



HAL
open science

La Cour de justice de l'Union Européenne, Cour constitutionnelle ?

Lisa Mede

► **To cite this version:**

Lisa Mede. La Cour de justice de l'Union Européenne, Cour constitutionnelle ?. Droit. 2014. dumas-01091072

HAL Id: dumas-01091072

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01091072>

Submitted on 4 Dec 2014

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

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



UNIVERSITE TOULON-VAR
Année universitaire 2013-2014

*La Cour de justice de l'Union européenne, cour
constitutionnelle ?*

Mémoire de Master II
Sous la direction du Professeur Jean-Jacques PARDINI
Master II recherche – Contentieux administratif

Lisa MEDE

Je remercie Monsieur le Professeur Jean-Jacques Pardini, directeur de ce mémoire, pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

Je souhaite également adresser ma reconnaissance à l'ensemble des enseignants du master II droit des contentieux, ainsi qu'au personnel de la bibliothèque de l'université de Toulon, pour l'aide apportée au cours de mes recherches.



UNIVERSITÉ
DE TOULON

Engagement de non plagiat.

Je soussigné, MEDE Lisa

N° carte d'étudiant : 21102771

Déclare avoir pris connaissance de la charte des examens et notamment du paragraphe spécifique au plagiat.

Je suis pleinement conscient(e) que le plagiat de documents ou d'une partie de document publiés sous quelques formes que ce soit (ouvrages, publications, rapports d'étudiant, internet etc...) constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée.

En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées pour produire et écrire ce document.

Fait le ... 28/06 / 2014

Signature(s)

Ce document doit être inséré en première page de tous les rapports, dossiers et/ou mémoires.

Sommaire

PARTIE I – LE ROLE DE GARDIEN ET D’INTERPRETE DE LA « CHARTE CONSTITUTIONNELLE »

Chapitre 1 – La sauvegarde d’une « Charte constitutionnelle »

Chapitre 2 – Le monopole de l’interprétation authentique des traités

PARTIE II – LA FONCTION DE REGULATION DU SYSTEME INSTITUTIONNEL

Chapitre 1 – La Cour de justice, gardienne de l’équilibre institutionnel

Chapitre 2 – Le contrôle juridictionnel de l’équilibre vertical des pouvoirs

PARTIE III – LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX

Chapitre 1 - La protection des droits fondamentaux : une fonction constitutionnelle

Chapitre 2 – L’incomplétude de la garantie juridictionnelle du bloc de fundamentalité

Liste des abréviations

Aff.	Affaire
Aff. Jtes	Affaires jointes
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
BVerfGE	Das Bundesverfassungsgericht (le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne)
c/	Contre
Cf.	<i>Confer</i>
Cah. cons. const	Cahiers du Conseil constitutionnel
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Dir.	Direction
Ed.	Edition(s), éditeur
EEE	Espace économique européenne
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LGDJ	Librairie générale de droit et jurisprudence
OPOCE	Office des publications officielles de la Communauté européenne
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RADE	Revue des affaires de droit européen
RAE	Revue des affaires européennes
RDP	Revue de droit public
Rec.	Recueil
Rééd.	Rédition
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Suivante
SA	Société anonyme
Soc.	Société
Spéc.	Spécialement
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFP	Tribunal de la fonction publique
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TPIUE	Tribunal de première Instance de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
Vol.	Volume

INTRODUCTION

Si la question de la nature de la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas nouvelle, il n'en demeure pas moins qu'elle se pose encore aujourd'hui. En 1963, l'avocat général Maurice LAGRANGE s'interrogeait déjà : « *qu'est ce donc que cette Cour de justice ? Cour internationale ? Cour fédérale ? Juge administratif ? Juge constitutionnel ? Probablement une combinaison de tous ces caractères* »¹. S'il est vrai que la Cour de justice emprunte certains traits caractéristiques de chacun de ces modèles juridictionnels, nous ne nous attarderons, dans le cadre de cette étude, qu'à souligner les ressemblances et dissemblances entre la Cour de Luxembourg et une cour constitutionnelle.

Le rapprochement implique d'emprunter au droit constitutionnel national, ce qui présente le risque d'une « *certaine inadéquation des concepts* »². Comme le souligne Hélène GAUDIN, « *la qualité de juridiction constitutionnelle n'est pas, en effet, intrinsèque à la Cour de justice* »³, eu égard notamment à l'origine conventionnelle de la construction européenne. La juridiction de l'Union appartient à un ordre juridique complexe, autonome et inédit, fondé sur des concepts innovants comme celui de l'effectivité et de la primauté. Dès lors, « *la spécificité du système juridique communautaire, qui juxtapose et hiérarchise des normes de nature constitutionnelle, législative, administrative et internationale, ne pouvait que se répercuter sur la nature de la fonction juridictionnelle assumée par la Cour de justice et le Tribunal* »⁴. En réalité, il s'avère impossible de réduire la nature de la juridiction de l'Union à « *l'une des catégories généralement utilisées pour établir une typologie des instances juridictionnelles dans l'ordre international comme dans l'ordre interne* »⁵. Toute transposition analogique des définitions traditionnelles semble impossible.

Toutefois, le fait que les deux systèmes présentent des divergences, au premier rang desquelles la différence de cadre, n'empêche pas, et au contraire, de les comparer : « *At the risk of repeating the obvious it is important to repeat a truism about comparative legal analysis : we do not in all cases seek to compare identical or even similar phenomena nor even to discover converging trends and similarities between apparently distinct systems and*

¹ M. LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes », E.D.C.E., 1963, p. 55.

² H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », RAE-LEA, 2000, p. 209.

³ *Ibid.*

⁴ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 3^{ème} édition, 2001, p. 482.

⁵ *Ibid.*

legal institutions. Often, the most interesting comparative analysis is that which identifies some functional or social similarity and then compares the very different approaches which are adopted by distinct legal systems »⁶.

Afin de mettre en lumière les différents indices en faveur d'une parenté des deux modèles juridictionnels, il est nécessaire de préciser les contours des différents concepts dont nous ferons usage. La notion de juridiction constitutionnelle tout d'abord, désigne « *l'ensemble des juridictions chargées de la justice constitutionnelle : sont ainsi des juridictions constitutionnelles aussi bien, dans le système américain, les tribunaux et cours investis de cette mission (et au premier rang de ceux-ci la Cour suprême) que, dans le système européen, les cours, tribunaux et conseils constitutionnels »⁷. Aussi, dans un système privilégiant un contrôle de constitutionnalité diffus, l'absence d'une *institution de justice constitutionnelle* n'empêche pas le développement d'une justice constitutionnelle, puisque celle-ci peut être exercée par n'importe quel juge ordinaire. En revanche, dans un système instituant une cour constitutionnelle unique, modèle adopté par la majeure partie des Etats européens, « *la mise en perspective de la justice constitutionnelle avec la justice ordinaire est une distinction structurante »⁸.**

La notion de *juridiction constitutionnelle* ne doit pas être confondue avec celle de *justice constitutionnelle*, car bien qu'intimement liées, « *la notion de justice constitutionnelle ne peut être que fonctionnelle ou matérielle »⁹. Autrement dit, « pour que la justice soit constitutionnelle, il faut que le litige porte au moins en partie sur l'application de règles constitutionnelles, mais il n'est pas nécessaire que la juridiction qui l'exerce soit spécialisée dans l'application du droit constitutionnel et encore moins qu'elle ait le monopole de*

⁶ J. H. H. WEILER, « The future of the European Community in the light of the American federal experience » In K. LENAERTS (Dir.), *Two Hundred Years of U.S. Constitution and Thirty Years of EEC Treaty. Outlook, for a comparison*, Story Scienta, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Bruxelles, 1988, p. 49 ; cité par H. GAUDIN, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Thèse, Toulouse, 1994, p. 4.

⁷ L. FAVOREU, « juridiction constitutionnelle », in O. DUHAMEL et Y. MENY (Dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p. 547.

⁸ L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire », Epistémologie d'une distinction théorique, in Constance GREWE, Olivier JOUANJAN, Eric MAULIN, Patrick WACHAMANN (Dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, 2005, p. 86.

⁹ M. FROMONT, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 153.

l'application des règles constitutionnelles »¹⁰. Pour Hans Kelsen, au contraire, la justice constitutionnelle est une tâche qui doit être confiée à une juridiction unique, chargée de garantir ce contrôle : une Cour, un Tribunal ou même un Conseil constitutionnel. En réalité, en droit comparatiste, il est loisible de constater que chaque système de justice constitutionnelle présente ses spécificités, en fonction du modèle adopté – contrôle diffus ou concentré – mais aussi en fonction des Etats.

Si pour certains les critères d'une juridiction rendant la justice constitutionnelle sont identifiables et peuvent être décrits, pour d'autres il y a « *difficulté et relativité d'une définition de la justice constitutionnelle* »¹¹. Charles Eisenmann, dans la lignée de Hans Kelsen, estime que « *la justice constitutionnelle est cette sorte de justice, ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles* »¹². A l'origine d'une nouvelle classification des modèles traditionnels de justice constitutionnelle, Michel Fromont considère quant à lui que « *La notion de justice constitutionnelle ne peut être qu'une notion matérielle : elle ne peut que désigner une activité ou, si l'on veut, une fonction exercée en la forme juridictionnelle par un organe indépendant ayant le caractère d'une juridiction et parallèlement le juge constitutionnel ne peut que désigner un juge exerçant la justice constitutionnelle, qu'il soit ou non spécialisé dans cette tâche* »¹³. Autrement dit, la justice constitutionnelle ne « *doit donc pas être définie mais seulement identifiée* »¹⁴. Il apparaît que « *seule cette définition est pleinement opératoire pour l'étude comparative de la justice constitutionnelle dans le monde* »¹⁵.

La question de savoir si la juridiction de l'Union exerce – ou non – la justice constitutionnelle implique donc de rechercher les critères d'identification de cette notion, et relever ainsi les caractéristiques communes des juridictions constitutionnelles. En effet, si l'on peut constater un certain nombre de divergences entre les différents modèles de justice constitutionnelle, « *il existe un certain nombre de traits communs à tous ces systèmes et qui autorisent à dire*

¹⁰ M. Fromont, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », *précité*, p. 154.

¹¹ D. De Bechillon, *hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, p. 171.

¹² C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, p. 1.

¹³ M. Fromont, *La Justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, Droit public, 1996, p. 2.

¹⁴ H. Gaudin, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 211.

¹⁵ M. Fromont, *La Justice constitutionnelle dans le monde*, *précité*, p. 3.

*qu'il y a justice constitutionnelle et pas seulement justice ordinaire. Ces traits transcendent le clivage entre modèles et concernent : l'organe chargé de la justice constitutionnelle, le contentieux constitutionnel, le procès constitutionnel, enfin l'ordre constitutionnel »*¹⁶. Ainsi, quel que soit le modèle retenu, il est possible de recenser des points de convergence caractérisant le « *portrait type* »¹⁷ de la juridiction constitutionnelle. Parmi eux, la question du statut de la juridiction constitutionnelle et de ses membres est « *particulièrement fédératrice* »¹⁸. Ayant fait le choix d'une définition par l'étude des fonctions de la juridiction de l'Union, nous n'approfondirons cependant pas, dans le cadre de cette étude, la question du statut de la Cour de justice et de ses membres.

En effet, « *ce qui caractérise certainement le plus la Cour de Justice, ce sont ses fonctions qui s'apparentent à celle de la justice constitutionnelle* »¹⁹. Certaines fonctions de la Cour de Luxembourg sont très proches, par leur nature, de celles exercées par les cours constitutionnelles étatiques. Alors certes, toutes les missions d'une cour constitutionnelle ne se retrouvent pas parmi les prérogatives du juge de l'Union. C'est le cas par exemple du contrôle de l'expression du suffrage. Néanmoins, il semble que l'office du juge de l'Union épouse d'autres aspects de la justice constitutionnelle. Bien sûr, il ne s'agit pas d'occulter l'absence de Constitution formelle, ni de remettre en cause le défaut de cadre étatique ou la différence de nature des actes contrôlés²⁰. Pourtant, malgré ces divergences difficilement contestables, certaines fonctions exercées par la juridiction de l'Union semblent particulièrement révélatrices de l'existence d'une justice constitutionnelle²¹. Ainsi, la Cour de justice, gardienne et interprète des textes fondateurs de son ordre juridique (Partie I), juge de la répartition des compétences entre institutions et Etats membres ou entre les

¹⁶ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 1999, p. 235 ; cité par H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », précité, p. 211.

¹⁷ L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Connaissance du droit, Dalloz, 2011, p. 19.

¹⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹⁹ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », précité, p. 213.

²⁰ Le juge de l'Union sanctionne la conformité au droit primaire des actes normatifs du Conseil et du Parlement européen qui peuvent être considérés, du moins matériellement, comme des actes de législation ; mais il ne contrôle pas la Loi au sens constitutionnel du terme. Et ce malgré l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'accroissement des pouvoirs du parlement et la formulation des articles 14 et 16 TUE, en vertu desquels le Conseil et le Parlement européen exercent conjointement « les fonctions législative et budgétaire ». Selon ces dispositions, les actes adoptés dans ce cadre constituent des « actes législatifs » (art. 263 TFUE). Certains auteurs identifient néanmoins un contentieux de type constitutionnel lorsque la Cour de justice saisie d'un recours en annulation à l'encontre d'un acte législatif se prononce sur la conformité de ce dernier au droit primaire.

²¹ Voir en ce sens V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, Pulim, Coll. Droit public, 2007, p. 107.

institutions elles-mêmes (Partie II), et garante des droits fondamentaux inhérents à l'Union (Partie III), s'apparente à une cour constitutionnelle.

PARTIE I – LE ROLE DE GARDIEN ET D'INTERPRETE DE LA « CHARTE CONSTITUTIONNELLE »

Dans un Etat de droit, la mission centrale d'une cour constitutionnelle est d'assurer la suprématie de la Constitution, au sommet de la hiérarchie des normes, en veillant à son respect par le législateur. En ce sens, le juge constitutionnel se distingue « *doublement* » des autres juges : « *par le texte qu'il doit interpréter d'abord, par les raisons qui expliquent son existence* »²². En effet, « *en premier lieu, le terme de justice constitutionnelle désigne une activité juridictionnelle faisant application de règles constitutionnelles* »²³. Ainsi, si l'on veut comparer la Cour de justice de l'Union européenne à une cour constitutionnelle, la première question que l'on doit se poser est celle de la nature du texte qu'elle interprète. Même en admettant, avec Michel Fromont, que la justice constitutionnelle puisse être matériellement identifiée, il n'en demeure pas moins qu'« *il n'y a pas de justice constitutionnelle sans cette attribution centrale qu'est le contrôle de constitutionnalité* »²⁴. Il s'ensuit qu'il ne peut y avoir de justice constitutionnelle sans Constitution à protéger.

Compte tenu de cette définition, la question de la qualification constitutionnelle ou non de la Cour de justice semble dénuée d'intérêt eu égard à la nature conventionnelle de la construction communautaire. Pourtant, défendue par une partie de la doctrine et par la jurisprudence de la Cour elle-même, la thèse de la nature constitutionnelle des traités originaires tend à rallier un nombre croissant de suffrages. Pour certains auteurs, il existerait une constitution matérielle de l'Union européenne : « *Le traité dont la Cour a pour mission d'assurer l'application, s'il a bien été conclu sous la forme d'un traité international et s'il en est un incontestablement, n'en constitue pas moins, du point de vue matériel, la Charte de la Communauté* »²⁵. Le droit primaire posséderait « *la substance de la Constitution* »²⁶, et l'existence d'une constitution matérielle justifierait l'emprunt des termes au droit constitutionnel classique pour qualifier le contrôle opéré par la Cour : « *on peut parler de contrôle constitutionnel ou quasi-constitutionnel ou paraconstitutionnel de la Cour de justice à une condition, ou plutôt, à deux conditions : d'une part de comparer le Traité à une*

²² P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? », in Constance GREWEG, Olivier JOUANJAN, Eric MAULIN, Patrick WACHSMANN (Dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, 2005, p. 116.

²³ M. FROMONT, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », *précité*, p. 154.

²⁴ L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, *précité*, p. 24.

²⁵ CJCE, 16 juillet 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité*, aff. 8/55, *Rec.*, 1955, p. 201.

²⁶ R. MONACO, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs des organisations internationales », *Mélanges offerts à Charles ROUSSEAU*, Pedone, 1974, p. 154.

*constitution (...) du fait qu'ils posent de grands principes, ce qui est la tâche de toute constitution ; d'autre part de pouvoir comparer les actes normatifs, non pas au sens formel, mais au sens matériel, à des lois (...). C'est donc à ces conditions que l'on peut établir cette comparaison »*²⁷. Dans cette mesure, la mission de sauvegarde des textes fondateurs assumée par la Cour s'apparenterait à celle d'une juridiction constitutionnelle (Section 1).

En outre, à l'instar encore d'une cour constitutionnelle européenne, la juridiction de l'Union détient le monopole de l'interprétation authentique de la « *Charte constitutionnelle* »²⁸. En effet, en vertu de l'article 344 TFUE²⁹, « *les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci* ». En contrepartie de ce dessaisissement, inconnu en droit international classique, les traités prévoient un dispositif complet de voies de recours permettant l'accès à l'interprétation authentique délivrée par la Cour, au premier rang desquels le mécanisme du renvoi préjudiciel. Par la force de l'interprétation, la juridiction de l'Union assure le caractère commun du droit de l'Union, l'unité, et la cohérence de son ordre juridique. Elle contribue également, par sa jurisprudence audacieuse, à faire des traités originaires des « *textes vivants* », à l'image d'une cour constitutionnelle. Néanmoins, si l'étude de sa jurisprudence permet de révéler des indices en faveur d'une parenté des deux modèles juridictionnels, il est loisible de constater que la juridiction de l'Union outrepassa la mission d'un juge constitutionnel dont le rôle n'est pas de se substituer au pouvoir constituant, mais simplement de servir d'aiguillage (Section 2).

²⁷ N. CATALANO, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes*, Carl Heymanns verlag KG, 1965, p. 557.

²⁸ Qualification prétorienne employée par la Cour de justice pour désigner les traités. Voir en ce sens : CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, 1986, p. 1365 (cf. pt. 23) ; CJCE, Avis 1/91, 14 décembre 1991, *Rec.*, 1991, p. 6079.

²⁹ Ex-article 292 TCE.

Chapitre 1 – La sauvegarde d’une « Charte constitutionnelle »

Les traités fondateurs de l’Union européenne peuvent-ils vraiment être considérés comme une constitution ? Pour certains auteurs, à l’instar du professeur Vlad CONSTANTINESCO, « *les traités communautaires ne forment qu’une constitution incomplète et insuffisante* »³⁰, tandis que pour d’autres, l’existence d’une constitution matérielle est d’ores et déjà établie : « *Matériellement, nous disposons déjà d’une constitution à travers les traités* »³¹.

Sur ce point, la jurisprudence de la Cour elle-même semble dubitative, hésitant sur la qualification à retenir pour désigner aussi bien les traités que l’ordre juridique de l’Union. Néanmoins, progressivement, et au prix d’une interprétation finaliste, la jurisprudence de la Haute juridiction de l’Union s’est éloignée des concepts du droit international, privilégiant des qualifications relevant du droit constitutionnel. C’est cette contribution prétorienne, consistant à « *soumettre l’ensemble de rapports juridiques touchant à la construction du Marché commun à une exigence de conformité aux règles supérieures du droit communautaire* », que la doctrine anglo-saxonne qualifie de « *constitutionnalisation de l’ordre juridique communautaire* »³². S’il est vrai que ce phénomène, encouragé par une partie de la doctrine, existe et perdure, à travers l’emploi de concepts de droit constitutionnel (Section 1), de nombreux obstacles s’opposent encore à l’assimilation pleine et entière des traités originaires à une constitution (Section 2).

Section 1 – La défense de la nature constitutionnelle du droit primaire

L’assimilation des traités à une constitution est d’abord le fait de la doctrine, recherchant en leur sein les indices révélateurs de l’existence d’une constitution matérielle ; voire même, pour certains auteurs, de l’existence d’une constitution formelle (I). Cette qualification, « *volontariste car effectuée malgré l’absence de cadre constitutionnel étatique* »³³, est aussi le fruit de la jurisprudence de la Cour elle-même (II).

³⁰ J. GERKRATH, *L’émergence d’un droit constitutionnel pour l’Europe*, Bruxelles, éd. De l’Université de Bruxelles, 1997, p. 124.

³¹ O. DUHAMEL, *Rapport sur la constitutionnalisation des traités*, Exposé des motifs, n°A5-0289/2000, Commission des affaires constitutionnelles du parlement européen, 12 octobre 2000.

³² AZOULAI, Loïc, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu’il se dégage de sa jurisprudence », RTDE, janvier-mars 2008, p. 34.

³³ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 217.

I – Une qualification doctrinale

Le terme de constitution ne figure dans aucun des traités. Pourtant, il est utilisé par la doctrine « *pour souligner et faire ressortir les particularités de l'ordre juridique* »³⁴ de l'Union. En 1965, Pierre PESCATORE s'interrogeait déjà : « *dans quelle mesure pouvons-nous voir dans les traités institutifs des communautés Européennes un droit constitutionnel ?* »³⁵. D'après l'auteur, le rattachement à la notion matérielle de la constitution s'explique par le caractère fondamental et structurel que revêt la norme constitutionnelle, et dont « *les Traités de Paris et de Rome sont indubitablement caractérisés* »³⁶. Ce rapprochement s'expliquerait par les caractéristiques très particulières de la construction européenne, qui lui permettent de mettre en œuvre des « *compétences de nature étatiques* »³⁷. En examinant le contenu même des traités, Ole DUE met en relief certains traits caractéristiques d'une constitution fédérale. En effet, les textes fondateurs ne déterminent pas seulement « *les tâches* » de l'Union, « *they also set out the general principles to be respected by the Member States as well as by the Community Institutions ; they establish the Institutions and provide them with the powers necessary for performing the tasks of the Communities ; they install a complicated system of checks and balances between the Institutions ; they define the relations between the Communities, their component States, third countries and international organizations ; they regulate the effect of Community acts within the internal legal order of the component State and they authorize the Community Institutions to make rules and take decisions directly binding on the individual subjects of these States. In so doing, they go much further than normal treaties establishing international organizations and they perform, in fact, the same functions as the Constitution of a federal State* »³⁸.

Pour certains, il faut entendre par constitution matérielle « *l'ensemble des dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire, quel que soit le rang qu'elles*

³⁴ R. BERNHARDT, « Les sources du droit communautaire : la « constitution » de la Communauté », in *Trente ans de droit communautaire*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Coll. Perspectives européennes, Bruxelles-Luxembourg, 1982, p. 74.

³⁵ P. PESCATORE, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », *précité*, p. 521.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, *précité*, p. 65.

