

Ismaël Omarjee : "On assiste à une évolution préoccupante des instruments juridiques européens".

Le droit communautaire est assez mal connu. Il est pourtant très important, au sein d'une Europe conçue avant tout comme un ensemble économique-juridique. L'intégration s'est faite d'abord par le droit, comme le rappelle ci-dessous Ismaël Omarjee, maître de conférence à l'université de Nanterre, co-directeur de M2 "juriste européen" et spécialiste de ces questions. Ce dernier revient ci-dessous sur la primauté du droit communautaire, sur les implications de l'appartenance européenne sur l'identité constitutionnelle de la France, sur les entorses à la charte des droits fondamentaux dans certains pays au nom de l'austérité, et sur bien d'autres points encore.



Deux arrêts fondateurs de la Cour de Justice des communautés européennes de 1963 et 1964 ont posé, en droit européen des principes essentiels que sont "l'effet direct" et la primauté du droit européen sur les droits nationaux. Pouvez-vous expliquer en quoi ces jurisprudences, très peu connues du grand public, sont fondamentales à connaître ?

► Par ses arrêts rendus le 5 février 1963 (Van Gen en Loos) et le 15 juillet 1964 (Costa Enel), la Cour de justice a en effet consacré ces deux principes fondamentaux que sont l'effet direct et la primauté. L'importance de ces principes tient à ce qu'ils sont constitutifs de l'ordre juridique communautaire c'est à-dire qu'ils confèrent à la Communauté européenne (aujourd'hui Union européenne) d'une part, sa spécificité au regard des autres organisations internationales d'autre part, son autonomie à l'égard des Etats membres. Leur compréhension est indispensable si l'on veut saisir le fonctionnement de l'Union européenne notamment dans ses rapports avec les Etats membres.

Evoquons d'abord **le principe de primauté**. Ce principe a été consacré par l'arrêt Costa Enel du 15 juillet 1964 alors même qu'il n'était pas inscrit dans le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne ! Au terme d'une lecture particulièrement audacieuse de ce traité, s'appuyant davantage sur son esprit que sur sa lettre, la Cour de justice a considéré que les Etats "ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux mêmes". Elle en a tiré comme conséquence que "le droit du Traité

ne pourrait (...) se voir judiciairement opposé 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". Autrement dit, **le droit communautaire prime le droit interne des Etats**. En cas de conflit, le juge national doit nécessairement écarter la règle nationale au profit de la règle interne.

L'importance de ce principe a par la suite été redoublée par l'extension progressive des compétences de la Communauté et par son application non plus aux seules dispositions du Traité mais également aux dispositions prises pour leur application : règlements et directives notamment.

L'effectivité de ce principe repose sur les sanctions dont sont passibles les Etats s'ils manquent à son respect. En particulier, le recours en manquement permet à la Commission de saisir la Cour de justice contre un Etat récalcitrant.

Il est vraiment important de comprendre que ce principe de primauté, sur lequel l'Europe s'est construite — construction essentiellement par le droit — a été imposé par le juge européen alors que les pères fondateurs, en dépit de leur engagement supra national, n'avaient pas osé l'inscrire dans les traités. D'un point de vue démocratique, cela n'est pas sans poser problème car **il s'agit d'une mise sous tutelle des droits nationaux**.

Aujourd'hui, le principe de primauté ne figure toujours dans les Traités. Une déclaration annexée au Traité de Lisbonne (Déclaration n°17) en rappelle la substance "Les Traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des Etats membres ...".

Le principe de l'effet direct a, pour sa part, été consacré par l'arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963. Il désigne l'aptitude qu'à la règle européenne à créer directement des droits ou des obligations dans le chef des particuliers et la possibilité pour ces derniers de les invoquer devant le juge national. Pour cette raison, **le juge national est considéré comme le garant de l'application du droit de l'Union**.

Le principe de l'effet direct est important car il permet au particulier de se prévaloir contre son Etat l'application d'une règle européenne devant le juge s'il estime que cette règle n'a pas été respectée. L'effet direct est alors vertical.

Le principe peut aussi être invoqué dans des litiges entre particuliers. Par exemple, entre un employeur et son salarié. L'effet direct est alors horizontal. Cet effet horizontal ne concerne cependant pas les directives.

