Jt_doct_1106_Ski.fm Page 1 Tuesday, September 7, 2021 3:22 PM

Doctrine

Le principe de primauté dans le droit de l'Union européenne

Introduction

Le principe de primauté du droit de l'Union européenne — ou, comme on disait à l'époque, du droit communautaire — se trouve doublement au fondement de l'arrêt *Le Ski*. D'une part cette affaire portait sur la conformité d'un acte de droit interne à une règle de droit de l'Union — l'article 12 du Traité instituant la Communauté économique européenne. D'autre part, la Cour de cassation y a repris explicitement, à l'appui de ses conclusions, les motifs célèbres de la jurisprudence *Costa* par laquelle la Cour de justice avait établi, quelques années plus tôt, la primauté du droit de l'Union.

En d'autres termes, le droit de l'Union européenne a fourni à la Cour de cassation tant l'occasion (les faits de la cause) que le fondement juridique (la jurisprudence encore fraîche de la Cour de justice) pour proclamer la primauté de *toute* règle de droit international conventionnel directement applicable sur le droit interne.

Cette paternité donne au principe de primauté du droit de l'Union des allures d'évidence et de certitude. Force est toutefois d'observer que ses contours restent délicats à tracer et continuent d'évoluer comme l'atteste notamment un arrêt *Poplawski* de 2019. Plus grave, il est devenu la cible d'attaques frontales de la part de certaines juridictions constitutionnelles — allemande[1], polonaise[2], danoise[3], tchèque[4] — soucieuses de rappeler la suprématie, totale ou partielle, de leur loi fondamentale nationale.

Les limites imparties à cette étude ne permettront toutefois de s'attarder ni sur cette fronde inquiétante, ni sur les controverses qui continuent d'agiter la doctrine sur les points les plus techniques. Le lecteur nous pardonnera donc de ne trouver dans ces pages qu'une synthèse de ce que l'on pourrait appeler « le petit catéchisme de la primauté » tel qu'il se dévoile à la lecture de la seule jurisprudence de la Cour de justice. Pour servir ce modeste objectif, le propos est articulé selon une structure délibérément simple mais – espère-t-on – efficace, qui aborde successivement l'origine et l'originalité du principe de primauté (1), les normes qui y sont soumises (2), les obligations qui en découlent (3) et ses limites (4).

1 Origine et originalité du principe de primauté

C'est dans son arrêt *Costa c. ENEL* du 15 juillet 1964 que la Cour de justice consacre la primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres, ou plus précisément, ce qu'elle appelle alors « la prééminence du droit communautaire ». La Cour y affirme qu'étant « issu d'une source autonome, le droit né du Traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »[5]. Et la Cour de poursuivre, dans une formule dont l'audace lui valut de demeurer célèbre, « le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ». Cette décision est rendue un an à peine après l'arrêt *Van Gend & Loos*, dans laquelle la Cour inaugure sa doctrine de l'effet direct. Considérant que le Traité CEE « constitue un nouvel ordre juridique de droit international », les juges de l'Europe des Six reconnaissent que certaines dispositions des traités confèrent aux particuliers « des droits individuels que les juridictions doivent sauvegarder »[6].

Quelques années plus tard, un troisième arrêt devenu mythique vient officiellement unir les doctrines de l'effet direct et de la primauté, scellant ainsi l'assujettissement du droit interne au droit de l'Union. Dans l'affaire *Simmenthal*, la Cour éclaire et approfondit les implications de ces deux principes. Sur un plan « ontologique » d'abord, elle n'hésite pas à affirmer que les dispositions du droit de l'Union dotées d'effet direct « ont pour effet dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore — en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres — *d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux* dans la mesure où ils seraient contraires avec des normes communautaires »[7]. Sur un plan pratique ensuite, la Cour explicite les conséquences que les juridictions internes doivent tirer de cette position de surplomb du droit européen. Tout juge national a l'obligation « d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, *en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale*, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire »[8]. À partir de cet arrêt, le destin des doctrines de l'effet direct et de la primauté sera à ce point lié qu'il deviendra difficile de les distinguer jusqu'à ce qu'en 2019, la Cour en dénoue l'écheveau dans un arrêt *Poplawski* dont il sera question plus loin.

On ne saurait sous-estimer la profonde originalité et, pour tout dire, le caractère révolutionnaire du régime juridique établi par ce triptyque fondateur. Certes, le droit de l'Union n'a ni le monopole de la primauté, ni celui de l'effet direct. Au vrai, la primauté est une condition d'existence de toute norme de droit international. Si un État pouvait unilatéralement se soustraire au respect d'une obligation internationale par le biais d'un acte interne contraire, cela signifierait simplement que cette obligation n'en est pas une — au même titre qu'on ne peut concevoir un contrat que chaque partie pourrait violer *ad libitum*. De même, le droit international connaît le principe de l'effet direct depuis au moins un siècle et le vénérable avis de la Cour permanente de justice internationale sur la compétence des tribunaux de Dantzig[9].