³⁸ O. DUE, "A constitutional court for the European Communities" in *Constitutional adjudication in european community and national law*, *Mélanges O'Higgins*, London, Butterworths, 1992, pp. 26-27.

occupent »³⁹. Dès lors, même des principes non écrits, du moment qu'ils ont « valeur de droit communautaire originaire »⁴⁰, constituent des principes matériels de la Constitution. Rudolf BERNHARDT considère par exemple que l'attachement aux principes de la démocratie représentative, ou le respect des droits de l'homme, malgré le silence des traités fondateurs, « font néanmoins partie du droit constitutionnel non écrit de la Communauté »⁴¹. D'autres principes, inscrits dans les traités et communs aux Etats membres, contribuent également à ce rapprochement. C'est le cas notamment du principe de coopération loyale, qui n'est pas sans rappeler le principe de fidélité fédérale (Bundestreue) du droit allemand, du principe de l'équilibre institutionnel, proche de celui de la séparation des pouvoirs dans l'ordre interne, sans oublier le principe de subsidiarité. Ainsi, en concrétisant l'ordre juridique de l'Union, et en instituant une Communauté de droit assortie d'un système institutionnel spécifique, les traités contiendraient déjà une Constitution.

Allant plus loin, certains auteurs se prononcent également en faveur de l'existence d'une constitution formelle de l'Union européenne : « la créature ayant en quelque sorte échappé à ses créateurs, les traités constitutifs se seraient ainsi transformés avec le temps (...) en constitution formelle »⁴². Le caractère formellement constitutionnel des traités fondateurs se manifesterait dans « l'exclusion des règles de droit international, notamment en ce qui concerne la révision des traités et plus particulièrement la place attribuée à la pratique des Etats et des institutions par rapport aux traités et la nécessité de respecter la procédure de révision »⁴³. Pour Hélène GAUDIN, de la notion de constitution formelle, le droit primaire possède le caractère hiérarchiquement supérieur⁴⁴. L'auteur souligne également la « qualification formelle » dont bénéficient les traités, désignés par la Cour comme la « Charte constitutionnelle de base d'une communauté de droit »⁴⁵.

³⁹ R. BERNHARDT, « Les sources du droit communautaire : la « constitution » de la Communauté », in *Trente ans de droit communautaire*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Coll. Perspectives européennes, Bruxelles-Luxembourg, 1982, p. 74.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 85.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² G. GUILLERMIN, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », in *cinquante ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, pp. 525-539.

⁴³ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, précité, p. 70.

⁴⁴ H. GAUDIN, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, précité, p. 437.

⁴⁵ CJCE, Avis 2/94, 28 mars 1996, *Rec.*, 1996, p. 1759.

Mais cette qualification volontariste, souffrant de nombreuses contradictions – sauf à considérer l'avènement d'un « *nouveau modèle de juridiction constitutionnelle* »⁴⁶ – n'est pas seulement le fait de la doctrine : les concepts du droit constitutionnel se retrouvent également au sein de la jurisprudence de la Cour de justice elle-même.

II – Une qualification jurisprudentielle

L'emprunt prétorien de termes relevant du droit constitutionnel s'inscrit dans un mouvement plus large, celui de la constitutionnalisation du droit de l'Union⁴⁷. Telle que définie par Joseph H. H. WEILER dans les années quatre-vingt, la notion de constitutionnalisation « *implique un processus combiné et circulaire par lequel les traités ont été interprétés à l'aide de techniques utilisées pour les documents constitutionnels plutôt qu'à l'aide de celles utilisées pour les traités multilatéraux, un processus qui aboutit à conférer tout à la fois aux textes originaires des traités et à leurs effets les qualités d'un « droit supérieur » propre aux Constitutions* »⁴⁸. En introduisant une terminologie constitutionnelle dans sa jurisprudence, la Cour de justice contribue activement à ce processus de constitutionnalisation de l'Union.

Dès 1956, l'avocat général LAGRANGE met en lumière la spécificité des traités communautaires, constituant, d'un point de vue matériel, « *la Charte de la Communauté* »⁴⁹. Mais le terme de constitution n'apparaît formellement qu'en 1970, lorsque la Cour fait référence à la « *constitution interne de la Communauté* »⁵⁰. Toutefois, c'est avec l'arrêt prononcé par la Cour en 1986 dans le cadre d'une affaire opposant le Parlement européen au Parti écologiste « Les Verts », que s'impose véritablement l'usage de la terminologie constitutionnelle dans la sphère de l'Union. A cette occasion, la Cour de Luxembourg estime que « *la Communauté est une Communauté de droit en ce que ni ses Etats membres, ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la Charte*

⁴⁶ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 216.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 217.

⁴⁸ J. H. H., WEILER, « Supranationalism revisited : retrospective and prospective, the European Communities after 30 years », in Werner MAINHOFER (ed.), *Noi so mura : Selected Working papers of the European University Institute*, 1986, pp. 341-382.

⁴⁹ M. LAGRANGE, Conclusions sur CJCE, 16 juillet 1956, *Fédéchar c/Haute Autorité*, aff. 8/55, *Rec.*, 1956, p. 291.

⁵⁰ CJCE, Avis 1/76, 26 avril 1977, *Rec.*, 1977, p. 741.

constitutionnelle de base qu'est le traité »⁵¹. Cette qualification sera reprise par la Cour dans sa jurisprudence ultérieure, et ce à de nombreuses reprises. En témoigne notamment l'avis EEE du 14 décembre 1991, par lequel le juge de l'Union rappelle que les traités, « *bien que conclus sous la forme d'un accord international, n'en constituent pas moins la Charte constitutionnelle de base d'une communauté de droit* »⁵². Dans la même lignée l'avis du 28 mars 1996 réitère, et surtout va plus loin dans l'emploi de la terminologie constitutionnelle puisque la Cour assimile la révision des traités à une révision constitutionnelle en jugeant qu'une telle adhésion « *revêtirait une envergure constitutionnelle* » qui « *ne saurait donc être réalisée que par la voie d'une modification du traité* »⁵³. En ce sens, le juge de l'Union endosse en quelque sorte le rôle d'un « aiguilleur », à l'image d'un juge constitutionnel.

L'affirmation prétorienne du caractère constitutionnel du droit primaire découle là encore de l'étude du contenu des traités, et de la volonté de la Cour de consacrer l'autonomie et « *l'irréductible spécificité du système communautaire* »⁵⁴. Cette attitude « volontariste » ne saurait véritablement être reprochée à la Cour si l'on considère qu'elle œuvre en respectant la volonté des pères fondateurs de l'Union, qui voyaient dans les Communautés les prémisses d'une structure fédérale. Il demeure néanmoins que l'emprunt au droit constitutionnel pour qualifier les traités semble prématuré, et ce malgré l'état d'avancement de l'Union. En témoigne notamment le rejet par les « peuples d'Europe » du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Section 2 – La critique de la nature constitutionnelle des traités

Dans leur manuel de Droit constitutionnel, Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX reconnaissent que si les traités ne répondent pas à la « *définition normative* »⁵⁵ de la Constitution, ils répondent en bien des points à sa définition formelle et matérielle. Cependant, une simple ressemblance, même si elle se fonde sur des critères objectifs, ne justifie pas une assimilation, sans quoi celle-ci ne serait que le fruit d'une approche finaliste,

⁵¹ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, 1986, p. 1365 (cf. pt. 23).

⁵² CJCE, Avis 1/91, 14 décembre 1991, *Rec.*, 1991, p. 6079.

⁵³ CJCE, Avis 2/94, 28 mars 1996, *Rec.*, 1996, p. 1759.

⁵⁴ R. KOVAR, "La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire", RADE, Vol. IV, tome 1, 1993, p. 26.

⁵⁵ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 26.

et chacun pourrait finalement voir ce qu'il veut où il le souhaite, en fonction de ses convictions. Aussi noble le but poursuivi soit-il, le constat d'éléments de convergence ne suffit à légitimer la transposition terminologique car il ne faut pas oublier que l'Union ne bénéficie pas d'un cadre constitutionnel formel (I), et que la « Charte constitutionnelle » de l'Union est investie d'une primauté qui semble n'être que relative du point de vue de l'interniste (II).

I – L'absence de cadre constitutionnel formel

« Qu'est ce qu'une cour constitutionnelle sans Constitution ? Une cour constitutionnelle examine toute chose « au regard de la Constitution ». Elle commente celle-ci. Elle l'interprète. Dans une large mesure, elle lui donne vie. Elle prolonge et adapte l'œuvre constitutionnelle. Comment la Cour de justice pourrait-elle remplir cette fonction éminente alors que l'Union européenne ne dispose pas d'une Constitution, ne détient pas le pouvoir constituant et ne peut pas déterminer, si ce n'est par convention, le statut des gouvernés et des gouvernants ? »⁵⁶.

Dans un Etat de droit, la Constitution est la norme fondamentale supérieure de l'ordre juridique. Au sens formel, ne relèvent de la Constitution que « les normes ayant été adoptées selon une procédure formelle particulière qui les distingue alors des autres règles juridiques »⁵⁷. Charles EISENMANN la définissait comme « l'ensemble de règles dont la révision est soumise à une procédure exceptionnelle »⁵⁸. Cette définition formelle de la Constitution est très proche de la conception d'Hans KELSEN, pour qui la Constitution est constituée de dispositions qui « ne peuvent pas être abrogées ou modifiées de la même façon que les lois ordinaires, mais seulement par une procédure particulière, à des conditions de difficultés accrues »⁵⁹. Dès lors, il est loisible d'objecter à l'Union deux éléments déterminants en la matière : la forme internationale de l'élaboration des traités, et leur procédure de révision ; car même si elle associe les institutions de l'Union en matière d'initiative, ce sont les Etats membres qui décident en dernier ressort.

⁵⁶ F. DELPEREE, *Le fédéralisme en Europe*, PUF, Que sais-je ?, 2000, p. 99.

⁵⁷ B. PAUVERT, *Droit constitutionnel*, Studyrama, Panorama du droit, 3^{ème} éd., 2009, p. 137.

⁵⁸ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, précité, p. 4.

⁵⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Bruylant-LGDJ, Paris-Bruxelles, 1999, p. 225.

De surcroît, l'Union ne bénéficie pas d'un « *pouvoir constituant propre à la Communauté* »⁶⁰. Bien qu'il soit indéniable que certains traits caractéristiques d'une Constitution se retrouvent effectivement à l'examen du contenu des traités, il ne faut pas oublier qu'une Constitution est avant tout l'acte de volonté d'un peuple, ou plus précisément « *un acte d'autodétermination d'une société sur la nature et la forme de son unité politique* »⁶¹. A l'inverse, les traités institutifs de l'Union européenne ne découlent pas du peuple européen qui, par ailleurs, fait défaut⁶², mais des Etats membres, disposant seuls de la capacité de les modifier ou de les résilier : « *si l'on prend en compte les deux éléments à la base du constitutionnalisme, à savoir l'Etat de droit et le caractère démocratique, force est de constater que le volet démocratique est largement sous développé dans le traité constitutif de l'Union européenne. Contrairement aux Constitutions, le traité (...) ne découle pas du peuple et ne peut lui être imputé* »⁶³. Il s'ensuit que « *toute Constitution formelle est exclue* »⁶⁴.

En outre, l'absence de cadre étatique contribue également à refuser aux traités fondateurs la qualification de constitution. Pour certains auteurs, il ne peut y avoir de constitution sans Etat auquel elle s'applique. Autrement dit, l'Etat préexiste et la constitution lui est octroyée ensuite. Prise dans ce sens restreint, la notion de constitution ne peut être employée pour désigner les traités, « *étant donné qu'il ne s'agit ni d'un Etat, ni d'une structure analogue, même si l'on peut concevoir que le stade ultime de l'évolution puisse être une Union fédérale ou confédérale d'Etats* »⁶⁵. Pour d'autres, en revanche, une constitution ne s'applique pas exclusivement à un Etat. Elisabeth ZOLLER souligne notamment qu'en droit constitutionnel américain, « *le terme d'Etat n'est jamais appliqué à l'Union* », il désigne seulement l'Etat fédéré, le gouvernement fédéral n'étant pas un Etat au sens du droit constitutionnel, mais le

⁶⁰ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen, précité*, p. 66.

⁶¹ D. GRIMM, « Le moment est-il venu d'élaborer une Constitution européenne ? », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Presses de Sciences Po, 2002, p. 72.

⁶² L'article premier TUE fait lui-même référence, dans son deuxième alinéa, aux « *peuples de l'Europe* ».

⁶³ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen, précité*, p. 67.

⁶⁴ *Ibid.* p. 66.

⁶⁵ R. BERNHARDT, « Les sources du droit communautaire : la « Constitution » de la Communauté », in *trente ans de droit communautaire*, OPOCE, 1982, p. 73.

« *gouvernement d'une fédération d'Etats* »⁶⁶. Nous pouvons toutefois nous interroger quant au bien-fondé d'une telle affirmation.

Compte tenu de ces éléments, et puisqu'une cour constitutionnelle est « *l'instance principale pour la garde de la Constitution* »⁶⁷, comment la Cour de justice pourrait-elle assurer le rôle de gardien de la Constitution si celle-ci n'existe pas, ou plutôt, ne correspond que partiellement à sa description. Pour aller plus loin, à cet obstacle formel peut être ajouté celui de l'absence de Loi, au sens strict, faisant obstacle à l'admission d'un contrôle de constitutionnalité à l'échelle de l'Union. En effet, malgré la qualification formelle opérée par les traités⁶⁸, les « actes législatifs » issus des institutions ne peuvent être assimilés à des lois, au sens national du terme⁶⁹.

Enfin, si la Cour de justice de l'Union européenne consacre de bonne heure la primauté inconditionnelle et absolue du droit de l'Union, cette primauté ne saurait véritablement être assimilée à la notion de suprématie de la Constitution, dans la mesure où celle-ci n'en revêt pas toutes les caractéristiques.

II – Le caractère ambigu de la primauté du droit de l'Union

Consciente du péril que faisait courir à l'ordre juridique naissant le silence des traités communautaires au sujet de la primauté du droit de l'Union sur le droit interne des Etats membres, la Cour de justice en a affirmé le principe en des termes vigoureux à l'occasion de l'arrêt *Costa c/ENEL*, le 15 juillet 1964. Selon une jurisprudence constante, le droit de l'Union revêt une primauté générale et absolue. Ceci étant, la reconnaissance de la prééminence du droit de l'Union par les juridictions nationales des Etats membres ne s'est pas faite sans encombre, et aujourd'hui encore, elle demeure imparfaite (A). En réalité, la primauté, en droit de l'Union, ne saurait être confondue avec la supériorité absolue accordée à un droit

⁶⁶ E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *Rec., Cours La Haye*, tome 294, 2002, p. 61.

⁶⁷C. GUSY, « Juge constitutionnel et « gardien de la Constitution » », in Constance GREWE, Olivier JOUANJAN, Eric MAULIN, Patrick WACHAMANN (Dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, 2005, p. 169.

⁶⁸ Article 263 TFUE, en vertu duquel « La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs ».

⁶⁹ Le Parlement européen est simplement « associé » à la procédure législative, ses prérogatives ne sont pas comparables à celles des parlements nationaux à bien des égards, et ce malgré l'accroissement de ses pouvoirs opéré successivement par les révisions des traités, et plus récemment par le traité de Lisbonne.

de nature fédérale. Selon Olivier DORD, la primauté du droit de l'Union ne serait ni relative, ni absolue, dans la mesure où celle-ci procède et profite de la prééminence des constitutions nationales (B).

A – Une primauté absolue ?

Le droit de l'Union bénéficie-t-il d'une primauté générale et absolue ? La réponse à cette question très controversée semble n'être qu'une question de point de vue : « *primauté absolue pour le droit communautaire (1), primauté relative pour le droit constitutionnel (2) : les deux positions répondent, certes chacune, à une logique, celle de leur ordre juridique, mais elles sont aussi, par là, antagonistes pour ne pas dire « destructrices ». Entre ces deux branches de l'alternative, le choix est-il alors possible sauf à se faire politique ?* »⁷⁰.

1 – La consécration prétorienne du caractère absolu de la primauté

Absolue, bien sûr, la primauté est définie comme telle par le juge de l'Union. Ce principe, découlant naturellement de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union⁷¹, n'est pas un principe comme les autres⁷², bien qu'il ne soit toujours pas inscrit formellement dans les traités⁷³. Il s'agit en effet d'une condition essentielle, voire « existentielle »⁷⁴ ; indispensable à la « *préservation de l'ordre juridique communautaire* »⁷⁵. La primauté revêt selon Hélène GAUDIN une importance toute particulière « *pour la triple raison de sa nature, de sa valeur*

⁷⁰ H. GAUDIN, « Primauté « absolue » ou primauté « relative » ? », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel - Droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, Droit Public Positif, 2001, p. 99.

⁷¹ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*, aff. 6/64, Rec., 1964, p. 1141. Selon les termes de l'arrêt, « *Issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait, 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* ».

⁷² H. GAUDIN, « Primauté « absolue » ou primauté « relative » ? », *précité*, p. 97.

⁷³ Voir notamment la déclaration sur la primauté annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne, et plus particulièrement l'avis du service juridique du Conseil de l'Union européenne en date du 22 juin 2007 selon lequel « *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), 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* ».

⁷⁴ P. PESCATORE, *l'ordre juridique des Communautés Européennes*, Presses Universitaires de Liège, 1973, p. 227 ; cité par H. GAUDIN, « Primauté « absolue » ou primauté « relative » ? », *précité*, p. 97.

⁷⁵ H. GAUDIN, « Primauté « absolue » ou primauté « relative » ? », *précité*, p. 97.

et de sa fonction dans l'ordre juridique communautaire ». D'après Robert KOVAR, le principe de primauté est « *consubstantiel au système juridique communautaire* », dans la mesure où « *tolérer qu'une norme nationale puisse être judiciairement opposée au droit primaire reviendrait à lui faire perdre son caractère communautaire, et mettrait en cause la base juridique de la Communauté* »⁷⁶. En effet, admettre un tel raisonnement constituerait un obstacle à l'uniformité du droit de l'Union dès lors que l'application effective de ce droit varierait en fonction de l'étendue du droit constitutionnel des Etats : « *le respect dû à l'identité constitutionnelle des Etats membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales. S'il en était ainsi, les constitutions nationales pourraient devenir un instrument permettant aux Etats membres de s'affranchir du droit communautaire dans des domaines déterminés. Bien plus, il pourrait en résulter des discriminations entre Etats membres en fonction du contenu donné par chacun d'eux à leurs constitutions nationales* »⁷⁷. Ceci étant, si du point de vue de l'Union, de la primauté découle la prééminence de l'ensemble du droit de l'Union à l'égard de l'ensemble des normes du droit interne, y compris les normes de nature constitutionnelle, la conception de la primauté retenue par les Cours constitutionnelles nationales ne revêt pas la même dimension.

2 – La difficile et imparfaite reconnaissance de la prééminence du droit de l'Union sur le droit interne

Les solutions adoptées par les juridictions internes des Etats membres quant à la portée du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux ont été trop abondamment et trop savamment étudiées pour qu'il soit utile de se livrer, dans le cadre de cette étude, à une analyse approfondie, qui nécessiterait à elle seule un ouvrage autonome. Tout au plus apparaît-il opportun de rappeler brièvement les orientations dominantes retenues par les juridictions constitutionnelles nationales.

En réaction à l'affirmation prétorienne du caractère absolu de la primauté, s'est développée une « résistance » des juridictions nationales au moment de donner pleine portée à ce

⁷⁶ R. KOVAR, "La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire", *précité*, pp. 60-61.

⁷⁷ M. POIARES MADURO, Conclusions sur CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki c/Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos*, aff. 213/07, *Rec.*, 2008, p. 9999.

principe dans l'ordre interne. Le point d'achoppement étant essentiellement celui de la confrontation entre normes communautaires et normes constitutionnelles.

Assurément, cette vision communautaire de la primauté pouvait difficilement être acceptée par le juge national pour lequel la Constitution constitue la norme suprême de son ordre juridique : « *Le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre* »⁷⁸. A cet égard, les jurisprudences des cours constitutionnelles allemandes et italiennes sont particulièrement révélatrices de cette attitude protectionniste, partagée par la majorité des juridictions suprêmes des Etats membres. Afin de préserver la suprématie de certaines règles constitutionnelles tenant au respect des droits fondamentaux et à la structure constitutionnelle de l'Etat, ces juridictions ont développé la théorie dite des « contre limites ». En ce qui concerne le droit dérivé, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand s'est reconnu compétent pour contrôler un règlement « *aussi longtemps* » que l'ordre juridique communautaire n'assurera pas un niveau de protection des droits fondamentaux équivalent à celui garanti par la Loi fondamentale⁷⁹. Toutefois, dès lors que le niveau de protection des droits par le droit primaire s'avéra satisfaisant, la Cour de Karlsruhe accepta de suspendre l'exercice de sa compétence, précisant toutefois sa possible réactivation en cas de nécessité⁸⁰. Quant à la Cour constitutionnelle italienne, si dans l'arrêt *Frontini*, celle-ci exclut tout contrôle sur les actes de droit dérivé⁸¹, la Cour consacra toutefois elle aussi la théorie des contre limites⁸². D'après sa jurisprudence, ce contrôle est réservé à l'hypothèse selon laquelle l'acte de droit dérivé sortirait des limites fixées par l'article 11 de la Constitution italienne au sujet de l'adhésion de l'Italie à un traité et violerait « *les principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne* ». Enfin, le Conseil constitutionnel français, dans sa décision du 10 juin 2004⁸³, consacre lui aussi une réserve à la primauté du droit de l'Union : la primauté est inapplicable s'il existe une disposition constitutionnelle « *expresse* » contraire, et que celle-ci revêt un caractère « *spécifique* », c'est-à-dire sans équivalent dans l'ordre juridique de l'Union. Dans

⁷⁸ Cah. Cons. Const. 2005. 18. 8.

⁷⁹ BVerfGE, 29 mai 1974, *Solange I*, aff. 37, 271.

⁸⁰ BVerfGE, 22 octobre 1986, *Solange II*, aff. 73, 339.

⁸¹ Jugement n° 183/73, 27 décembre 1973, *Frontini e pozzani /Min. Fin.*, Riv. dir. int., 1974, p. 130.

⁸² Jugement n° 170/84, 8 juin 1984, *Granital/Amm. Finanze*, Giurisprudenza costituzionale, 1984, p. 1098.

⁸³ Cons. Const. 10 juin 2004, n° 2004-476 DC, *Rec. Cons. const.* p. 101.

la même lignée, la décision du 27 juillet 2006⁸⁴ confirme cette jurisprudence : « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* ». Malgré une certaine évolution jurisprudentielle en faveur d'une primauté « tempérée », l'existence de ces réserves heurte de front la conception absolue de la primauté du droit de l'Union.

B – Ni relative, ni absolue : une primauté conditionnée

Selon la conception d'Olivier DORD, la primauté du droit de l'Union ne serait « *ni absolue, ni relative* ». Aucune de ces deux qualifications ne seraient pleinement opératoires : « *la thèse absolutiste n'est totalement applicable ni en droit communautaire, ni en droit interne (et) la thèse relativiste est dépassée lorsque le droit communautaire profite de la prééminence de la Constitution* »⁸⁵.

