la légitimité démocratique, dès lors que nous appliquons des lois qui sont l'expression de la souveraineté populaire. Parce que nous sommes des juges, nous sommes aussi des sages ou nous devons nous efforcer de l'être. Par conséquent, il ne peut être envisagé de se résoudre à des chocs frontaux et il convient de tout mettre en œuvre pour préserver les acquis de la construction européenne à laquelle les juges ont apporté une éminente contribution ».

Ce point de vue est particulièrement bien illustré par ce que l'on a appelé la *saga Taricco* entre la Cour constitutionnelle italienne et la CJUE. La CJUE avait été saisie d'une question préjudicielle par un tribunal de première instance italien, à propos du régime de prescription établi par le code pénal. La Cour y avait répondu par un arrêt du 8 septembre 2015³³, que certaines juridictions italiennes ont appliqué sans problème alors que d'autres y voyaient une contradiction avec la Constitution italienne et ont saisi la Cour constitutionnelle. Cette dernière a à son tour fait un renvoi préjudiciel à la CJUE, en indiquant pourquoi elle estimait que ne pas appliquer la disposition du code pénal serait contraire au respect des *controlimiti*. En réponse à ce renvoi la CJUE admit dans un arrêt du 5 décembre 2017³⁴ que la disposition du code pénal pouvait s'appliquer en vertu du principe de sécurité juridique qu'elle reconnaît elle-même comme principe général du droit de l'Union. Nombre de commentateurs ont vu dans l'ordonnance de la Cour italienne un ton hostile à la CJUE, qui ne se retrouve d'ailleurs pas dans la rédaction des questions préjudicielles elles-mêmes. Quoiqu'il en soit, les deux cours se sont mises d'accord et l'on considère désormais la *saga Taricco* comme un exemple de dialogue efficace entre les cours.

Dans l'arrêt *French Data network* précité, le Conseil d'État français s'est expressément démarqué de la position adoptée par la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire PSPP (v. ci-dessous 3.5.1) en précisant « il n'appartient pas au juge administratif de s'assurer du respect, par le droit dérivé de l'Union européenne ou par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. Il ne saurait ainsi exercer un contrôle sur la conformité au droit de l'Union des décisions de la Cour de justice et, notamment, priver de telles décisions de la force obligatoire dont elles sont revêtues, rappelée par l'article 91 de son règlement de procédure, au motif

³² Intervention de Jean-Marc Sauvé au Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA) à Trèves le 19 octobre 2017, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-autorite-du-droit-de-l-union-europeenne-le-point-de-vue-des-juridictions-constitutionnelles-et-supremes>, consulté le 20/05/2022

³³ Arrêt du 8 septembre 2015, *Taricco*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555.

³⁴ Arrêt du 5 décembre 2017, *M.A.S., M.B.*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936

que celle-ci aurait excédé sa compétence en conférant à un principe ou à un acte du droit de l'Union une portée excédant le champ d'application prévu par les traités »³⁵.

3.5. La confrontation entre avec la Cour de justice de l'Union

3.5.1. La confrontation entre la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et la CJUE : le contrôle de l'*ultra vires*