Pour qu'une norme soit reconnue d'effet direct, elle doit cependant remplir certaines conditions : être suffisamment précise et inconditionnelle. Suffisamment précise, en ce sens qu'elle doit énoncer un droit ou une obligation dans des termes non équivoques ;

inconditionnelle en ce sens qu'elle n'est pas assortie de conditions et ne requiert pas une mesure ou un acte complémentaire.

Les juridictions nationales françaises ont longtemps résisté à l'idée d'entériner la primauté du droit communautaire. Mais la Cour de cassation l'a fait en 1975, et le Conseil d'État en 1989 avec l'arrêt Nicolò. Ce dernier est un " grand arrêt " très connu, qui fait disparaître le principe de la " loi écran ". Qu'est-ce que cela signifie ? Contourner ainsi le législateur national au nom de l'Europe ne pose-t-il pas un problème démocratique ?

► La reconnaissance de la primauté en France a été, en effet, tardive pour des raisons tenant à la tradition juridique française, plutôt réticente à accepter la supériorité des normes internationales, et au silence de la version initiale de Constitution de 1958 sur le phénomène communautaire.

L'article 55 de la constitution qui, faut-il le rappeler, affirme la supériorité des traités internationaux sur la loi française sous réserve de réciprocité aurait pu fonder, dès l'origine, la reconnaissance du principe de primauté. Mais pendant longtemps, les juridictions françaises ont privilégié une application a minima de l'article 55 de la Constitution, considérant que cette disposition ne s'imposait qu'au législateur. Si elles reconnaissaient la supériorité d'un Traité sur une loi antérieure contraire, elles considéraient que le Traité devait s'incliner devant une loi postérieure contraire compte tenu de la volonté souveraine du législateur.

L'évolution est venue d'abord de la Cour de Cassation à l'occasion d'un arrêt Société des cafés Jacques Vabre rendu le 24 mai 1975. Appelée à se prononcer sur la compatibilité d'une loi française avec certaines dispositions du Traité de Rome, la Cour de Cassation reconnaît la primauté du droit communautaire en se fondant tant sur la spécificité de l'ordre juridique communautaire que sur l'article 55 de la Constitution. S'agissant de cette dernière disposition, elle estime que la condition de réciprocité qu'elle contient doit être écartée pour l'application des Traités de l'Union.

Le Conseil d'État a mis davantage de temps à reconnaître le principe de primauté arguant dans un premier temps de la souveraineté du législateur français et de l'inopposabilité de l'article 55 de la Constitution au juge national. Comme vous le soulignez, la rupture est venue de l'arrêt Nicolò du 20 octobre 1989. Était en cause la compatibilité d'une loi française organisant les élections au Parlement européen avec les dispositions du Traité de Rome relatives à son champ d'application, notamment outre-mer. Opérant un revirement complet, donnant effet à l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'État reconnaît la primauté des dispositions du Traité de Rome sur la loi française y compris lorsque celle-ci est postérieure au Traité. C'est en ce sens que le principe dit de la "loi écran" a disparu puisqu'aucune loi, qu'elle soit antérieure ou postérieure au Traité, ne peut plus s'opposer à l'application des traités.

On peut y voir une restriction au pouvoir du législateur mais cela n'est pas propre aux Traités européens. Les décisions du Conseil d'Etat se réclament moins de la spécificité de l'ordre juridique européen que d'une application bien comprise de l'article 55 de la Constitution. La primauté vaut ainsi pour tous les Traités et pas seulement pour les Traités européens.

Il est vrai cependant que pour les autres Traités, la primauté reste soumise à une condition de réciprocité alors qu'elle est inopposable aux Traités européens.

La reconnaissance de la primauté par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat est complète : elle s'étend aux règlements, aux directives et aux arrêts de la Cour de justice.

A l'occasion de son arrêt "Lisbonne" de 2009, qui étudiait le traité du même nom, la Cour constitutionnelle allemande a renforcé les pouvoirs du Bundestag. Désormais, celui-ci est davantage consulté sur la question de l'Europe. De son côté, le Conseil constitutionnel français a posé pour la toute première fois une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union en 2013, semblant valider de fait la supériorité du droit de l'Union sur la loi fondamentale française. Il semble que selon les pays, le principe de la primauté du droit européen soit vécu différemment, et que certaines Cours constitutionnelles préservent mieux que d'autres la souveraineté de leur pays. Qu'en pensez-vous ?