La primauté, en droit de l'Union, ne peut être confondue avec la supériorité absolue accordée à un droit de nature fédérale. Tout d'abord, la garantie de la primauté sur le droit interne des Etats membres ne peut être directement assurée par le juge de l'Union, incompetent pour annuler une norme nationale qui violerait le droit primaire. Cette carence justifie par ailleurs que la Cour de Luxembourg ne puisse être assimilée à une cour constitutionnelle fédérale, telle que la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Et si le mécanisme du renvoi préjudiciel en interprétation « *tente de pallier (...) l'absence d'annulation centralisée d'un acte étatique* » en assurant l'interprétation uniforme du droit de l'Union, il demeure que la Cour n'est jamais saisie directement d'une affaire : « *elle interprète seulement le droit communautaire applicable afin que le juge interne, à l'origine du renvoi, puisse statuer* »⁸⁶. Ensuite, le juge national est habilité, par sa propre Constitution d'abord, et par la Cour de justice elle-même, à veiller à l'application du droit de l'Union. N'ayant pas les moyens d'assurer lui-même la suprématie « autoproclamée » de son ordre juridique, le juge de l'Union s'en remet aux juridictions nationales en les habilitant à

⁸⁴ Cons. const. 27 juillet 2006, n°2006-540 DC, *Rec. Cons. const.* p. 88.

⁸⁵ O. DORD, « Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel - Droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, Droit Public Positif, 2001, p. 122.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 123.

procéder à cette hiérarchisation⁸⁷, sans pouvoir néanmoins les y contraindre totalement. En 1976, dans l'arrêt *Rewe*, le juge de l'Union considère en effet que « *c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct du droit communautaire* »⁸⁸. La Cour ajoute, en 1978, dans sa jurisprudence *Simmenthal*⁸⁹, que cette habilitation vaut également pour les normes de nature constitutionnelle. Or, le juge ordinaire « *tire sa compétence directement ou implicitement de la Constitution* », dès lors, comment pourrait-il écarter, au profit du droit de l'Union, « *la norme qui fonde à la fois sa légitimité et sa compétence* »⁹⁰.

Enfin, la primauté du droit de l'Union, en droit interne, procède de la Constitution pour la majorité des Etats membres. En effet, la procédure de ratification du traité de Maastricht a été l'occasion d'insérer dans plusieurs constitutions nationales des dispositions spécifiques relatives à la construction de l'Union. Les formulations retenues emportent consentement aux transferts des compétences nécessaires à la participation de l'Etat au développement de cet ordre supranational. Ces insertions constitutionnelles justifient dès lors la conception interniste selon laquelle la prééminence du droit de l'Union est « *le plus souvent fondée sur la base du droit constitutionnel et jamais en raison de sa seule nature spécifique, du moins dans les Etats disposant d'une constitution normative* »⁹¹. En témoigne notamment la décision du Conseil constitutionnel français en date du 10 juin 2004⁹², à l'occasion de laquelle le Conseil rappelle que la transposition d'une directive résulte d'une exigence constitutionnelle, et que par conséquent c'est la Constitution elle-même qui consent à sa propre subordination, manifestant ainsi sa suprématie dans l'ordre interne. Dans la même lignée, une décision du Tribunal constitutionnel polonais en date du 11 mai 2005⁹³ rappelle que la primauté est fondée sur la Constitution polonaise, et que l'obligation d'interpréter le droit national d'une manière favorable au droit de l'Union trouve ses limites lorsque le conflit concerne une disposition expresse de la Constitution. Si une telle non-conformité avait lieu, le seul législateur constitutionnel polonais, souverain, serait en droit de prendre

⁸⁷ Il s'agit du principe de l'autonomie procédurale des Etats membres.

⁸⁸ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe c/Landwirtschaftskammer Saarland*, aff. 33/76, *Rec.*, 1976, p. 1989.

⁸⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des Finances c/Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, 1976, p. 629.

⁹⁰ O. DORD, « Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », *précité*, p. 123.

⁹¹ *Ibid.*, p. 129.

⁹² Cons. const. 10 juin 2004, n° 2004-476 DC, *Rec. Cons. const.* p. 101.

⁹³ Décision K 18/04, 11 mai 2005, *Appartenance de la Pologne à l'Union européenne*.

une décision sur le mode de sa résolution, y compris de considérer la finalité d'une révision de la Constitution. Dans ces conditions et dans l'état actuel de la construction de l'Union, la primauté absolue s'avère donc « *irréalisable* »⁹⁴.

Ceci étant, bien que les traités ne puissent être assimilés à une constitution au sens de l'interniste, et étant donné qu'une comparaison n'implique pas une assimilation, rien n'empêche de relever des points de convergence quant aux attributions et fonctions exercées par la Cour de justice et celles attribuées à une cour constitutionnelle nationale. Aussi la Cour de Luxembourg bénéficie-t-elle, à l'instar d'une juridiction constitutionnelle, du monopole de l'interprétation authentique des textes fondateurs de son ordre juridique.

⁹⁴ O. DORD, « Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », in H. GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel - Droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, Droit Public Positif, 2001, pp. 123-125.

Chapitre 2 – Le monopole de l’interprétation authentique des traités

Bien que s’exerçant sur des objets distincts du constitutionnalisme classique, la Cour de justice de l’Union européenne bénéficie, à l’instar d’une cour constitutionnelle nationale, du monopole de l’interprétation des textes fondateurs de son ordre juridique. En ce sens, elle s’apparente à une juridiction constitutionnelle (Section 1). Néanmoins, là encore la correspondance n’est que partielle lorsque la Cour de justice outrepassa le rôle d’un juge constitutionnel, allant bien au-delà de ses prérogatives (Section 2).

Section 1 – Le maintien de l’unité et de la cohérence de l’ordre juridique de l’Union par la force de l’interprétation authentique

Comme l’indiquait déjà Pierre PESCATORE à la fin des années soixante, « *L’ordre juridique communautaire est un, unique, uniforme ou il n’est pas* »⁹⁵. La détermination de la Cour de justice à maintenir la cohérence de son ordre juridique ne s’est pas fondée uniquement sur des arguments juridiques. La juridiction de l’Union a puisé cette exigence d’unité dans les objectifs politiques des traités fondateurs. Pour être véritablement communes, les politiques confiées aux communautés et notamment la mise en place d’un marché commun, commandaient que le droit de l’Union soit appliqué selon la même interprétation et avec la même force sur l’ensemble des territoires des Etats membres. Il était effectivement inconcevable que l’ordre juridique naissant dépende d’une lecture nationale des textes communautaires. Aussi, bien que les juridictions nationales soient les juridictions d’application de droit commun du droit de l’Union, la Cour de justice demeure la seule juridiction habilitée à interpréter de façon authentique le droit de l’Union⁹⁶. L’unité d’interprétation du droit primaire – et dérivé – est la condition *sine qua non* de l’unité et de la cohérence de l’ordre juridique de l’Union (I). Pour rendre l’ensemble opératoire, le mécanisme préjudiciel est progressivement devenu le vecteur privilégié de la coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales (II).

⁹⁵ P. PESCATORE, « Droit communautaire et droit national selon la jurisprudence de la CJCE », 1969, Chron., p. 183.

⁹⁶ Cf. Article 19 TUE selon lequel la Cour de justice de l’Union européenne « assure le respect du droit dans l’interprétation et l’application des traités ».

I – L’indispensable centralisation de l’interprétation authentique

Garante de son ordre juridique, la Cour de justice de l’Union européenne assure son unité et sa cohérence « *face au droit international – mais surtout – face aux droits nationaux* ». Pour ce faire, le juge de l’Union assure le « *caractère commun* » du droit primaire ou dérivé « *par la force de l’interprétation* »⁹⁷. A l’origine, le monopole d’interprétation du droit de l’Union dont bénéficie la Cour de justice trouva son fondement sur deux dispositions du traité lui octroyant à la fois le pouvoir d’interpréter de façon authentique les traités et l’exclusivité de ce pouvoir. C’est par une lecture combinée des articles 220 TCE et 234 TCE, repris respectivement par les articles 19 TUE et 267 TFUE, que le juge de l’Union entendait conduire à cette unité. Dans ses premiers arrêts, la Cour de justice a clairement affirmé l’autonomie de l’ordre juridique communautaire comme distinct des ordres juridiques nationaux⁹⁸. Toutefois, l’originalité et la spécificité du droit de l’Union, qui vient s’imbriquer dans les droits nationaux et qui puise en eux ses modalités d’exécution, a conduit la Cour à encourager la coopération judiciaire des juridictions nationales. Si l’autonomie juridictionnelle et législative est importante, elle doit se plier aux exigences qui découlent du droit de l’Union. Pour ce faire, le système juridictionnel de l’Union présente une originalité organique unique : les juridictions nationales sont les juridictions d’application de droit commun du droit de l’Union, mais la Cour de justice est la seule juridiction habilitée à interpréter le droit de l’Union de façon authentique⁹⁹. Seul le choix de la concentration de l’interprétation entre les mains d’une juridiction unique était en mesure d’assurer que le droit décidé en commun soit appliqué de manière uniforme sur l’ensemble des territoires des Etats membres.

Selon l’article 19 TUE alinéa premier, reprenant les dispositions de l’ancien article 220 TCE, « *la Cour de justice assure le respect du droit dans l’interprétation et l’application des traités* ». La Cour, investie de cette mission, est maîtresse de l’interprétation de l’article même qui fonde sa compétence. Ainsi, au-delà des limites qu’elle peut effectivement trouver dans les traités, sa compétence s’étend aussi loin que vont les objectifs de celui-ci. Politiquement, ce monopole n’est pas sans conséquence et implique l’obligation pour les juridictions

⁹⁷ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*. p. 213.

⁹⁸ CJCE, 26 décembre 1960, *Humblet c/Etat Belge*, aff. 6/60, *Rec.*, 1960, p. 145 ; CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenbogerd c/ Bosch e.a.*, aff. 13/61, *Rec.*, 1962, p. 101. Selon les termes de la Cour, « *le droit national (...) et le droit communautaire, constituent deux ordres juridiques distincts et différents* ».

⁹⁹ Cf. Article 19 TUE (ex-article 220 TCE).

nationales de s'en remettre à la juridiction de l'Union, dont la jurisprudence revêt l'autorité de chose interprétée¹⁰⁰. Les juridictions nationales ne pouvant unilatéralement interpréter les traités¹⁰¹, « *l'éloignement de la logique internationale est donc bien réel (...) la possibilité de manquement à leur encontre en étant la preuve flagrante* »¹⁰².

Ce monopole est une conséquence pratique de l'option choisie par les Hautes parties contractantes de laisser aux juridictions nationales le soin d'appliquer le droit de l'Union. Le renvoi de toutes les questions relatives à l'interprétation du droit primaire et dérivé, vers une seule Cour, représentait le meilleur moyen de contrôler l'uniformité d'application du droit « commun » dans l'ensemble de l'Union tout en permettant d'éviter que se créent des divergences de jurisprudence selon les Etats membres.

II – Le renvoi préjudiciel, vecteur privilégié de la coopération judiciaire

De toutes les voies de droit possibles, la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE est celle qui illustre au plus haut point l'emprise de la Cour de justice sur l'interprétation authentique du droit de l'Union. C'est aussi celle qui lui permet, le plus et le mieux, d'asseoir son autorité. D'après Denys Simon, il était « *nécessaire* », « *dans la mesure où les traités ont confié aux juridictions nationales la mission d'assurer l'application du droit communautaire (...) de prévoir un mécanisme susceptible d'assurer l'uniformité d'interprétation et d'application des règles communautaires sur l'ensemble du territoire de la Communauté* ». Ainsi, « *en l'absence de hiérarchie juridictionnelle organique entre le juge communautaire et les juges nationaux* », excluant « *une régulation par la voie de la cassation, les traités ont établi (...) un dispositif de coopération juridictionnelle fondé sur la technique du renvoi préjudiciel* »¹⁰³.

La procédure du renvoi préjudiciel a été conçue comme une procédure incidente, interrompant l'instance devant le juge national, et objective car non contentieuse, reposant sur la collaboration judiciaire. La question préjudicielle posée au juge de l'Union peut concerner une demande d'interprétation du droit de l'Union ou une question de validité de

¹⁰⁰ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 215.

¹⁰¹ Cf. Article 344 TFUE (ex-article 292 TCE).

¹⁰² H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 215.

¹⁰³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 3ème édition, 2001, p. 661.

la norme de droit dérivé. Dans le premier cas, la réponse donnée par la Cour de justice contribue à la création d'une jurisprudence unique et commune dont la finalité est d'uniformiser l'application du droit de l'Union sur l'ensemble du territoire des Etats membres. Dans le deuxième cas, la question préjudicielle s'apparente à un contrôle de constitutionnalité a posteriori, voire à un mécanisme qui viendrait compléter le système de contrôle de la légalité communautaire déjà existant mais considéré par beaucoup comme trop restrictif. Selon Hélène GAUDIN, le mécanisme du renvoi préjudiciel est inspiré des procédures incidentes « *qui permettent d'interroger les Cours constitutionnelles italiennes et allemandes sur la conformité des lois à la Constitution* »¹⁰⁴. L'analogie peut désormais tout aussi bien être effectuée au regard du mécanisme français de la question prioritaire de constitutionnalité.

La Cour de justice est traditionnellement seule compétente en matière préjudicielle, et bien que le Tribunal de première instance de l'Union européenne soit formellement habilité à connaître d'une question préjudicielle¹⁰⁵, cette possibilité ne s'est jamais concrétisée dans la pratique. Si toutefois cette hypothèse, en raison notamment d'une surcharge de la Cour de justice, était amenée à se produire, celle-ci dispose, à l'instar d'une Cour suprême fédérale, de mécanismes de contrôle mis à sa disposition afin de préserver l'unité et la cohésion de l'interprétation.

Quant aux effets des arrêts préjudiciels, ceux-ci sont obligatoires pour le juge de renvoi. A l'occasion de l'arrêt *Wünsche*¹⁰⁶, en 1986, la Cour de justice a elle-même explicitement évoqué l'autorité de chose jugée qui s'attache à ses arrêts préjudiciels. Cet effet obligatoire vaut non seulement pour l'auteur de la saisine, mais également pour toutes les juridictions appelées à statuer, du fait de l'exercice des voies de recours internes, dans la même affaire. A cette autorité relative Denys SIMON ajoute une autorité *erga omnes*, « toute *autre juridiction de l'un quelconque des Etats membres* » ayant interdiction « *de s'écarter de la*

¹⁰⁴ R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, 1997, p. 31, cité par H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 213.

¹⁰⁵ Le mécanisme du renvoi préjudiciel a fait l'objet d'un profond bouleversement avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} février 2003, du Traité de Nice introduisant à l'ex-article 225 TCE, paragraphe 3 (repris par l'article 256 TFUE), la possibilité pour le Tribunal de connaître d'une question préjudicielle. L'article précise toutefois que « *Lorsque le Tribunal de première instance estime que l'affaire appelle une décision de principe susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit communautaire, il peut renvoyer l'affaire devant la Cour de justice afin qu'elle statue* ».

¹⁰⁶ CJCE, 5 mars 1986, *Wünsche c/Allemagne*, aff. 69/85, *Rec.*, 1986, p. 947.

solution retenue par la Cour dès lors qu'elle serait appelée à trancher une question identique »¹⁰⁷. Cette notion d'autorité de chose interprétée, sensiblement proche du concept de précédent attaché aux décisions de la Cour suprême américaine, a été définie par la Cour de justice à l'occasion de l'arrêt *Da Costa*. A cette occasion, le juge de l'Union rappelle que le juge national est lié par son interprétation, « *soit qu'il l'ait lui-même provoquée, soit qu'il soit saisi d'une question matériellement identique* »¹⁰⁸. Quant aux effets de la constatation par le juge de l'Union de l'invalidité d'un acte de droit dérivé, face au silence des traités, la Cour de justice a considéré que l'auteur de l'acte doit être contraint de modifier ou d'abroger l'acte déclaré invalide¹⁰⁹.

Le pouvoir d'interprétation exercé par la Cour de justice à travers le mécanisme du renvoi préjudiciel offre au juge de l'Union la capacité d'opérer, en l'espèce, un contrôle indirect du droit national. Si en théorie la question préjudicielle est toujours une question qui vise l'explicitation du droit de l'Union, le juge national qui opère le renvoi, comme le juge qui le réceptionne, sont aspirés par l'enjeu national de la solution, un enjeu qui dépasse celui spécifique au litige. Force est de constater par ailleurs le succès de la coopération judiciaire instaurée par le mécanisme du renvoi préjudiciel, près de soixante ans après son institution. En témoignent notamment les récents renvois opérés par les cours constitutionnelles nationales, et notamment par le Conseil constitutionnel français¹¹⁰.

« *Interprétation authentique, autorité de chose interprétée, tout concourt donc à la puissance de la jurisprudence communautaire* »¹¹¹. Ceci étant, nous pouvons nous interroger quant à l'étendue de cette puissance prétorienne, qui semble parfois se déployer bien au-delà des prérogatives traditionnelles d'un juge constitutionnel ordinaire.

Section 2 - Un rôle créateur outrepassant celui d'un juge constitutionnel

Le monopole de l'interprétation authentique des traités s'accompagne, comme pour le juge constitutionnel en droit interne, d'un pouvoir de création du droit (I). Ainsi, « *Permettant*

¹⁰⁷ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 699.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 700.

¹⁰⁹ CJCE, 19 octobre 1977, *Rückdeschel c/Hauptzollamt Itzehoe*, aff. 117/76, *Rec.*, 1977, p. 1753.

¹¹⁰ Cons. Const. 4 avril 2013, n° 2013-314 QPC.

¹¹¹ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », précité, p. 216.

aux traités de s'adapter aux besoins de la société, en contact direct avec elle à travers les renvois préjudiciels, la Cour de Luxembourg a fait (...) des traités fondateurs des textes vivants »¹¹². Cependant, en raison de sa jurisprudence « à la fois si puissante et si innovante », le juge de l'Union semble s'éloigner de l'office d'un juge constitutionnel classique et s'expose à la critique du « gouvernement des juges »¹¹³ (II).

I – Le pouvoir normatif du juge de l'Union

« Si la doctrine traditionnelle n'a pas su apercevoir que la décision juridictionnelle n'est que la continuation du processus de création du droit, si elle est tombée dans l'erreur de lui attribuer le caractère de fonction simplement déclarative, c'est parce qu'elle n'a pas pris conscience de la fonction normative des décisions juridictionnelles »¹¹⁴. Comme le souligne Hans KELSEN, l'office du juge ordinaire ne se limite pas simplement à dire le droit selon la conception de MONTESQUIEU. Au contraire, le juge détient un pouvoir normatif sur les normes qu'il a à appliquer, et la Loi, « jusqu'à intervention du juge, n'a de sens vrai ni de sens faux. C'est l'interprétation authentique qui lui donne un sens et lui confère par là la signification objective d'une norme »¹¹⁵. On peut et l'on doit sans doute souhaiter, avec Hans KELSEN, que cette puissance prétorienne demeure limitée et encadrée, mais on ne peut valablement refuser à la jurisprudence sa place parmi les sources du droit.

Du fait de sa place dans l'équilibre des pouvoirs, le pouvoir normatif du juge constitutionnel se trouve amplifié. Selon Franck MODERNE, « L'habilitation constitutionnelle à juger, à dire le droit, emporte habilitation à forger des normes jurisprudentielles par une sorte d'extension naturelle du pouvoir souverain attribué au juge, lequel peut s'insérer ainsi dans la hiérarchie des autorités dotées d'un pouvoir normatif »¹¹⁶. En effet, en interprétant la Constitution, en choisissant tel sens donner à une disposition plutôt que telle autre, le juge constitutionnel participe évidemment à l'élaboration des règles constitutionnelles. Et comme les

¹¹² H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », précité, p. 216.

¹¹³ L'expression d'Edouard Lambert traduit la crainte d'une suprématie judiciaire du fait d'un pouvoir d'interprétation trop important. Voir E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

¹¹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, précité, p. 239.

¹¹⁵ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études à la mémoire de Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 149.

¹¹⁶ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », RFDA, 1999, Vol. 4, pp. 732-733.

constitutions sont souvent des textes courts, sommaires, se bornant à dire l'essentiel de l'organisation des pouvoirs et de leurs limites, le pouvoir d'interprétation des juges qui appliquent la Constitution est évidemment très important, et consiste en partie à pallier l'insuffisance normative matérielle des normes constitutionnelles.

A l'instar d'un juge constitutionnel, le juge de l'Union voit son pouvoir normatif amplifié par le monopole de l'interprétation authentique des traités. Dès l'origine des Communautés, les traités fondateurs confient à la Cour de justice la mission extrêmement vaste d'assurer « *le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité* »¹¹⁷. Cette habilitation générale offre à la juridiction de l'Union « *une marge de manœuvre suffisamment large pour que celle-ci soit amenée à exercer une fonction primordiale dans le système juridique communautaire* »¹¹⁸. Ainsi, comme l'explique Christophe MAUBERNARD, « *c'est principalement la Cour de justice qui détient les moyens juridiques permettant de définir puis de renforcer le système juridique de la Communauté européenne. La mission du juge n'est donc plus comprise uniquement en rapport avec la garantie des libertés offertes par un système juridique donné, c'est-à-dire le respect des droits et obligations qui en découlent. La Cour de Luxembourg, pour des raisons spécifiques à l'ordre juridique communautaire, et parce que ce dernier est un ordre juridique autonome et d'intégration, sera dans le même temps amenée à définir ces droits et ces obligations avant qu'elle n'ait à assurer leur respect ; en d'autres termes, le recours à des normes jurisprudentielles est justifié par les prémisses initiales contenues dans les traités, alors même que ce juge ne disposait pas toujours des instruments susceptibles de poursuivre la réalisation des objectifs fixés ou rendaient ces derniers dépendant d'appréciations distinctes voire divergentes* »¹¹⁹.

Par l'élaboration d'une jurisprudence dynamique et constructive, la Cour de justice a contribué à façonner l'ordre juridique de l'Union. Selon Robert KOVAR, les traités sont interprétés par la juridiction de l'Union « *selon une méthode systématique, téléologique et surtout dynamique, similaire à celles utilisées par les juges constitutionnels des Etats*

¹¹⁷ Article 19 TUE (ex-article 220 CE).

¹¹⁸ S. ARTAUD-VIGNOLLET, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, Thèse, Toulouse, 2003, p. 70.

¹¹⁹ C. MAUBERNARD, *Les normes jurisprudentielles de la Cour de justice des Communautés européennes : contribution à l'étude du pouvoir judiciaire communautaire*, Thèse, Université de Montpellier I, 2001, p. 5.

membres »¹²⁰. Certaines de ces plus célèbres jurisprudences sont d'ailleurs qualifiées par la doctrine de « *quasi constituantes* »¹²¹, le juge de l'Union ayant parfois été amené à pallier « *la carence du législateur communautaire* »¹²². Mais ce pouvoir normatif de la jurisprudence communautaire n'est-il pas, finalement, si puissant qu'il semble s'éloigner du modèle de la justice constitutionnelle ?

II – Une Cour surpuissante ?

