

Faculté de droit et de criminologie

La Primauté et l'effet du droit de l'Union

Entre l'État de droit et l'identité de l'État

Auteur : Lucas Lafontaine

Promoteur : Pieter-Augustijn Van Mallegheem

Année académique 2022 – 2023

Master de spécialisation en droit européen

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je voudrais d'abord remercier mon promoteur, le Professeur Pieter-Augustijn Van Mallegem, pour m'avoir permis d'approfondir des thèmes correspondants aux objectifs de mon inscription au Master de spécialisation en droit européen.

Ensuite, je dédie ce mémoire à ma mère, sans qui je n'aurais pas été à l'Université et qui, de ce fait, aura toujours une part de mérite dans mon parcours de juriste.

En espérant que les prochaines pages pourront faire honneur à ces personnes.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE I. L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION	2
Chapitre 1. L'Adoption du droit européen	2
I) Attribution	2
II) Primauté	5
III) Subsidiarité et proportionnalité	5
Chapitre 2. L'Effet et l'application du droit européen	6
I) Effet	6
II) Application	7
PARTIE II. L'ÉTAT DE DROIT	9
Chapitre 1. L'État de droit	9
I) Valeur européenne	9
II) Définition	10
III) Indépendance de la justice	10
Chapitre 2. La Pologne face à l'Union européenne	11
I) Réformes polonaises	11
II) Réaction du législateur européen	12
III) Arrêt du 16 février 2022	13
IV) Invasion de l'Ukraine	14
<i>Conclusion intermédiaire</i>	14
PARTIE III. L'IDENTITÉ DE L'ÉTAT	15
Chapitre 1. L'Identité nationale	15
I) Contenu	15
II) Valeur juridique	17
III) Volet fonctionnel	20
IV) Relativité de l'identité structurelle	21
Arrêt <i>Fratelli Costanzo</i> (1989)	22
Autorités administratives indépendantes	23

V) Aspect démocratique	26
Chapitre 2. L'Identité constitutionnelle	26
I) Contenu	26
II) Portée	28
III) Fonctionnement	30
Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande (2020)	31
Position de la Cour de justice	32
Chapitre 3. Comment obtenir un véritable dialogue ?	34
I) Situation actuelle	34
II) Formaliser le dialogue	35
III) Affaires <i>Matthews</i> (1999) et <i>Bosphorus</i> (2015)	36
IV) Quid des parlements nationaux ?	37
<i>Conclusion intermédiaire</i>	37
CONCLUSION	38

INTRODUCTION

Le 7 octobre 2021, la plus haute juridiction de Pologne s'est rangée derrière son gouvernement, en arrêtant que des dispositions essentielles des traités européens étaient contraires à la Constitution polonaise¹. Voilà des années que le pays était pointé du doigt par l'Union européenne, en raison des menaces que le parti politique en place fait peser sur l'État de droit. Jusqu'à sa décision, la Cour suprême rejoignait la position européenne et avait critiqué une réforme dont elle faisait l'objet. Ce n'est qu'à la suite de son remaniement par le pouvoir politique qu'elle s'oppose à la Cour de justice. Cependant, il ne faut pas en conclure que le droit de l'Union doit systématiquement primer les Constitutions des États membres. D'autres juridictions supérieures avaient commencé à contredire la jurisprudence européenne en ce qui concerne le droit constitutionnel, sans ingérence du pouvoir exécutif. On pense à la Cour suprême allemande et au Conseil constitutionnel français. Mettre en cause la primauté du droit de l'Union face à la Constitution d'un État, n'est donc pas synonyme d'une dérive autoritaire, au contraire ! Les normes constitutionnelles sont les premières fondations de l'ordre interne et garantissent la soumission de la politique au droit en vigueur. Les démocraties européennes ne dépendent donc pas que du droit européen, mais aussi, et surtout, de l'intégrité de leur charte constitutionnelle.

L'objectif du présent travail est de chercher les limites et les effets du droit de l'Union européenne par rapport au droit constitutionnel, à partir du concept d'identité. Ce thème impliquant une certaine complexité, on passera d'abord en revue des notions indispensables à nos développements, telles que l'autonomie institutionnelle et procédurale, la primauté et l'effet direct (**Partie I**). Par ailleurs, la question de l'identité doit être délimitée, dans la mesure où les événements dont il est question ci-dessus, et qui ont poussé le thème de l'identité au centre de l'actualité il y a une année, peuvent donner à penser que l'État de droit est une règle européenne susceptible d'être primée par l'identité d'un État membre, alors qu'il n'en est rien (**Partie II**) ! Après ces étapes, nous pourrions aborder le concept d'identité de façon plus aisée, bien qu'il restera compliqué, notamment parce qu'il couvre en fait deux concepts, à la fois distincts et liés (**Partie III**).

¹ Trybunał Konstytucyjny, K 3/21, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, 7 octobre 2021.

PARTIE I. L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION

L'architecture juridique de l'Union européenne repose sur l'articulation de principes qui doivent être distingués. Il faut notamment différencier, dans le cadre du présent travail, ceux qui concernent les normes européennes au stade de leur adoption (**Chapitre 1**), de ceux s'intéressant à leur effet et leur application dans les systèmes nationaux (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'Adoption du droit européen

Les principes analysés ici sont l'attribution et la primauté (**I et II**), à quoi s'ajoutent les principes de subsidiarité et de proportionnalité (**III**). Nous allons insister sur les deux premiers, et davantage sur le principe d'attribution. À cette occasion, on abordera notamment la jurisprudence européenne sur l'Union économique et monétaire.