► Il ne faut pas se méprendre sur la position des juges français quant aux rapports entre la Constitution française et le droit de l'Union européenne.

Il faut distinguer l'attitude du juge et celle du Constituant. Rappelons d'abord les termes de l'article 54 de la Constitution : "Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution". De cette disposition, il résulte qu'un Traité contraire à la Constitution ne peut être ratifié qu'après une révision de la Constitution. En l'absence d'une telle révision, il convient soit de renoncer à la ratification soit de renégocier le Traité afin de l'expurger des termes inconciliables avec la Constitution. Cette disposition pose, à sa manière, la supériorité de la Constitution au Traité puisque la contrariété de ce dernier à la Constitution est un obstacle à sa ratification.

L'application de ce principe aux Traités européens devrait empêcher la ratification de Traités dont les dispositions heurtent les dispositions constitutionnelles. Or, à chaque fois que la question s'est posée, le Constituant français s'est résolu à modifier la Constitution pour permettre la ratification des traités européens. Ce fut le cas en 1992, en 1999 en 2008 pour la ratification des traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Lisbonne. Ces modifications successives de la Constitution — texte fondamental s'il en est — contribuent

à sa banalisation et trahissent une attitude du Constituant peu respectueuse de l'identité constitutionnelle de la France.

La position des juges est nettement plus nuancée. Le Conseil d'État comme la Cour de Cassation dénie toute primauté de la règle européenne face aux normes constitutionnelles. En cas de conflit, ces juridictions appliquent les normes constitutionnelles. Ainsi en a-t-il été dans les affaires Sarran (CE, 30 octobre 1998) et Fraisse (Cass. A.P, 2 juin 2000) relatifs à la mise en œuvre des accords de Nouméa. De même, le Conseil constitutionnel a jugé que la primauté du droit dérivé de l'Union — règlements, directives — cédait devant une disposition contraire de la Constitution (Décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004).

Il est vrai cependant que pour tenir compte de la participation de la République à l'Union européenne, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la constitutionnalité des lois de transposition d'une directive, estimant que "la transposition en droit interne d'une directive résulte d'une exigence constitutionnelle". Ce signe d'ouverture vers le droit de l'Union européenne résulte directement de l'article 88-1 de la Constitution selon lequel "La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007".

Faut-il pour autant conclure à l'immunité constitutionnelle des lois de transposition d'une directive ? La situation est plus complexe qu'elle n'y paraît car le Conseil constitutionnel considère que 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" (Cons. Const 27 juillet 2006 ; 30 novembre 2006). Cette référence à l'identité constitutionnelle nationale n'est pas propre au Conseil Constitutionnel français. On la retrouve aussi chez le juge constitutionnel allemand et traduit l'idée, exprimée par nombre de Cours constitutionnelles (allemande, polonaise, espagnole, italienne) que le droit de l'Union européenne n'a pas la primauté sur les exigences constitutionnelles définissant une identité nationale.

A la lumière de ces observations, on ne peut conclure que le Conseil Constitutionnel français préserve moins bien que ses homologues étrangers la souveraineté du pays. Ce constat n'est pas remis en cause par la saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel : celle-ci ne peut être perçue comme un acte de soumission de la Loi fondamentale au droit de l'Union européenne. Si elle traduit certes, incontestablement, une plus grande ouverture du vers le droit de l'Union européenne, elle ne signe pas le renoncement à assurer la suprématie de la Constitution française.

Il n'en demeure pas moins — et je vous suis sur ce point — que cette plus grande ouverture du Conseil constitutionnel vers le droit européen tranche avec la position plus

hésitante de la Cour constitutionnelle allemande compte tenu de l'importance que ce pays accorde à la protection des droits fondamentaux. Longtemps méfiante vis à vis du droit communautaire, la Cour de Karlsruhe a semblé plus ouverte à partir des années quatre-vingt prenant acte de la volonté croissante des institutions communautaires, notamment de la Cour de justice, d'assurer protection des droits fondamentaux. Toutefois, la période récente, initiée en 1992 semble marquer le retour sinon d'une méfiance du moins d'une certaine vigilance. La jurisprudence récente met en avant une "clause d'éternité", noyau identitaire auquel le droit de l'Union ne saurait porter atteinte. Par ailleurs, la décision de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe du 30 juin 2009 sur la ratification du Traité de Lisbonne a renforcé le contrôle démocratique de la Cour sur les Traités inaugurant à bien des égards une nouvelle ère dans les relations entre l'Union et les Etats. Cette décision peut être résumée en quelques points :