Selon le doyen FAVOREU, la légitimité du juge constitutionnel tient à ce qu'il ne dispose pas du « *dernier mot* » : « *ce qui fonde la légitimité du juge constitutionnel c'est que, normalement, le contrôle qu'il exerce et la censure qu'il peut prononcer à l'encontre d'un texte législatif, ne s'analyse pas comme un verrou ou un barrage, mais comme un aiguillage : c'est-à-dire que l'obstacle opposé par le juge constitutionnel à une loi ordinaire n'est pas définitif et peut être levé par le vote d'une loi constitutionnelle ; en conséquence, le contrôle de constitutionnalité joue le rôle d'un aiguillage en orientant les réformes vers la voie normative adéquate* »¹²³. Autrement dit, « *si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant, peut, dans une sorte de lite de justice, briser leurs arrêts* »¹²⁴.

Selon cette conception de la justice constitutionnelle, la fonction normative de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne s'expose à la critique. Aussi, Hélène GAUDIN constate à juste titre que la puissance normative de la jurisprudence communautaire peut être évaluée « *de manière positive* », en raison notamment, comme nous l'avons abordé, de sa contribution à l'édification d'un ordre juridique autonome, mais également, « *de manière négative* » : « *il est aisé de renverser le propos, et de critiquer cette jurisprudence à la fois si puissante et si innovante justement pour sa puissance et sa force*

¹²⁰ R. KOVAR, "La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire", RADE, Vol. IV, tome 1, 1993, p. 25.

¹²¹ Qualification employée notamment par Hélène GAUDIN pour désigner les jurisprudences communautaires relatives à la primauté, l'effet direct, ou encore aux droits fondamentaux. Voir H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 216.

¹²² P. PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatsintegration, Gedächtnisschrift für Léontin-Jean CONSTANTINESCO*, Carl Heymans Verlag KG, 1983, p. 559 ; cité par H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 216.

¹²³ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », RIDC, n°2, 1994, p. 578 ; consultable sur : www.persee.fr.

¹²⁴ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », RFDA, 1992, p. 173.

*créatrice (car) le rôle d'un juge constitutionnel n'est, en effet, pas de se substituer au pouvoir constituant, il est simplement de lui servir d'aiguillage »*¹²⁵. Ainsi, la Cour de justice outrepasserait l'office d'un juge constitutionnel national « *puisque le pouvoir constituant ne pourrait contredire une de ses jurisprudences »*¹²⁶, en témoigne notamment l'avis *Espace Economique Européen* du 14 décembre 1991¹²⁷.

Il semble toutefois que le soupçon de gouvernement des juges pesant sur la juridiction de l'Union se retrouve d'une manière générale formulé à l'égard de toutes les juridictions suprêmes ou constitutionnelles. Et finalement, si en théorie le pouvoir constituant doit être en mesure de contredire une jurisprudence constitutionnelle, dans la pratique, il est loisible de constater le caractère exceptionnel de l'utilisation des procédures de révision¹²⁸. Aux Etats-Unis par exemple, « *la lourdeur de la procédure de révision et sa faible interprétation pour contrer une interprétation constitutionnelle représentent des obstacles techniques souvent insurmontables »*¹²⁹.

Finalement, la mission de sauvegarde et d'interprète de la Cour de justice de l'Union, si elle s'apparente, à de nombreux égards, à celle exercée par un juge constitutionnel, ne saurait lui être pleinement confondue. En effet, s'exerçant sur des objets distincts du constitutionnalisme classique et outrepassant parfois les prérogatives d'une Cour constitutionnelle nationale, l'office du juge de l'Union sort des sentiers prédéterminés. La comparaison mérite cependant d'être poursuivie en raison de l'exercice de deux autres fonctions emblématiques, très proches de celles exercées par une cour constitutionnelle nationale.

¹²⁵ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 216.

¹²⁶ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 216.

¹²⁷ CJCE, Avis 1/91, 14 décembre 1991, *Rec.*, 1991, p. 6079.

¹²⁸ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 216.

¹²⁹ G. SCOFFONI, « Le Congrès des Etats-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la Cour suprême », *RFDC*, 1993, n°16, p. 675, p. 687 ; cité par H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 216.

PARTIE II – LA REGULATION DU SYSTEME INSTITUTIONNEL

D'après le doyen FAVOREU, « *un membre d'une Cour constitutionnelle est juge constitutionnel lorsqu'il (...) vérifie le respect de la répartition des compétences entre organes ou entre l'Etat central et les collectivités infra-étatiques* »¹³⁰. En vertu des Constitutions étatiques, cette double fonction incombe généralement aux Cours constitutionnelles, chargées de « *vérifier le respect des perceptions constitutionnelles relatives aux répartitions horizontale et verticale des pouvoirs* »¹³¹. Pourtant, il est loisible de constater que la Cour de justice de l'Union européenne endosse elle aussi ce rôle d'arbitre, se faisant « *la garante des grands équilibres mis en place par le traité, équilibre horizontal des pouvoirs entre les institutions communautaires (Chapitre I), équilibre vertical de la répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres (Chapitre II)* »¹³².

Chapitre 1 – La Cour de justice, gardienne de l'équilibre institutionnel

Les révisions successives des traités ont porté à sept le nombre des institutions de l'Union. On distingue le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour des comptes et de la Banque centrale européenne, qui n'ont « *ni le même rôle, ni le même poids que leurs partenaires* »¹³³. Chaque institution agissant « *dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités* »¹³⁴. Pour certains auteurs¹³⁵, la place de la Cour dans ce qu'il est convenu d'appeler l'équilibre institutionnel des pouvoirs¹³⁶ contribue à révéler son envergure constitutionnelle. Bénéficiant d'un statut « *au plus haut niveau de la hiérarchie communautaire* »¹³⁷, elle se situe aux côtés des autres institutions communautaires comme le stipule l'article 13 TUE : « *L'Union dispose d'un cadre institutionnel visant à promouvoir ses valeurs, poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ses citoyens, et ceux des Etats*

¹³⁰ L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, précité, p. 72.

¹³¹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, précité, p. 245.

¹³² H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », précité, p. 214.

¹³³ C. BLUMANN, et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, 5^{ème} éd., 2013, p. 223.

¹³⁴ Article 13 TUE, paragraphe 2.

¹³⁵ Voir notamment H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », précité, p. 212.

¹³⁶ Le principe de l'équilibre institutionnel ne figure pas explicitement dans les traités, mais découle de l'arrêt *Meroni*. Ce principe implique que chaque institution agit dans le cadre des attributions qui lui sont conférées par les traités. Cf. CJCE, 13 juin 1958, *Meroni et Cie c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 9/56, *Rec.*, 1958, p. 11.

¹³⁷ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », précité, p. 212.

membres, ainsi qu'à assurer la cohérence, l'efficacité et la continuité de ses politiques et de ses actions ». Mais la Cour de justice de l'Union européenne bénéficie d'une mission propre, celle d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité »¹³⁸, et se caractérise par son indépendance vis-à-vis des autres institutions. En témoigne notamment le procédé de désignation de ses membres qui ne fait appel à aucune des institutions de l'Union. La Cour de Luxembourg « relève l'équilibre institutionnel, mais, pourrait-on dire sans y être intégrée »¹³⁹, car finalement, c'est à elle que revient la charge de contrôler cet équilibre institutionnel et le respect de ce principe par les autres institutions. Une mission qui, au demeurant, incombe généralement à une cour constitutionnelle.

Ainsi, de la même manière que la formulation du principe de l'équilibre institutionnel relève de la jurisprudence de la Cour (Section 1), de même sa garantie en dernier ressort se trouve dans le prétoire de celle-ci (Section 2).

Section 1 – La consécration prétorienne du principe de l'équilibre institutionnel

Dans un système institutionnel original, comportant une dimension évolutive très forte (I), le principe jurisprudentiel de l'équilibre institutionnel se présente comme une adaptation communautaire du principe de séparation des pouvoirs (II).

I – La mutation du système institutionnel

Le système institutionnel de l'Union européenne apparaît comme fondamentalement original par rapport aux modes d'organisation traditionnels du pouvoir, comportant notamment une dimension évolutive très forte, à la fois du fait des révisions formelles des traités, et du rôle important joué par la pratique institutionnelle. A l'origine, « l'organisation constitutionnelle communautaire »¹⁴⁰ reposait sur une « structure quadripartite »¹⁴¹. Le traité de Paris du 18 avril 1951 avait institué une Haute Autorité, à laquelle étaient associés un Conseil spécial des ministres, une assemblée commune et une Cour de justice. La Haute

¹³⁸ Article 19 TUE.

¹³⁹ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *précité*, p. 213.

¹⁴⁰ SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, *précité*, p. 176.

¹⁴¹ *Ibid.* p. 175.

Autorité avait un caractère central, et l'institution des trois autres institutions est née des négociations qui ont conduit à la conclusion du Traité de Paris, et notamment des exigences de l'Italie et surtout du Benelux, craignant la domination supranationale d'une Haute juridiction contrôlée par la France et l'Allemagne¹⁴². Le traité de Rome du 25 mars 1957 repris cette structure institutionnelle¹⁴³, mais en modifiant la fonction respective et le poids réciproque des institutions. Le couple Conseil-Commission concentrant les fonctions normative et exécutive, le Parlement européen ne remplissait qu'un rôle purement consultatif. Jusqu'au traité d'Amsterdam de 1997, il ne pouvait aucunement être question de le considérer comme le législateur communautaire¹⁴⁴. En raison des inégalités de pouvoir engendrées par ce partage des compétences, « *parfaitement inégal* »¹⁴⁵, va naître et se développer un rapport de force entre les institutions de l'Union. Dans ce contexte, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à garantir le respect de la répartition des compétences entre les institutions, chacune devant agir « *dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités* »¹⁴⁶. Pour ce faire, La Cour a consacré le principe dit de l'équilibre institutionnel, ainsi devenu « *la pierre angulaire de la structure constitutionnelle communautaire* »¹⁴⁷. Cette notion a été dégagée précocement par la Cour de justice, faisant preuve d'une « *véritable volonté d'interprétation constructive* »¹⁴⁸. En 1958, à l'occasion de l'arrêt *Méroni*, la Cour considère que « *cette disposition (article 3 CECA) permet de voir dans l'équilibre des pouvoirs (...) une garantie fondamentale accordée par le traité, notamment aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique* »¹⁴⁹. Elle en donne une définition plus précise dans l'arrêt *Köster* de 1970, considérant que le principe s'applique à travers tant les « *rapports entre institutions que (...) l'exercice de leurs pouvoirs respectifs* »¹⁵⁰. L'équilibre institutionnel apparaît alors comme « *un principe à la fois structurel et constitutionnel, pouvant servir de fondement à l'interprétation de la Cour de*

¹⁴² Voir sur ce point D. SPIERENBURG et R. POIDEVIN, *Histoire de la Haute Autorité de la CECA*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 919 p.

¹⁴³ Article 7 TCE.

¹⁴⁴ Rappelons qu'au fur et à mesure des révisions formelles des traités les pouvoirs du Parlement européen se sont accrus, et notamment avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

¹⁴⁵ S. ARTAUD-VIGNOLLET, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, Thèse, Toulouse, 2003, p. 17.

¹⁴⁶ Article 13 TUE, paragraphe 2 (ex-article 7 TCE).

¹⁴⁷ S. ARTAUD-VIGNOLLET, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, précité, p. 18.

¹⁴⁸ J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1999, p. 176.

¹⁴⁹ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni et Cie c/ Haute Autorité*, Aff. 9/56, *Rec.*, 1958, p. 11.

¹⁵⁰ CJCE, 17 décembre 1970, *Einführ und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c/Köster*, aff. 25/70, *Rec.*, 1970, p. 1161, (cf. point 4).

justice »¹⁵¹ et dont l'objectif est d'empêcher tout empiètement d'une institution sur les compétences d'une autre institution.

En raison de sa finalité, ce principe de consécration prétorienne présente certaines similitudes avec un principe consubstantiel aux Etats : le principe de séparation des pouvoirs ; sans toutefois, là encore, ne pouvant lui être pleinement assimilé.

II – L'équilibre institutionnel, adaptation communautaire du principe de séparation des pouvoirs

« *Le principe de l'équilibre institutionnel est un principe de droit communautaire relatif à l'attribution des compétences issues des traités. Ce principe évoque donc, a priori, la notion de séparation des pouvoirs telle qu'elle est connue dans les systèmes constitutionnels classiques* »¹⁵². En effet, l'objectif de ces deux notions est bien de définir et justifier une répartition des pouvoirs au sein d'un ordre juridique donné. Toutefois, la doctrine est loin d'être unanime quant à l'assimilation du principe de l'équilibre institutionnel tel que défini par la Cour de justice avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Pour certains, l'Union n'étant pas un Etat, l'emploi du principe de la séparation des pouvoirs serait inapproprié. En effet, le schéma traditionnellement appliqué en droit interne implique une séparation stricte et rigoureuse entre le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire. Un tel schéma ne serait pas transposable en droit de l'Union car il ne permettrait pas d'appréhender complètement la réalité du système institutionnel. Pourtant, le principe de l'équilibre institutionnel, « *sans être le pendant communautaire exact de la séparation des pouvoirs (...) en est tout de même très proche* »¹⁵³.

En effet, bien qu'on puisse distinguer différents régimes de séparation des pouvoirs¹⁵⁴, une constante peut être identifiée : il s'agit de l'objectif poursuivi par cette théorie telle que développée par LOCKE et MONTESQUIEU. Identifiant les trois fonctions principales du pouvoir au sein d'un Etat, ce dernier explique que « *ces puissances doivent aller de concert* ».

¹⁵¹ H. GAUDIN, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, précité, p. 252.

¹⁵² S. ARTAUD-VIGNOLLET, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, précité, p. 54.

¹⁵³ *Ibid.* p. 55.

¹⁵⁴ On distingue les régimes de séparation des pouvoirs stricts des régimes de séparation des pouvoirs plus modérés, qualifiés respectivement de régimes présidentiels et régimes parlementaires.

Néanmoins, « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »¹⁵⁵.

Le principal obstacle à la transposition du principe de la séparation des pouvoirs en droit de l'Union européenne est caractérisé par la structure quadripartite du système institutionnel. En effet, et ce malgré les réformes opérées, les traités n'identifient pas de façon formelle l'organe chargé du pouvoir exécutif, ni même celui chargé du pouvoir législatif. Comme le souligne Jean Marc SAUVE, « contrairement à ce qui s'observe dans la plupart des Etats, la quête d'identification d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif se révèle vaine (...) Le pouvoir y est en effet diffus, au point que l'on parle d'ailleurs plus volontiers de « fonctions » législatives et exécutives, partagées entre plusieurs institutions qui se limitent réciproquement et s'équilibrent mutuellement (...) aucun organe n'a une fonction exclusive, aucune fonction n'est exercée par un seul organe »¹⁵⁶. Cette « collaboration fonctionnelle »¹⁵⁷ s'explique, en droit de l'Union, par la nécessité d'assurer la représentation de plusieurs légitimités : « celle des Etats membres et de leurs gouvernements au sein du Conseil de l'Union et du Conseil européen, celle des peuples au sein du Parlement européen et celle de l'intérêt général de l'Union par la Commission européenne »¹⁵⁸.

Toutefois, si comme le soulignent Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, la séparation des pouvoirs est avant tout « une technique constitutionnelle destinée à éviter le despotisme et à garantir la liberté des individus »¹⁵⁹, il ne fait aucun doute que ce principe est à l'œuvre, sous le contrôle juridictionnel de la Cour de justice, au sein de l'Union. Ainsi, la répartition des pouvoirs en droit de l'Union « répond-elle plus à une logique d'équilibre entre les pouvoirs, qu'à une logique de pure séparation fonctionnelle et organique de ceux-ci » et la Cour de justice exerce une fonction de préservation de l'unité structurelle en arbitrant les différentes légitimités en présence.

¹⁵⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, Chap. XI, 1748, cité par A. VAN WAEYENBERGE, *La valse de Montesquieu ou le droit institutionnel européen respecte-t-il le principe de séparation des pouvoirs ?*, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n°2007/3, consultable sur www.philodroit.be.

¹⁵⁶ J.-M. SAUVE, « La séparation des pouvoirs, l'Union européenne et le comité 255 », Intervention de Jean-Marc Sauvé lors du 130^{ème} anniversaire du Conseil supérieur de la magistrature sur le thème « *Séparation des pouvoirs et droit de l'Union européenne* », 24 octobre 2013 ; consultable sur <http://www.conseil-etat.fr>.

¹⁵⁷ H. OBERDORFF, « La séparation des pouvoirs », in J.-B. AUBY (Dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 185.

¹⁵⁸ J.-M. SAUVE, « La séparation des pouvoirs, l'Union européenne et le comité 255 », précité.

¹⁵⁹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, PUF, 2004, p. 29.

Section 2 - La protection juridictionnelle du principe de l'équilibre institutionnel

Afin d'assurer le respect de la répartition des pouvoirs entre les institutions de l'Union, il apparaît nécessaire que toute violation effective du principe de l'équilibre institutionnel soit sanctionnée (I). Dès lors, la Cour de justice se reconnaît compétente pour contrôler le respect de ce principe qu'elle a elle-même consacré, exerçant par là même une fonction de nature constitutionnelle. Aucun recours spécial interinstitutionnel à l'image de ce qui peut exister dans certaines Constitutions des Etats membres n'étant prévu par les traités, le contrôle juridictionnel de l'équilibre institutionnel s'exercera essentiellement à travers le contentieux de l'annulation (II).

I – La nécessité d'une sanction juridictionnelle

Si le principe a été dégagé « *de bonne heure* »¹⁶⁰ par la Cour de Luxembourg, c'est seulement en 1990 dans un arrêt dit *Tchernobyl* que la Cour affirme la composante juridictionnelle de l'équilibre institutionnel : « *le respect de l'équilibre institutionnel (...) exige que tout manquement à cette règle, s'il vient à se produire, puisse être sanctionné (...). La Cour, chargée en vertu des traités de veiller au respect du droit dans leur interprétation et dans leur application, doit aussi pouvoir assurer le maintien de l'équilibre institutionnel* »¹⁶¹. Amené à se prononcer sur l'annulation d'un acte administratif individuel dans le cadre du traité CECA, le juge de l'Union constate que « *ce problème de droit administratif est bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la Communauté mais pour la solution duquel le traité ne contient pas de règles* ». Le juge conclut en conséquence que « *sous peine de commettre un déni de justice, (il) est donc obligé de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres* »¹⁶². La Cour, constatant les lacunes des traités¹⁶³, se reconnaît une obligation de statuer afin de préserver « *l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure*

¹⁶⁰ H. GAUDIN, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, précité, p 251.

¹⁶¹ CJCE, 22 mai 1990, *Parlement européen c/Conseil*, aff. 70/88, Rec., 1990, p. 2041, (cf. pts. 22 et 23).

¹⁶² CJCE, 12 juillet 1957, *Algérie/Haute Autorité CECA*, aff. Jtes 7/56, 3/57 à 7/57, Rec., 1957, p. 81.

¹⁶³ Dans le traité CE, à l'exception de l'article 7 CE (ex-article 4 CE) qui posait d'une manière générale le principe d'une répartition institutionnelle des compétences, aucune délimitation précise des fonctions législatives et exécutives n'étaient prévues.

institutionnelle de la Communauté »¹⁶⁴. Le contrôle juridictionnel de l'équilibre institutionnel implique donc que la Cour puisse sanctionner la substitution d'une institution à une autre dans le cadre des pouvoirs que cette dernière s'est vu confier par les traités. Ainsi, un acte sera entaché d'illégalité dès lors que son auteur n'avait pas le pouvoir légal de l'adopter, conduisant naturellement à l'annulation de l'acte en cause¹⁶⁵. Il s'agit d'ailleurs d'un moyen d'ordre public que la Cour de justice examine d'office¹⁶⁶. Toutefois, la Cour exige qu'une atteinte soit véritablement portée aux prérogatives d'une institution pour exercer son contrôle juridictionnel. Par exemple, le juge considère que le Parlement européen, dont les pouvoirs sont par ailleurs les plus souvent menacés, n'est recevable à le saisir « *d'un recours en annulation dirigé contre un acte du Conseil ou de la Commission, à la condition que ce recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogatives et qu'il ne se fonde que sur des moyens tirés de la violation de celle-ci* »¹⁶⁷.

En outre, la Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle procède au contrôle juridictionnel du respect de l'équilibre institutionnel, entend aussi protéger les intérêts que représentent chacune des institutions de l'Union. Dès lors, la Cour s'est fondée sur le contentieux de la base juridique¹⁶⁸, lui permettant de déterminer le degré de participation de l'institution au processus décisionnel. En effet, tout acte normatif doit être fondé sur une disposition matérielle du traité attribuant aux institutions compétence pour agir et indiquant la procédure décisionnelle à suivre. Pourtant, il peut arriver que les dispositions des traités ne soient pas assez explicites et que la compétence pour agir des institutions ne soit pas expressément envisagée. Dans ce cas, ces dernières disposent d'une certaine liberté dans le choix de la base juridique à privilégier, ce qui a eu pour conséquence le développement d'un

¹⁶⁴ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni et Cie c/ Haute Autorité*, aff. 9/56, *Rec.*, 1958, p. 11.

¹⁶⁵ CJCE, 13 décembre 2001, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. 93/00, *Rec.*, 2001, p. 10119. Dans cette affaire, la Cour constate l'incompétence du Conseil, dans la mesure où la modification générée par le règlement attaqué aurait du intervenir sur la même base juridique que celle ayant servi pour élaborer le règlement n°820/97, c'est-à-dire « *sur le fondement du traité lui-même et dans le respect du processus décisionnel prévu par ce dernier* ».

¹⁶⁶ CJCE, 10 mai 1960, *Allemagne c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 19/58, *Rec.*, 1960, p. 471. Dans cet arrêt, relatif à la compétence contestée de la Haute Autorité, la Cour de justice déclare que « *s'il est exact que ce grief n'a été invoqué de façon formelle ni dans la requête, ni dans la réplique, il convient de l'examiner* ».

¹⁶⁷ CJCE, 22 mai 1990, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. 70/88, précité.

¹⁶⁸ Dans l'Union européenne, le principe est que tout acte de droit doit être fondé sur une base juridique. En effet, les compétences sont d'attribution et ne doivent pas être dépassées. C'est grâce à l'analyse des bases légales que la Cour de justice de l'Union peut apprécier la régularité de la procédure suivie pour l'adoption d'un acte. La notion de base juridique permet ainsi au juge de l'Union de contrôler l'équilibre des pouvoirs entre les institutions, garantissant le respect des prérogatives de chacune d'entre elles.

« *lourd et récurrent contentieux interinstitutionnel* »¹⁶⁹. La Cour rappelle par ailleurs que « *le choix de la base juridique d'un acte ne peut dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel* »¹⁷⁰, éléments appréciés en fonction du contenu et de la finalité de l'acte en cause¹⁷¹.