I) Attribution. La primauté du droit de l'Union repose sur le principe d'attribution. Celui-ci est indiqué à l'article 5.2 du TUE, lequel dispose « *En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ». Ceci signifie concrètement qu'un acte européen adopté en dehors des compétences données à l'Union, est absolument nul, et ne peut donc être doté d'aucune autorité juridique. Si la condition et sa sanction sont sévères en théorie, il n'en est pas autant en pratique. L'interprétation téléologique et systématique que la Cour de Justice fait des traités, permet généralement de reconnaître une compétence à l'Union. Même dans des cas où les traités paraissent exclure une compétence pour l'Europe, l'interprétation de ses objectifs, combinée aux liaisons entre une politique et celles reconnues dans la sphère européenne, peut justifier que l'Union se prononce². Par exemple, d'après l'article 123 du TFUE « *Il est interdit à la Banque centrale européenne et aux banques centrales des États membres (...) d'accorder des découverts ou tout autre type de crédit aux institutions, organes ou organismes de l'Union, aux administrations centrales, aux autorités régionales ou locales, aux autres autorités publiques, aux autres organismes ou entreprises publics des États membres ; l'acquisition directe, auprès d'eux, par la Banque centrale européenne ou les banques centrales nationales, des instruments de leur dette est également interdite* ». Une assistance financière de l'Union pour des pays membres en difficulté semble ainsi prohibée, d'autant que selon

² C. BLUMAN, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2023, p. 541.

l'article 125 dudit traité « L'Union ne répond pas des engagements des administrations centrales, des autorités régionales ou locales, des autres autorités publiques ou d'autres organismes ou entreprises publics d'un État membre, ni ne les prend à sa charge (...). Un État membre ne répond pas des engagements des administrations centrales, des autorités régionales ou locales, des autres autorités publiques ou d'autres organismes ou entreprises publics d'un autre État membre, ni ne les prend à sa charge (...) ». Pourtant, l'Union et la Banque centrale européenne se sont vu attribuer, dans le contexte des crises financières et économiques engendrées depuis 2008, récemment aggravé par la crise sanitaire et l'invasion de l'Ukraine, des moyens d'aider les États membres connaissant des difficultés. Cette évolution de l'Union économique et monétaire débute avec l'institution d'un **mécanisme européen de stabilité (MES)**, en février 2012, appuyé par une révision simplifiée de l'article 137 du TFUE, en mars 2011. Ce mécanisme reposant sur une organisation à part entière, située en marge du SEBC, la Cour de justice a d'abord contredit, dans l'arrêt *Pringle*, les critiques concernant l'article 123, au motif que la disposition s'adresse spécifiquement aux banques centrales nationales et à la BCE³. S'agissant de l'article 125, la Cour relève que l'article 122.2, n'empêche pas l'Union de prêter assistance aux États membres confrontés à des difficultés exceptionnelles et indépendantes de leur contrôle⁴. Par ailleurs, le traité international prévoyant la mise en place du mécanisme, avait également donné des missions à la Commission européenne et la BCE, sans révision formelle des traités, alors que l'article 13.2 du TUE pose que les institutions européennes agissent dans les limites des attributions prévues par les traités européens. À cet égard, Luxembourg répond « les États membres sont, dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union, en droit de confier, en dehors du cadre de l'Union, des missions aux institutions, telles que la coordination d'une action collective entreprise par les États membres ou la gestion d'une assistance financière (...) pour autant que ces missions ne dénaturent pas les attributions que les traités UE et FUE confèrent à ces institutions »⁵. En l'espèce, la Cour de justice a rangé le MES en matière économique, qui n'est pas une compétence exclusive, à l'inverse de la politique monétaire. En résumé, la Cour estime qu'il est possible, dans ces conditions, d'utiliser le droit international classique pour confier de nouvelles fonctions aux institutions de l'Union.

Les limites de l'UEM ont encore été mises à l'épreuve avec les programmes de rachat d'obligations publiques organisés par la BCE. Afin de stabiliser les prix dans la zone euro et donc, le cours de la monnaie unique, Francfort s'est, en effet, affirmée sur les marchés financiers, afin de renforcer la position des États membres de l'Union monétaire qui, sans cette incrustation, auraient vu leur taux

3 C.J., *Pringle*, 27 novembre 2012, C-370/12, pts. 125 et 126.

4 *Idem*, pt. 131.

5 *Idem*, pt. 158.

d'intérêt fortement augmenter du fait de la contamination de leur dette par la crise bancaire, empirée par les révélations sur les finances de la Grèce. En définitive, la confiance en l'euro aurait baissé drastiquement, ce qui impliquerait une perte de valeur et une diminution du pouvoir d'achat. Dans ce contexte, on parle du **programme d'opérations monétaires sur titres (OMT)**. Juridiquement, le problème posé est que les conséquences économiques de ces opérations pourraient dépasser le cadre de la politique monétaire, et ainsi, la compétence de la BCE, au préjudice de la politique économique, qui ressort principalement des États membres. À la suite d'une question de la Cour constitutionnelle allemande, la Cour de justice fait toutefois remarquer que la politique monétaire est toujours synonyme d'effets économiques, de sorte que ces derniers ne pourraient, en tant que tels, permettre de conclure à un excès de pouvoir dans le chef de la BCE, agissant dans l'optique de maintenir la stabilité des prix⁶. En outre, Luxembourg était interrogé sur le respect de l'article 123 du TFUE. D'après le haut juge européen, l'objectif de cette disposition est d'éviter que les États puissent compter sur une aide directe de la BCE ou des banques centrales nationales, ce qui les conduirait à être budgétairement laxistes⁷. Partant, les opérations sur titres de la Banque centrale européenne, situées sur le marché secondaire, ne seraient pas contraires à l'article 123, pour autant qu'elles soient limitées aux objectifs et aux conditions fixées par la politique monétaire, de manière à ce qu'un État ne puisse pas avoir la certitude de bénéficier de l'attention de la BCE vis-à-vis des instruments de sa dette⁸.

Plus généralement, notons que la flexibilité permise par l'interprétation téléologique et systématique des traités peut se manifester de diverses façons, qui sont secondées par d'autres possibilités de parachever le périmètre du droit européen. Outre la théorie des compétences implicites, notamment utilisée dans le cadre de l'action extérieure⁹, on peut mentionner la clause de flexibilité à l'article 352 du TFUE, lequel permet au Conseil d'octroyer de nouveaux pouvoirs à l'Union, lorsque ceux-ci sont nécessaires à la réalisation des politiques européennes. Retenons encore, dans l'arrêt *Akerberg Fransson*, que Luxembourg a donné une large portée à la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Le rapport entre un acte national et le droit de l'Union, peut n'être que indirect, l'objet de l'acte suffisant à le lier au droit européen¹⁰. En définitive, les compétences de l'Union se développent sans beaucoup de difficultés, ce qui explique le champ d'application de la primauté. À l'origine, le principe d'attribution n'était, d'ailleurs, pas clairement repris dans le droit primaire, il était question

6 C.J., *Peter Gauweiler*, 16 juin 2015, C-62/14, pt. 52.

7 *Idem*, pt. 100.

8 *Idem*, pts. 103 et 105.

9 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 596.

10 G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 291 ; C.J., *Akerberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10, pts. 25 et 27.

d'objectifs¹¹. C'est l'évolution du droit européen, sous l'effet de la jurisprudence, qui a conduit les États membres à être plus précis.

