

La guerre du dernier mot

Alain SUPIOT

Professeur au Collège de France

Il y aura bientôt 40 ans que j'eus la chance de faire la connaissance de Pierre Rodière. C'était je crois bien en 1979 dans une salle de la vieille Faculté de droit du Panthéon, où je m'étais risqué – pour une unique fois – à assister à la conférence d'agrégation. Petit provincial ne connaissant personne, j'en serais reparti comme devant, si les dieux ne m'avaient poussé à m'asseoir à ses côtés et à nouer conversation. Le jeune homme que je rencontrais ce jour-là avait déjà tous les traits du savant auquel je voudrais rendre hommage aujourd'hui. Je veux dire qu'il n'a pas changé, qu'il est demeuré le gentleman égaré dans le monde universitaire, le juriste éblouissant de rigueur et de subtilité, l'homme pudique et sensible, l'ami discret et fidèle, sur qui on peut toujours compter. La règle du jeu de ce « Livre des amis » étant d'écrire dans un domaine dont Pierre Rodière est le maître incontesté, il ne s'agit pas de prétendre y exceller, mais plutôt de poursuivre avec lui une conversation. D'où mon choix de ce sujet dont nous nous sommes plusieurs fois entretenus : celui de la guerre du dernier mot que se livrent aujourd'hui les plus hautes juridictions en Europe.

Contrairement au projet d'une « Europe des nations », la Communauté économique européenne, devenue Union européenne en 2009, s'est progressivement affirmée comme un ordre juridique transcendant les ordres juridiques nationaux, en même temps qu'elle s'élargissait de 6 à 28 États membres de 1958 à 2013. Cette primauté a été affirmée on le sait dès 1964 par la Cour de justice européenne (ci-après Cour de Luxembourg) dans son arrêt *Costa/Enel*¹. Cet arrêt séminal ne s'est pas contenté d'imposer le monisme comme technique de réception du droit communautaire, mais il a donné à ce droit une force normative plus grande que les autres traités internationaux, en le qualifiant d'« ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres », et en s'attribuant le pouvoir d'imposer son interprétation aux juridictions nationales, nonobstant toute disposition contraire du droit national.

La primauté de cet ordre sur les ordres internes a, selon la Cour, une portée absolue. La suprématie ainsi revendiquée a ouvert la voie à ce qu'on nomme aujourd'hui diplomatiquement un « dialogue des juges », mais qui s'apparente en fait à une véritable guerre du dernier mot. Le droit du dernier mot est l'équivalent civil du dogme de l'infailibilité pontificale, proclamé au XIX^e siècle pour fixer les rapports entre l'autorité de l'Église et le pouvoir des États². Ces puissances civile

1. CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec. CJCE* p. 1141.

2. Sur les origines médiévales de cette doctrine, voir Brian Tierney, *Origins of Papal Infallibility, 1150-1350 : A Study on the Concepts of Infallibility, Sovereignty and Tradition in the Middle Ages*, Leiden, Brill, 1972, nouvelle éd. 1997, 327 p.

et religieuse ont chacune leur sphère propre, explique ainsi le Pape Léon XIII dans l'Encyclique *Immortale Dei* (1885), mais s'adressant aux mêmes sujets, elles interfèrent nécessairement. En pareil cas, « il est nécessaire de s'en tenir avec une adhésion inébranlable à tout ce que les pontifes romains ont enseigné ou enseigneront »³. Sans ce droit du dernier mot en effet, « il naîtrait souvent des causes de funestes contentions et de conflits, et souvent l'homme devrait hésiter, perplexe, comme en face d'une double voie, ne sachant que faire, par suite des ordres contraires de deux puissances dont il ne peut en conscience secouer le joug »⁴.

La question des rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et ceux de ses États membres se pose dans des termes semblables. Le principe de subsidiarité, qui est censé définir la délimitation de leurs sphères respectives, doit lui-même beaucoup aux doctrines pontificales⁵. Il n'est donc pas surprenant que pour régler leurs interférences, la Cour de Luxembourg revendique à la façon du Souverain pontife, le droit du dernier mot... Tous ne sont pas prêts à lui accorder cette place, d'où une guerre du dernier mot, qui l'oppose aux Cours constitutionnelles (I), divise les juridictions nationales (II) bloque l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (III) et pourrait s'étendre aux autres juridictions internationales (IV).

I – LA RÉSISTANCE DES COURS CONSTITUTIONNELLES : LUXEMBOURG C/ KARLSRUHE ET AUTRES

L'arrêt Costa prenait soin de souligner que la limitation des droits souverains des États ne valait que « dans des domaines restreints », mais la dynamique ainsi engagée a conduit la Cour à s'affranchir progressivement de ces restrictions pour affirmer son *imperium* sur les ordres juridiques nationaux. Dès 1970, elle a ainsi décidé que « 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 »⁶. Ce qui lui a permis de se faire juge du bien-fondé des dispositions constitutionnelles des États membres susceptibles d'entraver l'exercice des libertés économiques dont elle entend assurer la primauté⁷.

3. Encyclique *Immortale Dei* (1885) du Pape Léon XIII.

4. Léon XIII, *eod. loc.*

5. Cf. la remarquable thèse de Julien Barroche, *État, libéralisme et christianisme. Critique de la subsidiarité européenne*, Paris, Dalloz, 2012, 748 p.

6. CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, point 3.

7. Pierre Rodière a mis en évidence de façon lumineuse les différentes méthodes utilisées par la Cour de Luxembourg pour assurer cette hégémonie de principe des libertés économiques. Voir not. : « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de la négociation collective », *RTDE* 2008, n° 1 ; L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE, *Dr. soc.* 2010, n° 5, « Un droit, un principe, finalement rien ? », *SSL* 2014, n° 1628 ; « Actualité des solidarités sociales en droit européen », in *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, O. Jacob/Collège de France 2015, pp. 311-345.

Dans un arrêt *Michaniki* du 16 décembre 2008⁸, elle a par exemple censuré une disposition de l'article 14 § 9 de la Constitution grecque qui excluait de l'attribution des marchés publics les personnes contrôlant des médias d'information⁹. Cette disposition visait à favoriser la liberté d'information et à prévenir tout risque de corruption des autorités publiques par des entreprises ayant le pouvoir d'influencer l'opinion. Quand on sait le poids des secteurs de l'armement et des travaux publics dans les médias français¹⁰, on imagine l'impact qu'une disposition de ce genre aurait dans notre pays si elle y était introduite. Mais précisément, elle ne pourrait l'être sans enfreindre le droit européen tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de justice.

Pour censurer cette disposition constitutionnelle anti-corruption, la Cour s'est appuyée sur le principe de proportionnalité, « principe général du droit communautaire », qui interdirait à un État membre d'exclure a priori du bénéfice des marchés publics des entrepreneurs ne figurant pas sur la liste d'exclusions figurant dans la directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. On notera l'absence dans ce raisonnement tout entier fondé sur la libre concurrence, de toute considération relative à la liberté d'information et au pluralisme des médias dans un régime démocratique, pourtant proclamés par l'article 11 de la Charte européenne des droits fondamentaux¹¹. Cette prise en considération n'aurait toutefois probablement rien changé à la décision de la Cour. Le principe de proportionnalité lui sert en effet à mettre n'importe quelle règle constitutionnelle en balance avec l'utilité économique et de l'écartier quand bon lui semble¹². Cette mise en balance lui permet – c'est un des enseignements des arrêts *Laval* et *Viking* – de faire prévaloir les libertés économiques sur toute espèce de droit fondamental, y compris le principe de dignité humaine¹³.

8. CJCE, 16 déc. 2008 *Michaniki*, C-213-/07.

9. Constitution grecque, art. 14, § 9 : « La qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise de médias d'information est incompatible avec la qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise qui est chargée par l'État ou une personne morale du secteur public au sens large de l'exécution de marchés de travaux, de fournitures ou de services ».

10. Sur cette concentration, voir Serge Halimi, *Les Nouveaux Chiens de garde*, Liber-Raisons d'agir, 2^e éd., 2005, 160 p. ; Pierre Musso, « La déréglementation, condition à la formation des groupes multimédias multinationaux », *Dossiers de l'audiovisuel* n° 94, nov.-déc. 2000, en ligne sur *Acrimed*.

11. Sur la primauté acquise par les libertés économiques sur le pluralisme en matière d'information, voir Sébastien Andres et alii, « Regards critiques sur les mutations du droit de la communication audiovisuelle : le droit de l'audiovisuel à l'épreuve du processus de libéralisation », in M. Hecquard-Théron & J. Krynen, *Regards critiques sur quelques (r) évolutions récentes du droit*, Presses Univ. Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2005, t. 2, pp. 727-775.

12. Cf. A. Marzal, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Paris, Institut Universitaire Varenne/LGDJ, 2014, 560 p.

13. « L'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ

Le pouvoir qu'elle s'arroge de juger en dernier ressort si les constitutions des États membres ne portent pas une atteinte excessive aux libertés économiques, se déduirait des abandons de souveraineté que ces États ont consentis dans les « domaines restreints » des compétences conférées aux institutions européennes. Mais cette restriction est purement théorique, dès lors qu'elle s'autorise à soumettre à cette évaluation des droits fondamentaux qui, comme le droit de grève ou la liberté syndicale, sont explicitement exclus des compétences de l'Union européenne¹⁴. La seule limite à laquelle se heurte en réalité la Cour de Luxembourg est le refus de certaines Cours constitutionnelles de voir ainsi passer tous les principes et droits fondamentaux à la moulinette de l'analyse économique. Cette façon d'user du principe de proportionnalité pour concasser tous les autres en soumettant leur mise en œuvre à un calcul d'utilité n'a ainsi pas trouvé grâce aux yeux de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe (*Bundesverfassungsgericht*) selon laquelle « le principe de démocratie ne peut pas être pesé contre d'autres valeurs ; il est intangible »¹⁵.

Pour conforter la position de la Cour de Luxembourg, le projet de Traité constitutionnel européen de 2005 prévoyait de consacrer explicitement la primauté du droit de l'Union¹⁶. Le rejet de ce projet par les référendums français et néerlandais a conduit à faire disparaître cette disposition du Traité de Lisbonne. Toutefois, selon une méthode de contournement de la démocratie devenue habituelle dans le fonctionnement de l'UE, une annexe 17 a été jointe à ce Traité, aux termes de laquelle « selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence ». Suit la reproduction d'un avis du service juridique du Conseil, selon lequel « le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité (de Lisbonne) ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice ». La primauté absolue dont se réclame la Cour de Luxembourg serait donc fondée sur sa propre jurisprudence, c'est-à-dire autofondée. Et elle lui conférerait une autorité souveraine, la Cour ayant non seulement le pouvoir de censurer toute disposition nationale qu'elle jugerait incompatible avec l'ordre juridique européen, mais aussi celui de définir comme elle l'entend les limites de cet ordre juridique¹⁷.

d'application des dispositions du traité. Cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité » (CJUE, 18 déc. 2007, Laval, affaire C-341/05, § 94).