La différence essentielle réside toutefois dans le fait que ces caractéristiques du droit international sont reconnues sur fond d'une conception *dualiste* des rapports entre ordres juridique interne et international. Tout se passe comme si le droit international venait se superposer au droit interne sans perte ni profit, c'est-à-dire sans en altérer la structure ou le contenu. Le droit des gens ne prétend pas régir les conditions de validité des normes de droit interne ni ne fait directement peser d'obligation sur les organes des États. En droit international, la contrariété d'un acte de droit interne avec une règle conventionnelle ou coutumière n'a strictement aucun effet sur le plan domestique. Les conséquences qu'elle fait peser sur l'État « fautif » sont purement externes — engagement de la responsabilité internationale, licéité des représailles, etc.

On mesure le fossé qui sépare cette primauté-là — une primauté « polie », qui s'arrête au seuil de l'ordre juridique national — de la pré-

(1) Arrêt du 5 mai 2020, 2 *BvR* 859/15.
(2) Arrêt du 14 juillet 2021, n° P 7/20.
(3) Arrêt du 6 décembre 2016, n° 15/2014.
(4) Arrêt du 31 janvier 2012, *Pl. ÚS* 5/12.
(5) Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64, EU:C:1964:66, p. 1141, spéc. p. 1160.
(6) Arrêt du 5 février 1963, *van Gend & Loos*, aff. C-26/62, EU:C:1963:1.
(7) Arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, EU:C:1978:49, point 17 (nous soulignons).
(8) *Ibidem*, point 21 (nous soulignons).
(9) Avis consultatif du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B, n° 15.

Jt_doct_1106_Ski.fm Page 2 Tuesday, September 7, 2021 3:22 PM

éminence dont jouit le droit de l'Union — une autorité intrusive, qui assimile les organes de l'État à des agents de l'Union, pénètre les moindres recoins de l'ordre juridique interne et colonise le sommet de la pyramide du droit national. Ce sont ces caractéristiques inédites — et, à notre connaissance, inégalées jusqu'ici par quelque autre organisation internationale que ce soit — qui justifient le lyrisme constitutionnel de la Cour dans ces premiers arrêts du panthéon luxembourgeois. Il fallait bien un « ordre juridique nouveau » fondé sur « une limitation — permanente ! — des droits souverains » pour légitimer de telles atteintes à l'orthodoxie westphalienne.

Dans ces conditions, on comprend pourquoi n'est qu'en apparence paradoxal le silence des traités européens sur cette question. Entériner une telle construction jurisprudentielle reviendrait, pour les États, à reconnaître le caractère foncièrement irréductible de l'Union aux catégories du droit international en même temps qu'une perte de souveraineté qui croît à mesure que s'étendent les compétences européennes. Il est significatif que seul le Traité « établissant une constitution pour l'Europe » ait consacré un tel principe, avec l'insuccès que l'on sait. Et il est non moins révélateur qu'avisés de cet échec, les rédacteurs du Traité de Lisbonne aient triplement déchu la primauté de son trône constitutionnel. En reléguant d'abord sa seule référence aux marges du Traité, dans la déclaration n° 17 qui y est annexée ; en donnant ensuite à cette déclaration la forme d'une note technique du service juridique du Conseil ; en réduisant enfin cette note au rappel de la jurisprudence de la Cour — manière de prendre acte d'une situation sans l'endosser.

2 Les normes soumises au principe de primauté

La primauté du droit de l'Union européenne s'impose à l'ensemble du droit interne, y compris aux normes de niveau constitutionnel. Cette prévalence du droit européen sur la constitution a été affirmée dès 1970[10], s'attirant d'emblée l'hostilité du juridictions constitutionnelles allemands[11] et italienne[12].

Ces réactions n'ont pas empêché la Cour de justice de maintenir sa ligne jurisprudentielle et d'en tirer toutes les conséquences. Trois exemples permettront d'en juger.

Dans une affaire allemande, la Cour a considéré que si une réglementation établissant une situation de monopole dans le secteur des jeux et paris était contraire tant au droit de l'Union qu'à la Constitution, le juge du fond devait la déclarer immédiatement inapplicable et ne pouvait dès lors, comme l'y invitait la jurisprudence constitutionnelle, en maintenir provisoirement les effets au nom du principe de sécurité juridique[13]. De manière générale, une jurisprudence nationale bien établie, fût-elle de niveau constitutionnel, doit être écartée lorsqu'elle est contraire au droit de l'Union ou entrave son application[14].

Cette intransigeance a également trouvé à s'affirmer dans le contentieux relatif aux mécanismes français et belge de question prioritaire de constitutionnalité qui, en substance, contraignent le juge du fond à interroger d'abord le juge constitutionnel avant de se tourner vers la Cour de justice en cas de doute sur la compatibilité d'une loi avec un droit fondamental reconnu tant dans la loi fondamentale nationale que dans l'ordre juridique de l'Union. Sans le déclarer formellement incompatible avec le droit de l'Union, la Cour a pris soin d'ôter toutes ses dents à un tel mécanisme en estimant qu'il ne peut avoir pour effet d'empêcher le juge du fond de saisir la Cour de justice à tout moment qu'il estime opportun, y compris avant la saisine constitutionnelle[15]. Par-delà ce cas particulier, il ressort d'une jurisprudence bien établie que la primauté fait échec à toute règle procédurale de droit interne entravant la possibilité pour un juge du fond d'interroger la Cour de justice sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit de l'Union[16].