- comme "organisation internationale", l'Union ne peut se prévaloir d'une souveraineté comparable à celle des Etats qui la composent. Aussi, le Parlement national doit se voir reconnaître des pouvoirs suffisants dans la participation à la procédure législative et à la procédure d'amendement des traités.
- il appartient au juge constitutionnel de faire obstacle à l'application en Allemagne de dispositions européennes incompatibles avec la Constitution.
- Il n'existe pas de "peuple européen" souverain, par conséquent la souveraineté primordiale demeure aux mains des peuples et il s'ensuit que le Parlement européen n'a pas la même légitimité que les Parlements nationaux.

La Constitution française a été réformée plusieurs fois pour y intégrer les traités européens. Elle possède désormais un titre XV intitulé "de l'Union européenne". Dans ce cadre et si la France devait un jour sortir de l'Union européenne à l'instar de la Grande-Bretagne, n'y aurait-il pas un laps de temps où le gouvernement devrait agir de manière inconstitutionnelle ? Comment réagiraient les différentes juridictions nationales ?

► C'est une question difficile. La probabilité d'une sortie de la France de l'Union européenne me paraît assez faible surtout depuis le résultat des dernières élections françaises.

En se plaçant dans cette hypothèse, je ne perçois pas ce laps de temps où le gouvernement devrait agir de manière inconstitutionnelle. Le titre XV de la Constitution ne fait que tirer les conséquences de la participation de la République à l'Union européenne. Il n'impose nullement cette participation. Il va de soi cependant que l'officialisation d'une éventuelle sortie de l'Union s'accompagnerait nécessairement de la suppression du titre XV de la Constitution. De même, elle serait nécessairement accompagnée d'un acte transitoire pour le règlement des situations en cours. C'est l'usage en matière d'adhésion ou de sortie d'une

organisation. Les solutions restent à imaginer et le Brexit pourrait valoir d'exemple. Il faudra suivre attentivement les modalités de sa concrétisation.

Récemment, le président de la Commission Jean-Claude Juncker a expliqué que le traitement économique actuellement infligé à la Grèce n'était certes pas conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'Europe, mais que ce n'était pas si grave puisque la Troïka est une structure ad hoc qui agit hors cadre juridique. N'est-ce pas là, précisément, la définition de l'arbitraire et du droit du plus fort ?

Oui, je partage votre sentiment sur la brutalité et le caractère arbitraire d'une telle déclaration qui n'est, cependant, ni le fruit du hasard ni le signe d'une maladresse. La position défendue par Jean-Claude Juncker fait écho à la gouvernance économique et en particulier au schéma imaginé lors de l'adoption du Mécanisme européen de stabilité qui, à dessein, a été conçu en dehors du droit de l'Union européenne et donc de la Charte des droits fondamentaux.

A plusieurs reprises, la Cour de justice a été saisie de la conformité à la Charte des mesures nationales d'austérité exigées par l'Union ou contenues dans les accords de facilité d'assistance financière conçus dans le cadre du Mécanisme européen de stabilité. Qu'il s'agisse des mesures adoptées en Grèce, au Portugal, à Chypre, en Roumanie ou en Irlande, la Cour a constamment jugé que ces mesures ne pouvaient être soumises au contrôle de la Charte car elles ne relevaient pas du droit de l'Union.

On assiste là à une évolution assez préoccupante consistant à créer des instruments en dehors du cadre juridique de l'Union pour ensuite les soustraire au contrôle juridictionnel ou aux textes fondamentaux. Encore récemment, le tribunal de l'Union s'est déclaré incompétent pour connaître des recours de demandeurs d'asile à l'encontre de la déclaration UE-Turquie tendant à résoudre la crise migratoire au prétexte que cet acte n'a pas été adopté par l'une des institutions de l'Union européenne.