II – Le contentieux de l'annulation, vecteur privilégié de l'exercice du contrôle de l'équilibre institutionnel

En droit de l'Union européenne, aucun recours spécial interinstitutionnel à l'instar de ce qui peut exister dans certains Etats membres n'est prévu par les traités. En Allemagne par exemple, la Loi fondamentale confère à la Cour constitutionnelle fédérale des compétences relatives à l'organisation des pouvoirs publics, celle-ci statuant sur les litiges opposant la Fédération et les Länder, ainsi que les Länder entre eux¹⁷² (cf. art. 93, § 1, alinéas 3 et 4 de la Loi fondamentale). Certains auteurs ont pu s'interroger sur l'opportunité de transposer ce type de procédure, « *apanage des juridictions constitutionnelles* »¹⁷³, dans le cadre de l'Union : « *il convient d'examiner la possibilité d'introduire un recours spécial interinstitutionnel, réservé à la Cour, concernant les droits et prérogatives respectifs des institutions, comparable à l'« organklage » du droit allemand. Un tel recours éviterait aux institutions de régler leurs controverses constitutionnelles par le biais de recours en annulation contre leurs décisions respectives* »¹⁷⁴. Pourtant, il semblerait qu'en droit interne, ces recours spéciaux soient sujets à une « *relative désuétude* »¹⁷⁵, due notamment à « *la concurrence des modes de résolution politique des différends* »¹⁷⁶, mais aussi au fait que « *les conflits entre organes se résolvent dorénavant par l'intermédiaire d'un contentieux sur les*

¹⁶⁹ S. ARTAUD-VIGNOLLET, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, précité, p. 121.

¹⁷⁰ CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. 45/86, *Rec.*, 1987, p. 1493.

¹⁷¹ CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, aff. 300/89, *Rec.*, 1991, p. 2867.

¹⁷² L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, précité, p. 106.

¹⁷³ H. GAUDIN, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, précité, p. 282.

¹⁷⁴ U. EVERLING, « L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union européenne », in G. VANDERSANDEN (Dir.), *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994, p. 27.

¹⁷⁵ H. GAUDIN, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, précité, p. 283.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 282.

normes »¹⁷⁷. C'est précisément dans ce cadre du contentieux sur les normes que se résolvent, en droit de l'Union, l'essentiel des différends inter-institutions. Déjà en 1987, L'avocat général LENZ considère dans ses conclusions que « *dans la mesure où le traité CEE ne prévoit aucune procédure particulière pour résoudre les conflits de compétence entre institutions communautaires, ces conflits doivent nécessairement être tranchés dans le cadre de recours en annulation ou en carence* »¹⁷⁸. Par ailleurs, la distinction opérée par les traités entre requérants privilégiés et requérants ordinaires fait nettement apparaître le caractère institutionnel de ce recours¹⁷⁹. Dès lors le contrôle opéré par la Cour de justice dans le cadre du recours en annulation relève plus « *du contentieux de la constitutionnalité (...) que du simple contentieux de la légalité* »¹⁸⁰.

Ainsi, dans le cadre de sa mission de régulation des relations entre les institutions de l'Union, la Cour de justice s'apparente effectivement à une cour suprême fédérale. Si l'on en croit Alexander Von BRUNNECK, selon qui « *historiquement, le contrôle de constitutionnalité a commencé comme une technique de délimitation des sphères de compétences des pouvoirs de l'Etat* »¹⁸¹, n'est-ce pas finalement là le propre d'une Cour constitutionnelle ?

La fonction de régulation du système institutionnel ne se limite cependant pas au contrôle de l'équilibre horizontal des pouvoirs, la Cour étant également compétente pour contrôler la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres.

¹⁷⁷ H. GAUDIN, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, précité, p. 282.

¹⁷⁸ C. O. LENZ, conclusions sur CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/Conseil*, aff. 45/86, *Rec.*, 1987, p. 1493.

¹⁷⁹ S. ARTAUD-VIGNOLLET, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, Thèse, Toulouse, 2003, p. 81.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ A. VON BRUNNECK, « Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales », *AJJC*, 1988-IV, p. 26.

Chapitre 2 – Le contrôle juridictionnel de l'équilibre vertical des pouvoirs

Selon Hans KELSEN, « *La répartition des compétences est le noyau politique de l'idée fédéraliste* » et, « *plus que nulle part ailleurs, le besoin se fait ici sentir d'une instance objective qui décide de ces luttes de façon pacifique, d'un tribunal devant lequel ces litiges puissent être portés comme des problèmes d'ordre juridique, et décidés comme tels (...) c'est à dire, d'un tribunal constitutionnel* »¹⁸². Comme le constate Olivier BEAUD, « *Les seules fois où un lien systématique est établi entre justice constitutionnelle et système fédéral, c'est pour illustrer la question du partage des compétences entre la Fédération et les Etats membres* »¹⁸³. C'est dire à quel point l'existence d'un contrôle juridictionnel de l'équilibre vertical des pouvoirs est révélatrice de l'exercice de la justice constitutionnelle.

Dans le cadre de l'Union, il est loisible de constater que « *dans son activité de délimitation juridictionnelle des compétences entre les organes communautaires et les Etats membres, le juge communautaire détient des compétences présentant des analogies réelles avec celles d'une Cour constitutionnelle* »¹⁸⁴. A l'inverse cependant des Constitutions fédérales prévoyant explicitement et de manière précise la répartition des compétences entre les différentes entités, les traités instituant les Communautés restaient imprécis. La Cour de Justice de l'Union européenne a dû intervenir afin de préciser cette délimitation incertaine (Section 1). En matière cette fois de régulation de l'exercice des compétences, là encore, la Cour s'apparente à une Cour suprême fédérale, s'appuyant sur des concepts régulateurs tels que le principe de subsidiarité, « *principe unanimement reconnu comme de nature fédérale* » (Section 2).

¹⁸² H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, p. 254.

¹⁸³ O. BEAUD, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in Constance GREWE, Olivier JOUANJAN, Eric MAULIN, Patrick WACHAMANN (Dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 63.

¹⁸⁴ D. ROUSSEAU, « Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux », in H. GAUDIN, (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, Coll. Droit public positif, 2001, p. 233.

Section 1 – La complexité de la délimitation des compétences au sein de l’Union

Les incertitudes initiales qui ont marqué la délimitation des compétences entre l’Union et les Etats membres (I) expliquent la raison pour laquelle la Cour de justice s’est engagée dans une entreprise de clarification (II).

I – Les incertitudes résultant des dispositions initiales des traités

D’après l’article 3 TUE, « *L’Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités* ». Ce principe d’attribution, consacré par ailleurs à l’article 5 TUE « *régit la délimitation des compétences de l’Union* ». A l’instar de ce qu’il en est pour les organisations internationales¹⁸⁵, ce principe signifie que les Etats membres sont détenteurs de la compétence de droit commun, tandis que l’Union ne peut quant à elle intervenir que sur la base d’une habilitation inscrite dans les traités. Mais si ce principe cardinal a toujours été inscrit dans les traités constitutifs, ces derniers, à la différence des Constitutions des Etats fédéraux, qui prévoient de façon extrêmement rigoureuse la distribution des compétences entre la fédération et ses Etats membres, ne contenaient initialement, et jusqu’à l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne, « *ni clause générale ni liste systématique opérant la répartition des compétences* »¹⁸⁶. Cette carence des textes fondateurs généra des difficultés dans le fonctionnement de l’Union. En effet, seule « *la lecture détaillée des dispositions matérielles des traités* » pouvait « *permettre d’identifier, secteur par secteur, les modalités de partage des compétences entre la Communauté et les Etats membres* »¹⁸⁷. Dans ces conditions, et en l’absence de liste énumérative permettant d’encadrer minutieusement les compétences dévolues à l’Union, la Cour de justice a dû œuvrer afin de rationaliser cette répartition à peine esquissée.

II – La tentative d’une clarification jurisprudentielle

Dans son entreprise de clarification, la Cour de justice distingua deux sortes de compétences, devenues l’archétype de la typologie couramment retenue. Il s’agit d’une part

¹⁸⁵ Sous l’appellation en l’occurrence du principe de spécialité.

¹⁸⁶ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 129.

¹⁸⁷ *Ibid.*

des compétences exclusives¹⁸⁸ pour lesquelles les Etats ont définitivement et irrévocablement abandonné toute possibilité d'action¹⁸⁹, et d'autre part, des compétences dites partagées¹⁹⁰ pour lesquelles subsiste une concurrence entre la compétence de l'Union, et celle des Etats membres : les Etats sont compétents aussi longtemps que l'Union n'a pas elle-même choisi d'intervenir. Dans l'hypothèse où elle décide de le faire, on assiste alors à une préemption qui aboutit à faire de la compétence en cause une compétence exclusive par exercice ; la notion d'acquis qui en résulte rend cette dernière difficilement réversible au bénéfice des Etats membres, sauf à considérer des innovations introduites par une révision des traités¹⁹¹.

A la lumière de cette jurisprudence, on pourrait imaginer que la question des compétences verticales se trouve suffisamment clarifiée. Pourtant, la réalité est beaucoup plus nuancée car aucune des compétences ainsi identifiées ne présente un caractère véritablement homogène. La pratique montre que des compétences *a priori* classées comme exclusives n'excluent pas des interventions étatiques. Elle témoigne également de la complexité de la détermination d'une ligne de partage dans l'exercice des compétences concurrentes. Il est par conséquent souvent impossible pour le juge de raisonner en termes de blocs de compétences, tout dépend de l'intensité de l'intégration dans tel ou tel secteur.

Par ailleurs, comme le fait remarquer Antonio GOUCHA SOARES¹⁹², la Cour, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ne faisait que déclarer les compétences de l'Union à l'occasion du litige dont elle était saisie et dans la mesure où la résolution de ce dernier l'imposait. C'est donc dire qu'en dehors des cas reconnus par la jurisprudence, on était valablement en mesure de s'interroger quant à l'étendue de ces compétences exclusives, et notamment de celles non encore déclarées telles par la Cour.

¹⁸⁸ Prenons pour exemple la politique commerciale commune de l'Union qui relève d'une compétence exclusive en vertu de l'arrêt CJCE, 15 décembre 1976, *Donckerwolcke c/Procureur de la République*, aff. 41/76, *Rec.*, 1976, p. 1921.

¹⁸⁹ A moins que l'Union n'autorise les Etats membres à agir en vertu d'une habilitation spécifique. Voir en ce sens CJCE, 15 décembre 1976, *Donckerwolcke c/Procureur de la République*, aff. 41/76, *précité*.

¹⁹⁰ Prenons pour exemple la politique de l'éducation, compétence partagée en vertu de l'arrêt CJCE, 3 juillet 1974, *Donato Casagrande c/Landeshauptstadt Munchen*, aff. 7/94, *Rec.*, 1974, p. 773.

¹⁹¹ C'est le cas notamment de la politique agricole commune, faisant désormais partie des compétences partagées en vertu de l'article 4 TFUE.

¹⁹² Voir GOUCHA SOARES Antonio, *Repartição de competências e preempção no direito comunitário*, Lisboa, Edições Cosmos Direito, 1996, 373 p.

Cette délimitation incertaine des compétences de l'Union a laissé à la Cour une grande marge d'interprétation, appréciant parfois de manière extensive les compétences de l'Union. Une attitude maintes fois décriée aussi bien par la doctrine que les Etats membres eux mêmes. En témoigne notamment le domaine des relations extérieures qui a été l'occasion pour la Cour, en raison de l'étroitesse des compétences attribuées en la matière à l'Union, de développer la théorie des compétences implicites¹⁹³.

Cette extension volontariste des compétences de l'Union est une des raisons pour lesquelles le traité de Lisbonne retient des dispositions visant à « endiguer » les compétences de l'Union. Il introduit notamment à l'article 48 § 2 TUE que les projets de révision ordinaire des traités peuvent « *entre autres, tendre à accroître ou à réduire les compétences attribuées à l'Union dans les traités* ». Notons enfin que le traité de Lisbonne, en codifiant la jurisprudence de la Cour de justice, opère cette clarification, tant attendue, dans les compétences entrelacées des Etats membres et de l'Union. Il introduit ainsi pour la première fois dans les traités fondateurs une classification précise en distinguant trois compétences principales : les compétences exclusives¹⁹⁴, les compétences partagées¹⁹⁵ et les compétences d'appui¹⁹⁶.

Néanmoins, en l'absence de cette clarification formelle intervenue récemment, le juge de l'Union a été amené à dégager des « concepts régulateurs »¹⁹⁷ afin de réguler l'exercice des compétences au sein de l'Union.

¹⁹³ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/Conseil*, aff. 22/70, *Rec.*, 1971, p. 263. Dans cette affaire, dite « AETR », la Cour pose le principe du parallélisme des compétences internes et externes, selon lequel les règles communes prises pour l'accomplissement d'une politique commune sont de nature à justifier la compétence de l'Union dans le même domaine au plan externe.

¹⁹⁴ Les compétences exclusives sont définies à l'article 3 TFUE. L'Union est la seule à pouvoir légiférer et adopter des actes contraignants dans ces domaines. Le rôle des Etats membres se limite seulement à appliquer ces actes, sauf si l'Union les autorise à adopter eux-mêmes certaines réglementations. Par exemple, les règles de procédure en matière de concurrence relèvent d'une compétence exclusive de l'Union comme le rappelle la Cour de justice (CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c/Commission*, aff. 550/07, *Rec.*, 2010, p. 8301 (cf. pts. 116-118, 120)

¹⁹⁵ Les compétences partagées sont déterminées par l'article 4 TFUE. L'Union et les Etats membres sont habilités à adopter des actes contraignants dans ces domaines. Cependant, les Etats membres ne peuvent exercer leur compétence que dans la mesure où l'Union n'a pas ou a décidé de ne pas exercer la sienne.

¹⁹⁶ Les compétences d'appui sont déterminées par l'article 6 TFUE. L'Union ne peut intervenir que pour soutenir, coordonner ou compléter l'action des Etats membres. Elle ne dispose pas de pouvoir législatif dans ces domaines et ne peut interférer dans l'exercice de ces compétences réservées aux Etats membres.

¹⁹⁷ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 147.

Section 2 – La régulation de l'exercice des compétences par des concepts régulateurs

En l'absence de classification précise des compétences dans le droit primaire, le juge de l'Union, dans sa fonction de contrôle de l'exercice des compétences, a dégagé des principes régulateurs, dirigeant son raisonnement et lui permettant, « *en dernière instance, de rendre compte de l'organisation constitutionnelle des compétences au sein du système communautaire* »¹⁹⁸. Denys SIMON en recense quatre, parmi lesquels le principe de préemption, la loyauté communautaire, la subsidiarité et la proportionnalité. Ces principes de consécration prétorienne (I) rendent pertinente la comparaison de la Cour de justice de l'Union européenne avec une cour constitutionnelle fédérale (II).

I – Des concepts régulateurs à essence fédérale

Par concepts régulateurs, il faut entendre « *les notions qui sont sous-jacentes aux différents modes de distribution des compétences et qui ont pour fonction de servir d'axe de référence, en vue de justifier, d'aménager ou de corriger l'interprétation des règles de compétence dans chaque situation particulière* »¹⁹⁹. Face aux lacunes du droit primaire, la Cour de justice de l'Union européenne a dégagé plusieurs principes semblables aux concepts régissant l'exercice des compétences dans un système fédéral. Ainsi, sur la base d'indications éparées dans les traités, elle a progressivement édifié un véritable système de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres.

Le concept de préemption tout d'abord, « *inspiré des critères d'attribution des compétences usités dans les Etats fédéraux* »²⁰⁰, a joué un rôle essentiel dans l'ordre juridique de l'Union. Ce principe est particulièrement caractéristique de la régulation des compétences dans le système fédéral américain, au sein duquel la préemption intervient soit de manière expresse lorsque le Congrès a entendu exclure, dans les termes mêmes de la loi, toute intervention des Etats fédérés, soit de manière implicite, lorsque le juge fédéral constate une contradiction entre la loi fédérale et la loi de l'Etat. La préemption résulte donc

¹⁹⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 147.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

de la casuistique des décisions de la Cour suprême²⁰¹. Mais le principe de préemption constitue aussi un moyen pour la Cour suprême d'ajuster les compétences respectives de la fédération et des Etats membres²⁰². Ce principe se retrouve dans le prétoire de la Cour de justice de l'Union européenne, à l'occasion de la mise en œuvre des compétences concurrentes. Dans ce domaine, « *les Etats membres sont autorisés à exercer la compétence pour autant que et dans la mesure où la Communauté n'a pas exercé la sienne* »²⁰³. La jurisprudence de la Cour donne plusieurs illustrations de l'utilisation de ce concept. Pour prendre quelques exemples concrets, tant que les organisations communes de marché au sens de la politique agricole commune n'ont pas été mises en place, les organisations nationales de marché peuvent subsister²⁰⁴ ; tant que l'Union n'a pas adopté les mesures nécessaires à la conservation des ressources biologiques de la mer, il est permis aux Etats membres d'adopter les règles nécessaires²⁰⁵. Toutefois, l'exercice de ces compétences « résiduelles »²⁰⁶ par les Etats membres n'est que provisoire, l'intervention de l'Union « *bloquant immédiatement l'exercice de la compétence étatique* »²⁰⁷.

Deuxième « *principe correcteur essentiel en matière de distribution des compétences* »²⁰⁸, le principe dit de « *loyauté communautaire* ». Avant le traité de Lisbonne, le terme de loyauté n'apparaissait de manière explicite qu'à deux reprises dans le droit primaire : dans le préambule du traité CE, les Etats reconnaissant que « *l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence* » et dans l'article 11 § 2 du TUE, concernant le deuxième pilier – relatif à la Politique Etrangère et de Sécurité Commune (PESC) – qui stipulait que « *Les États membres appuient activement et sans réserve la politique extérieure*

²⁰¹ Ce sont les données concrètes des cas d'espèces qui conduisent le juge à reconnaître la préemption dans telle ou telle situation.

²⁰² Ce principe connaît par ailleurs de vives critiques doctrinales, émanant notamment des défenseurs du *New Federalism*. Selon eux, la doctrine de la *préemption* constitue un obstacle à la dévolution de l'exercice des compétences fédérales aux Etats. Ils dénoncent également la trop importante marge de discrétionnalité conférée aux juges dans ce domaine complexe des conflits de compétences : ils décideraient davantage selon leurs convictions que selon un raisonnement juridique rigoureux.

²⁰³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 147.

²⁰⁴ CJCE, 10 décembre 1974, *Charmasson c/Ministre de l'économie et des finances*, aff. 48/74, *Rec.*, 1974, p. 1383 ; CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV c/Produktschap voor Siergewassen*, aff. 50/76, *Rec.*, 1977, p. 147 ; CJCE, 29 novembre 1978, *Pigs Marketing Board c/ Raymond Redmond*, aff. 83/78, *Rec.*, 1978, p. 2347.

²⁰⁵ CJCE, 14 juillet 1976, *Cornelis Kramer et autres*, aff. 3, 4 et 6/76, *Rec.*, 1976, p. 1308 ; CJCE, 16 février 1978, *Commission c/Irlande*, aff. 61/77, *Rec.*, 1978, p. 417.

²⁰⁶ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 148.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

et de sécurité de l'Union dans un esprit de loyauté et de solidarité mutuelle ». C'est dans un arrêt du 10 février 1983, *Luxembourg c/Parlement européen*, que l'expression de « devoirs réciproques de coopération loyale »²⁰⁹ apparaît pour la première fois sous la plume du juge de l'Union, sur le fondement de l'article 10 du TCE²¹⁰. Ce principe de loyauté communautaire peut être comparé à la « fidélité fédérale », ou *Bundesteue*, bien connue du système fédéral allemand. Aussi bien dans l'Union européenne qu'en Allemagne, ce principe ne doit pas être seulement compris comme une obligation unilatérale des Etats ou des *Länder* à l'égard du pouvoir central. Comme le rappelle la Cour de justice, s'il s'applique de façon verticale ascendante, il s'applique également de manière descendante, de l'Union vers les Etats²¹¹.

Enfin, les principes de subsidiarité et de proportionnalité consacrés à l'article 5 TUE occupent une place éminente dans le système juridique de l'Union. Le principe de subsidiarité tout d'abord, a pu être dégagé par la Cour sur le fondement de l'article 235 CEE (devenu 308 TCE). Ce principe ancien de philosophie politique²¹² tend à privilégier le niveau inférieur d'un pouvoir de décision aussi longtemps que le niveau supérieur n'est pas en mesure d'agir plus efficacement²¹³. Il a donc vocation à réguler l'exercice des compétences partagées. Là encore, ce concept n'est pas propre au droit de l'Union. S'il est généralement considéré comme inséparable du fédéralisme, il est susceptible de s'appliquer quelle que soit la nature de l'ordre juridique en question – État fédéral, État unitaire décentralisé, organisation internationale. Le principe de proportionnalité quant à lui, inspiré là encore principalement du droit constitutionnel et du droit allemand²¹⁴, est reconnu de longue date comme un

²⁰⁹ CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c/Parlement européen*, aff. 230/81, *Rec.*, 1983, p. 255 (cf. pt. 37)

²¹⁰ Dans un sens large, la loyauté recouvrait alors les obligations, ou au moins l'une des deux obligations, formalisées dans cette stipulation et qui sont à la charge des Etats. L'article 10 du traité C.E. faisait en effet peser deux catégories d'obligations sur les Etats membres : une obligation d'action, d'une part, qui les oblige à prendre « toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté » et à faciliter l'accomplissement de la mission de la Communauté; une obligation d'abstention, d'autre part, les Etats devant s'abstenir « de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

²¹¹ CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c/Parlement européen*, aff. 230/81, précité ; CJCE, 28 février 1991, *Stergios Delimitis c/Henninger Bräu*, aff. 234/89, *Rec.*, 1991, p. 935 (cf. pt. 53) ; voir également CJCE, ord. 13 juillet 1990, aff. 2/88, *Rec.*, 1990, p. 3365.

²¹² On retrouve notamment le principe de subsidiarité dans les écrits d'Aristote et de saint Thomas d'Aquin, comme dans la doctrine sociale de l'église catholique.

²¹³ Le principe de subsidiarité signifie qu'une mesure doit être adoptée au meilleur niveau d'exercice des compétences. Il peut dès lors contribuer à renforcer les compétences de l'échelon inférieur mais également justifier l'intervention de l'échelon supérieur. L'ambivalence du principe de subsidiarité explique par ailleurs que son inscription formelle dans les traités ait été soutenue aussi bien par les partisans de l'intégration européenne que par les défenseurs de la souveraineté des États membres.

²¹⁴ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 153.

principe général du droit par la Cour de justice²¹⁵. Il agit comme un complément du principe de subsidiarité puisque, une fois admise la compétence de l'Union, il vient en fixer l'étendue selon l'adéquation de la fin aux moyens. Ce principe signifie que « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* »²¹⁶. Par ailleurs, le principe de proportionnalité a une portée plus large que le principe de subsidiarité dans la mesure où il s'applique également aux compétences exclusives²¹⁷.

On retrouve ainsi dans le droit primaire et le prétoire de la Cour les principes de régulation de l'exercice des compétences en vigueur dans les systèmes fédéraux. Aussi, en opérant le contrôle juridictionnel de l'application de ces principes, la Cour se comporte comme une Cour suprême fédérale.