En septembre 2008, une campagne contre la CJUE avait été lancée par un article intitulé *Stoppt den EuGH (Arrêtez la CJUE !)*³⁶ signé de Roman Herzog, ancien président de la République fédérale d'Allemagne et ancien président de la Cour constitutionnelle fédérale, ainsi que de la Convention qui rédigea la Charte des droits fondamentaux de l'Union en 2000. C'était un manifeste dénonçant en particulier l'arrêt du 22 novembre 2005 dans l'affaire *Mangold*³⁷. Cet article montre bien la confusion que font ses auteurs, comme beaucoup de non spécialistes, entre l'absence d'une compétence sectorielle précise de l'Union (dans le cas d'espèce la réglementation de l'âge de la retraite) et le fait qu'une affaire relève du champ d'application du droit de l'Union (en l'occurrence la libre circulation des travailleurs), ce qui implique l'application de principes généraux du droit de l'Union (en l'occurrence l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge). Loin d'être isolé, ce type de raisonnement est le fait d'un grand nombre de spécialistes de droit constitutionnel de nombreux pays, ce qui conduit parfois à un dialogue de sourds entre les cours. Le problème essentiel, que l'on rencontre souvent, est dû au fait que la Cour de l'Union raisonne parfois d'une manière qui ne paraît pas compréhensible aux juristes accoutumés aux jurisprudences des seules juridictions de leur État, alors que la Cour est composée de magistrats de tous les États membres. Un arrêt qui paraît très contestable dans un État membre est considéré comme tout à fait acceptable dans un autre. Cela explique à notre avis pourquoi la Cour constitutionnelle allemande, après une série de décisions qui pouvaient apparaître simplement comme des messages ou des avertissements à la CJUE, notamment son premier renvoi préjudiciel du 14 janvier 2014³⁸, a refusé d'appliquer un arrêt de la CJUE rendu sur son propre renvoi préjudiciel du par une décision du 5 mai 2020 dans l'affaire *PSPP*³⁹ qui a suscité beaucoup de commentaires non seulement par la doctrine mais aussi dans les médias, et a finalement conduit la Commission à engager une procédure d'infraction contre l'Allemagne. A vrai dire, la Cour allemande n'y conteste pas la primauté du droit de l'Union, mais estime que la CJUE et la Banque centrale européenne ont agi en dehors des compétences (*ultra vires*) que leur attribuent les traités.

Selon la Cour allemande il y aurait non seulement un droit, mais même une obligation pour les juridictions constitutionnelles de contribuer à ce que les institutions de l'Union respectent leurs compétences et ceci non seulement par un renvoi préjudiciel de légalité à la CJUE – ce qui est tout à fait conforme aux traités et à la jurisprudence de la CJUE elle-même – mais en se substituant à cette dernière au cas où elle ne justifierait pas de manière convaincante un refus d'annuler un acte de l'UE, ce qui est par contre contraire aux traités. Dans l'affaire *PSPP*, la Cour allemande estimait que la CJUE avait mal appliqué le principe de proportionnalité puisqu'elle ne l'avait pas fait comme l'auraient fait notamment les juridictions allemandes, ce qui était éminemment contestable⁴⁰. Ce point de vue,

³⁵ Précité, v. <https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2021/04-avril/393099.pdf>, Point 8, consulté le 02/05/2022.

³⁶ Publié dans la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 9 septembre 2008.

³⁷ Arrêt du 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

³⁸ BVerfG, 2 BvR 2728/13, ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813.

³⁹ BVerfG, 5 mai 2020 - 2 BvR 859/15 ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.

⁴⁰ Pour une critique détaillée v. Galetta, D-U Ziller, J, 'Les violations flagrantes et délibérées du droit de l'Union par l'arrêt « inintelligible » et « arbitraire » du Bundesverfassungsgericht dans l'affaire Weiss', *Revue Trimestrielle de droit européen*,

défendu par une partie de la doctrine de droit public allemand, a été rejeté l'essentiel de la doctrine des autres États membres, ainsi que par la doctrine allemande spécialiste de droit de l'Union.

3.5.2. La confrontation entre la Cour suprême danoise et la Cour constitutionnelle tchèque et la CJUE

Il n'y avait auparavant qu'un seul cas dans lequel une juridiction constitutionnelle ou suprême d'un État membre avait épousé la thèse exposée depuis longtemps par la Cour allemande dans des arrêts précédents où elle ne refusait pas encore d'appliquer un arrêt de la CJUE. La Cour constitutionnelle tchèque (*Ústavní soud*) l'avait fait avec l'arrêt 31 janvier 2012 dans l'affaire des *pensions slovaques*⁴¹ où elle avait refusé d'appliquer l'arrêt rendu en réponse à une question préjudicielle de la Cour administrative suprême tchèque⁴². La confrontation dans l'affaire *PSPP* était néanmoins plus forte, parce que la Cour allemande a refusé d'appliquer l'arrêt rendu six mois auparavant en réponse à sa propre question préjudicielle, contrairement l'affaire des *pensions slovaques*. Dans les deux cas ce que les cours constitutionnelles auraient dû faire était un renvoi préjudiciel comme l'a fait la Cour italienne dans l'affaire *Taricco* ce qui aurait peut-être permis d'obtenir une réponse satisfaisante de la CJUE.