Enfin, la Cour a douché les espoirs de ceux qui pensaient que l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux signerait la revanche des standards constitutionnels nationaux. L'article 53 de la Charte prévoit qu'aucune disposition de cette dernière ne saurait être interprétée comme réduisant le niveau de protection des droits fondamentaux reconnus, dans leur champ d'application, par les constitutions nationales. La Cour a toutefois considéré que cette disposition ne permet pas de faire prévaloir, sur les exigences coulées dans le droit dérivé, les standards plus protecteurs du droit constitutionnel. Ce principe connaît toutefois une exception lorsque l'application des standards nationaux ne compromet pas « le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »[17]. Observons toutefois que, loin d'emporter une entorse au principe de primauté, vient plutôt conforter ce dernier en faisant de son respect une condition de l'application « interstitielle » des réquisits constitutionnels. Sans surprise, ce n'est donc qu'en l'absence d'harmonisation du niveau de protection d'un droit fondamental que cette clause dérogatoire a pu trouver à s'appliquer[18] — et encore, dans le respect de balises strictes[19].

On ne saurait clore ce paragraphe sans dire un mot de l'article 4, § 2, du Traité sur l'Union européenne. Cette disposition oblige l'Union à respecter l'« identité nationale » des États membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ».

À suivre la jurisprudence de la Cour de justice, on peut ranger dans l'identité nationale non seulement « les structures fondamentales » du système institutionnel des États membres – y compris les règles de répartition des compétences[20] —, mais par exemple aussi les conditions d'accès à certains emplois dans l'administration publique que vise l'article 45, § 4, du TFUE[21], une déduction exigeante du principe d'égalité consistant, pour un État, en l'occurrence l'Autriche, à interdire par une norme constitutionnelle toute acquisition, possession ou utilisation d'un titre de noblesse[22], ou encore le respect de la diversité linguistique et culturelle auquel se réfèrent l'article 3, § 3, alinéa 4, du TUE, l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 167 du TFUE[23]. On ne saurait toutefois se leurrer sur la portée d'une telle jurisprudence. Si l'article 4, § 2, du TUE a pu occasionnellement conduire la Cour à reconnaître la diversité des structures et traditions constitutionnelles nationales, il s'en faut de

(10) Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, point 3 : « Que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État ».
(11) Arrêt dit « Solange I », du 29 mai 1974, trad. fr. *R.T.D.E.*, 1975, p. 322.
(12) Arrêt *Frontini* du 27 décembre 1973, n° 14/1974
(13) Arrêt du 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, EU:C:2010:503.
(14) *Cfr* par exemple arrêt du 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, EU:C:2013:105 ; ordonnance du 15 octobre 2015, *Naderhirn*, aff. C-581/14, EU:C:2015:707, points 35-36 ; ordonnance du 7 juin 2018, *Filippi*, aff. C-589/16, EU:C:2018:417, points 35-36.
(15) Arrêt du 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. C-188 et C-189/10, EU:C:2010:363 et ordonnance du 1er mars 2011, *Chartry*, C-457/09, EU:C:2011:101.
(16) *Cfr* par exemple, sur des règles qui imposent à une juridiction inférieure de se conformer à l'appréciation d'une juridiction supérieure même lorsqu'il apparaît que cette appréciation n'est pas conforme au droit de l'Union, voy. les arrêts du 16 janvier 1974, *Rheimühlen Düsseldorf*, aff. C-166/73, EU:C:1974:3 ; du 5 octobre 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, EU:C:2010:581 ; du 20 octobre 2011, *Interedil*, aff. C-396/09, EU:C:2011:671.
(17) Arrêt du 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, EU:C:2013:107, *point* 60.
(18) Voy., pour une application du bout des lèvres à propos du principe de légalité des délits et des peines, l'arrêt du 5 décembre 2017, *M.A.S.*, EU:C:2017:936.
(19) Arrêts du 29 juillet 2019, *Spiegel Online*, EU:C:2019:625, points 22-39, et *Funke Medien*, aff. C-469/17, EU:C:2019:623, points 32-54.
(20) Arrêt du 21 décembre 2016, *Remondis*, aff. C-51/15, EU :C :2016 :985 ; arrêt du 18 juin 2020, *Paurin kaupunki*, aff. C-328/19, EU:C:2020:483.
(21) *Cfr* aff. C-473/93, *Commission c. Grand-duché de Luxembourg*, 2 juillet 1996, EU:C:1996:263, pts 35-36 ; aff. C-51/08 *Commission c. Grand-duché de Luxembourg*, 24 mai 2011, EU:C:2011:336, point 124.
(22) *Cfr* arrêt du 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, EU:C:2010:806, pts 90-92.
(23) *Cfr* arrêt du 12 mai 2011, *M. Runevic-Vardyn*, aff. C-391/09, EU:C:2011:291, points 85-87 et arrêt du 16 avril 2013, *Las*, aff. C-202/11, EU:C:2013:239, point 26. Pour un exemple d'invocation manifestement abusive de « l'identité nationale » et donc rejetée par la Cour de justice, voy. arrêt du 1er mars 2012, *O'Brien*, aff. C-393/10, EU:C:2012:110, point 49. Quant à la question de savoir si un État peut invoquer son identité nationale pour contester l'application d'un acte de droit dérivé au nom « d'une conception exigeante de la protection d'un droit fondamental », voy. les conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire précitée *Melloni*, aff. C-399/11, points 137-145.