14. Cf. TFUE, art. 153, § 5 définissant les objectifs de la communauté européenne dans le domaine social : *Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association et au droit de grève ni au droit de lock-out.*

15. Bundesverfassungsgericht, décision BVerfG, 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009, § 216. Sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle allemande depuis l'arrêt *Solange I* de 1974, voir Franz C. Mayer, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in L. Burgorgue-Larsen (dir.) *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pédone, 2011, pp. 63-87.

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

17. Par exemple dans l'arrêt *Michaniki* déjà cité en censurant une disposition constitutionnelle dont l'application ne concernait que des ressortissants grecs ou bien dans les

Le principe de primauté ayant été évacué par la porte du suffrage universel, on s'est ainsi efforcé de le faire revenir par la fenêtre d'un avis d'experts. Ce procédé peu glorieux n'a pas trouvé grâce aux yeux du *Bundesverfassungsgericht* qui, dans sa décision *Traité de Lisbonne*, a écarté toute idée d'une primauté absolue du droit communautaire sur l'ordre juridique allemand.

§ 4. Avec la Déclaration n° 17 relative à la primauté et annexée au Traité de Lisbonne, **la République fédérale d'Allemagne ne reconnaît pas une primauté absolue de la validité du droit de l'Union** – ce qui soulèverait des objections du point de vue du droit constitutionnel –, mais **confirme seulement la situation juridique actuelle dans son interprétation par la Cour constitutionnelle fédérale.**

L'allégation (...) selon laquelle avec l'approbation au Traité de Lisbonne, la primauté « absolue », prévue par le projet de traité constitutionnel – qui a échoué – du droit adopté par les organes de l'Union sur le droit des États membres, ferait désormais, sur le fond, partie du contenu du traité et **que serait en définitive reconnue illicitement une primauté de validité comme celle dans un État fédéral, allant jusqu'à l'abrogation de dispositions contraires du droit constitutionnel des États membres, n'est pas pertinente.**

Il en va de même pour la supposition selon laquelle, en raison des compétences nouvelles dans tous les domaines, le respect du principe d'attribution par l'Union européenne et les effets juridiques qui en découlent en Allemagne ne pourraient plus être contrôlés par la Cour constitutionnelle fédérale et qu'**il ne serait plus possible de préserver la substance de l'identité constitutionnelle et de la protection allemande des droits fondamentaux.**

La rédaction est on ne peut plus ferme, pour ne pas dire brutale, et révèle un conflit frontal avec la CJUE et les services juridiques de l'Union. Dans le fil de sa jurisprudence *Solange*, le *Bundesverfassungsgericht*, réaffirme ainsi qu'il ne saurait être question de primauté absolue, puisque le Gouvernement allemand ne peut consentir une primauté du droit de l'UE que dans les limites fixées par la Constitution allemande. Autrement dit, c'est le juge constitutionnel allemand qui doit avoir le dernier mot quant à la définition de ces limites. Toute autre interprétation serait frappée d'illicéité au regard du droit européen lui-même, puisqu'elle reviendrait à mettre en œuvre un principe dont l'inscription dans le Traité a échoué. L'Union n'étant pas un État fédéral, la Cour de Luxembourg n'a pas le pouvoir d'abroger des dispositions constitutionnelles des États membres et c'est aux instances compétentes de ces États qu'il revient de préserver leur identité constitutionnelle et de protéger les droits fondamentaux lorsqu'ils sont mis en cause par le droit de l'Union.

Selon la Cour de Karlsruhe, la primauté absolue revendiquée par la Cour de Luxembourg va à l'encontre du principe de démocratie, tel que mis en œuvre par les constitutions nationales. Sans doute le droit européen lui-même se

arrêts *Viking* et *Laval* en restreignant le droit de grève alors que ce droit, qui a en France une valeur constitutionnelle, se trouve explicitement exclu des compétences réglementaires de l'Union.

revendique-t-il de ce principe, mais sans parvenir à le mettre en œuvre en raison de la structure fondamentalement interétatique de l'UE, qui fait primer l'égalité entre les États sur la libre et égale participation des citoyens. Délaissant le langage feutré du « dialogue des juges », la Cour de Karlsruhe rappelle vertement qu'en raison de ses règles de composition, la Cour de Luxembourg est l'institution européenne qui incarne le plus parfaitement ce déficit démocratique.