Dans l'affaire *Ajos* la Cour suprême danoise a également refusé par un arrêt du 6 décembre 2016⁴³ d'appliquer un arrêt de la CJUE rendu huit mois auparavant sur son propre renvoi préjudiciel⁴⁴. Son raisonnement était légèrement différent : elle se basait sur la loi autorisant la ratification des traités communautaires, qui ne se référait pas explicitement aux principes généraux du droit, pour dire que l'arrêt de la CJUE ne pouvait pas s'appliquer puisqu'il était justement fondé sur un principe général du droit et non sur une disposition explicite des traités.

3.5.3. La confrontation entre les Cour constitutionnelles roumaine, hongroise et polonaise et la CJUE

A la fin de 2021, trois arrêts concernant la Hongrie, la Pologne et la Roumanie ont ravivé le débat politique sur la primauté et les risques de confrontations entre cours constitutionnelles et Cour de Justice de l'Union. Bien que ces trois arrêts soient souvent cités ensemble dans les médias et dans la doctrine, ils sont très différents les uns des autres.

Dans le cas de la Roumanie, il s'agit d'un arrêt de la CJUE du 21 décembre 2021⁴⁵ concernant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle roumaine (*Curtea Constituțională*) et la loi roumaine relative à des formations juridictionnelles spéciales en matière de corruption. La CJUE avait été saisie par d'autres juridictions roumaines d'une série de question préjudicielles relatives notamment à la jurisprudence constitutionnelle qui avait refusé d'appliquer les conséquences primauté du droit de l'Union. La Cour constitutionnelle avait notamment réitéré par un communiqué de presse du 9 novembre qu'elle ne modifierait pas sa décision n° 390 du 8 juin 2021 qui a fait l'objet d'une procédure d'infraction déclenchée par la Commission. L'arrêt n'ayant été publié qu'en langue roumaine nous ne

4/2020, pp. 855-887 » ; version anglaise : 'The Bundesverfassungsgericht's Glaring and Deliberate Breaches of EU Law Based on 'Unintelligible' and 'Arbitrary' Grounds', *European Public Law* 27, no. 1 (2021): 63-102

⁴¹ Arrêt du 31 janvier 2012, Pl. ÚS 5/12, traduction anglaise sous <https://www.usoud.cz/en/decisions/2012-01-31-pl-us-5-12-slovak-pensions>, consulté le 2/05/2022.

⁴² Arrêt du 2 juin 2011, Landtová, C-399/09, ECLI:EU:C:2011:415.

⁴³ Arrêt du 6 décembre 2016, Ajos, 15/2014, traduction anglaise sous <https://domstol.dk/media/2udgvvbb/judgment-15-2014.pdf>, consulté le 2/05/2022.

⁴⁴ Arrêt du 19 avril 2016, Ajos, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.

⁴⁵ Arrêt du 21 décembre 2021, PO etc., C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 et C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034.

nous sentons pas en mesure d'en préciser le raisonnement. Toutefois, il est à relever que dans un communiqué de presse du 23 décembre 2021⁴⁶, la Cour constitutionnelle a indiqué que dans son arrêt du 21 décembre 2021, la CJUE reconnaissait le caractère contraignant des décisions de la Cour constitutionnelle, mais que les juridictions nationales sont tenues de laisser inappliquées les réglementations ou pratiques nationale contraires à une disposition du droit de l'UE. La Cour constitutionnelle précise à de propos que concrètement, les effets de cet arrêt de la CJUE ne pourront être produits qu'après la révision de la Constitution en vigueur, qui, toutefois, ne peut être faite par la loi, mais exclusivement à l'initiative de certains sujets de droit, selon la procédure et les conditions prévues par la Constitution roumaine elle-même. Depuis lors d'autres renvois préjudiciels du même type ont été opérés par des juridictions roumaines⁴⁷. L'ensemble de ces affaires concernent une disposition introduite par le législateur roumain prévoyant la possibilité de responsabilité disciplinaire de juges qui procèdent à un renvoi préjudiciel. Elles s'inscrivent donc dans la question plus générale du respect de l'Etat de droit garanti par l'art. 2 TUE, à propos de laquelle la Cour de Justice de l'Union a développé une jurisprudence de plus en plus détaillée depuis 2018⁴⁸. Le contexte politico-juridique de ces décisions roumaines illustre à la fois la reconnaissance de la primauté par les juridictions ordinaires et la résistance de la Cour constitutionnelle. Il serait donc imprudent d'assimiler la position de la Cour constitutionnelle roumaine à celle de la Cour allemande qui a appliqué un contrôle *ultra-vires*.