Jt_doct_1106_Ski.fm Page 3 Tuesday, September 7, 2021 3:22 PM

beaucoup qu'elle ait entaillé le principe de primauté. D'une part, parce qu'en reconnaissant l'identité constitutionnelle des États membres, la Cour ne fait qu'observer une disposition... du droit de l'Union. D'autre part, parce que, comme a pu le relever le tribunal constitutionnel allemand, le respect de l'identité constitutionnelle se trouve souvent mis en balance avec d'autres intérêts concurrents, dans une logique sous-tendue par un principe d'égalité entre principes bien plus que de préséance d'une norme sur l'autre[24].

3 Les obligations découlant du principe de primauté

On l'a dit, la primauté du droit de l'Union repose sur une vision moniste des rapports entre droits européen et nationaux[25]. Regroupant l'ensemble de ces normes au sein d'une même pyramide, elle est grosse de conséquences pour l'organisation *interne* des États.

Combinée au principe de coopération loyale (article 4, § 3, TUE), la primauté impose des obligations non seulement aux auteurs de l'acte de droit interne jugé contraire au droit de l'Union (A), mais aussi aux juridictions (B) et organes administratifs (C) chargés de l'appliquer.

A. Les auteurs de l'acte

En cas d'incompatibilité d'un acte de droit interne avec une norme européenne, l'auteur de l'acte concerné est tenu de remédier à l'illégalité constatée, le plus souvent en le retirant ou en l'abrogeant. La seule modification des pratiques administratives, sans toucher à la substance des textes normatifs, n'est pas suffisante[26]. Cette obligation de mise en conformité, qui « doit être entamée immédiatement et aboutir dans des délais aussi brefs que possible »[27], s'applique indifféremment aux pouvoirs exécutif et législatif. On ne s'attardera pas sur cette obligation, tant elle est consubstantielle au principe de primauté. En cas de non-respect de cette exigence, l'État s'expose à un recours en constatation de manquement — voire de manquement sur manquement avec, à la clé, l'infliction d'amendes ou d'astreintes[28] — ou à une action en responsabilité extracontractuelle.

B. Les organes juridictionnels

Les juridictions nationales constituent la pierre d'angle du système d'application décentralisée du droit de l'Union. Elles sont en première ligne pour veiller au respect du droit européen par les autorités nationales. Les obligations et prérogatives que leur confère ce dernier sont à la mesure de cette mission de première importance.

Depuis l'arrêt rendu en grande chambre dans l'affaire *Poplawski*, il ne fait plus de doute que l'étendue de ces charges et attributions varie selon que la norme de l'Union en cause est dotée ou non de l'effet direct[29].

1. Obligations s'attachant à toutes les normes de l'Union

Toutes les normes européennes — d'effet direct ou non — font naître, à charge du juge interne, deux obligations.

La première prend la forme d'un devoir d'interprétation conforme. Ce principe, selon lequel la juridiction nationale est « tenue de donner au droit interne, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union », « est inhérent au système des traités, en ce qu'il permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie »[30]. Cette interprétation doit être opérée « à la lumière du texte et de la finalité » de la norme européenne « afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci »[31]. Pour y parvenir, le juge national est tenu « de prendre en considération l'ensemble du droit interne et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci »[32]. Il doit également ignorer une jurisprudence nationale — fût-elle constante et entérinée au plus haut niveau de la hiérarchie judiciaire — incompatible avec le droit de l'Union[33]. L'interprétation conforme n'est toutefois pas sans limite. D'une part, elle ne peut « conduire à déterminer ou à aggraver (...) la responsabilité pénale »[34]. De l'autre, elle ne saurait justifier une interprétation *contra legem* — l'interprétation a ses limites et on ne peut faire dire à un texte tout l'inverse de ce qu'il dit[35].

La seconde obligation consiste, pour les juridictions nationales, à « reconnaître aux particuliers la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit de l'Union imputable à un État membre »[36]. Cette exigence est balisée par la célèbre jurisprudence *Francovich*[37], selon laquelle la responsabilité non contractuelle de l'État doit pouvoir être engagée devant une juridiction nationale dès lors que (1) l'un de ses organes (2) viole de façon suffisamment caractérisée (3) une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers (4) s'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le dommage allégué. Si la règle violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, elle ne doit pas — mais peut[38] — bénéficier d'un effet direct. En effet, comme l'affirme la Cour, cette « possibilité de réparation à charge de l'État membre est particulièrement indispensable lorsque (...) le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire »[39]. Pour prendre un exemple typique, la non-transposition d'une directive dans le délai prescrit est de nature à engager la responsabilité de l'État membre concerné, même si les dispositions de cette directive ne sont pas d'effet direct.