§ 288. *Le principe de l'égalité des États conserve son lien avec des droits de décision en principe égaux pour chaque nation, lorsqu'il s'agit de la composition personnelle du Conseil européen, du Conseil, de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne. Même si le Parlement européen était élu selon des règles strictement conformes au principe d'égalité, cette structure constituerait un obstacle sérieux lorsqu'il s'agit de réaliser sur les plans personnel et matériel une volonté majoritaire parlementaire représentative. Par exemple, même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la composition de la Cour de justice de l'Union européenne restera gouvernée par le principe « un État, un juge », sous l'influence déterminante des États et sans considération du chiffre de population de ces derniers.*

§ 289. *Le déficit subsistant – par rapport aux exigences démocratiques dans un État – de la puissance publique européenne ne peut être compensé, ni, par conséquent, justifié par d'autres dispositions du Traité de Lisbonne¹⁸.*

L'Allemagne est sans doute le pays où la remise en cause par l'Union européenne de la démocratie¹⁹ et de l'État social²⁰ a suscité le débat le plus riche et le mieux argumenté. Mais quoique de façon moins solidement argumentée, d'autres Cours constitutionnelles ont pareillement refusé de se plier à l'hégémonie de la Cour de Luxembourg. Ainsi, dans sa décision relative au projet de Traité constitutionnel européen, le Conseil constitutionnel français a réaffirmé que ce traité conservait le caractère d'un traité international, que sa dénomination de « traité constitutionnel » était « sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ». Selon le Conseil, l'ordre juridique communautaire est « intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »²¹. Pour justifier cette position en réalité ambiguë du droit européen, le Conseil se réfère à l'article 88-1 de la Constitution française, qui a été introduit en 1992 pour tenir compte des objections du Conseil constitutionnel à la ratification du Traité de Maastricht²², et dispose dans sa rédaction actuelle que « *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*

18. Déc. préc. § 258

19. Voir notamment les réflexions de D. Grimm, ancien juge constitutionnel : « Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 11 août 2014, p. 11, développées dans un entretien avec Olivier Baud : « Les insuffisances de la démocratie européenne », *Esprit*, juill. 2015, pp. 83-94.

20. Cf. W. Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus* [2012], trad. fr. *Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique*, Paris, Gallimard, 2014, 378 p.

21. Déc. n° 2004-505 DC du 19 nov. 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, cons. n° 9, 10 et 11.

22. Déc. n° 92-308 DC du 9 avr. 1992

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 ».

En réalité, sauf à voir dans l'UE un État fédéral – ce qu'elle n'est évidemment pas – son droit demeure pour l'essentiel soumis aux règles du droit international²³. En sorte que chaque État membre ne peut lui transférer plus de pouvoirs que ceux qu'il tire lui-même de sa constitution. Il n'est donc pas surprenant que cette supériorité de principe de la constitution ait aussi été invoquée par d'autres juridictions constitutionnelles, notamment en Espagne et en Pologne²⁴.

La spécificité du droit de l'UE par rapport à d'autres normes internationales est donc réelle, mais ne repose pas sur une différence de nature. Les difficultés rencontrées surgissent moins de la position hiérarchique de ces normes, que de l'institution à l'échelon européen de juridictions supranationales qui cherchent à affirmer leur *imperium* sur les juges et les Parlements nationaux. Cette tendance est en effet aussi à l'œuvre à la CEDH, dont la jurisprudence exubérante n'en finit pas d'inventer de nouveaux droits de l'homme.

Dans le cas de l'UE, cela ne veut pas dire que la primauté du droit européen sur le droit interne, y compris sur certaines dispositions de droit constitutionnel, ne soit pas en principe reconnue. Mais il ne s'agit pas d'une primauté absolue, en sorte que les juges nationaux se réservent la possibilité de juger si cette ouverture constitutionnelle à l'ordre juridique communautaire met en péril ce que l'on nomme aujourd'hui « l'identité constitutionnelle » nationale. Cette notion pouvant se réclamer des dispositions des traités eux-mêmes²⁵, on comprend qu'elle ait été invoquée par la Cour de Karlsruhe à côté de la protection des droits fondamentaux, pour s'opposer à toute atteinte aux principes intangibles visés à l'article 79 § 3 de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*), dont le principe de démocratie.

Après quelques flottements – et beaucoup plus timidement – le Conseil constitutionnel français a lui aussi eu recours à cette notion d'identité constitutionnelle, dans sa décision du 27 juillet 2006 relative à la transposition d'une directive sur les droits d'auteur²⁶. Se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil admet que la transposition en droit interne d'une directive communautaire résultant d'une exigence constitutionnelle, il lui appartient de veiller au respect de cette exigence. Toutefois le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite. La première consiste à vérifier que la transposition d'une directive n'aille pas à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. La seconde est, dans le bref délai dont il dispose pour statuer sur la

23. Cf. Dominique Riteleng, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTD eur.* 2009, p. 677 ; Alice Minet, « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », *RFDA* 2013, p. 1199.

24. Pour une vue comparative, voir L. Burgorgue-Larsen (dir.) *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pédone, 2011, 169 p. Add. pour l'Espagne : Déclaration du 13 déc. 2004, DTC n° 1/2004, *RFDA* 2005, 43 note F. Moderne, *Cab. Cons. constit.* n° 18/2005, 2005, note Burgorgue-Larsen, et pour la Pologne, Arrêt du 27 avril 2005, Application du mandat d'arrêt européen, P1/05 (http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/P_1_05_FR.pdf), contraire à l'art. 55 de la Constitution interdisant l'extradition des citoyens polonais.

25. Actuellement : TUE, art. 6-3, « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres ».

26. Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

constitutionnalité, de ne déclarer non conforme à la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer²⁷. En dehors de ces deux hypothèses, il revient aux autorités juridictionnelles nationales d'exercer ce contrôle, et de saisir le cas échéant en tout état de cause la Cour de Luxembourg à titre préjudiciel. Partagée par le Conseil d'État dans l'exercice de ses propres compétences, cette position équilibrée n'en a pas moins été la cause d'un conflit de jurisprudence avec la Cour de cassation.