Dans le cas de la Hongrie il s'agit d'un arrêt X/00477/2021 du 7 décembre 2021 de la Cour constitutionnelle (*Alkotmánybíróság*)⁴⁹ rendu sur la demande d'interprétation de certaines dispositions de la Loi fondamentale hongroise, introduite par le gouvernement à la suite de l'arrêt du 17 décembre 2020 de la CJUE⁵⁰ dans le cadre d'un recours en manquement introduit par la Commission le 21 décembre 2018 en raison de l'incompatibilité de la législation hongroise sur le droit d'asile avec le droit de l'Union. Il semble qu'il y ait dans la doctrine hongroise des interprétations opposées de l'arrêt lui-même ainsi que des conséquences politiques qui pourraient en être tirées⁵¹. L'on peut cependant indiquer que la Cour Hongroise ne dit pas qu'il faut laisser inappliqué l'arrêt de la CJUE, mais qu'elle rappelle sa propre jurisprudence selon laquelle les conséquences de la primauté sont limitées de manière exceptionnelle au cas où sont violés le contenu essentiel d'un droit fondamental, son identité constitutionnelle ou la souveraineté de la Hongrie, ce qui résulterait en un contrôle de *l'ultra vires*. Il est indéniable que la Cour Hongroise s'inspire des principes de la jurisprudence *Solange* et *ultra vires* de la Cour allemande, mais dans un contexte très différent, marqué à la fois par une indépendance limitée des juges du fait de leur mode de nomination et, semble-t-il, par une tentative de ceux-ci de ne pas se plier aveuglément aux demandes du gouvernement.

Le cas de la Pologne est encore différent, et est certainement celui où la confrontation avec la Cour de Justice et l'ensemble des institutions de l'Union arrive à son paroxysme. Il s'agit de la décision K-3/21 du Tribunal constitutionnel polonais (*Trybunał Konstytucyjny*) du 7 octobre 2021 sur l'évaluation de la conformité à la Constitution polonaise de certaines dispositions du traité sur l'Union

⁴⁶ <https://www.ccr.ro/comunicat-de-presa-23-decembrie-2021/>, consulté le 02/05/2021 avec l'aide d'un traducteur automatique en ligne

⁴⁷ Notamment la Curtea de Apel Pitești (Roumanie) le 5 janvier 2022, Affaire C-13/22, JOUE C 191/9 du 10.5.2022.

⁴⁸ Arrêt du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

⁴⁹ <http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1DAD915853CBC33AC1258709005BB1A1?OpenDocument>, consulté le 02/05/2022.

⁵⁰ Arrêt du 17 décembre 2020, Commission/Hongrie, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.

⁵¹ V. à ce propos Nóra Cseke, La primauté du droit de l'Union et ses limites dans l'interprétation par la Cour constitutionnelle hongroise, <https://blogdroiteuropeen.com/2022/02/24/la-primaute-du-droit-de-lunion-et-ses-limites-dans-linterpretation-par-la-cour-constitutionnelle-hongroise-par-nora-cseke/>, consulté le 02/05/2022.