II – Le contrôle juridictionnel de l'application des principes : une fonction constitutionnelle

A l'instar d'une Cour constitutionnelle fédérale, la Cour de justice de l'Union européenne contrôle l'application des principes régulateurs relatifs à l'exercice des compétences au sein de l'Union. En l'absence de procédure spécifique, le demandeur n'avait d'autre alternative que d'emprunter les voies de recours ordinaires pour mettre en cause la violation de ces principes.

Le contrôle juridictionnel du principe de proportionnalité, en tant que principe général du droit, a été admis aisément par la Cour de justice. En effet, celui-ci « *a toujours constitué un élément du bloc de légalité au regard duquel le juge communautaire apprécie la validité des actes des institutions* »²¹⁸, à la différence du principe de subsidiarité dont la justiciabilité suscitait de très amples débats²¹⁹. Tel qu'il figure dans les traités, le principe de subsidiarité laisse subsister une importante marge d'appréciation tenant au fait qu'il repose sur

²¹⁵ CJCE, 20 février 1979, *SA Buitoni c/FORMA*, aff. 122/78, *Rec.*, 1979, p. 677.

²¹⁶ Article 5 TUE.

²¹⁷ Le principe de subsidiarité ne s'applique pas aux compétences exclusives. Voir par exemple CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c/Parlement et Conseil*, aff. 176/09, *Rec.*, 2011, p. 3727 (cf. pt. 79) ; TPIUE, 25 avril 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/Commission*, aff. 526/10 (cf. pts. 84, 87-89).

²¹⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 153.

²¹⁹ Notons que le principe de subsidiarité ne constituait pas un principe général du droit avant l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne ; voir en ce sens TPICE, 21 février 1995, aff. 29/92, *Rec.*, 1995, p. II-289.

l'appréciation d'éléments qualitatifs. Ainsi, les termes de « *réalisation suffisante* » ou de « *meilleure réalisation* » d'un objectif, de « *ce qui est nécessaire* » pour l'atteindre ou ce qui constitue une contrainte superflue offrent aux institutions européennes une marge de manœuvre considérable. Dans sa communication de décembre 1990, à l'intention de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de 1991, la Cour a pourtant fait valoir que, à l'instar du principe de proportionnalité auquel elle se référait déjà, il lui reviendrait normalement de connaître de ce principe à « connotation politique » en se limitant néanmoins à un contrôle minimum, notamment au cas d'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi, le juge de l'Union faisait preuve de prudence en refusant de glisser vers un contrôle d'opportunité²²⁰. Cependant, certaines décisions plus récentes donnent toutefois le sentiment que la Cour sort peu à peu de sa réserve²²¹, agissant à la manière d'une Cour constitutionnelle. Par exemple, dans l'arrêt *British American Tobacco* du 10 décembre 2002, la Cour de justice se livre à un contrôle circonstancié du principe de subsidiarité.

Désormais, le traité de Lisbonne prévoit ce contrôle juridictionnel spécifique qui faisait défaut, à l'article 8 du protocole n°2 sur l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité. En vertu de cet article, « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour se prononcer sur les recours pour violation, par un acte législatif, du principe de subsidiarité formés, conformément aux modalités prévues à l'article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (recours en annulation), par un État membre ou transmis par celui-ci conformément à son ordre juridique au nom de son parlement national ou d'une chambre de celui-ci. Conformément aux modalités prévues audit article, de tels recours peuvent aussi être formés par le Comité des régions contre des actes législatifs pour l'adoption desquels le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit sa consultation* ». Néanmoins, l'organisation d'un recours spécifique n'écarte pas pour autant le jeu général du contrôle juridictionnel auquel il vient s'ajouter.

²²⁰ Voir en ce sens CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association et autres c/Bosman et autres*, aff. 415/93, *Rec.*, 1995, p. 4921 ; CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c/Belgique*, aff. 11/95, *Rec.*, 1996, p. 4115.

²²¹ CJCE, 9 octobre 2001, aff. 377/98, *Royaume des Pays-Bas c/Parlement et Conseil*, *Rec.*, 2001, p. 7079 ; CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco c/Secretary of State for Health*, aff. 491/01, *Rec.*, 2002, p. 11453 (cf. pts. 179-184).

Quant au principe de loyauté, la Cour estime que ce dernier implique diverses obligations parmi lesquelles un devoir d'information²²², un devoir de répondre aux questions posées²²³, un devoir de collaboration de bonne foi²²⁴, un devoir d'explication²²⁵, un devoir de respect des compétences²²⁶, un devoir de concours²²⁷ et même un devoir de réplique²²⁸. Sa violation est constitutive d'un manquement susceptible là encore d'être sanctionné par la Cour. Ainsi, dans l'arrêt *Commission c/Italie* du 13 décembre 1991, la Cour de justice a considéré que le comportement de l'Etat italien, ayant méconnu son devoir d'information vis-à-vis de la Commission et refusé de répondre aux questions formulées par celle-ci, constitue un manquement de l'Etat membre à ses obligations issues, alors, de l'article 10 alinéa 2 TCE. Aussi bien l'Etat qu'une institution de l'Union, même si en pratique c'est le premier qui est le plus souvent concerné, sont susceptibles d'être sanctionnés pour un comportement portant atteinte au principe de loyauté.

Ainsi, en matière de régulation du système institutionnel, le juge de l'Union exerce une « *fonction régulatrice d'envergure constitutionnelle à la manière d'une Cour suprême* »²²⁹. Mais il est encore un autre visage de la justice constitutionnelle susceptible de révéler la dimension constitutionnelle de la Cour de Justice. Initialement étrangère à la juridiction de l'Union, la mission de protection des droits fondamentaux s'est progressivement imposée à l'échelle de l'Union, et ce malgré le silence des traités originaires. La Cour de justice, « *soucieuse d'ancrer sa légitimité et de sceller son primat* »²³⁰, a peu à peu étoffé le catalogue communautaire des droits fondamentaux et dispose aujourd'hui, à l'instar des cours constitutionnelles, d'une charte des droits élevée au rang du droit primaire.

²²² CJCE, 6 mars 2003, *Commission c/Luxembourg*, aff. 478/01, *Rec.*, 2003, p. 2351 (cf. pt. 24) ; CJUE, 4 mars 2010, *Commission / Irlande*, aff. 221/08, *Rec.*, 1991, p. 1669, (cf. pt. 62) ;

²²³ CJCE, 13 décembre 1991, *Commission c/Italie*, aff. 33/90, *Rec.*, 1991, p. 5987 (cf. pt. 21).

²²⁴ CJCE, 6 décembre 2007, *Commission c/Italie*, aff. 280/05, *Rec.*, 2007, p. 181, (cf. pt. 20) ; CJUE, 22 décembre 2010, *Commission c/Slovaquie*, aff. 507/08, *Rec.*, 2010, p. 13489 (cf. pts. 43-44).

²²⁵ CJCE, 6 décembre 2007, *Commission c/Italie*, aff. 280/05, précité.

²²⁶ CJCE, 28 novembre 1991, *Luxembourg c/Parlement*, précité, (cf. pt. 29).

²²⁷ CJCE, 18 octobre 2007, *Commission c/France*, aff. 441/06, *Rec.*, 2007, p. 8887 (cf. pts. 45 et s).

²²⁸ CJCE, 26 avril 2007, *Commission c/Italie*, aff. 135/05, *Rec.*, 2007, p. 3475 (cf. pt. 32).

²²⁹ G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne, Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, p. 341.

²³⁰ F. ZAMPINI, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *RTDE*, 1999, p. 681.

PARTIE III – LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX

De nos jours, « *toutes les Constitutions modernes contiennent (...) des chapitres consacrés aux droits de l'Homme, les seules exceptions (...) étant celles de l'Autriche et de la France qui renvoient principalement à des textes anciens. En conséquence, la justice constitutionnelle ne peut plus être confondue avec la justice rendue entre organes constitutionnels, car elle ne porte plus seulement, ni même principalement, sur les litiges opposant les organes constitutionnels entre eux* »²³¹. Cette mission du juge constitutionnel n'avait pas été envisagée par Hans Kelsen. Pourtant, elle constitue aujourd'hui la fonction essentielle du juge constitutionnel à tel point que lorsque l'on évoque la figure du juge constitutionnel on ne le présente plus que comme le garant des droits et libertés fondamentaux.

Contrairement à la majorité des Cours constitutionnelles modernes, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas reçu comme mission fondatrice de contrôler le respect d'une Charte des droits fondamentaux clairement définie. Cet office du juge de l'Union n'était pas prévu par les traités originaires, le champ d'action de la Communauté étant initialement limitée aux questions d'ordre économique. Ce n'est donc pas dans ce cadre, écrivait Pierre Pescatore, « *que surgiraient les problèmes les plus typiques des droits fondamentaux* »²³². Néanmoins, malgré les carences textuelles et au prix d'une interprétation finaliste, la Cour de justice déduira certains principes relatifs aux droits de l'Homme des objectifs du marché commun, formant peu à peu un véritable « catalogue » des droits fondamentaux²³³, et ce dans un souci de cohérence et d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Cette fonction d'envergure constitutionnelle a pris une telle ampleur qu'elle est aujourd'hui devenue « *le domaine le plus significatif du processus de juridictionnalisation dans l'Union* »²³⁴. Désormais, « *la proclamation, la promotion, la défense et la garantie des droits (...) constituent un des traits fondamentaux du constitutionnalisme européen* »²³⁵ et le juge de l'Union, « *muni d'un*

²³¹ M. FROMONT, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », précité, p. 154.

²³² P. PESCATORE, *Les droits de l'Homme et l'intégration européenne et le droit de l'intégration – Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Rééd. Coll. Droit de l'Union européenne, grands écrits, Bruylant, 2005.

²³³ Voir en ce sens V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, précité, p. 118.

²³⁴ G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne, Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, précité, p. 341.

²³⁵ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, précité, p. 117.

bloc de légalité implicite mais nécessairement inhérent à la Communauté de droit »²³⁶, se conduit en juge constitutionnel (Chapitre 1).

Ainsi, en 1969, à l'occasion de l'arrêt *Stauder*²³⁷, la Cour se reconnaît compétente pour contrôler le respect des droits fondamentaux par les institutions de l'Union, en tant que principes généraux du droit ; fondant « *sa compétence sur sa mission générale d'assurer le respect du droit dans l'application et dans l'interprétation des traités* »²³⁸ – telle que prévue par l'article 220 TCE. La jurisprudence ultérieure confirmera cette orientation²³⁹. Néanmoins, si le contrôle juridictionnel des actes émanant des institutions européennes s'est imposé sans encombre, le contrôle par la Cour de justice de la conformité des normes de droit interne au « bloc des droits fondamentaux »²⁴⁰ atteint ses limites lorsque l'acte national en cause ne présente aucun lien avec le droit de l'Union, traduisant pour certains la faiblesse du fédéralisme européen (Chapitre 2).

²³⁶ F. ZAMPINI, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 680.

²³⁷ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder c/Ulm*, aff. 29/69, *Rec.*, 1969, p. 419.

²³⁸ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, *précité*, p. 120.

²³⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft c/Einfuhr und Vorrattstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, 1970, p. 1125 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold c/Commission*, aff. 4/73, *Rec.*, 1974, p. 508.

²⁴⁰ J-P, JACQUE, « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? » in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier - la France, l'Europe, le monde*, Paris, Pedone, 2008, p. 346. Par « bloc des droits fondamentaux », ou « bloc de fundamentalité », nous entendons l'ensemble des normes élevées par la Cour de justice au sommet de la hiérarchie des normes de l'Union et déduit, soit des traités, soit des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, soit des instruments internationaux relatifs à la protection des droits fondamentaux auxquels les Etats membres ont adhéré, soit encore, plus largement, des principes généraux du droit de l'Union. Nous pouvons désormais intégrer à cette qualification les dispositions de la Charte des droits fondamentaux, à laquelle le traité de Lisbonne accorde une valeur juridique contraignante, égale aux traités.

Chapitre 1 - La protection des droits fondamentaux : une fonction constitutionnelle

Alors que les traités fondateurs étaient quasiment muets sur la question, la Cour de justice de l'Union européenne, à la fois par nécessité et dans un souci d'autonomisation de l'ordre juridique de l'Union (Section 2), développa progressivement une jurisprudence attentive aux droits fondamentaux (Section 1). Cet office du juge de l'Union, semblable à celui d'un juge constitutionnel, se trouve encore amplifié par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, dotant l'Union d'une Charte des droits fondamentaux et lui accordant une valeur égale à celle du droit primaire.

Section 1 – L'élaboration prétorienne d'un catalogue des droits fondamentaux

Afin que l'invocation d'atteintes portées aux droits fondamentaux tels que formulés par les constitutions nationales des Etats membres ne puisse affecter la validité d'un acte de l'Union ou son effet sur le territoire de cet Etat, la Cour de justice fut « *en quelque sorte acculée à créer de toutes pièces une protection des droits de l'homme dans la Communauté* » (I). En l'absence de « *source d'inspiration proprement communautaire* »²⁴¹, la Cour a dû puiser dans des sources communes aux Etats membres, afin de légitimer ses consécutions prétoriennes (II).

I – La nécessité d'une protection à l'échelle de l'Union

A l'origine, la vocation première du droit de l'Union était d'assurer la prospérité d'un marché commun à l'échelle européenne. Dès lors, les rédacteurs des traités n'avaient pas jugé utile d'introduire des dispositions relatives aux droits fondamentaux des particuliers. Le concept même des droits de l'homme est ainsi « *longtemps resté étranger au processus communautaire* »²⁴². En témoignent les premiers arrêts de la Cour en la matière, qui, amenée à se prononcer sur une question relative aux droits humains, élude le problème²⁴³. Pourtant, l'absence de garantie des droits fondamentaux au niveau de l'Union est

²⁴¹ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen, précité*, pp. 118-119.

²⁴² *Ibid.*, p. 118.

²⁴³ CJCE, 4 février 1959, *Stork c/Haute Autorité CECA*, aff. 1/58, *Rec.*, 1959, p. 1948 ; CJCE, 18 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr c/Haute Autorité CECA*, aff. Jtes. 36 à 38/59, *Rec.*, 1959, p. 200. ; CJCE, 1^{er} avril 1965, *Sgarlata et autres c/Commission*, aff. 40/64, *Rec.*, 1965, p. 279.

rapidement devenue problématique en raison notamment de l'affirmation prétorienne de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux. En effet, les Cours constitutionnelles des Etats membres, en tant que gardiennes des droits fondamentaux garantis par leurs Constitutions, « *ne pouvaient tolérer une primauté inconditionnelle du droit communautaire qui avait pour effet de soustraire les domaines de compétences transférés à la Communauté à tout contrôle de conformité avec les droits fondamentaux* »²⁴⁴. Il apparaissait nécessaire que les garanties offertes par les ordres juridiques nationaux et dans une certaine mesure l'ordre juridique international, soient prises en considération par l'ordre juridique de l'Union. En effet, comment imaginer que les Etats membres, Etats de droit, acceptent de transférer une partie de leur souveraineté à une Communauté dont les institutions ne seraient pas soumises au respect de droits fondamentaux, droits qu'ils sont eux même tenus de respecter en vertu de la suprématie de leurs Constitutions nationales. Dès lors, « *en réponse à cette inquiétude, assortie d'une menace sur la primauté, la Cour a répondu en assurant la protection des droits fondamentaux par le canal des principes généraux du droit et en établissant, de manière toute casuistique, un catalogue des droits fondamentaux inspiré pour l'essentiel de la Convention européenne des droits de l'homme* »²⁴⁵. C'est ainsi que la juridiction de l'Union, soucieuse de légitimer son pouvoir normatif, s'est inspirée de principes communs aux Etats membres afin de dégager des principes généraux du droit « *inhérents à la Communauté* »²⁴⁶.

II – La légitimité des principes invoqués par la Cour de justice

En l'absence de références aux droits fondamentaux dans les traités originaires, la Cour de justice a dû « *faire avec ce qu'elle avait* »²⁴⁷. S'inspirant des traditions constitutionnelles aux Etats membres, des traités et de son environnement international, la Cour rechercha des principes qu'elle pourrait être susceptible d'appliquer, afin que le respect des droits fondamentaux fasse partie intégrante des principes généraux dont elle assure

²⁴⁴ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen, précité*, p. 119.

²⁴⁵ J-P, JACQUE, « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? » in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier - la France, l'Europe, le monde*, Paris, Pedone, 2008, p. 345.

²⁴⁶ ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 680.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 681.

« l'observance, et la révélation »²⁴⁸. Comme le souligne Florence ZAMPINI, « sans doute, le juge ne pouvait-il faire autrement que d'avoir recours à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres de l'Union, et avait même intérêt à passer par les principes généraux, instruments prétoriens par excellence. Ceux-ci lui donnaient la substance recherchée, en lui laissant une certaine autonomie »²⁴⁹. Afin de constituer un bloc de fondamentalité adapté aux besoins de la construction européenne et accepté par l'ensemble des Etats, le juge de l'Union a dû prendre en compte les sensibilités nationales, et s'insérer « dans la mouvance constitutionnelle de ses Etats membres »²⁵⁰. Recherchant des sources communes, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales s'est rapidement présentée comme la source d'inspiration privilégiée de la Cour de Luxembourg. En 1975, un peu moins d'un an après la ratification par la France de la Convention européenne, l'arrêt *Rutili* fut l'occasion pour le juge de l'Union d'explicitier son attachement à cette source revêtant selon lui une « signification particulière »²⁵¹, « expression de valeurs partagées »²⁵². Par la suite, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne cessera de se référer à cette source commune, implicitement voire parfois même de manière explicite, citant directement les dispositions de la Convention²⁵³. Comme le souligne Jean-Pierre PUISOCHET, « tout se passe comme si la Cour de justice appliquait directement la convention »²⁵⁴. Cette attitude de la juridiction de l'Union a d'ailleurs « pu conduire certains membres éminents de la Cour à estimer que la Convention européenne des droits de l'homme avait d'ores et déjà glissé du statut de source matérielle à celui de source formelle du droit communautaire des droits fondamentaux »²⁵⁵. Afin de concrétiser cette constitutionnalisation prétorienne, et dans l'attente de la concrétisation de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne, l'article 6§2 TUE prévoit que « Les droits

²⁴⁸ ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 660.

²⁴⁹ *Ibid.* p. 681.

²⁵⁰ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », RIDC, 1980, n° 2, p. 337.

²⁵¹ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili c/Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, 1975, p. 1219.

²⁵² ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », RTDE, octobre-décembre 1999, p. 681.

²⁵³ Voir par exemple l'arrêt *Van der Wal*, à l'occasion duquel le Tribunal de première instance de l'Union européenne évoque l'article 6 CESDH ; TPICE, 19 mars 1998, *Van der Wal*, aff. 83/96, *Rec.*, 1998, p. II-545.

²⁵⁴ J-P. PUISOCHET, *Conclusions*, in J. RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, 2000, p. 497.

²⁵⁵ D. SIMON, « Des influences réciproques, entre CJCE et CEDH, « je t'aime, moi non plus ? » », *Revue Pouvoirs*, 2001/1, n°96, pp. 31-49, consultable sur http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=POUV_096_0031.

fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

Ainsi, la juridiction de l'Union a progressivement élaboré une jurisprudence audacieuse, créatrice, à l'instar parfois des Cours constitutionnelles nationales dont les constitutions sont dépourvues d'un catalogue écrit des droits de l'Homme – sur ce point, les exemples de la Cour suprême américaine ou du Conseil constitutionnel français sont particulièrement probants. La consécration prétorienne de principes généraux du droits relatifs aux droits fondamentaux, qu'il s'agisse de droits substantiels – on peut citer ici l'ensemble des droits individuels attachés au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance²⁵⁶, la liberté religieuse²⁵⁷, la liberté d'expression et d'information²⁵⁸, le droit de propriété²⁵⁹, la liberté d'entreprise²⁶⁰, ou encore la liberté syndicale²⁶¹ – ou procéduraux – tels que le droit à une protection juridictionnelle effective²⁶² ou le droit à un recours effectif²⁶³ – en se fondant sur des sources diverses mais nécessairement communes, a permis à la juridiction de l'Union d'assujettir progressivement l'Union et les Etats membres au respect du bloc des droits fondamentaux.

Toutefois, malgré le caractère commun des sources, les principes généraux dégagés par la Cour de justice, leur portée et leur interprétation, reflètent la spécificité de l'ordre juridique de l'Union. Le besoin d'autonomie vis-à-vis des autres systèmes de protection des droits de l'Homme s'est concrétisé, en décembre 2009, par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et le renvoi opéré par l'article 6§1 TUE à la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

²⁵⁶ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder c/Ulm*, aff. 29/69, *Rec.*, 1969, p. 419 ; CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c/Commission*, aff. 136/79, *Rec.*, 1980, p. 2033 ; CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c/Commission*, aff. Jtes. 46/87 et 277/88, *Rec.*, 1989, p. 2859.

²⁵⁷ CJCE, 27 octobre 1976, *Vivian Prais c/Conseil des Communautés européennes*, aff. 130/75, *Rec.*, 1976, p. 1589.

²⁵⁸ TFP, 20 janvier 2011, *Strack c/Commission*, aff. 132/07 (cf. pt. 59) ; TPIUE, 29 novembre 2012, *Thesing et Bloomberg Finance c/BCE*, aff. 590/10 (cf. pts. 71-72).

²⁵⁹ CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer c/Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, 1979, p. 1589 ; TPIUE, 30 septembre 2010, *Kadi / Commission*, aff. 85/09, *Rec.*, 2010, p. II-5177 (cf. pts. 192-193).

²⁶⁰ CJUE, 8 octobre 1986, *Fribourg c/Franz Keller*, 234/85, *Rec.*, 1986, p. 2897 ; CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. 544/10 (cf. pts. 49-53, 55-56, 58, 60)

²⁶¹ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili c/Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, 1975, p. 1219.

²⁶² CJCE, 15 mai 1986, *Johnston c/Chief constable of the RUC*, aff. 22/84, *Rec.*, 1986, p. 1651.

²⁶³ CJCE, 15 octobre 1987, *Unectef c/Heylens*, aff. 22/86, *Rec.*, 1987, p. 4097.

Section 2 – L'autonomisation du système de protection des droits fondamentaux de l'Union

Dans un souci d'autonomisation de la protection des droits fondamentaux et plus largement de l'ordre juridique de l'Union, les principes généraux dégagés par la Cour, bien qu'issus de sources communes, expriment la « *spécificité du système constitutionnel communautaire* »²⁶⁴ (I). Recensant ces consécutions prétoriennes, la Charte des droits de l'Union européenne contribue à accroître l'autonomie de ce système de protection des droits fondamentaux (II). Désormais, la Cour de justice ainsi que les juridictions nationales disposent d'un texte ayant vocation à servir de source principale lorsqu'ils doivent s'acquitter de leur tâche de veiller au respect des droits fondamentaux dans le cadre de l'interprétation et de l'application du droit de l'union.