2. Obligations s'attachant aux seules normes d'effet direct

Si l'obligation d'interprétation conforme ne permet pas de résoudre l'antinomie entre l'acte de droit national et une norme européenne *d'effet direct*, alors — on notera la subsidiarité qu'introduit cet « alors » — le juge national est tenu de laisser « au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »[40]. Cette obligation s'impose même à l'égard d'un acte de rang législatif dont le juge n'est en principe pas compétent pour contrôler la validité[41]. Elle implique aussi, en principe[42], l'annulation de tous les actes — notamment individuels — adoptés sur le fondement de la norme nationale illégale[43].

À l'inverse, « une juridiction nationale n'est pas tenue, sur le seul fondement du droit de l'Union, de laisser inappliquée une disposition de son droit national contraire à une disposition du droit de l'Union si cette dernière disposition est dépourvue d'effet direct »[44]. La difficulté tient évidemment dans la détermination d'un tel effet. En principe, les dispositions claires, précises et inconditionnelles d'un acte de droit

(24) Arrêt « Lisbonne » du 30 juin 2009, BVerfGE 123, 267.
(25) Sur la difficulté d'articuler cette ambition moniste avec le maintien, incontestable, d'ordre juridiques nationaux distincts de l'ordre juridique de l'Union, *cfr* E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *R.T.D.E.*, 2007, pp. 427-443, spéc. pp. 440-442.
(26) *Cfr* par exemple arrêt du 15 octobre 1986, *Commission c. Italie*, EU:C:1986:381.
(27) Arrêt du 13 juillet 1988, *Commission c. France*, aff. C-169/87, EU:C:1988:393, point 14.
(28) *Cfr* par exemple l'arrêt du 10 janvier 2008, *Commission c. Portugal*, aff. C-70/06, EU:C:2008:3.
(29) Arrêt du 24 juin 2019, *Poplawski*, aff. C-573/17, EU:C:2019:530, point 60 : « Le principe de primauté du droit de l'Union ne saurait dès lors aboutir à remettre en cause la distinction essentielle entre les dispositions du droit de l'Union disposant d'un effet direct et celles qui en sont dépourvues, ni, partant, à instaurer un régime unique d'application de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union par les juridictions nationales ».
(30) *Ibidem*, point 55.
(31) *Ibidem*, point 73.
(32) *Ibidem*, point 77.
(33) *Ibidem*, points 78-79.
(34) *Ibidem*, point 75.
(35) *Ibidem*, point 76.
(36) *Ibidem*, point 56.
(37) Arrêt du 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6 et 9/90, EU:C:1991:428.
(38) Arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, aff. C-46 et 48/93, EU:C:1996:79.
(39) Arrêt *Francovich* précité, point 34.
(40) Arrêt *Poplawski* précité, point 58.
(41) Arrêt *Simmenthal* précité, point 24.
(42) Pour une exception, *cfr* par exemple arrêt du 26 juillet 2017, *Comune di Corridonia* e.a., aff. C-196/16 et C-197/16, EU:C:2017:589, point 37.
(43) Arrêt du 29 juillet 2019, *Inter-Environnement Wallonie et Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, aff. C-411/17, EU:C:2019:622, point 172.
(44) Arrêt *Poplawski* précité, point 68.

Jt_doct_1106_Ski.fm Page 4 Tuesday, September 7, 2021 3:22 PM

primaire ou de droit dérivé en sont pourvues. C'est le cas de certaines[45] dispositions de la Charte des droits fondamentaux. La Cour observe cependant que, par définition, certains types d'acte sont dénués d'effet direct, en tout ou en partie. Ainsi des anciennes « décisions-cadres » adoptées sous l'empire de l'ancien troisième pilier, que le Traité sur l'Union européenne privait explicitement d'un tel effet. Ainsi aussi, mais en partie seulement, des directives[46]. Si les dispositions claires, précises et inconditionnelles de celles-ci sont directement invocables envers une autorité publique, elles ne permettent pas en revanche « au juge national d'écarter une disposition de son droit interne qui y est contraire, si, ce faisant, une obligation supplémentaire venait à être imposée à un particulier »[47].

L'obligation d'éviction de la règle nationale contraire à une norme européenne d'effet direct ne souffre en principe aucun atermoiement. Ainsi, avant dire droit et en cas de simple doute sur une telle contrariété, le juge *a quo* est tenu de suspendre l'application de la mesure nationale s'il décide de la soumettre à l'examen de la Cour de justice, et ce même si son droit national ne lui confère pas un tel pouvoir[48]. Ensuite, une fois l'incompatibilité constatée, l'éviction ne tolère aucun ajournement, celui-ci fût-il ordonné par une juridiction constitutionnelle[49], et ce même si cette éviction porte atteinte à la protection de la confiance légitime de particuliers[50]. Seule la Cour de justice « peut, à titre exceptionnel et pour des considérations impérieuses de sécurité juridique, accorder une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle du droit de l'Union à l'égard du droit national contraire à celle-ci »[51], et ce pour un « laps de temps strictement nécessaire pour remédier à l'illégalité constatée »[52]. Le souci d'éviter une situation plus préjudiciable à l'environnement[53] ou de pallier une menace réelle et grave de rupture de l'approvisionnement en électricité[54] sont de nature à justifier une telle suspension, dont l'examen de la nécessité *in concreto* est laissé au juge national.