II) Primauté. La primauté du droit de l'Union sur le droit interne se caractérise par l'**ambition des traités** européens, qui diffèrent d'autres accords internationaux. Comme la Cour de Justice le disait il y a presque soixante ans « *à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres (...) et qui s'impose à leur juridiction. (...) 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* »¹². En clair, le respect du droit européen doit être continu, car la Communauté européenne n'est pas une organisation internationale classique, dans la mesure où elle repose sur une volonté d'intégration qui ne pourrait survivre aux seules négociations diplomatiques que connaissent des structures moins ambitieuses, et souvent limitées à des relations entre États¹³. En d'autres termes, le projet européen n'aurait, sans être mieux respecté que ces organisations, pas été en mesure de s'en démarquer, et l'Union européenne qu'on connaît ne pourrait exister.

Pour autant que l'Europe se voit reconnaître une compétence, un État membre ne peut donc pas lui opposer une règle interne, quelle qu'elle soit. Cette affirmation semble contradictoire dans un travail qui est amené à analyser le concept d'identité constitutionnelle, lequel consiste à trouver, dans un certain ordre juridique, des règles immunisées de la primauté européenne (*infra*). En réalité, c'est d'abord dans le principe d'attribution que le problème nous paraît reposer. Si le socle de la primauté était interprété plus raisonnablement, et que ses limites étaient mieux dessinées, peut-être que les juges constitutionnels n'auraient pas eu à rappeler l'importance de certaines dispositions dans leur Constitution. Mais en soi, on doit reconnaître qu'il est incohérent de transférer des compétences à l'Union, lorsque des règles nationales font obstacle à son action.

III) Subsidiarité et proportionnalité. Le fait que l'Union ait une compétence, n'implique pas qu'elle l'utilise. Lorsque cette compétence est partagée, ce qui est souvent le cas, l'action normative est conditionnée par le principe de subsidiarité. Celui-ci signifie que les politiques de l'Union sont édictées à l'échelle nationale, quand elles ne peuvent être mieux assurées au niveau européen. Il est consacré à l'article 5.3 du TUE. En pratique, la subsidiarité n'est pas un obstacle insurmontable, la

11 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 533 et 536.

12 C.J., *Costa c. Enel*, 15 juillet 1964, C-6/64.

13 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 953.

Cour de Justice n'a jamais annulé un acte européen sur cette base¹⁴. Il faut tout de même signaler que les parlements nationaux disposent, en vertu du protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, d'un droit d'interpellation auprès des institutions européennes, en vue d'obtenir le réexamen de la conformité d'un projet législatif avec le principe de subsidiarité. Toutefois, le blocage n'est que temporaire, la décision finale revenant au législateur européen¹⁵. Le principe de proportionnalité est plus effectif dans le contentieux européen, et il s'applique également aux compétences exclusives de l'Union. Outre l'article 5.1 du TUE, où il apparaît avec les principes d'attribution et de subsidiarité, c'est au quatrième paragraphe de la disposition qu'on le précise. En quelques mots, il commande que l'Union n'abuse pas des moyens dont elle dispose afin d'atteindre ses objectifs. Pour qu'il y ait violation, la séparation existant entre le juge et le législateur de l'Union nécessite que ce dernier ait manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation, mais cette précaution n'empêche pas que la proportionnalité soit mieux sanctionnée que le principe de subsidiarité¹⁶.

Chapitre 2. L'Effet et l'application du droit européen

Ce chapitre commence par l'examen de l'effet du droit européen (I), avant de donner un aperçu du principe d'administration indirecte et de ceux qui gravitent autour, dont l'autonomie institutionnelle et procédurale (II).

I) Effet. Si la compétence fait la primauté, l'intensité de celle-ci dépend de la précision et de la clarté du droit de l'Union, c'est-à-dire de son effet¹⁷. La raison est que détecter une contradiction entre des règles européennes et des règles nationales, suppose que le contenu des premières soit suffisamment déterminé. En l'absence d'effet immédiat, le juge national peut interroger Luxembourg sur la conformité de l'acte interne au droit de l'Union, et pour qu'une lecture autonome soit donnée à la disposition européenne en cause. Cela découle expressément de l'arrêt *Poplawski* « *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* »¹⁸. Dans cette affaire, la Cour précise la portée

14 *Ibidem*, p. 616.

15 Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, art. 7.2 al. 2 et 7.3 al. 2.

16 *Ibidem*, p. 623 et 624.

17 C.J., *Van Gend & Loos*, 5 février 1963, C-26/62.

18 C.J., *Poplawski*, 24 juin 2019, C-573/17, pt. 60.

de l'arrêt *Simmenthal* (*infra*) « l'obligation, pour une juridiction nationale, de laisser inappliquée une disposition de son droit interne, contraire à une disposition du droit de l'Union, si elle découle de la primauté reconnue à cette dernière disposition, est néanmoins conditionnée par l'effet direct de ladite disposition dans le litige dont cette juridiction est saisie. Partant, 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 »¹⁹.

Est-ce que la primauté peut se manifester en dehors de l'effet direct ? Comme expliqué ci-dessus, le juge national peut interroger la justice européenne, mais ce n'est pas tout. En effet, Luxembourg permet que le juge interne puisse déclarer l'État membre **responsable de la violation d'une règle européenne**. C'est une possibilité offerte par l'arrêt *Francovich*, en 1991, complété par les affaires *Brasserie du Pêcheur* et *The Queen*, délibérées conjointement en 1996²⁰. Pour résumer, le juge de l'Union détermine trois conditions. Il faut démontrer la commission d'une violation suffisamment grave et caractérisée (1), d'une norme européenne conférant des droits aux particuliers (2). Cette disposition ne doit pas nécessairement avoir un effet direct, même si un certain degré de clarté et de précision permet d'établir plus aisément la violation²¹. Il suffit que le juge national estime que l'État ait manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation et que les personnes lésées soient les bénéficiaires de la norme européenne. Notons également, qu'il n'est pas utile de prouver la violation grave et caractérisée, quand elle a été faite malgré un arrêt en manquement ayant déjà constaté, que ce fait allait à l'encontre de la jurisprudence européenne en la matière. Enfin, le lien de causalité doit être direct, entre la violation de la règle européenne et le dommage endossé par ses bénéficiaires (3).