européenne⁵². En premier lieu il faut souligner que le dispositif de la décision n'a toujours pas été publié en langue polonaise (et évidemment encore moins en traduction) plus de six mois après la décision, ce qui semble d'ailleurs être fréquent depuis quelques années pour la jurisprudence récente du *Trybunal*, contrairement à la pratique de toutes les autres juridictions en Europe. De ce fait tous les commentateurs en sont réduits à se fonder sur le communiqué de presse⁵³, qui n'a pas valeur authentique et ne permet pas réellement de comprendre le raisonnement suivi par le *Trybunal*. Qui plus est le communiqué de presse est très court et pour le comprendre réellement il est nécessaire de se référer au texte de la requête du gouvernement, qui n'est publié qu'en langue polonaise. En deuxième lieu, il semble que la majorité des juges (il y a deux opinions séparées, qui n'ont pas été publiées) se rallie sans hésitation aux thèses du Gouvernement, qui voulait obtenir le blanc-seing du *Trybunal* dans son refus d'appliquer les jugements de la CJUE condamnant la Pologne pour non-respect de l'Etat de droit, en particulier sur la question de l'indépendance des juges. Troisièmement, le *Trybunal* reprenant la position du gouvernement refuse non seulement certaines conséquences de la primauté, mais son principe même, en déclarant que plusieurs dispositions des traités sont contraires à la Constitution polonaise. Il s'agit des Articles 1er, premier et deuxième alinéas, en liaison avec l'art. 4, par. 3 TUE, de l'art. 19 par. 1 deuxième alinéa TUE et de l'art. 19 par. 2, c'est-à-dire le refus du pouvoir des autres juridictions polonaises d'appliquer le droit de l'Union en cas de contradiction avec la Constitution. L'argument principal mis en avant par le communiqué de presse est une tentative de faire jouer l'art. 46 de la Convention de Vienne (v. supra 2.1.) en indiquant que la Pologne n'aurait pas donné son consentement à ces dispositions parce que l'art. 1^{er} dispose « Le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite » qui aurait été introduit dans le TUE après l'adhésion de la Pologne, par le traité de Lisbonne. L'argument est d'autant plus faible que la Pologne a signé et ratifié le traité de Lisbonne – qui plus est avec un Président et un Gouvernement ainsi qu'une majorité du Parlement tous du parti au pouvoir en 2021 – et que cette formule de l'art. 1^{er} était en tout état de cause présente dans le Traité de Maastricht, et pour partie dans le préambule des traités de Rome.

4. RECOMMANDATIONS

Lorsque la primauté est discutée il est essentiel de souligner que ce qui est original en droit de l'Union européenne n'est pas le principe, car il s'agit d'une application du principe *pacta sunt servanda*, mais ses conséquences dues au système des traités et en particulier à l'obligation pour les États membres d'accepter la compétence de l'Union européenne, à la procédure d'infraction qui peut être déclenchée par la Commission en toute indépendance par rapport aux gouvernements des États membres, et à la procédure de renvoi préjudiciel qui donne accès à la Cour de Justice de l'Union aux particuliers – citoyens, associations, entreprises etc. – et permet à toutes les juridictions des États membres quel que soit leur niveau, de dialoguer avec celle-ci.

En cas de nouvelle révision des traités il serait souhaitable de codifier la primauté et ses conséquences d'une façon plus précise que ce n'est le cas avec la Déclaration n° 17. Il est à prévoir que certains États membres tenteront de s'y opposer, mais il est naturel que le Parlement européen rappelle que l'acceptation de ces conséquences par toutes les juridictions, ainsi que toutes les autorités administratives, gouvernements et parlements est essentielle pour garantir les droits que les traités

⁵² <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>, pour la version anglaise voir <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>, consultés le 6/05/2022.

⁵³ Pour la version anglaise v. <https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>, consulté le 02/05/2022.

donnent aux particuliers et l'égalité entre les États membres.