C. Les organes administratifs

Depuis l'arrêt *Costanzo*, la Cour considère que le principe de primauté s'applique à tous les organes de l'administration, y compris aux autorités décentralisées[55]. Il en résulte que, comme les juridictions, les entités administratives sont tenues de laisser inappliquée une norme de droit national contraire au droit de l'Union.

Si cette obligation a pour elle une certaine logique — pourquoi forcer le justiciable à intenter un recours contre un acte administratif dont l'auteur lui-même connaît l'illégalité —, elle n'en demeure pas moins remarquable car elle reconnaît implicitement à l'administration une certaine autonomie par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif et introduit, de ce fait, une certaine instabilité dans les rouages de l'État. Cette obligation d'éviction peut sembler d'autant plus exorbitante qu'elle ne s'accompagne pas, comme pour le juge national, de la faculté d'interroger la Cour de justice par la voie préjudicielle.

En résulte un paradoxe : un organe sans fonction juridictionnelle est tenu d'évaluer seul la compatibilité du droit interne au droit de l'Union alors que les juridictions peuvent, pour ce faire, bénéficier des lumières de Luxembourg. Le paradoxe est d'autant plus piquant que, sauf erreur, la Cour de justice n'a jamais explicitement imposé aux autorités administratives une obligation d'interprétation conforme — aux effets pourtant moins déstabilisants pour la hiérarchie des normes.

Moins surprenante est l'obligation faite aux organes administratifs de réexaminer une décision administrative devenue définitive afin de tenir compte d'une jurisprudence nouvelle de la Cour de justice. Cette obligation est cependant subordonnée au respect de quatre conditions. Premièrement, l'organe administratif en cause doit disposer, en droit national, du pouvoir de revenir sur cette décision. Ensuite, la décision doit être devenue définitive à la suite d'un arrêt rendu en dernier ressort par une juridiction nationale. Troisièmement, cet arrêt doit être fondé sur une mauvaise interprétation du droit de l'Union sans que la Cour de justice ait été saisie d'un renvoi préjudiciel. Enfin, l'intéressé doit être revenu vers l'organe administratif en cause dès qu'il a pris connaissance de la jurisprudence de la Cour[56] et, en tout cas, dans un délai raisonnable[57].

Cette obligation de réexamen prévaut même lorsque l'intéressé ne s'était pas prévalu d'un moyen tiré du droit de l'Union dans le cadre du recours juridictionnel qu'il avait intenté contre la décision administrative[58]. En outre, même en l'absence de réexamen proprement dit, un arrêt de la Cour de justice peut constituer un élément nouveau dans le cadre d'une nouvelle demande présentée par l'administré, et ce même si cet arrêt n'est pas mentionné dans la demande[59].

4 Les limites du principe de primauté

Le principe de primauté n'est pas tout-puissant. L'application correcte du droit de l'Union cède parfois face à d'autres principes impérieux de nos droits contemporains. Deux limites méritent en particulier d'être épinglées.

La première concerne la portée exacte de l'obligation d'éviction. Cette obligation ne contraint pas le juge national à *annuler* une norme de droit interne contraire au droit de l'Union s'il n'en a pas le pouvoir[60]. Les États membres continuent de bénéficier ici d'une autonomie institutionnelle et procédurale bien compréhensible dès lors que, s'ils sont largement enchevêtrés, les ordres juridiques de l'Union et des États membres ne sont pas pour autant fusionnés. Cette limite est cependant grosse de conséquences. D'une part, une telle norme pourra continuer d'exister et, le cas échéant, d'être appliquée dans des domaines qui ne rentrent pas dans le champ d'application du droit de l'Union. D'autre part, les rapports et actes juridiques préalables fondés sur cette norme ne seront pas nécessairement affectés par la déclaration d'incompatibilité dont elle fait l'objet[61]. À ce sujet, une jurisprudence abondante enseigne que, le principe de la *res judicata* s'oppose à ce que le juge

---

(45) Comp. par exemple l'arrêt du 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, EU:C:2014:2, points 46 à 48 et l'arrêt du 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, aff. C-193/17, EU:C:2019:43, points 76-80.

(46) « En effet, ces décisions-cadres ont été adoptées sur le fondement de l'ancien troisième pilier de l'Union, notamment, en application de l'article 34, paragraphe 2, sous b), UE. Or, cette disposition prévoyait, d'une part, que les décisions-cadres lient les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens et, d'autre part, que les décisions-cadres ne peuvent entraîner d'effet direct » (*ibidem*, point 69).

(47) *Ibidem*, point 67.

(48) Arrêt du 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, EU:C:1990:257.

(49) Arrêt du 22 juin 2021, *B*, aff. C-439/19, EU:C:2021:504 ; arrêt du 19 novembre 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, EU:C:2009:719. *Cfr* aussi, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Winner Wetten*, précité.

(50) Arrêt du 19 avril 2016, *Dansk Industri (D.I.)*, aff. C-441/14, EU:C:2016:278.