II) Application. En principe, la réalisation du droit de l'Union revient essentiellement aux États membres. Effectivement, d'après l'article 291.1 du TFUE « *Les États membres prennent toutes les mesures d'exécution de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union* ». Dans les cas qui nécessitent des conditions uniformes d'exécution, le deuxième paragraphe de l'article peut charger la Commission européenne de cette tâche, et parfois le Conseil. Par ailleurs, les États membres agissent sous la supervision de la Cour de justice et de la Commission, qui peuvent influencer le travail des autorités judiciaires et administratives, grâce à

19 *Idem*, pt. 68.

20 C.J., *Francovich*, 19 novembre 1991, C-6/90, pt. 40 ; C.J., *Brasserie du Pêcheur & The Queen*, 5 mars 1996, C-46/93 et C-48/93, pt. 51.

21 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 680 et 684.

des renvois préjudiciels et d'éventuels procès en manquement²². Néanmoins, l'article 4.3 al. 2 du TUE répète « *Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union* ». Ce principe s'appelle l'**administration indirecte** et il implique donc que les États membres mettent leur système juridique au service du droit de l'Union. Celui-ci est secondé du principe d'**autonomie institutionnelle et procédurale**, qui permet aux États membres, sans préjudice d'un cadre commun, de s'organiser librement pour exécuter le droit européen²³. Le premier volet désigne le choix des institutions compétentes, alors que l'autonomie procédurale concerne les modalités et les procédures par lesquelles ces institutions assurent l'application du droit de l'Union²⁴.

La friction entre l'ordre européen et les ordres nationaux se manifeste notamment ici. Si l'autonomie permet aux États de conserver le sort de leurs structures nationales, la primauté doit bénéficier d'une certaine uniformité, ce qui explique que l'autonomie, et en particulier, l'autonomie procédurale, soit sujette à des restrictions²⁵. Il s'agit des principes d'**équivalence** et d'**effectivité**. Le premier requiert que le respect de l'Union soit au moins équivalent à celui du droit interne, tandis que le second impose que l'efficacité du droit européen soit garantie lorsque les procédures qui protègent le droit interne sont limitées. Par exemple, en France, le contrôle de légalité des actes administratifs est réservé au juge administratif. Dès lors, le juge civil français est tenu de renvoyer l'examen d'une décision administrative à son homologue administratif, sauf que le droit européen n'admet pas un tel monopole²⁶. En présence d'une règle européenne dotée d'un effet direct, les cours et tribunaux judiciaires doivent immédiatement refuser l'application d'un acte contraire. Le principe d'effectivité a ainsi provoqué un profond changement dans la justice française. De façon générale, l'effectivité se manifeste beaucoup en matière juridictionnelle, en raison du droit à un recours effectif, consacré à l'article 19 du TUE, mais les prérogatives et l'organisation des administrations nationales, ont également fait l'objet d'évolutions importantes, pour mieux garantir le respect du droit européen. Au final, l'autonomie institutionnelle et procédurale se révèle être une protection très relative des systèmes nationaux²⁷. C'est pour cela que la doctrine s'est tournée vers d'autres principes, tels que la proportionnalité et l'**identité nationale** (*infra*).

22 Voyez les articles 258 et 267 du TFUE.

23 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 645.

24 I. GUY et N. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Paris, Sirey, 2012, p. 144.

25 L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le statut d'Etat membre de l'Union européenne : Quatorzièmes journées Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 465.

26 E. DEBOUT, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 207.

27 J. H. JANS, A. PRECHAL et R. J. G. M. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, 2^e éd., Groningen, Europa Law Publishing, 2015, p. 18 et 23.

PARTIE II. L'ÉTAT DE DROIT

En vertu de l'article 2 du TUE, l'État de droit est une valeur de l'Europe. La deuxième phrase de la disposition précise que ces valeurs sont communes aux États membres. En raison de ses réformes judiciaires, la Pologne a été condamnée plusieurs fois par la Cour de justice, qui a confirmé qu'elles ne respectaient pas l'indépendance des juges polonais. La jurisprudence n'ayant pas suffi à rétablir l'intégrité de la justice polonaise, le législateur européen a adopté un règlement en décembre 2020, pour conditionner le versement des aides de la relance économique post-COVID-19 au respect de l'État de droit, dans la mesure où le respect de l'État de droit est indispensable à la bonne allocation des financements européens. En réponse, Budapest et Varsovie ont décidé de bloquer l'adoption du budget pluriannuel contenant le plan de relance, en avançant que l'Union européenne veut prétexter des violations à l'État de droit pour influencer le fonctionnement des institutions qui ressortent de la souveraineté des États membres. En outre, les deux pays ont introduit des recours en annulation à l'encontre du règlement de conditionnalité. Dans ce contexte, nous allons revenir sur la portée et la signification de l'État de droit (**Chapitre 1**), afin d'apprécier la situation polonaise et la légitimité de l'action européenne (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'État de droit

Dans ce chapitre, il est question de la valeur et de la signification de l'État de droit (**I et II**). Parmi les exigences qui en découlent, on s'intéressera à l'indépendance de la justice (**III**).

I) Valeur européenne. Il est clair que les valeurs de l'article 2 ont une valeur juridique, puisque l'article 7 du TUE prévoit un mécanisme de prévention spécifique, visant à éviter leur violation. Par ailleurs, cette valeur juridique n'est pas seulement expresse. D'après la juge Lucia Serena Rossi, il s'agit, en effet, de la disposition la plus importante des traités. En plus de faire l'objet d'un procédé spécifique à l'article 7, la **primauté particulière** de l'État de droit se déduit de la lecture de l'article 49 du TUE²⁸, qui conditionne l'entrée des États dans l'Union européenne, au respect des valeurs de l'article 2. Par conséquent, l'identité nationale ne peut justifier des réformes qui ne respectent pas l'État de droit²⁹, d'autant que ce système précède aussi l'identité constitutionnelle (*infra*), l'ordre

28 L. S. ROSSI, « La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TUE : relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2020, p. 640.

29 *Ibidem*, p. 646.

juridique reposant sur le droit. L'État de droit est associé à l'identité constitutionnelle dans le droit public allemand³⁰. Avant d'être contrôlé politiquement, le juge suprême polonais avait lui-même arrêté que l'identité constitutionnelle polonaise couvre cette notion³¹. Néanmoins, l'importance de l'exigence n'empêche pas qu'elle doit être claire. En effet, une interprétation élastique, n'est pas conciliable avec une autorité spécifique, surtout que l'État de droit est une notion extensible, et que la place de cet impératif par rapport à d'autres règles des traités, ne pourrait se justifier sans que sa portée soit identifiée. L'article 7 du TUE parle ainsi d'une « *violation grave et persistante* » de l'article 2. Voilà pourquoi il est essentiel de définir l'État de droit, avant d'apprécier la conformité des réformes polonaises.