I – La spécificité du bloc de fundamentalité de l'Union

Les principes généraux, « *sources non écrites qui procèdent d'une « invention » jurisprudentielle* », présentent en droit de l'Union « *des caractéristiques propres, illustrant à nouveau la spécificité du système constitutionnel communautaire* »²⁶⁵. En effet, comme le souligne Florence ZAMPINI, « *il n'est pas impossible* » que la Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle est amenée à dégager, par une « *opération d'extraction* », des principes généraux du droit, « *choisisse parmi les traditions constitutionnelles communes dont se nourrit* (l'ordre juridique communautaire), *celui des principes qui lui paraît le plus adéquat* »²⁶⁶. Autrement dit, la Cour de justice, « *en puisant plus à l'un qu'à l'autre vivier* »²⁶⁷, exprime la spécificité de son ordre juridique et des principes généraux qu'il dégage. Selon Denys SIMON, « *l'acceptation de la référence à la Convention européenne des droits de l'homme, comme la prise en compte d'autres règles relevant du droit international général, ne remet pas en cause la « prééminence de la logique communautaire » : les emprunts à la Convention européenne des droits de l'homme, comme aux autres instruments internationaux auxquels la Communauté n'est pas partie, ne peuvent présenter, selon la jurisprudence de la Cour de justice, qu'un caractère sélectif, c'est-à-dire ne peuvent être*

²⁶⁴ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 358.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », précité, p. 684.

²⁶⁷ *Ibid.*

opérés que sous bénéfice d'inventaire, pour autant que les droits ainsi garantis ne remettent pas en cause les bases spécifiques de l'ordre juridique communautaire »²⁶⁸. La Cour de justice a elle-même précisé que la sauvegarde de ces droits doit être assurée « dans le cadre de la structure et des objectifs des Communautés européennes »²⁶⁹, « ce qui signifie que le prisme communautaire commande exclusivement le jeu des principes fondamentaux dans son ordre juridique : la finalité communautaire des droits fondamentaux détermine à la fois leur incorporation et leur utilisation, voire parfois leur limitation »²⁷⁰. Ainsi, « dans l'ordre communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits »²⁷¹.

En outre, « la présence de la Convention EDH via les principes généraux du droit (...) peut ne pas suffire à répondre aux attentes des justiciables et aux besoins inhérents à la construction communautaire »²⁷². Dès lors, le juge de l'Union se trouve parfois confronté à des situations « non appréhendées par les textes internationaux, voire nationaux, pris pour référence »²⁷³. C'est pourquoi, en dehors des principes dont on peut retrouver l'origine dans les ordres juridiques externes à l'Union, « la Cour a établi l'existence de principes généraux de droit communautaire, fondés sur les bases constitutionnelles, économiques et politiques de l'intégration communautaire »²⁷⁴. L'ensemble de ces principes jurisprudentiels est désormais repris par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dotant l'Union d'un catalogue écrit des droits propres à son ordre juridique.

²⁶⁸ D. SIMON, « Des influences réciproques, entre CJCE et CEDH, « je t'aime, moi non plus ? » », *précité*.

²⁶⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft c/Einfuhr und Vorrattstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, 1970, p. 1125.

²⁷⁰ D. SIMON, Des influences réciproques, entre CJCE et CEDH, « je t'aime, moi non plus ? », *précité*.

²⁷¹ CJCE, 14 mai 1974, *Nold/Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, *Rec.*, 1974, p. 491.

²⁷² ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 684.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *précité*, pp. 362-363.

II - La Charte des droits fondamentaux, consécration « constitutionnelle » de l'œuvre prétorienne

Une protection juridictionnelle ne se fondant pas sur un catalogue écrit connaît des limites inévitables²⁷⁵. Dès lors, il devenait nécessaire de doter l'Union d'un catalogue écrit des droits, consacrant son autonomie vis-à-vis des autres systèmes de protection des droits de l'Homme. L'avènement de la Charte et la valeur qui lui est conférée par le traité de Lisbonne parachève l'évolution initiée par la jurisprudence de la Cour : « *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne a connu récemment une importante évolution. Dans le passé, l'effort du juge s'était essentiellement porté sur l'affirmation de ces droits suite aux réactions des juridictions constitutionnelles nationales traduite notamment par la Cour constitutionnelle allemande dans l'arrêt Solange I (...) L'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à laquelle le traité de Lisbonne, qui fait suite sur ce point à la défunte constitution, accorde une valeur égale à celle des traités marque la fin d'une époque* »²⁷⁶. Désormais, l'Union est dotée d'un texte regroupant l'ensemble des droits civiques, politiques, économiques et sociaux des citoyens européens et de toutes les personnes vivant sur le territoire de l'Union, un texte à valeur juridique contraignante, ce qui lui avait été refusé par le Conseil européen de Nice en 2000²⁷⁷. Une telle adoption constitue « *le couronnement de la constitutionnalisation progressive de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union* »²⁷⁸. Certes, la Charte n'est pas intégrée dans le corps des traités²⁷⁹, mais cela n'a « *aucune conséquence juridique dès lors qu'(elle) a la même valeur juridique que les traités* »²⁸⁰. Par ailleurs, l'innovation majeure apportée par le traité de Lisbonne concerne l'invocabilité de la Charte : « *tout le droit de l'Union doit désormais s'ordonner autour de ce texte, qui peut être invoqué en justice* »²⁸¹.

²⁷⁵ C. SASSÉ, « La protection des droits fondamentaux dans la CE », in *Mélanges DEHOUSSE*, Labor, Bruxelles, 1979, vol. II, p. 297.

²⁷⁶ J-P, JACQUE, « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? » in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier - la France, l'Europe, le monde*, Paris, Pedone, 2008, p. 345.

²⁷⁷ Notons cependant que dès avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le juge de l'Union s'efforçait déjà de valoriser la Charte alors qu'elle était dépourvue de force juridique obligatoire. Voir en ce sens CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c/Conseil*, aff. 540/03, *Rec.*, 2006, p. 5769.

²⁷⁸ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen*, précité, p. 124.

²⁷⁹ L'article 6§1 TUE opère seulement un renvoi.

²⁸⁰ G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne, Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, précité, p. 356.

²⁸¹ *Ibid.*

L'adoption d'une Charte des droits ayant même valeur juridique que le droit primaire manifeste tout particulièrement le souci d'autonomisation de ce système de protection des droits fondamentaux. Besoin d'autonomie vis-à-vis des systèmes de protection nationaux, mais aussi et surtout vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'Homme. Bien que la CESDH constitue un « standard minimum » en dessous duquel la protection assurée par le droit de l'Union ne peut descendre²⁸², et bien que la Charte elle-même reprenne presque à l'identique certaines dispositions contenues dans la Convention, elle s'en distingue néanmoins par des dispositions manifestant la singularité et l'originalité de l'ordre juridique de l'Union. En conséquence, la Charte tient une place importante dans le prétoire de la Cour, comme en témoignent les propos de l'avocat général Yves BOT : *"dans la mesure où la Charte occupe, à présent, une place centrale dans le système de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, elle doit, à notre avis, constituer la norme de référence à chaque fois que la Cour est amenée à se prononcer sur la conformité d'un acte de l'Union ou d'une disposition nationale avec des droits fondamentaux protégés par la Charte"*. Il arrive même parfois que la Cour reformule une question préjudicielle qui lui est posée, dans un sens lui permettant de privilégier l'emploi des dispositions de la Charte dans sa réponse²⁸³.

Cependant, si le respect de la Charte s'impose « *aux institutions, organes et agences de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres* », cette contrainte ne vaut que dans les cas où l'acte contesté met en œuvre le droit de l'Union²⁸⁴. Autrement dit, le contrôle juridictionnel opéré par la cour atteint ses limites lorsque la Cour constate l'absence de lien de l'acte en cause avec le droit de l'Union. Ce champ d'application limité des principes généraux du droit et du catalogue écrit des droits de l'Union différencie par ailleurs cet ordre juridique supranational d'un système fédéral, voire même de la Cour européenne des droits de l'Homme. Notons cependant que la Cour de justice apprécie elle-même ce critère de rattachement au droit de l'Union, ce qui lui permet, en temps voulu, d'étendre son champ de compétence.

²⁸² Cf. Article 53 de la Charte, selon lequel « *Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres* ».

²⁸³ G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne, Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, précité, p. 355.

²⁸⁴ Article 51, paragraphe 1, de la Charte.

Chapitre 2 – L'incomplétude de la garantie juridictionnelle du bloc de fundamentalité

Si le contrôle juridictionnel des normes de droit dérivé s'est imposé sans encombre, la Cour de justice ne dispose pas, à l'inverse d'une cour suprême fédérale, du pouvoir d'invalidation d'un acte de droit interne qui serait contraire au « bloc de fundamentalité ». La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires repose donc là encore sur la coopération de juge à juge, le renvoi préjudiciel permettant à la Cour d'exercer un « *contrôle préjudiciel de conventionalité communautaire des actes nationaux* »²⁸⁵. Ainsi, l'office du juge de l'Union « *qui trouve d'abord ses limites dans les traités, est tributaire de la bonne volonté des juridictions nationales* »²⁸⁶. En outre, et surtout, ce contrôle indirect du droit interne ne peut être exercé par la Cour que si, et seulement si, la situation en cause relève du champ d'application du droit de l'Union (Section 1). Ainsi, la Cour de justice, appréciant elle-même le critère de rattachement au droit de l'Union, a manifesté à plusieurs reprises son souci de respecter la volonté des Hautes parties contractantes en refusant de répondre à une question préjudicielle dès lors qu'elle constate « *l'absence de lien avec le droit communautaire* »²⁸⁷. Ceci étant, et malgré la consécration formelle de cette modération prétorienne, certaines jurisprudences récentes témoignent d'une interprétation extensive de l'article 51 § 1 de la Charte des droits fondamentaux, permettant à la juridiction de l'Union d'élargir son champ de compétence (Section 2).

Section 1 – Le contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux par les normes nationales : un contrôle restreint au champ d'application du droit de l'Union

En matière de protection des droits fondamentaux, la Cour de justice de l'Union européenne manifesta à de nombreuses reprises sa volonté de ne pas étendre de manière prétorienne son champ de compétence. Pour ce faire, elle adopta une attitude de *self judicial restraint*²⁸⁸, interprétant de manière restrictive le critère de rattachement au droit de l'Union (I). Ce choix en faveur d'une modération prétorienne se retrouve désormais formellement consacré par l'article 51 §1 de la Charte des droits fondamentaux (II).

²⁸⁵ ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 667.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 665.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 673.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 663

I – Des hypothèses d'autolimitation prétorienne

Avant même l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux et le caractère contraignant de l'article 51 § 1, le contrôle juridictionnel des actes de droit interne ne s'inscrivant pas dans la sphère d'intervention du droit de l'Union était exclu par la Cour. Autrement dit, la protection des droits fondamentaux ne peut être relayée par le droit de l'Union européenne à l'égard des Etats membres que dans les domaines relevant de l'application de ce droit²⁸⁹. En effet, la Cour de justice « *n'est compétente que (...) dans les limites des attributions qui lui sont conférées par les traités* », et de manière prétorienne, fixe « *les frontières de sa compétence préjudicielle (...) en fonction d'un élément discriminant a priori clair et simple : est-on ou non dans le champ d'application du droit communautaire ?* »²⁹⁰. A cette question, la juridiction de l'Union répondra, dans un premier temps, de manière restrictive, faisant preuve de *self judicial restraint*.

En juillet 1985, la Cour de justice estime dans l'arrêt *Cinéthèque* que s'il lui incombe « *d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité avec la Convention européenne, d'une loi nationale qui se situe, comme en l'occurrence dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national* »²⁹¹.

A l'occasion de l'arrêt *Kremzow*, « *c'est bien logiquement que la Cour décline toute compétence* »²⁹², dans la mesure où le cas d'espèce concernait une procédure judiciaire pénale, ne présentant « *aucun point de contact avec le droit communautaire* ». Ainsi, malgré les arguments avancés par le demandeur selon lesquels l'élément de rattachement au droit de l'Union aurait pu être synthétisé par l'idée de citoyenneté européenne, la Cour considère que « *la situation ne présente aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations du traité relative à la libre circulation des personnes* ». Il ne suffit donc pas d'être

²⁸⁹ CJCE, 11 juillet 1985, *Soc. Cinéthèque c/Fédération nationale des cinémas français*, aff. 60/84, *Rec.*, 1985, p. 2605 ; CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi et Panellinia Omospondia Syllon Prossopikou c/Dimotiki Etairia Pltroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, aff. 260/89, *Rec.*, 1985, p. 2925 (cf. pt. 42).

²⁹⁰ ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 664.

²⁹¹ CJCE, 11 juillet 1985, *Soc. Cinéthèque c/Fédération nationale des cinémas français*, aff. 60/84, *Rec.*, 1985, p. 2605.

²⁹² ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 670.

citoyen européen pour pouvoir se prévaloir effectivement de la protection des droits fondamentaux tels que consacrés par les principes généraux du droit de l'Union. La Cour ajoute que « *par ailleurs, M. Kremzow a été condamné (...) en vertu de dispositions de droit national qui n'étaient pas destinées à assurer le respect de règles de droit communautaire* »²⁹³. D'autres arrêts plus récents confirment cette orientation²⁹⁴.

En dehors des cas d'incompétence manifeste de la Cour de justice, s'ajoute « *la jurisprudence qui fait le choix d'une interprétation restrictive du champ d'application d'une disposition communautaire et du droit qu'elle contient, parce que le « constituant » ou le « législateur » communautaire laisse aux Etats une certaine marge de manœuvre, y compris lorsque la compétence communautaire a été exercée* ». Autrement dit, le juge de l'Union a parfois fait preuve de modération prétorienne dans un champ « *potentiellement communautaire* »²⁹⁵. En témoignent les arrêts *Maurin-Metro*²⁹⁶, *Martino Grado*²⁹⁷ et *Annibaldi*²⁹⁸, à l'occasion desquels la Cour de justice a pu confirmer son appréciation restrictive « *alors même que tout lien avec le droit communautaire n'était pas visiblement tenu* »²⁹⁹.

Ce choix jurisprudentiel en faveur d'une interprétation restrictive du critère de rattachement au droit de l'Union, « *de nature à rassurer (...) ceux qui craignent de voir « l'Europe » tout régenter* »³⁰⁰, se retrouve désormais formellement consacré par l'article 51§1 de la Charte des droits fondamentaux.

²⁹³ CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow c/République d'Autriche*, aff. 299/95, *Rec.*, 1997, p. 2629.

²⁹⁴ Voir par exemple CJCE, Ord. 26 mars 2009, *Pignataro*, aff. 535/08 ; CJUE, Ordo. 1^{er} mars 2011, *Claude Chartry c/Belgique*, aff. 457/09.

²⁹⁵ ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 676.

²⁹⁶ CJCE, 13 juin 1996, *Procédure pénale c/Maurin*, aff. 144/95, *Rec.*, 1996, p. 2539.

²⁹⁷ CJCE, 9 octobre 1997, *M. Grado et S. Bashir*, aff. 291/96, *Rec.*, 1997, p. 5531.

²⁹⁸ CJCE, 18 décembre 1997, *Annibaldi c/Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*, aff. 309/96, *Rec.*, 1997 p. 7493.

²⁹⁹ ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 676.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 679.

II – Le champ d’application limité de la Charte des droits fondamentaux

Le champ d’application de la Charte des droits fondamentaux est déterminé par l’article 51§1, en vertu duquel le respect de ses dispositions s’impose aux Etats membres « *uniquement lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union* ». Dans l’arrêt *Akerberg Fransson*, la Cour de justice de l’Union européenne exprime clairement le sens de cet article : « *Le champ d’application de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, pour ce qui est de l’action des États membres, est défini à l’article 51, paragraphe 1, de celle-ci, aux termes duquel les dispositions de la charte s’adressent aux États membres uniquement lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union. En effet, les droits fondamentaux garantis dans l’ordre juridique de l’Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l’Union, mais pas en dehors de telles situations* ». Ainsi, le juge de l’Union « *ne peut apprécier, au regard de la Charte, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit de l’Union. En revanche, dès lors qu’une telle réglementation entre dans le champ d’application de ce droit, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d’interprétation nécessaires à l’appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect* »³⁰¹.

De la même façon qu’en l’absence de catalogue écrit des droits fondamentaux, la Cour de justice apprécie prétoriquement si les mesures nationales en cause relèvent ou non du champ d’application du droit de l’Union, et plus précisément si celles-ci peuvent être considérées comme des actes de « mise en œuvre du droit » de l’Union. Là encore, lorsque la situation ne présente manifestement aucun lien avec le droit de l’Union, le juge constatera sans difficulté son incompétence. Il suffit de prendre pour exemple l’arrêt *Iida*, du 8 novembre 2012, à l’occasion duquel la Cour considère que « *dès lors que le refus de délivrance d’un titre de séjour ne relève pas de la mise en œuvre du droit de l’Union au sens de l’article 51 de la Charte des droits fondamentaux, car la situation du demandeur du titre de séjour n’est pas régie par le droit de l’Union, la conformité de ce refus aux droits fondamentaux ne saurait être examinée à l’aune des droits institués par cette dernière* »³⁰² ; ou les considérations du juge de l’Union dans la jurisprudence *Ferenc Weigl c/Nemzeti*

³⁰¹ CJUE, 26 février 2013, *Aklagaren c/Akerberg Fransson*, aff. 617/10.

³⁰² CJUE, 8 novembre 2012, *Iida c/Ulm*, aff. 40/11, (Cf. pts. 76-77, 79-82).

Innovacios Hivatal en date du 16 janvier 2014, rappelant que « L'article 6, paragraphe 1, TUE, à l'instar de l'article 51, paragraphe 2, de la Charte, précise que les dispositions de cette dernière n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union européenne telles que définies dans les traités ». Ainsi, « lorsqu'une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence »³⁰³.

Cependant, certaines jurisprudences récentes traduisent la volonté du juge de l'Union, qui jusqu'alors s'était montré soucieux de respecter la volonté des Hautes Parties contractantes, d'accroître le champ d'application de la Charte « en présence d'éléments de rattachement ou d'une connexité non aberrants, aux yeux du juge national »³⁰⁴.

Section 2 – Une interprétation extensive du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux

Comme rappelé précédemment, le non respect de la Charte par un Etat membre n'est appréciable par la Cour de justice que si l'acte en cause met en œuvre le droit de l'Union – conformément à l'article 51§1 de la Charte des droits fondamentaux. En ce sens, l'incomplétude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux consacrés par la Charte différencie l'Union d'un système fédéral. Ceci étant, la jurisprudence récente de la Cour, maître de sa propre compétence, semble retenir progressivement une portée ambitieuse du champ d'application de la Charte (I). En témoignent notamment les arrêts *N.S.*³⁰⁵ et *Akerberg Fransson*³⁰⁶. Pour certains auteurs, il résulte de ces jurisprudences qu'un justiciable « pourrait difficilement se voir interdire de se prévaloir de la Charte, pour contester un acte qui porterait directement atteinte à l'un de ses droits »³⁰⁷. Cette interprétation extensive de l'article 51 de la Charte et l'accroissement du champ de compétence de la Cour qui en résulte, semblent toutefois logique pour diverses raisons (II).

³⁰³ CJUE, ordo. 16 janvier 2014, *Ferenc Weigl c/Nemzeti Innovacios Hivatal*, aff. 332/13.

³⁰⁴ ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », *précité*, p. 676.

³⁰⁵ CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. et M. E.*, aff. jtes 411/10 et 493/10.

³⁰⁶ CJUE, 26 février 2013, *Aklagaren c/Akerberg Fransson*, aff. 617/10.

³⁰⁷ G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne, Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, *précité*, p. 569.

I – Evolution récente en faveur d’une acceptation large du champ d’application de la Charte

Depuis l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le juge de l’Union n’avait pas eu l’occasion de se prononcer clairement sur les dispositions de l’article 51§1 de la Charte. Bien sûr, la Cour déclina sa compétence à diverses occasions lorsque la solution allait de soi, c’est-à-dire lorsque l’acte national en cause sortait manifestement du champ d’application du droit de l’Union. En témoigne notamment l’affaire *Pringle*³⁰⁸ à l’occasion de laquelle la Cour considère que lorsque des États membres instituent un mécanisme permanent de résolution des crises pour les pays de la zone euro, ils ne mettent pas en œuvre le droit de l’Union – les traités n’attribuant aucune compétence spécifique à l’Union pour l’instauration d’un tel mécanisme. Néanmoins, dès lors que la solution paraît moins évidente, certaines jurisprudences récentes optent en faveur d’une interprétation plus ambitieuse.

A l’occasion de l’arrêt *N.S.*³⁰⁹, en décembre 2011, la Cour de justice se prononce pour la première fois en faveur d’une conception extensive de l’article 51§1 de la Charte. Dans cette affaire, la Cour estime qu’un Etat membre « *qui use de la faculté d’examiner lui-même une demande d’asile, ouverte par l’article 3§2 du règlement Dublin II par dérogation à la compétence de principe octroyée par ledit règlement au premier Etat d’entrée dans l’Union, met en œuvre le droit de l’Union au sens de l’article 51 de la Charte* »³¹⁰.

Le 26 février 2013, deux arrêts de grande chambre rendus sur renvois préjudiciels « *apportent une contribution majeure à la constitution et à la structuration d’un espace constitutionnel européen des droits fondamentaux* »³¹¹. Dans les deux cas d’espèce, la Cour de justice été interrogée par le juge national sur le contenu et la portée à conférer à différents droits fondamentaux consacrés par la Charte : le principe *ne bis in idem* et le droit à un recours effectif énoncés respectivement aux articles 50 et 47 de ce texte. Avant de se prononcer, le juge de l’Union devait naturellement examiner « *l’applicabilité de la Charte dans les deux litiges au principal, celle-ci commandant sa compétence préjudicielle interprétative du texte en cause* »³¹².

³⁰⁸ CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c/Gouvernement of Ireland*, aff. 370/12.

³⁰⁹ CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. et M. E.*, aff. jtes 411/10 et 493/10.

³¹⁰ D. RITLENG, « De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union », RTDE, avril-juin 2013, p. 277.

³¹¹ *Ibid.*, p. 267.

³¹² *Ibid.*, p. 270.

Dans l'arrêt *Melloni*³¹³, l'ordonnance contestée, qui faisait l'objet d'un recours *d'amparo* devant le Tribunal constitutionnel espagnol, avait été prise sur la base de la décision cadre relative au mandat d'arrêt européen et visait à en assurer l'exécution. Ainsi, « *la réponse ne faisait aucunement doute* »³¹⁴. En revanche, dans l'affaire *Akerberg Fransson*, la question de l'applicabilité de la Charte posa plus de difficulté, tenant au « *fait que tant le texte qui avait servi de base aux sanctions fiscales infligées, à savoir la *taxeringslagen*, que celui en vertu duquel le prévenu était poursuivi pénalement, la *skattebrottslagen*, n'avaient été adoptés sur le fondement de dispositions du droit de l'Union* »³¹⁵. A la question de savoir si les dispositions fiscales contestées pouvaient être considérées comme mettant en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51§1 de la Charte, une solution négative semblait s'imposer. Comme le souligne Dominique RITLENG, la solution qu'allait retenir le juge de l'Union est d'un « *enjeu majeur* », renvoyant « *à la « question fédérale » de la répartition des compétences et de la possible transformation de la Cour de justice en une cour des droits de l'homme, imposant le respect des dispositions de la Charte aux Etats membres, indépendamment de l'existence de tout lien entre l'action des Etats (...) et le droit de l'Union* »³¹⁶. Ainsi, contre toute attente, et en dépit des conceptions doctrinales et des observations déposées par la majorité des Etats membres et même de la Commission – espérant que les termes employés dans l'article 51 inciteraient la Cour à « *développer une conception plus restrictive de l'applicabilité des droits fondamentaux énoncés dans ce texte* »³¹⁷ – le juge de Luxembourg trouve deux fondements en droit de l'Union aux sanctions fiscales et poursuites pénales dont *M. Akerberg Fransson* faisait l'objet³¹⁸.