(51) Arrêt du 25 juin 2020, *A* e.a., aff. C-24/19, EU:C:2020:503, point 84 et jurisprudence citée ; arrêt du 28 février 2012, *Inter-Environnement Wallonie a.s.b.l.* e.a., aff. C-41/11 EU:C:2012:103, point 57.

(52) Arrêt du 25 juin 2020, *A* e.a., précité, point 94 et jurisprudence citée.

(53) Arrêt du 28 février 2012, *Inter-Environnement Wallonie et Terre wallonne*, aff. C-41/11, EU:C:2012:103, point 57. *A contrario*, *cfr* arrêt du 6 octobre 2020, *La quadrature du Net*, aff. C-511/18 e.a., EU:C:2020:791, points 217-219.

(54) Arrêt du 29 juillet 2019, *Inter-Environnement Wallonie et Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, précité, point 179 ; arrêt du 25 juin 2020, *A* e.a., précité, point 92.

(55) Arrêt du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, aff. C-103/88, EU:C:1989:256, point 32. Pour une analyse des obligations que le principe de primauté fait peser sur les administrations nationales, *cfr* T. Bombois, « L'administration, "juge" de la légalité communautaire », *J.T.*, 2009, pp. 169 et s. Plus récemment, *cfr* arrêt du 4 décembre 2018, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of An Garda Síochàna*, aff. C-378/17, EU:C:2018:979, point 38 ; arrêt du 21 janvier 2020, *Banco de Santander*, aff. C-274/14, EU:C:2020:17, point 78 ; arrêt du 14 mai 2020, *FMS*, aff. C-924 et 925/19 PPU, EU:C:2020:367, point 183.

(56) Arrêt du 13 janvier 2004, *Kühne et Heitz*, aff. C-453/00, EU:C:2004:17.

(57) Arrêt du 12 février 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, EU:C:2008:78, point 59.

(58) *Ibidem*.

(59) Arrêt du 14 mai 2020, *FMS*, précité, points 194-195.

(60) Arrêt du 22 octobre 1998, *IN.CO.GE'90* e.a., aff. C-10/97 à C-22/97, EU:C:1998:498, point 21. Plus récemment, arrêt du 4 décembre 2018, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of An Garda Síochàna*, aff. C-378/17, EU:C:2018:979, points 33-34 : « une distinction doit être faite entre le pouvoir de laisser inappliquée, dans un cas particulier, une disposition de droit national contraire au droit de l'Union et le pouvoir d'annuler une telle disposition qui a pour effet, plus large, de priver celle-ci de toute validité. En effet, il appartient aux États membres de désigner les juridictions et/ou les institutions compétentes pour contrôler la validité d'une disposition nationale et de prévoir les voies de recours et les procédures qui permettent de contester cette validité, et, lorsque le recours est fondé, d'annuler ladite disposition ainsi que, le cas échéant, de déterminer les effets d'une telle annulation ».

Jt_doct_1106_Ski.fm Page 5 Tuesday, September 7, 2021 3:22 PM

national doive revoir des décisions judiciaires coulées en force de chose jugée au motif de leur contrariété au droit de l'Union[62], à tout le moins si cette contrariété n'était pas patente au moment du prononcé desdites décisions[63] et sauf si une procédure de révision existe en cas de contrariété avec une règle équivalente de droit national (principe d'équivalence) — auquel cas la procédure doit rendre la possibilité de révision concrète et effective (principe d'effectivité)[64].

La deuxième limite tient au respect du principe dispositif. Le principe de primauté n'oblige pas le juge national à examiner *d'office* un moyen tiré d'une règle de droit de l'Union lorsque (1) un tel examen ne serait pas autorisé au regard d'une règle de droit interne de statut équivalent[65] — ce qui, vu l'évolution de l'office actif du juge, ne devrait pas souvent être un obstacle en droit belge — et que (2) les parties ont eu une véritable possibilité de soulever ledit moyen en cours d'instance[66]. Seuls les règles de protection des consommateurs[67] et les principes fondamentaux du droit de la concurrence[68] peuvent, voire doivent[69] être invoqués d'office par le juge national en toutes circonstances. En revanche, le droit de l'Union n'impose pas l'examen d'office d'un moyen tiré du droit de l'Union lorsque cet examen risquerait d'être défavorable au demandeur et de heurter un principe de droit national selon lequel « une personne introduisant un recours ne peut se trouver dans une position plus défavorable que celle dans laquelle elle se trouverait en l'absence de recours »[70]. En toute hypothèse, lorsque le juge soulève *proprio motu* un moyen tiré du droit de l'Union, il est tenu de le soumettre à la contradiction des parties[71].

Conclusion

On l'aura compris, le principe de primauté du droit de l'Union signe la profonde originalité du projet européen d'intégration en même temps qu'il est riche d'implications pratiques dans le contentieux du quotidien. Pierre de touche de l'ordre juridique de l'Union et allié indispensable des justiciables, il n'est pas étonnant que ce principe cristallise les oppositions des juridictions les plus souverainistes. Il faut donc se réjouir de la vigilance toute particulière dont fait preuve la Commission européenne, qui n'a pas hésité à entamer récemment des procédures en manquement contre les États dont les juridictions constitutionnelles arborent la plus farouche résistance à la primauté. On ne peut toutefois s'empêcher de noter la cruelle ironie du recours à une procédure fondée sur la primauté pour vaincre les oppositions à cette même primauté. Il y a, dans cette stratégie, comme dans la doctrine de la primauté, comme dans l'autorité du droit européen tout entier, une fragilité qui relève de l'acte de foi – et qui justifiait bien ces quelques pages de « petit catéchisme ».