II – LA DIVISION DES JURIDICTIONS NATIONALES

A. Palais Royal c/ Quai de l'Horloge

Ce conflit, qui a fait couler beaucoup d'encre doctrinale, a éclaté à l'occasion de la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), instaurée en 2009. La loi organique enjoint aux juridictions françaises, lorsqu'elles sont saisies de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, de « se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation »²⁸.

La Cour de cassation a considéré que la priorité ainsi donnée au contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité la privait de la possibilité d'exercer ce dernier et de saisir la Cour de Luxembourg d'une éventuelle question préjudicielle. En filigrane – mais en filigrane seulement, le juge judiciaire semble avoir ainsi considéré que cette priorité méconnaissait la primauté du droit de l'Union sur le droit interne²⁹. Une telle interprétation a été aussitôt rejetée, tant par le Conseil constitutionnel³⁰ que par le Conseil d'État³¹. S'en tenant à sa jurisprudence antérieure, le Conseil constitutionnel a rappelé que le droit de l'UE tirait son autorité de l'article 55, au même titre que les autres engagements internationaux de la France. Il en résulte que sauf atteinte à l'identité constitutionnelle de la France ou disposition manifestement incompatible avec la directive, le contrôle de la conformité d'une disposition législative à ces engagements ne relève pas de sa compétence, mais de celle du juge administratif ou judiciaire, qui peuvent y procéder à tout moment et recourir en cas de besoin aux mesures conservatoires nécessaires à la protection des droits du justiciable³².

27. O. Dutheillet de Lamothe, « Le Conseil constitutionnel et le droit européen », *Rev. fr. dr. constit.*, 2004/1, n° 57, pp. 23-35.

28. Ordonnance n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009, art. 23-2.

29. Cass. Ass. Plénière, n° 12133 du 29 juin 2010 (10-40002). Voir D. Simon, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Revue critique de droit international privé*, 2011, 1. P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire) », *RTD civ.* 2010, p. 499 ; P. Cassia, E. Saulnier-Cassia, « Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.* 2010. 1234.

30. Cons. const. déc. 2010-605 DC du 12 mai 2010, § 10 et 18.

31. Conseil d'État, 14 mai 2010, *Rujovic*.

32. Cons. const. déc. 2010-605 DC préc., § 16.

Reconnaissant implicitement à la Cour de Luxembourg le droit du dernier mot, la Cour de cassation s'est alors tournée vers elle pour trancher son conflit de jurisprudence avec le Conseil constitutionnel. Ainsi amenée à départager la Cour de cassation et le gouvernement français (qui a opiné dans le sens du Conseil constitutionnel), la CJUE a répondu prudemment que la compatibilité de la procédure de QPC avec le droit de l'UE dépendait de l'interprétation que l'on en faisait. Si elle devait conduire à empêcher sa propre saisine par voie de question préjudicielle, alors cette procédure enfreignait l'article 267 TFUE. En revanche, si on interprétait la procédure de QPC dans un sens laissant la juridiction nationale libre de prononcer des mesures conservatoires et de saisir à tout moment le juge européen d'un recours préjudiciel, elle était compatible avec le droit européen³³. Au lieu d'opter pour cette seconde interprétation, qui permet d'articuler contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, s'en est tenue à la première et a décidé que le juge saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et sur la conventionnalité d'une disposition législative, devait « laisser inappliquées » les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité³⁴. De son côté le Conseil constitutionnel a réaffirmé sa position, selon laquelle les lois transposant une directive européenne ne relevaient pas d'un contrôle de constitutionnalité, sauf atteinte portée à l'identité constitutionnelle de la France³⁵.

Ce feuilleton jurisprudentiel, montre que l'ébranlement de la hiérarchie des normes qui résulte de la combinaison des ordres juridiques français et européen ouvre le champ à un nouveau type de conflits de jurisprudence, qui procèdent de l'enchevêtrement de ces deux ordres juridiques et confèrent aux juges de nouveaux pouvoirs normatifs. Notamment le pouvoir de laisser inappliquée soit une disposition de la loi française, soit une disposition de droit européen (comme le ferait le Conseil constitutionnel en cas d'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France).

Le recul la souveraineté de la loi française, qui était vraiment la clé de voûte de notre ordre juridique, résulte de l'ouverture de cet ordre national au droit de l'Union. Mais tandis que le Conseil constitutionnel s'efforce d'en sauver le

33. CJUE, 22 juin 2010, Melki et Abdeli, C-188/10 et C-189/10, point 57.

34. Cour de cassation, Assemblée plénière, 29 juin 2010, n° 10-40001. Sur la tendance plus générale de la Cour de cassation à s'ériger elle-même en Cour suprême plutôt qu'en juge du droit, voir H. Masse-Dessen, « La tentation d'une Cour suprême », *SSL* n° 1817 du 28 mai 2018 ; P. Cassia, « Contre le filtrage des pourvois par la Cour de cassation », *Médiapart*, 22 mars 2018. Va dans le même sens l'usage de plus en plus fréquent dans des conditions fort contestables de la cassation sans renvoi. Ainsi la CEDH aura-t-elle à connaître de la scabreuse affaire *Wolters Kluwer* en raison des allégations de conflits d'intérêts affectant la décision de cassation sans renvoi (Soc., 28 févr. 2018, n° 16-50015 ; E. Dockès, « Conflit d'intérêts à la chambre sociale de la Cour de cassation et dérive des temps », *Rec. Dalloz*, 2018. 1930 ; P. Sargos, « La fraude licite », *La Semaine juridique*, 11 juin 2018, 662 ; S. Jubé, « Réserve spéciale de participation : un problème de calcul », *Rec. Dalloz*, 2018, p. 1953). On pourrait également citer l'arrêt *Elior service*, qui a condamné des agents de nettoyage à rembourser les 2,8 millions d'euros qui leur avaient été accordés sur le fondement du principe d'égalité de traitement par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (Soc., 30 mai 2018, n° 17-12782).

35. Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010.

principe, en réservant l'hypothèse d'une atteinte à l'identité constitutionnelle de la France, la Cour de cassation se tourne désormais vers la CJUE comme vers une Cour suprême, compétente pour trancher ses divergences d'interprétation avec le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État.

B. Quai de l'Horloge c/ Quai de l'Horloge

Sur cette pente, certaines des chambres de la Cour de cassation peuvent être tentées de faire de même pour résister à la jurisprudence de l'Assemblée plénière, lorsqu'elle désavoue la leur. Ce fut le cas dans la célèbre affaire *Baby Loup*. La chambre sociale avait jugé discriminatoire le licenciement de la salariée d'une crèche qui avait décidé de porter le voile islamique, en infraction du règlement intérieur imposant les principes de laïcité et de neutralité religieuse³⁶. L'Assemblée plénière a approuvé la Cour d'appel de Paris qui avait résisté à la chambre sociale et fait application des dispositions du Code du travail permettant d'apporter à la liberté religieuse du salarié des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché³⁷. Ayant à juger une nouvelle affaire de licenciement d'une salariée ayant refusé d'ôter son voile (cette fois dans un établissement commercial), la chambre sociale, plutôt que de se soumettre à la jurisprudence de l'Assemblée plénière, qui lui donnait pourtant tous les moyens de répondre au pourvoi, a « fait appel » à la Cour de Luxembourg, en la saisissant d'un recours préjudiciel³⁸. Amenée à trancher cette fois un conflit de jurisprudence interne à la Cour de cassation, la CJUE a pour l'essentiel adopté la même position que l'Assemblée plénière, en jugeant qu'une règle interne d'une entreprise interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux ne constituait pas une discrimination directe³⁹. La voie de la sagesse venant cette fois du Luxembourg, la chambre sociale s'y est rangée et a fini par reconnaître le droit pour une entreprise de réglementer, sous le contrôle du juge, l'expression des signes religieux sur les lieux de travail⁴⁰. Entre-temps le Parlement, qui s'était ému de l'affaire, était intervenu dans le même sens raisonnable⁴¹.

36. Soc., 19 mars 2013, n° 11-28845.

37. Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28369, avis J.-C. Marin, rapp. L. Truchot.

38. Soc., 9 avr. 2015, aff. n° 13.19855

39. CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, Bougnaoui et ADDH, n° C-188/15 ; *adde* l'autre arrêt rendu le même jour sur le même sujet : CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, n° C-157/15.

40. Soc., 22 nov. 2017, Sté Micropole, n° 2484. L'affaire pourrait toutefois connaître de nouveaux développements, avec les « constatations » du Comité des droits de l'homme des Nations unies, qui a estimé le 22 octobre 2018 que l'interdiction imposée par la loi française du 11 octobre 2010 était discriminatoire et portait une atteinte disproportionnée au droit de librement manifester sa religion par le port du voile intégral (niqab) dans l'espace public, tel que garanti par le Protocole international relatif aux droits civils et politiques. Contrairement à ce qu'ont pu laisser entendre certains médias, ce ne sont pas les membres de ce comité issus des pays musulmans qui ont opiné en faveur de la consécration du droit à la dissimulation de son visage dans l'espace public, mais au contraire ceux de nationalité américaine, canadienne, israélienne, lettone et sud-africaine. Les deux voix dissidentes furent celles des membres portugais et tunisien. Dans son opinion dissidente, le professeur Yadh Ben Achour, considère que la décision du Comité opère un « renversement total de l'ordre des droits ».

41. C. trav., art. 1321-2-1 (Loi du 8 août 2016) : « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions

On peut voir dans l'attitude de la chambre sociale l'écho de la tradition catholique ultramontaine, qui pousse à rechercher toujours ailleurs – hier à Rome ou à Moscou, aujourd'hui au Luxembourg ou à Washington – le détenteur du dernier mot, autrement dit l'instance infaillible. C'est un penchant qu'observait déjà Leibniz au xvii^e siècle, mais pour en déplorer les conséquences funestes : « La France aurait tort, écrivait-il, de trahir la vérité pour reconnaître l'infaillibilité de Rome, car elle imposerait à la postérité un joug insupportable »⁴². Cette remarque, qui s'appliquerait aussi bien aux doctrines en vogue de l'évaluation et de la légitimation universitaires, n'a rien perdu de son actualité ni de sa pertinence.

Le tableau d'ensemble est en tout cas celui d'une montée du gouvernement des juges, mais aussi d'une guerre des juges, qui se disputent le droit du dernier mot. Cette dispute n'intéresse pas seulement les rapports entre les Hautes juridictions nationales et la Cour de Luxembourg, mais aussi les cours européennes entre elles.