II) Définition. Malgré les controverses, des constantes peuvent être résumées. En Europe, l'État de droit est celui où les institutions publiques sont soumises au respect du droit. Ceci implique que des normes juridiques soient établies, dont celles qui déterminent les compétences et l'organisation des pouvoirs³². En fonction des régimes, l'organisation des pouvoirs législatif et exécutif varie, mais l'indépendance de la justice est garantie, pour assurer le respect des règles juridiques, y compris par les pouvoirs politiques et l'administration³³.

III) Indépendance de la justice. L'indépendance judiciaire est particulièrement fondamentale. D'une part, l'autonomie des juges est, comme on le sait, indispensable au respect du droit. À cet égard, elle a ses propres sources dans le droit primaire. L'article 19 du TUE, en ce qu'il est à la base du dialogue entre la Cour de justice et les juridictions nationales, impose que les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective, dans les domaines couverts par le droit de l'Union. Par ailleurs, l'indépendance de la justice découle expressément de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Malgré le protocole n°30 sur l'application de ce texte à certains pays, dont la Pologne, la réserve s'avère inopérante, car les dispositions contenues dans la Charte sont issues de l'interprétation des traités par la Cour de justice, qui sont obligatoires pour ces États³⁴. La contradiction apparaît aussi avec la CEDH, dès lors que les libertés de la Charte peuvent correspondre aux libertés de la Convention EDH. Dans ces hypothèses, la Cour de justice doit effectuer une lecture conjointe des droits, afin de respecter la

30 Loi fondamentale allemande, art. 79 al. 3.

31 Trybunał Konstytucyjny, K 32/09, *Treaty of Lisbon*, 24 novembre 2010.

32 Commission de Venise, Liste des critères de l'État de droit, adoptée par la Commission de Venise à sa 106^e session plénière, (Venise, 11-12 mars 2016), Strasbourg, 2016, p. 21.

33 *Idem*, p. 39.

34 S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 473 et 474.

jurisprudence de la Cour EDH. L'article 47 de la Charte est ainsi interprété avec les articles 6 et 13 de la Convention (*infra*). Enfin, l'indépendance de la justice est consacrée par le droit dérivé, notamment par le règlement sur la conditionnalité des aides européennes. En plus de définir l'État de droit (*infra*), il précise, en effet, les violations considérées comme suffisamment graves pour menacer la bonne gestion du budget européen. L'objectif de ce texte n'étant pas la sanction des violations de l'État de droit en tant que telles, elles doivent porter un préjudice réel aux finances de l'Union. Le règlement clarifie ces atteintes, lesquelles comprennent les ingérences dans le système judiciaire³⁵. D'autre part, l'indépendance de la justice est le principal sujet du rapport annuel de la Commission européenne sur l'État de droit dans les pays membres. Parmi eux, la Pologne fait l'objet de plusieurs critiques³⁶.

Chapitre 2. La Pologne face à l'Union européenne

Dans un premier temps, on expliquera les problèmes concernant l'État de droit en Pologne (I), puis le but du législateur européen en adoptant le règlement conditionnant les aides européennes (II). Ensuite, nous verrons la décision que la Cour de Justice a rendue sur ce texte (III). Enfin, on décrira la conséquence de la guerre en Ukraine sur l'action européenne (IV).

I) Réformes polonaises. Les reproches de la Commission ont donné des procès en manquements devant la Cour de justice, laquelle a rejoint les oppositions aux mesures polonaises. En 2019, celle-ci a jugé que l'abaissement de l'âge à la retraite des juges polonais méconnaît l'indépendance des magistrats. La raison est qu'il permet de précipiter le départ de certains juges, alors que le ministre de la justice peut prolonger le mandat des autres, avec une grande marge d'appréciation³⁷. En 2021, en réponse à un renvoi préjudiciel, la justice européenne jugeait que le cloisonnement des recours contre les décisions du Conseil national de la magistrature, pouvait diminuer l'indépendance des magistrats de la Cour suprême, puisque le Conseil propose les candidats pour ces fonctions au président de la République, et que l'absence d'un recours effectif peut influencer le siège de la haute juridiction³⁸. Dans la même année, la Cour de justice s'est de nouveau prononcé sur le Conseil de la magistrature polonais, bien que de façon indirecte, à la demande de la Commission européenne, les

35 Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, *J.O.*, 22 décembre 2020, art. 3 a) et 4.1 d).

36 Communication de la Commission européenne – Rule of Law Report, COM (2022) 500 final, 13 juillet 2022, p. 2, 6, 7 et 8.

37 C.J., *Commission c. Pologne*, 5 novembre 2019, C-192/18, pt. 127.

38 C.J., *A.B. e.a.*, 2 mars 2021, C-824/18, pts. 136 et 138.

inquiétudes générées par le remaniement de l'institution, s'étant manifestées au sujet de la chambre disciplinaire instituée dans la Cour suprême, pour connaître des infractions disciplinaires des juges de droit commun³⁹. Le Juge de l'Union indique également que la chambre pourrait être un outil de pression politique sur le pouvoir judiciaire, d'autant que la procédure disciplinaire n'assure pas le respect des droits de la défense et du délai raisonnable⁴⁰.

II) Réaction du législateur européen. Ces arrêts montrent que la justice polonaise est soumise à une influence non négligeable des pouvoirs politiques, notamment de l'exécutif. Ce problème n'est pas récent, on peut remonter en 2015, quand le parti politique qui a initié les réformes est arrivé au pouvoir. D'ailleurs, L'article 7 du Traité sur l'UE a été utilisé contre la Pologne et la Hongrie. Cependant, la gravité des sanctions permises par cette disposition, qui vont jusqu'à la privation du droit de vote des ministres de l'État concerné au Conseil, est relativisée par la procédure requise à cet effet. Après son activation par des États membres, le Parlement, ou la Commission européenne, et à la suite d'autres étapes intermédiaires, le Conseil doit notamment voter à l'unanimité, pour constater l'existence d'une violation grave et persistante de l'article 2 du TUE⁴¹, avant d'adopter la suspension de droits découlant des traités à la majorité qualifiée. Bien que l'État concerné soit exclu du vote à l'unanimité, il suffit qu'un autre État membre le soutienne pour empêcher la confirmation d'une violation de l'État de droit. Si cela explique partiellement l'adoption du **règlement du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union**, il faut tenir compte d'autres facteurs, à savoir, de la crise économique, et du plan de relance prévu pour la surmonter. Ce plan est alimenté par un emprunt de 750 milliards d'euros, au nom de l'Union européenne. Afin d'assurer le succès de l'opération, il fallait conditionner les versements dans les États membres, au respect de l'État de droit, et en particulier, de l'indépendance de la justice. Celle-ci est une garantie indispensable à la bonne utilisation des fonds européens, puisque le pouvoir judiciaire sanctionne, et dissuade ainsi les **détournements**⁴². C'est pour cette raison que le règlement dont il est question, permet au Conseil de suspendre des paiements, ou l'approbation de programmes à charge du budget européen, en statuant à la majorité qualifiée et sur une proposition de la Commission européenne, lorsque celle-ci établit que des violations de l'État de droit, sont une menace à la bonne exécution du budget⁴³. Il s'agit d'un outil plus précis que l'article 7 du TUE. Le texte se concentre sur l'État de droit, en tant qu'il est un préalable pour recevoir les fonds européens. Comme dit plus haut, la Pologne et la Hongrie ont placé leur veto au budget avec le plan de relance,