Antoine BAILLEUX
Professeur à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
Avocat

(61) Arrêt du 9 septembre 2003, *CIF*, aff. C-198/01, EU:C:2003:430, points 53 et 54.
(62) Arrêt du 16 mars 2006, *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178 ; arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13, EU:C:2014:2067, point 58 ; arrêt du 6 octobre 2015, *Târsia*, aff. C-69/14, EU:C:2015:662, point 28 ; arrêt du 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, aff. C-620/17, EU:C:2019:630, point 54 ; arrêt du 11 septembre 2019, *Calin*, aff. C-676/17, EU:C:2019:700, point 26 ; arrêt du 4 mars 2020, *Telecom Italia*, aff. C-34/19, EU:C:2020:148, point 66.
(63) Arrêt du 22 décembre 2010, *Commission c. Slovaquie*, aff. C-507/08, EU:C:2010:802, spéc. points 56 et57. Comp. à l'arrêt du 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, EU:C:2007:434, point 63.
(64) *Cfr* par exemple arrêt du 11 septembre 2019, *Calin*, précité.
(65) Dans son arrêt *Kempter* précité, la Cour précise à cet égard que les juridictions nationales « (...) sont tenues de soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle communautaire contraignante lorsque, en vertu du droit national, celles-ci ont l'obligation ou la faculté de le faire par rapport à une règle contraignante de droit national ». Cette position a été confirmée dans plusieurs arrêts ultérieurs, notamment l'arrêt du 6 octobre 2009, *Asturcom*, aff. C-40/08, EU:C:2009:615 ainsi que l'arrêt du 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, EU:C:2016:175. Cette affirmation – qui trouve son origine dans l'arrêt du 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, aff. C-430/93 et C-431/93, EU:C:1995:441, point 14 — nous semble faire une mauvaise application du principe d'équivalence. D'une part, elle n'exige aucune équivalence de « statut » (règle d'ordre public, règle impérative etc.) entre la norme européenne et la norme nationale considérée. D'autre part, elle laisse entendre que le juge national est *tenu* d'examiner d'office un moyen tiré du droit de l'Union lorsqu'il est simplement *autorisé* à le faire à l'égard d'une règle de droit national. Pour une critique de cet arrêt, *cfr* A. WARD, « Do Unto Others as You Would Have Them Do Unto You : Willy Kempter and the Duty to Raise EC Law in National Litigation », *E.L.R.*, 2008, pp. 739-754.
(66) Arrêt du 7 juin 2007, *van der Weerd* e.a., aff. C-222/05 à C-225/05, EU:C:2007:318. *Cfr* également les arrêts du 14 décembre 1995, *Van Schijndel et van Veen*, et du 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, précités.
(67) La Cour a reconnu que l'article 101 du TFUE est une disposition d'ordre public dans l'ordre juridique de l'Union européenne dans l'arrêt du 1er juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, EU:C:1999:269, point 40. L'obligation d'appliquer d'office les articles 101 et 102 TFUE a été explicitement consacrée par l'arrêt du 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, point 31. Le caractère d'ordre public de l'article 101 a encore été confirmé par la Cour dans l'affaire C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, 4 juin 2009, EU:C:2009:343, point 49.
(68) Arrêts du 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244/98, EU:C:2000:346 ; du 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, EU:C:2002:705 ; du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, EU:C:2006:675 ; du 4 octobre 2007, *Rampion et Godard*, aff. C-429/05, EU:C:2007:575 ; du 11 mars 2020, *Lintner*, aff. C-511/17, EU:C:2020:188 ; du 4 juin 2020, *Kancelaria Medius s.a.*, aff. C-495/19, EU:C:2020:431.
(69) L'existence d'une *obligation* à charge du juge national est établie dans les arrêts *Mostaza Claro* et *Manfredi* précités. *Cfr* aussi les conclusions présentées le 7 mai 2009 par l'AG Trstenjak dans l'affaire *Martín Martín*, aff. C-227/08, EU:C:2009:295, point 90. Ce constat n'est toutefois pas transposable au contentieux d'annulation au titre de l'article 263 TFUE devant les juridictions de l'Union devant lesquelles le relevé d'office de moyens d'ordre public est limité aux moyens tirés de l'incompétence de l'auteur de l'acte et des violations de formalités dites substantielles.
(70) Arrêt du 25 novembre 2008, *Heemskerk*, aff. C-455/06, EU:C:2008:650, point 44. Pour un commentaire critique, *cfr* S. CAZET, « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe*, juillet 2009, pp. 4-8.
(71) Arrêt du 29 avril 2021, *L.W. et R.W.*, aff. C-19/20, EU:C:2021:341, point 92.