III – LUXEMBOURG C/ STRASBOURG

Le point culminant de cette guerre du dernier mot en Europe a été atteint avec l'avis rendu le 18 décembre 2014 par la Cour de Luxembourg sur le projet d'accord d'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁴³. La Cour avait déjà fait savoir en 1996⁴⁴ son opposition à une telle adhésion, au motif qu'elle aurait excédé les compétences que la Communauté tenait du traité européen alors en vigueur. Mais depuis cette date, la Communauté est devenue l'Union européenne et l'adhésion à la CEDH est explicitement imposée par l'article 6.2 du Traité de Lisbonne aujourd'hui en vigueur aux termes duquel :

« *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ».

L'emploi de l'indicatif vaut impératif : l'adhésion à la CEDH n'est donc pas une faculté ouverte à l'UE, mais une obligation. En application de cette disposition, l'article 218 § 6 TFUE fixe la procédure d'adoption de l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH, dont un protocole n° 8 TUE prévoit qu'il devra satisfaire à trois conditions : a) préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union ; b) garantir les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit

des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ». Sur le sens du principe de laïcité en droit du travail, je me permets de renvoyer à une analyse déjà publiée, in Christine Lazerges (dir.) *Les grands avis de la Commission nationale représentative des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 292-307.

42. Leibniz Lettre à Madame de Brinon, Hanovre, 16 juill. 1691, reproduite in François Gaquère, *Le dialogue irénique Bossuet-Leibniz. La réunion des Églises en échec (1691-1702)*, Paris, Beauchesne, 1966, pp. 46-49, cité p. 47.

43. Avis 2/13 de la Cour (Assemblée plénière) du 18 déc. 2014.

44. Avis 2/94 du 28 mars 1996.

de l'Union ; c) ne pas affecter l'article 344 TFUE aux termes duquel « *les États 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* ».

Le projet d'accord d'adhésion négocié sur ces bases par la Commission avec le Conseil de l'Europe a été soumis pour avis à la Cour de Luxembourg qui l'a donc jugé incompatible avec les dispositions de l'article 6 § 2 TUE et du Protocole n° 8. Le plus frappant est bien sûr le fait que la Cour de Luxembourg, gardienne des traités, se soit ainsi autorisée à priver d'effet, sans doute définitivement, la disposition non équivoque du Traité, selon laquelle « L'Union adhère à la CEDH ». Renversant la proposition principale et la subordonnée de l'article 6 § 2, elle lit cet article comme s'il avait pour objet d'affirmer l'intangibilité de sa propre compétence et de subordonner l'adhésion à cette intangibilité. Quoi qu'on pense de l'opportunité de cette adhésion, on ne peut que noter qu'en la privant de tout effet, la Cour s'arroge un pouvoir souverain, transcendant celui des États membres. D'où l'actualité européenne de la question jadis posée par Juvénal : « Qui gardera ces gardiens ? »⁴⁵

Sur le fond, l'hostilité de principe de la Cour à l'adhésion ne fait aucun doute. Contrairement aux conclusions de son avocat général, elle ne ménage en effet aucune porte de sortie pour une renégociation de l'accord d'adhésion tenant compte de ses objections. Car cette adhésion l'obligerait inévitablement à se soumettre dans certains cas aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « Cour de Strasbourg »). C'est donc pour défendre de façon absolue son droit du dernier mot qu'elle s'y oppose et n'en fait du reste pas mystère. Selon elle « l'article 344 TFUE vise (...) à préserver le caractère exclusif des modalités de règlement de ces litiges à l'intérieur de l'Union, et notamment de la compétence juridictionnelle de la Cour à cet égard et s'oppose ainsi à tout contrôle externe antérieur ou postérieur » (§ 210). Dès lors « le fait que les États membres ou l'Union ont la possibilité d'introduire une requête devant la Cour EDH (...) va à l'encontre de la nature même du droit de l'Union, qui exige (...) que les relations entre les États membres soient régies par ce droit, à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit » (§ 212).

Pour ménager le caractère subsidiaire de l'intervention de la Cour de Strasbourg, le projet d'accord prévoyait de lier cette dernière à l'interprétation de points de droit déjà tranchés par la Cour de Luxembourg. Mais cette garantie ne trouve pas grâce aux yeux de celle-ci, qui estime qu'elle seule doit décider de ce qu'elle a ou non déjà tranché.

§ 237. *Dans ce contexte, la nécessité d'impliquer préalablement la Cour, dans une affaire dont est saisie la Cour EDH et dans laquelle le droit de l'Union est en cause, répond à l'exigence de préserver les compétences de l'Union et les attributions de ses institutions, notamment de la Cour, comme il est exigé par l'article 2 du protocole n° 8 UE.*

§ 238. *Ainsi, à cette fin, il est nécessaire, en premier lieu, que la question de savoir si la Cour s'est déjà prononcée sur la même question de droit que celle*

45. Cf. *Les gardiens des droits sociaux en Europe*, Numéro spécial de la *Semaine Sociale Lamy*, 2016, n° 1746, 100 p.

faisant l'objet de la procédure devant la Cour EDH ne soit résolue que par l'institution compétente de l'Union, dont la décision devrait lier la Cour EDH.