BIBLIOGRAPHIE

- Albi, A., Ziller, J., *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007.
- Barav, A., 'Primauté', Barav, A., Philip, C., *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, P.U.F., 1993, pp. 855-857.
- Bribosia, H., 'De la simplification des traités au traité constitutionnel', Amato, G., Bribosia, H., & De Witte, B., *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 213.
- Bribosia, H., 'Subsidiarité et répartition des compétences entre l'union et ses états membres' in Amato etc. précité, p. 429.
- Calliess, C., 'Vorrang des Unionsrechts und Kompetenzkontrolle im europäischen Verfassungsgerichtsverbund', *Juristische Wochenschrift (NJW)* 2021, p. 2845-2851, English translation : *Primacy of Union Law and Control of Competences: Challenges and Reforms in the Light of the German Constitutional Courts PSPP-Ruling and the EU Commission's Treaty Infringement Proceeding*, Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3941400>
- Cseke, N., *La primauté du droit de l'Union et ses limites dans l'interprétation par la Cour constitutionnelle hongroise*, <https://blogdroiteuropeen.com/2022/02/24/la-primaute-du-droit-de-l-union-et-ses-limites-dans-l-interpretation-par-la-cour-constitutionnelle-hongroise-par-nora-cseke/>.
- De Witte, B., 'Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international', *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1984, 425 s.
- Galetta, D-U, Ziller, J, 'Les violations flagrantes et délibérées du droit de l'Union par l'arrêt « inintelligible » et « arbitraire » du Bundesverfassungsgericht dans l'affaire Weiss', *Revue Trimestrielle de droit européen*, 4/2020, pp. 855-887 » ; version anglaise : 'The Bundesverfassungsgericht's Glaring and Deliberate Breaches of EU Law Based on 'Unintelligible' and 'Arbitrary' Grounds', *European Public Law* 27, no. 1 (2021): 63–102.
- Grewe, C., Rideau, J. 'L'identité constitutionnelle des États membres de l'union européenne : flash back sur le coming-out d'un concept ambigu', *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz 2010, 319-346.
- Kumm, M., Ferreres Comella, V., 'The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union', *International Journal of Constitutional Law, Volume 3, 2005*, pp. 473–492.
- Martin, A., *L'indépendance de la justice en Pologne : la guerre des juges aura bien lieu. À propos de la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 déclarant inconstitutionnelles certaines dispositions du droit primaire de l'UE*, Blogdroiteuropeen Working Paper 5/2021, octobre 2021, Accessible à <https://wp.me/p6OBGR-4cT>
- Petersen, N., Chatziathanasiou, K, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, Brussels, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 692.276 - April 2021.
- Ter Kuile, L. F. D., 'Le problème des dispositions directement applicables des traités internationaux et son application aux traités instituant les communautés', in *Fédération internationale pour le*

droit européen, Deuxième colloque international de droit européen – La Haye 1963, N.V. Uitgeverij, La Haye, 1966.

- Saiz Arnaiz, A., Alcobarro Livina, A., (eds), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- Ziller, J., 'La „primauté“ nel diritto degli Stati membri. Da sei a ventotto', Nascimbene, B., Costa/Enel: *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 93-116.
- Ziller, J., 'Les réactions des milieux institutionnels, nationaux et scientifiques de l'époque', Tizzano, A., Kokott, J., Prechal, S., *50^{ème} Anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos – 50th Anniversary of The Van Gend en Loos Ruling – 1963-2013*, Luxembourg, Cour de Justice de l'Union européenne, 2013, pp. 37-48.
- Ziller, J., 'Das Verhältnis von Nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit: „Relire Van Gend en Loos – Van Gend en Loos wiederlesen“', Schwarze J., *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 37-46.

LISTE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE EUROPÉENNE ET NATIONALE