39 C.J., *Commission c. Pologne*, 15 juillet 2021, C-791/19, pts. 100 à 104.

40 *Idem*, pts. 202 et 212.

41 TUE, art. 7.2.

42 Règlement 2020/2092/UE, art. 4.2 e).

43 *Idem*, art. 4.1, 6.9 et 5.1 b) i) et vi).

en prétendant que l'État de droit était utilisé pour influencer les institutions qui relèvent de leur souveraineté. Cela dit, le blocage de Varsovie et Budapest ne pouvait s'éterniser avec la pression des autres États, et leurs propres besoins en financement. Un compromis a donc été trouvé. Il prévoyait la levée du blocage budgétaire, si la Cour de justice confirme la légalité de la réglementation. Les deux pays ont alors introduit des recours en annulation qui ont été traités en procédure accélérée et en assemblée générale, ce qui témoigne de l'importance des affaires.

III) Arrêt du 16 février 2022. En ce qui concerne la Pologne, elle avance d'abord que l'État de droit est une notion vague, qui laisse la Commission statuer sur des institutions nationales. Ensuite, la Pologne a fondé ses arguments sur l'article 4 du TUE, en affirmant que le mécanisme est une ingérence dans les fonctions essentielles des États membres, et qu'il ne respecte pas leur identité nationale.

Sur la notion d'**État de droit**, la Cour de justice estime que le règlement en détermine suffisamment les contours, avec ses motifs et ses articles, et que les éléments employés à cet effet sont amplement développés dans sa jurisprudence, à partir de traditions constitutionnelles reconnues dans les États membres⁴⁴. Relevons que l'article 2 a) du texte définit l'État de droit comme « *la valeur de l'Union consacrée à l'article 2 du traité sur l'Union européenne. Il recouvre le principe de légalité, qui suppose l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste, ainsi que les principes de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, de protection juridictionnelle effective, y compris l'accès à la justice, assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, également en ce qui concerne les droits fondamentaux, de séparation des pouvoirs, de non-discrimination et d'égalité devant la loi. L'État de droit s'entend eu égard aux autres valeurs et principes de l'Union consacrés à l'article 2 du traité sur l'Union européenne* ». S'agissant de la « *protection juridictionnelle effective, y compris l'accès à la justice, assurée par des juridictions indépendantes et impartiales* », nous avons vu que ces considérations bénéficient, naturellement, d'une reconnaissance claire dans les traités et le droit du Conseil de l'Europe, ainsi que d'une jurisprudence abondante que la Pologne n'ignore pas. La portée de l'outil est aussi balisée par des indications et des situations précises, qui orientent les recherches de la Commission et facilitent le respect par les États membres de leurs obligations⁴⁵. Par ailleurs, l'objet du règlement se borne à la matière budgétaire. Il n'est pas question de conduire les fonctions essentielles des États, mais d'assurer la bonne gestion des fonds de l'Union, de sorte que celle-ci ne peut se voir

44 C.J., *Pologne c. Parlement et Conseil*, 16 février 2022, C-157/21, pt. 169.

45 *Idem*, pt. 171.

reprocher de garantir ses valeurs et ses politiques⁴⁶. Ensuite, le mécanisme ne concerne pas chaque violation de l'État de droit qui présente une liaison avec la gestion du budget européen. Il faut une atteinte effective à la bonne gestion budgétaire, ou un risque sérieux de lui porter atteinte, d'une manière suffisamment directe⁴⁷.

Enfin, si la Cour de justice reconnaît que l'Union doit respecter l'**identité nationale** des États, qui est inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, de sorte qu'ils ont une certaine appréciation pour appliquer les principes de l'État de droit dans leur ordre juridique, elle précise que le devoir de les respecter ne pourrait varier d'un pays à l'autre, puisque le droit des États à garder des systèmes propres, ne change pas le fait qu'ils aient adhéré à une communauté de droit, laquelle implique de maintenir des caractéristiques communes, dont l'État de droit⁴⁸. Il s'agit également d'une obligation de résultat, que les États s'engagent à respecter de façon continue depuis leur entrée dans le projet européen⁴⁹.

IV) Invasion de l'Ukraine. Bien que la validité du mécanisme de conditionnalité des aides ait été confirmée en assemblée générale, une actualité majeure a largement éclipsé les problèmes de l'État de droit. En effet, depuis le 24 février 2022, l'armée russe a entamé une opération militaire de grande ampleur, qui a permis à la Russie d'annexer une nouvelle partie du territoire de l'Ukraine. En raison de la **position géographique** stratégique de la Pologne, il est devenu plus difficile pour la Commission d'être aussi exigeante que nécessaire. Celle-ci a validé le plan de relance polonais le 2 juin 2022, en contrepartie d'un engagement du pays à corriger les atteintes à l'État de droit, dont la chambre disciplinaire pour juges⁵⁰.

Conclusion intermédiaire. L'identité ne peut justifier des atteintes à l'État de droit. D'une part, l'article 4 du TUE, contenant l'identité nationale, n'est pas en mesure de déroger à l'article 2 et à l'État de droit, car cette disposition bénéficie d'une primauté particulière. D'autre part, l'identité constitutionnelle dont il est question dans la jurisprudence de plusieurs Cours constitutionnelles, n'est en rien incompatible avec la préservation de l'État de droit, la première notion protégeant la seconde.

46 *Idem*, pt. 268.