§ 239. *En effet, permettre à la Cour EDH de statuer sur une telle question reviendrait à lui attribuer la compétence pour interpréter la jurisprudence de la Cour.*

Pour s'affirmer ainsi en Cour suprême, insusceptible de se plier à aucune autre juridiction, la Cour a donné de la construction européenne une définition nouvelle et particulière « constructive ». Hormis peut-être en France la Cour de cassation, dont l'allégeance à la Cour de Luxembourg semble inconditionnelle, les hautes juridictions européennes considèrent, on vient de le voir, que le droit européen est un ordre juridique original, qui s'impose au législateur, mais ne peut porter atteinte à l'identité constitutionnelle des États membres, qui demeurent les maîtres des traités. Elles marquent ainsi une limite à la Cour de Luxembourg, qui n'a de cesse au contraire d'affirmer la primauté absolue du droit européen – et donc la sienne. La question de l'adhésion à la CEDH l'a contrainte à faire un pas de plus dans cette direction. Pour réduire à rien la première phrase de l'article 6 TUE (L'union adhère à la CEDH) au nom de la seconde (« Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités »), elle a donné des « compétences de l'Union » une interprétation nouvelle.

L'UE, affirme-t-elle à bon droit, ne peut être considérée comme un État (§ 156). Mais cependant elle est « dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement » (§ 158).

Autrement dit, bien que ce ne soit pas un État, l'UE aurait une constitution. Cette promotion de traités internationaux en constitution est martelée par elle à plusieurs reprises. Les traités affirme-t-elle sont une « charte constitutionnelle de base » (§ 163), qui engagent tous les États membres dans une même construction juridique.

Fondée sur un ensemble de valeurs communes, cette construction impliquerait un principe que la Cour découvre pour les besoins de la cause : celui de « la confiance mutuelle entre les États membres » (§ 168). En vertu de ce principe chaque État doit présumer le respect des droits fondamentaux chez les autres. Il ne peut donc « exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union » (§ 192). Car d'une façon générale « l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union » (§ 170). La Cour de Luxembourg donne ainsi une portée générale à sa jurisprudence *Viking/Laval*, qui traite les minima de protection sociale comme des maxima et les subordonne aux libertés économiques.

Mais la Cour va plus loin : en vertu de cette « confiance mutuelle », un État devrait aussi s'abstenir de « vérifier » (autrement dit, s'abstenir de mettre en cause)

le respect de ces droits par un autre État membre. Or c'est une telle vérification qu'autorise l'adhésion à la Convention EDH en ouvrant à un État le droit d'alléguer devant la Cour de Strasbourg la violation d'un droit fondamental dans un autre État (§ 194). L'interdit jeté sur une telle « vérification » au nom du principe de confiance mutuelle, devrait logiquement s'étendre aux avis et conclusions du Comité européen des droits sociaux (CEDS) et à l'application de la Charte sociale européenne. Si cette doctrine devait prévaloir, il serait par exemple interdit à un État membre de mettre en cause la violation par un autre État des normes internationales du travail devant les organes compétents de l'OIT.

IV – LUXEMBOURG C/ RESTE DU MONDE ?

L'enjeu de cette guerre du dernier mot n'est pas seulement la primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux, il est celui – de portée mondiale – de la primauté des droits et libertés économiques sur tous les autres. La jurisprudence en ce sens de la Cour a déjà été explicitement condamnées par la Commission d'experts de l'OIT, selon laquelle « la jurisprudence *Viking* et *Laval*, crée une situation dans laquelle l'exercice des droits établis par la convention [n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical] devient impossible »⁴⁶. Elle serait également incompatible avec le projet de l'ONU relatif au respect des droits humains par les entreprises, qui prévoit de reconnaître au contraire la primauté des obligations découlant des droits humains sur les stipulations des accords du commerce et d'investissement⁴⁷. À l'échelle européenne, cette position est déjà celle de la Cour de Strasbourg ou du Comité européen des droits sociaux, selon lequel le respect de la Charte sociale européenne exclut d'accorder aux libertés économiques « une valeur plus grande qu'aux droits essentiels des travailleurs, en ce compris le droit de recourir à l'action collective »⁴⁸.

Étouffer ces voix discordantes au nom d'une vision centralisatrice et exclusive du droit européen n'est sans doute pas le meilleur service à rendre à l'idée et à l'avenir de l'Union européenne. Celle-ci n'est pas un État et n'a pas de constitution encadrant le pouvoir judiciaire dans un système démocratique faisant également place à un pouvoir exécutif et un pouvoir législatif soumis au vote de ses citoyens. La Cour de Luxembourg ne peut sans contradiction s'ériger en Cour suprême qui, à l'instar de son homologue américaine, pourrait juger en dernier ressort de la légalité des constitutions de ses membres et des engagements internationaux qu'ils souscrivent. Cette vision est plus généralement aveugle à la crise

46. Conférence internationale du Travail, 99^e session, 2010, Rapport III (1A) de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations.

47. L'un des principes énumérés par cet instrument est la « *Recognition of the primacy of human rights obligations over trade and investment agreements* ». D'où découle pour les États le devoir suivant : « *States shall take all necessary and appropriate measures to design, implement and follow up on national policies on human rights and TNCs and OBEs, taking into account the primacy of human rights over pecuniary or other interests of corporations* ».

48. CEDS, déc. n° 85-2012 du 3 juill. 2013, *Confédération générale du travail (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c/ Suède*, § 122.

profonde de légitimité qui mine aujourd'hui le projet européen, et dont l'une des causes premières, parfaitement identifiée par le juge constitutionnel allemand, est le déficit démocratique. Les juridictions supranationales sont une conquête précieuse, qu'il faut défendre et préserver. Mais cette défense pour être efficace suppose que, conscientes de la fragilité de leur légitimité, elles ne cèdent pas à l'*hubris* de la toute-puissance.