Tout d'abord, le juge rappelle « *une jurisprudence établie selon laquelle il découle des articles 2, 250, §1^{er} et 273 de la directive 2006/112/CE ainsi que de l'article 4, §3 TUE que chaque Etat membre a l'obligation de prendre toutes les mesures propres à garantir la perception de l'intégralité de la TVA due sur son territoire et à lutter contre la fraude* ». Ensuite, la Cour rappelle également « *l'obligation imposée aux Etats membres par l'article 325 TFUE de lutter contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union par des mesures*

³¹³ CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/Ministerio Fiscal*, aff. 399/11.

³¹⁴ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *précité*, p. 270.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.* p. 271.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Ibid.* p. 273.

dissuasives et effectives et, en particulier, de prendre les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts ». Dès lors, il existe selon la Cour un lien direct entre « *la perception des recettes provenant de la TVA dans le respect du droit de l'Union applicable et la mise à disposition du budget de l'Union des ressources TVA correspondantes, dès lors que toute lacune des premières se trouve potentiellement à l'origine de la réduction des secondes* »³¹⁹. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire pour légitimer l'applicabilité de la Charte qu'une norme nationale soit prise sur le fondement d'une disposition du droit et dans le but de la mettre en œuvre, « *il suffit que son application soit mise au service, dans un cas concret, d'une telle disposition du droit de l'Union* »³²⁰.

La solution ambitieuse retenue par la Cour dans l'arrêt *Akerberg Fransson* marque une étape importante dans le processus de clarification en cours de l'interprétation de l'article 51§1 de la Charte³²¹.

II – Une solution logique

Les solutions retenues dans les arrêts *N.S* et *Akerberg Fransson* appellent plusieurs observations.

Tout d'abord, l'interprétation donnée par la Cour de l'article 51 de la Charte semble, du point de vue du juge de l'Union, « *logique (...) en ce qu'elle confère à la Charte le même champ d'application que celui qui a été reconnu aux principes généraux du droit de l'Union* ». En effet, attribuer à la Charte un champ d'application plus restreint que celui conféré aux principes généraux du droit de l'Union aurait conduit à « *une situation à la fois absurde et inadaptée au but recherché. Absurde car la portée d'un droit fondamental varierait en fonction de la source formelle utilisée par la Cour pour le protéger. Inadaptée car si l'on voulait voir dans l'article 51 de la Charte, une réduction de la portée des droits fondamentaux de l'Union qui sont énoncés dans ce texte par rapport à celle qui avait été dégagée par la jurisprudence relative aux principes généraux du droit, il suffirait à la Cour, pour échapper à*

³¹⁹ *Ibid.* p. 274.

³²⁰ *Ibid.* p. 275.

³²¹ Voir en ce sens le rapport de l'année 2013 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité des Régions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

cette restriction, d'avoir recours au support formel desdits principes généraux du droit »³²². Par ailleurs, l'adoption d'une Charte des droits ayant pour conséquence un recul de la protection de ces mêmes droits se serait avérée paradoxale.

Prévisible la solution de l'arrêt *Akerberg* l'est d'autant plus qu'elle « *découle logiquement de la jurisprudence* » déjà développée par la Cour de justice dans les affaires *Hansen*³²³, *Ebony Maritime*³²⁴ et *Nunes et de Matos*³²⁵. En effet, « *à partir du moment où le champ d'application de la Charte épousait ainsi celui des principes généraux du droit de l'Union* », la jurisprudence élaborée dans ce cadre pouvait servir de référence, « *même si le cas de figure n'avait, à proprement parler, pas de précédent* »³²⁶.

Enfin, selon Dominique RITLENG, la solution retenue – cette fois sur le fond de l'affaire – par la Cour de justice dans l'arrêt *Akerberg Fransson* traduit une « velléité d'autonomie » du juge de l'Union³²⁷. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne exclu toute mention à la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi qu'à sa jurisprudence quant à la portée du droit à un recours effectif énoncé à l'article 47 de la Charte, une portée considérée comme « *en harmonie avec celle reconnue aux droits garantis par l'article 6, paragraphes 1^{er} et 3, de la CEDH par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme* »³²⁸. Cette attitude donne l'impression « *d'une réticence grandissante de la Cour de justice à se conformer à son devoir d'interprétation conforme (...) Comme si le passage d'une servitude volontaire où la CEDH constituait une source d'inspiration privilégiée des droits fondamentaux de l'Union à la CEDH vivait la crainte d'une perte d'autonomie du droit de l'Union et de son juge et, donc, un besoin de la réaffirmer* »³²⁹. Cette préoccupation imprègne par ailleurs tout particulièrement les intenses et complexes négociations diplomatiques à la veille de la finalisation de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

³²² D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *précité*, p. 275.

³²³ CJCE, 10 juillet 1990, *Anklagemyndigheden c/Hansen*, aff. 326/88, *Rec.*, 1990, p. 2911. (cf. pt. 3, 4 et 11)

³²⁴ CJCE, 27 février 1997, *Ebony Maritime SA et Loten Navigation Co. Ltd c/Prefetto della Provincia di Brindisi et autres*, aff. 177/95, *Rec.*, 1997, p. 1111 (cf. pts. 28 à 38).

³²⁵ CJCE, 8 juillet 1999, *Nunes et de Matos*, aff. 186/98, *Rec.*, 1999, p. 4883 (cf. pt. 13)

³²⁶ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *précité*, p. 277.

³²⁷ *Ibid.* p. 288.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.* p. 292.

A l'instar donc d'un juge constitutionnel, la Cour de justice de l'Union européenne exerce la fonction de protection des droits fondamentaux inhérents à son ordre juridique. Une mission dont on peut se réjouir car, « *dans un contexte de crise profonde, la promotion et la défense des droits qui sont au cœur de la construction européenne sont impératives* »³³⁰. Toutefois, l'incomplétude de la garantie juridictionnelle assurée par le juge de l'Union ne permet pas d'assimiler la Cour de justice à une Cour suprême fédérale, et ce malgré le champ d'application rampant de la Charte des droits fondamentaux.

³³⁰ Résolution européenne de l'assemblée nationale sur les orientations pour l'avenir de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, texte adopté n°370, 27 juin 2014, consultable sur <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0370.asp>.

Conclusion

Tout au long de cette étude consistant à apprécier la nature constitutionnelle – ou non – de la Cour de justice de l'Union européenne par l'étude de ses fonctions, nous avons pu constater que l'office du juge de l'Union présente, à de nombreux égards, des indices favorables à une qualification constitutionnelle.

Investie d'un pouvoir de contrôle indépendant, la Cour de justice remplit une fonction essentielle de préservation à la fois de la structure institutionnelle de l'Union et de son pacte politique. A travers ses « *fonctions constitutionnelles d'interprétation, de contrôle ou de légitimation* »³³¹, la Cour de Luxembourg contribue activement au processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union. Néanmoins, s'il est vrai que le modèle « *le plus rapproché, celui de la justice constitutionnelle, semble pouvoir être proposé* »³³² pour appréhender le modèle juridictionnel de l'Union, et comme nous l'avons rappelé en diverses occasions, le simple constat d'éléments de convergence ne saurait suffire à légitimer l'emprunt au droit constitutionnel classique. En définitive, la Cour de justice, et plus largement l'ordre juridique de l'Union, ne correspond pas au constitutionnalisme observé formellement dans les systèmes fédéraux.

Finalement, la nature de la juridiction de l'Union demeure tributaire de la nature même de l'ordre juridique au sein duquel elle s'insère, « *un ordre juridique constitutionnel dont la théorie constitutionnelle n'a pas été élaborée* »³³³. En raison de la singularité cet ordre supranational et de l'état actuel de sa construction, certes avancée mais néanmoins insuffisante pour être confondue avec un système fédéral, il semble que les termes du droit constitutionnel se révèlent être inappropriés, et peut-être d'autres concepts aussi inédits que cette organisation *sui generis* seraient plus adéquats. Pour certains, il faut voir dans ce mouvement de constitutionnalisation du droit de l'Union l'avènement d'un « *nouveau constitutionnalisme européen, dont le critère premier ne serait pas une constitution en bonne et due forme* »³³⁴. Pour d'autres, la conception que retient la doctrine interniste et qui

³³¹ H. GAUDIN, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes, précité*, p. 497.

³³² H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », p. 220.

³³³ J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe – « Do the New Clothes have an Emperor ? » and other essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 8.

³³⁴ V. LEBON, *Le constitutionnalisme européen, précité*, p. 35.

conduit à écarter les qualifications constitutionnelles pour désigner l'Union ainsi que son modèle juridictionnel « *ne vaut que dans le cadre de celui-ci et n'exclut pas la validité du terme dans un autre cadre* »³³⁵. En ce sens, si la juridiction de l'Union ne correspond pas à une juridiction constitutionnelle au sens classique du terme, elle serait toutefois la Cour constitutionnelle de l'Union.

Nous concluons cependant en faveur d'une approche plus modérée, privilégiant la thèse selon laquelle l'accentuation du caractère constitutionnel des fonctions de la Cour de justice de l'Union européenne ne permet pas – ou pas encore – son assimilation pleine et entière au modèle juridictionnel constitutionnel.

³³⁵ P. AVRIL, « Le traité instituant une Constitution pour l'Europe ou la cloche fêlée de Philadelphie », *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 1017.

Table des matières

INTRODUCTION	5
PARTIE I – LE ROLE DE GARDIEN ET D’INTERPRETE DE LA « CHARTE CONSTITUTIONNELLE »	10
Chapitre 1 – La sauvegarde d’une « Charte constitutionnelle ».....	12
Section 1 – La défense de la nature constitutionnelle du droit primaire.....	12
I – Une qualification doctrinale.....	13
II – Une qualification jurisprudentielle.....	15
Section 2 – La critique de la nature constitutionnelle des traités.....	16
I – L’absence de cadre constitutionnel formel.....	17
II – le caractère ambigu de la primauté en droit de l’Union	19
Chapitre 2 – Le monopole de l’interprétation authentique des traités.....	26
Section 1 – Le maintien de l’unité et de la cohérence de l’ordre juridique de l’Union par la force de l’interprétation authentique	26
I – L’indispensable centralisation de l’interprétation authentique.....	27
II – Le renvoi préjudiciel, vecteur privilégié de la coopération judiciaire	28
Section 2 - Un rôle créateur outrepassant celui d’un juge constitutionnel.....	30
I – Le pouvoir normatif du juge de l’Union.....	31
II – Une cour surpuissante ?.....	33
PARTIE II – LA FONCTION DE REGULATION DU SYSTEME INSTITUTIONNEL	35
Chapitre 1 - Le contrôle juridictionnel de l’équilibre horizontal des pouvoirs.....	35
Section 1 – La consécration prétorienne du principe de l’équilibre institutionnel.....	36
I – La mutation du système institutionnel.....	36
II – L’équilibre institutionnel, adaptation communautaire du principe de séparation des pouvoirs.....	38
Section 2 – La protection juridictionnelle du principe de l’équilibre institutionnel.....	40

I – La nécessité d’une sanction juridictionnelle.....	40
II – Le contentieux de l’annulation, vecteur privilégié de l’exercice du contrôle de l’équilibre institutionnel.....	42
Chapitre 2 – Le contrôle juridictionnel de l’équilibre vertical des pouvoirs.....	44
Section 1 – La complexité de la délimitation des compétences au sein de l’Union	45
I – Les incertitudes résultant des dispositions initiales des traités.....	45
II – La tentative d’une clarification jurisprudentielle.....	45
Section 2 – La régulation de l’exercice des compétences par des concepts régulateurs.....	48
I – Des concepts régulateurs à essence fédérale.....	48
II – Le contrôle juridictionnel de l’application des principes : une fonction constitutionnelle...	51
PARTIE III – LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX	54
Chapitre 1 - La protection des droits fondamentaux : une fonction constitutionnelle.....	56
Section 1 – L’élaboration prétorienne d’un catalogue des droits fondamentaux.....	56
I – La nécessité d’une protection à l’échelle de l’Union.....	56
II – La légitimité des principes invoqués par la Cour de justice.....	57
Section 2 – L’autonomisation du système communautaire de protection des droits fondamentaux.....	60
I – La spécificité du bloc de fundamentalité de l’Union.....	60
II - La Charte des droits fondamentaux, consécration « <i>constitutionnelle</i> » de l’œuvre prétorienne.....	62
Chapitre 2 – L’incomplétude de la garantie juridictionnelle du bloc de fundamentalité.....	64
Section 1 – Le contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux par les normes nationales : un contrôle restreint au champ d’application du droit de l’Union.....	64
I – L’autolimitation jurisprudentielle initiale.....	65
II – Le champ d’application limité de la Charte des droits fondamentaux.....	67
Section 2 – Une interprétation extensive du critère de rattachement au droit de l’Union.....	68
I – Evolution récente en faveur d’une acceptation large du champ d’application de la Charte..	79

II – Une solution logique	71
CONCLUSION	74

OUVRAGES

DE BECHILLON, D., *hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, 577 p.

BLUMANN, C. et DUBOUIS, L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 1^{ère} éd., 2004, 450 p.

BOSKOVITS, K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la communauté européenne et ses Etats membres*, Bruylant, 1999, 876 p.

DEHOUSSE, R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1997.

DELPEREE, F., *Le fédéralisme en Europe*, PUF, Que sais-je ?, 2000, 128 p.

EISENMANN, C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, 383 p.

FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A., SCOFFONI, G., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 1999, 1055 p.

FAVOREU, L., et MASTOR, W., *Les Cours constitutionnelles*, Connaissance du droit, Dalloz, 2011, 164 p.

FROMONT, M., *La Justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, Droit public, 1996, 140 p.

GERKRATH, J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, éd. De l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, 496 p.

LEBON V. *Le constitutionnalisme européen*, Pulim, Coll. Droit public, 2007, 370 p.

LECOURT, R., *L'Europe des juges, Droit de l'Union européenne – Grands écrits*, Bruylant, 2008, 322 p.

LENAERTS, K., *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p.

MATHIEU, B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 p.

MAUBERNARD, C., *Les normes jurisprudentielles de la Cour de justice des Communautés européennes : contribution à l'étude du pouvoir judiciaire communautaire*, Thèse, Université de Montpellier I, 2001, 672 p.

MICHEL, V., *Recherche sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, 704 p.

MOLINIER, J., *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, Coll. Droit et justice, 2005, 280 p.

PAUVERT, B., *Droit constitutionnel*, Studyrama, Panorama du droit, 3^{ème} éd., 2009, 390 p.

PERTEK, J., *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et Juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, 238 p.

PESCATORE, P., *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Coll. Droit de l'Union européenne – Grands écrits, Bruylant, 1^{ère} éd., 2008, 1006 p.

PESCATORE, P., *Les droits de l'Homme et l'intégration européenne et le droit de l'intégration – Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Rééd. Coll. Droit de l'Union européenne, grands écrits, Bruylant, 2005.

RIDEAU, J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 2010, 1288 p.

RIDEAU, J., *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, Centre d'études du droit des organisations européennes, Institut du droit de la Paix et du Développement, Université de Nice-Sophia Antipolis, LGDJ, 2000, 515 p.

RIDEAU, J., et PICOD, F., *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Litec, 2^e éd., 2002, 914 p.

ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1998, 160 p.

SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 3^{ème} édition, 2001, 779p.

SPIERENBURG, D., et POIDEVIN, R., *Histoire de la Haute Autorité de la CECA*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 919 p.

VON BARDELEDEN, E., DONNAT, F., et SIRITSKY, D., *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Coll. Réflexe Europe, série « Institutions et Politiques », La Documentation française, 2012, 328 p.

WAELBROECK, D., et LOUIS, J-V., *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Etudes européennes, 1989, 408 p.

ARTICLES DE DOCTRINE

- Articles en français

AVRIL, Pierre, « Le traité instituant une Constitution pour l'Europe ou la cloche fêlée de Philadelphie », *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, pp. 1015-1027.

AZOULAI, Loïc, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », RTDE, janvier-mars 2008, pp. 29-45.

BEAUD, Olivier, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in Constance GREWE, Olivier JOUANJAN, Eric MAULIN, Patrick WACHAMANN (Dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 49-73.

BERNHARDT, Rudolf, « Les sources du droit communautaire : la « constitution » de la Communauté », in *Trente ans de droit communautaire*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Coll. Perspectives européennes, Bruxelles-Luxembourg, 1982, pp. 73-86.

BRUNET, Pierre, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? », *Réflexions méthodologique sur la justice constitutionnelle*, in *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, Thèmes et commentaires, pp. 115-135.

CATALANO, Nicola, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes*, Carl Heymanns verlag, 1965, pp. 519-566.

DA CRUZ VILACA, José Luis, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité : quelques réflexions », in ROSSI, L. S., *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne, Le projet de Traité-Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 185-199.

DORD, Olivier, « Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », in H. GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel - Droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, Droit Public Positif, 2001, pp. 121-159.

EVERLIN, Ulrich, « L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union européenne », in VANDERSANDEN G. (Dir.), *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994.

FLAUSS, Jean-François, « La Cour européenne des droits de l'Homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », RFDC, 1998, pp. 771-728.

FROMONT, Michel, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 149-163.

GAUDIN, Hélène, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », RAE-LEA, 2000, pp. 209-222.

GAUDIN, Hélène, « Primauté « absolue » ou primauté « relative » ? », in H. GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel - Droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, Droit Public Positif, 2001, pp. 97-121.

GRIMM, Dieter, « Le moment est-il venu d'élaborer une Constitution européenne ? », in R. DEHOUSSE (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Presses de Sciences Po, 2002, pp. 151-176.

GUILLERMIN, Guy, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », in *cinquante ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, pp. 525-539.

GUSY, Christoph, « Juge constitutionnel et « gardien de la Constitution » », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, Thèmes et commentaires, pp. 161-171.

HEUSCHLING, Luc, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire », Epistémologie d'une distinction théorique, in *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, Thèmes et commentaires, pp. 85-112.

JACQUE, Jean-Paul, « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? » in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier - la France, l'Europe, le monde*, Paris, Pedone, 2008, pp. 345-362.

KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », trad. Charles Eisenmann, RDP, 1928, pp. 197-257.

KOVAR, Robert, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RADE*, Vol. IV, tome 1, 1993, pp. 15-22.

LAGRANGE, Maurice, « La Cour de justice des Communautés européennes : du plan Schuman à l'Union européenne », *Mélanges Fernand Dehousse*, Paris-Bruxelles, Nathan-Labor, 1979, pp. 127-135.

MERTENS DE WILMARS, Josse, « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », C.D.E., 1976, n°12, pp. 135-148.

MODERNE, Franck, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », RFDA, 1999, Vol. 4, pp. 731-734.

MONACO, Ricardo, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs des organisations internationales », *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Pedone, 1974, pp. 155-172.

OBERDORFF, Henri, « La séparation des pouvoirs », in J-B. AUBY (Dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, pp. 179-194.

PESCATORE, Pierre, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle » in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Carl Heymanns verlag KG, 1965, pp. 519-566.

PUISSOCHET, Jean-Pierre, *Conclusions*, in J. RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, 2000.

RASMUSSEN, Hjalte, « La Cour de justice » in *Trente ans de droit communautaire*, OPOCE, 1982, pp. 159-205.

RIDEAU, Joël, « Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Collection droit public positif, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1987.

RONSE, Thierry, et WAELBROECK Denis, « La Cour de Justice Juridiction suprême », in MAGNETTE P. et REMACLE E., *Le nouveau modèle européen*, Volume 1 : Institution et gouvernance, Bruxelles, Université de Bruxelles, Institut d'Etudes européennes, 2000, pp. 89-103.

ROUSSEAU, Dominique, « Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux », in H. GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, Coll. Droit public positif, 2001, pp. 159-169.

RUBIO LLORENTE, Francisco, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », AIJC, 1996, pp. 11-29.

SIMON, Denys, « Des influences réciproques, entre CJCE et CEDH, « je t'aime, moi non plus ? » », *Revue Pouvoirs*, 2001/1, n°96, pp. 31-49.

TROPER, Michel, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études à la mémoire de Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975.

VON BRUNNECK, Alexander, « Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales », AIJC, 1988-IV, pp. 15-49.

ZAMPINI, Florence, « La Cour de Justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit communautaire », RTDE, octobre-décembre 1999, pp. 659-707.

ZOLLER, Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », in *Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, tome 294, 2002, pp. 41-166.

- Articles en anglais

DUE, Ole, « A constitutional court for the European Communities » in *Constitutional adjudication in european community and national law*, *Mélanges O'Higgins*, London, Butterworths, 1992, p. 3-10.

JACOBS, Francis G., "Is the Court of Justice of the European Communities a constitutional court ?" in *Constitutional adjudication in european community and national law*, *Mélanges O'Higgins*, London, Butterworths, 1992, p. 25-32.

WEILER J. H. H. « The future of the European Community in the light of the American federal experience ». WEILER J. H. H. *Supranationalism revisited – a retrospective – the European Communities after 30 years*, in W. MAINHOFER éd., *Noi si mura*, Selected Working papers of the European University Institute, 1986, p. 382.

MELANGES

De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Helbing et Lichtenhahn, 1996, 714 p.

Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, 2007, 1783 p.

L'Union européenne – Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, Pedone, 2010, 958 p.

Etudes de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen, Pedone, 1984, 530 p.

THESES

ARTAUD-VIGNOLLET, Stéphanie, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans l'Union européenne*, Thèse, Toulouse, 2003, 594 p.

GAUDIN, Hélène, *Le parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Thèse, Toulouse, 1994, 565 p.

JACQUEMOT, Florence, *Le standard européen de société démocratique*, Thèse, Université de Montpellier I, 2006, 713 p.

BACHOUÉ-PEDROUZO, Géraldine, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne, Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, 597 p.

RAPPORT

DUHAMEL, Olivier, *Rapport sur la constitutionnalisation des traités n°A5-0289/2000*, Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen, 12 octobre 2000.

SITES INTERNET

<http://www.assemblee-nationale.fr/>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

<http://www.cortecostituzionale.it>

<http://www.curia.europa.eu>

<http://www.europa.eu>

<http://www.persee.fr>

<http://www.philo.be>

<http://www.trybunal.gov.pl>

REPORTAGES

Interview de Pierre PESCATORE, « Le rôle de la Cour de justice comme facteur d'intégration », Luxembourg, 12 novembre 2003, consultable sur : <http://www.cvce.eu>

Conférence en l'honneur du 50^{ème} anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, consultable sur : <http://curia.europa.eu>