- CJUE, 5 février 1963, van Gend en Loos, Aff. 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.
- Corte costituzionale [Italie], 7 mars 1964, n°14, [Costa c. ENEL].
- CJUE, 15 juillet 1964, Costa/E.N.E.L., 6-64, ECLI:EU:C:1964:66.
- CJUE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11-70, ECLI:EU:C:1970:114.
- CJUE, 14 décembre 1971, Politi, 43-71, ECLI:EU:C:1971:122.
- CJUE, 7 mars 1972, Marimex, 84-71, ECLI: ECLI:EU:C:1972:14.
- Corte costituzionale [Italie] 18 décembre 1973, [Frontini], ECLI:IT:COST:1973:183.
- Bundesverfassungsgericht [Allemagne] 29 mai 1974, [Solange I], BVerfGE 37, 271.
- Conseil constitutionnel [France], 15 janvier 1975, 74-54 DC, Décision relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse.
- Cour de Cassation [France], 24 mai 1975, 73-13.556 [Société Cafés Jacques Vabre].
- CJUE, 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.
- CJUE, 29 novembre 1978, Pigs Marketing Board, 83/78, ECLI:EU:C:1978:214.
- CJUE, 7 juillet 1981, Rewe, 158/80, ECLI:EU:C:1981:163.
- CJUE, 6 octobre 1982, 283/81, CILFIT, EU:C:1982:335.
- Bundesverfassungsgericht [Allemagne], 22 octobre 1986, [Solange II], BVerfGE 73, 339.
- CJUE, 21 mai 1987, Albako, 249/85, ECLI: ECLI:EU:C:1987:245.
- Conseil d'État [France], 20 octobre 1989, Nicolo, 108243, ECLI:FR:CEASS:1989:108243.19891020
- CJUE, 14 décembre 1991, Projet d'accord l'Espace économique européen, Avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490.
- Bundesverfassungsgericht [Allemagne], 12 octobre 1993 [Maastricht], BVerfGE 89, 155.
- Tribunal Constitucional [Espagne], 13 décembre 2004, DTC n° 1/2004, [Traité constitutionnel].
- Trybunał Konstytucyjny [Pologne], 27 avril 2005, P 1/05 du, [mandat d'arrêt européen].
- 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.
- Conseil Constitutionnel [France], 27 juillet 2006, 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.
- 2 CJUE, juin 2011, Landtová, C-399/09, ECLI:EU:C:2011:415.
- Ústavní soud [République Tchèque] 31 janvier 2012, Pl. ÚS 5/12 [pensions slovaques].
- Conseil d'État [France], 10 décembre 2012, Rhodia (FR:CESSR:2012:317074.20121210)
- Conseil d'État [France], 10 décembre 2012, Accor (FR:CESSR:2012:317075.20121210).
- Bundesverfassungsgericht [Allemagne], 14 janvier 2014, [Brunner], BVerfG, 2 BvR 2728/13, ECLI:DE:BVerfG:2014:rs20140114.2bvr272813.

- CJUE, 8 septembre 2015, Taricco, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555.
- CJUE, 19 avril 2016, Ajos, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.
- Cour constitutionnelle [Belgique], 28 avril 2016, 62/2016 [Assentiment au *Fiscal compact*].
- Højesteret [Danemark], 6 décembre 2016, Ajos, 15/2014,
- CJUE, 5 décembre 2017, M.A.S., M.B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.
- CJUE, 27 février 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.
- CJUE, 4 octobre 2018, Commission /France, C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811.
- CJUE, 24 juin 2019, Popławski, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530.
- BVerfG, 5 mai 2020 - 2 BvR 859/15, [PSPP], ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.
- CJUE, 17 décembre 2020, Commission/Hongrie, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029.
- CJUE, 21 avril 2021, N° 393099, ECLI:FR:CEASS:2021:393099.20210421.
- Trybunał Konstytucyjny [Pologne], 7 octobre 2021 [évaluation de la conformité à la Constitution polonaise de certaines dispositions du traité sur l'Union européenne].
- Conseil Constitutionnel [France], 15 octobre 2021, 2021-940 QPC du Société Air France.
- Alkotmánybíróság (Hongrie) 7 décembre 2021, X/00477/2021.
- CJUE, 21 décembre 2021, PO etc., C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 et C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034.
- CJUE, 18 janvier 2022, Thelen Technopark, C-261/20, ECLI:EU:C:2022:33
- CJUE, 22 février 2022, RS, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99
- Curtea de Apel Pitești (Roumanie), renvoi préjudiciel du 5 janvier 2022, Affaire C-13/22, JOUE C 191/9 du 10.5.2022

Cette recherche, réalisée à la demande du département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen, explique la notion de primauté du droit de l'UE et ses conséquences pratiques, telle qu'elle résulte du système des traités et a été développée par la jurisprudence de la Cour de justice depuis 1964. Elle explique comment et avec quelles limites éventuelles les juridictions des États membres acceptent, interprètent et appliquent le principe.

PE 732.474
IP/C/ JURI/IC/2022-012

Print ISBN 978-92-846-9443-3 | doi:10.2861/236994 | QA-08-22-134-FR-C
PDF ISBN 978-92-846-9444-0 | doi:10.2861/756165 | QA-08-22-134-FR-N