47 *Idem*, pt. 125.

48 *Idem*, pts. 265 et 266.

49 *Idem*, pt. 169.

50 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 661.

PARTIE III. L'IDENTITÉ DE L'ÉTAT

Maintenant que l'on sait pourquoi la bataille de l'État de droit n'est pas l'endroit où l'identité des États est censée être défendue, il faut observer qu'elle devrait effectivement limiter la portée et les conséquences du droit européen sur le droit interne, et en particulier, le droit constitutionnel. La notion est complexe, il est question de deux identités, bien que étroitement liées. La première est l'identité nationale des États membres, provenant des traités européens et interprétée par la Cour de justice, tandis que la seconde est l'identité constitutionnelle de chaque État, brandie par les juges constitutionnels nationaux. La différence entre celles-ci est une affaire de champ d'application et de conséquence vis-à-vis du droit de l'Union. En tout cas, elles sont des outils plus contraignants pour l'Europe que le principe d'autonomie, qui n'est pas une véritable protection des systèmes internes. Pour commencer, nous verrons les avantages apportés par l'identité nationale dans le cadre de cette protection (**Chapitre 1**). Après avoir examiné les défauts de ce concept, nous chercherons comment l'identité constitutionnelle peut l'épauler (**Chapitre 2**). Mais malgré ces outils, il faut souligner que la protection n'est pas efficace en pratique, c'est pourquoi nos développements seront suivis d'une proposition concernant son fonctionnement (**Chapitre 3**).

Chapitre 1. L'Identité nationale

Nous commencerons par regarder le contenu de l'identité nationale (**I**), et sa valeur devant la Cour de Justice (**II**). Ensuite, on décrira la portée des termes de la clause d'identité qui sont relatifs aux fonctions essentielles de l'État (**III**). Après cela, nous reviendrons en détail sur l'identité structurelle, pour souligner les problèmes qui la concernent, en raison du manque de considération de la justice européenne (**IV**). Pour terminer, on expliquera pourquoi la direction de Luxembourg ne nous paraît plus démocratiquement fondée (**V**).

I) Contenu. L'identité nationale est décrite par l'article 4.2 du TUE, d'après lequel « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* ». La doctrine l'assimile souvent à l'autonomie institutionnelle et procédurale, car cette identité se rattache principalement à l'aspect organique des États. Ainsi que la pluralité des adjectifs utilisés le font deviner, lesquels ne se limitent pas à désigner les structures

constitutionnellement consacrées dans chaque État membre, il est question du respect des bases de l'État tel qu'il est envisagé dans la pensée juridique européenne. Autrement dit, l'article 4.2 du TUE impose à l'Union de ne pas ignorer l'existence des États et de ce qu'ils peuvent légitimement vouloir conserver en cette qualité⁵¹.

Pour entamer notre périple intellectuel sur des chemins éclairés, rappelons simplement que l'État est un système qui dispose d'une autorité supérieure, sur un territoire et une population. Cette autorité est appelée la souveraineté. Afin de l'exercer, les pays européens se sont progressivement structurés en **trois pouvoirs**. Un pouvoir législatif fait des lois, lesquelles sont exécutées par l'action d'un pouvoir exécutif, tandis qu'un pouvoir judiciaire en contrôle le respect lors du règlement des litiges. Les trois pouvoirs formant le socle de tous les ordres nationaux, ils sont désignés par les termes « *structures fondamentales* ». Malgré la séparation que l'État de droit impose entre eux, la relation des pouvoirs politiques peut varier. La véritable séparation se situe entre la justice et la politique (*supra*). Celle entre le Parlement et le gouvernement doit s'entendre moins rigoureusement. La dépendance de l'un à l'autre n'est pas prohibée par le droit de l'Union. Sur le continent, beaucoup de pays, comme l'Allemagne et la Belgique, considèrent d'ailleurs que le pouvoir législatif prédomine, ce qui justifie que le pouvoir exécutif soit responsable devant le Parlement. La nature de ces liens permet de qualifier le **régime politique** en place, qui explique à l'évidence le mot politique, dans « *structures fondamentales politiques* ». En outre, l'article 4.2 du TUE parle de « *ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* ». La structuration territoriale des pouvoirs fait donc aussi partie de l'identité des États membres.

De façon plus générale, l'identité nationale s'intéresse à la **répartition des compétences** entre les institutions des États. Ceci ressort de l'opinion de l'avocat général Kokott « *l'Union européenne respecte l'identité nationale de ses États membres. Cela implique que l'Union ne porte pas atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État membre, que celui-ci soit centralisé ou fédéral, et n'influence pas la répartition des compétences au sein de l'État membre* »⁵². Dans l'arrêt *Remondis*, prononcé en décembre 2016, la Cour de justice a ainsi jugé que le transfert de compétence entre des autorités administratives ne pourrait faire l'objet d'une procédure de passation de marché public, en associant expressément l'identité nationale à son raisonnement. Le litige devant le juge du fond impliquait deux collectivités politiques allemandes qui ont institué un organisme public ensemble, afin de lui

51 S. MARTIN, « L'Identité de l'État dans l'Union européenne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012. p. 25 et 26.

52 P. MBONGO, F. HERVOUËT, C. SANTULLI (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Paris, Berger-Levrault, 2015, p. 525 et 526 ; J. KOKOTT, concl., 8 mai 2008, C.J., *UGT - Rioja*, 11 septembre 2008, C-428/06 à C-434/06, I-6769.

attribuer leurs prérogatives en matière de gestion des déchets. Selon la Cour « *la répartition des compétences au sein d'un État membre bénéficie de la protection conférée par l'article 4, paragraphe 2, TUE, selon lequel l'Union est tenue de respecter l'identité nationale des États membres (...)* »⁵³. La haute juridiction précise « *cette répartition des compétences n'étant pas figée, la protection conférée par l'article 4, paragraphe 2, TUE porte également sur les réorganisations de compétences à l'intérieur d'un État membre (...). De telles réorganisations, qui peuvent prendre la forme de réattributions de compétences d'une autorité publique à une autre imposées par une autorité de rang supérieur ou de transferts volontaires de compétences entre autorités publiques (...)* »⁵⁴. Concrètement, la jurisprudence européenne enseigne que dans le cas où une administration étatique transférant une compétence, en est tout à fait déchargée à raison de celle qui se la voit transférer, autant juridiquement qu'économiquement ; une opération comme en l'espèce, devrait s'analyser comme un acte d'organisation interne. En plus de ne pas remplir les critères d'un marché public, qui est un contrat synallagmatique et à titre onéreux, un tel acte bénéficierait de la protection de l'article 4.2 du TUE. Cela dit, l'identité nationale n'est pas indispensable pour accorder une liberté d'organisation aux États membres. Sans compter que les critères d'une directive européenne doivent être respectés pour qu'elle soit obligatoire, la faculté de désigner les autorités compétentes dans le cadre d'une politique publique, pourrait s'analyser comme une simple application du volet institutionnel de l'autonomie des États. D'après nous, l'identité nationale devrait plutôt concerner la répartition des compétences entre les « *structures fondamentales politiques et constitutionnelles* », afin de la distinguer du principe d'autonomie, qui n'est pas limité à de telles structures⁵⁵. En outre, une deuxième distinction paraît pertinente – si on dépasse l'aspect organique de la clause d'identité (*infra*) – entre les autorités impliquées dans l'exercice de la **puissance publique**, et celles chargées d'une activité économique.

II) Valeur juridique. Pour observer la valeur de l'article 4.2 du TUE en matière contentieuse, l'arrêt *Sayn-wittgenstein* est plus intéressant. Celui-ci date du 22 décembre 2010, et concerne le refus des autorités autrichiennes d'admettre le port d'un titre de noblesse acquis en Allemagne. Dans son cheminement, la Cour de Justice estime « *il y a lieu d'admettre que, dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union* »⁵⁶. Comme il ressort de la

53 C.J., *Remondis*, 21 décembre 2016, C-51/15, pt. 40.

54 *Idem*, pt. 41

55 L. POTVIN-SOLIS (dir.), *op. cit.*, p. 474.

56 C.J., *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, C-208/09, pt. 83.

suite des motifs, l'identité nationale est généralement ramenée à une somme d'intérêts légitimes, qui peuvent être pris en compte dans l'application du droit de l'Union, notamment en matière de libre circulation, à condition que les restrictions décidées par les autorités nationales soient nécessaires et proportionnées. Dans une autre affaire, la Cour juge qu'une restriction à la libre circulation des services, du fait d'une législation généralement stricte dans la majorité des Länder en matière de jeux de hasard, pouvait rester admissible, malgré l'existence de règles plus libérales dans un Land. Dans sa motivation, elle explique « la répartition des compétences entre les Länder ne saurait être remise en cause, celle-ci bénéficiant de la protection conférée par l'article 4, paragraphe 2, TUE, selon lequel l'Union est tenue de respecter l'identité nationale des États membres »⁵⁷. Cependant, il est à noter que cette différence de régime juridique était limitée à une certaine période, en plus de ne concerner qu'une seule collectivité régionale. Ensuite, la haute juridiction européenne précise que la réglementation des jeux de hasard fait l'objet d'appréciation diverses entre les États membres, selon les valeurs de chaque pays⁵⁸. Les complications engendrées par la structure fédérale de l'Allemagne étaient ainsi relativement minimales.

Plus fondamentalement, le fait que l'application des normes européennes puisse s'accommoder de certains inconvénients découlant de l'organisation des États membres, n'empêche pas que ceux-ci doivent toujours respecter le droit européen. Dans l'arrêt au-dessus, l'Union a peut-être respecté la structure fédérale de l'Allemagne, mais la Cour de Justice a néanmoins contrôlé l'adéquation et la proportionnalité des mesures prises par les autorités régionales⁵⁹. Dans l'arrêt ***Randstad Italia***, le caractère suprême du Conseil d'État d'Italie n'a pas été remis en cause, mais la primauté du droit européen s'est manifestée, parce que la haute juridiction administrative italienne avait violé le droit européen. La raison est que ladite juridiction a censuré la décision d'un tribunal administratif ayant reçu le recours d'une entreprise mécontente de l'adjudication d'un marché public, au motif que cette entreprise n'avait pas la qualité pour contester une procédure dont elle avait été exclue, au terme d'une évaluation technique défavorable. Cependant, l'exclusion définitive ne peut résulter que d'une décision de justice, ou de l'écoulement des délais prévues pour contester l'exclusion⁶⁰. Lorsqu'un recours est introduit devant la Cour de cassation italienne, le problème est que celle-ci ne peut connaître des arrêts du Conseil d'État que dans l'hypothèse d'un vice de compétence, de sorte que la violation du droit européen semble ici incontestable. La haute juridiction civile espérait alors l'aide de la Cour de Justice pour élargir sa botte, mais la réponse de Luxembourg n'y a pas contribué. En

57 C.J., *Digibet et Albers*, 12 juin 2014, C-156/13, pt. 34.

58 *Idem*, pt. 24.

59 *Idem*, pt. 39.

60 C.J., *Randstad Italia SpA c. Umana*, 21 décembre 2021, C-497/20, pts. 73 et 75.

effet, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que le droit national limite la possibilité d'intenter un recours judiciaire contre les décisions d'une juridiction suprême⁶¹ ; « *Dans une telle situation, le remède contre la violation (...) réside dans l'obligation, pour toute juridiction administrative de l'État membre concerné, en ce compris la juridiction administrative suprême elle-même, d'écarter cette jurisprudence non conforme au droit de l'Union, et, à défaut de respect d'une telle obligation, dans la possibilité pour la Commission européenne d'introduire un recours en manquement contre cet État membre. Il est par ailleurs loisible aux particuliers (...) d'engager la responsabilité dudit État membre* »⁶².

En résumé, lorsque l'**efficacité du droit européen** ne peut pas directement être assurée, elle peut encore l'être **en aval**, grâce à la responsabilité des États membres pour violation du droit européen, mais aussi, lorsque le besoin s'en fait sentir, avec une procédure en manquement. Toutefois, il est des cas où la Cour de Justice préfère agir **en amont**. Dans l'arrêt *Simmenthal*, en 1978, la Cour de Justice n'a pas accepté que les juges italiens doivent s'en remettre à la Cour constitutionnelle pour constater la violation, par le législateur national, d'une règle européenne directement applicable⁶³. Ceux-ci ont ainsi le pouvoir de refuser l'application d'une loi ou d'un acte administratif contraire. Dans l'arrêt *Melki*, en 2010, il est exigé que les juridictions ordinaires nationales soient en mesure de questionner Luxembourg à tous les stades d'un mécanisme de contrôle préjudiciel et prioritaire de constitutionnalité de la législation⁶⁴. Bien que ceci préserve formellement la saisine incidente du juge constitutionnel, cette jurisprudence n'en diminue pas moins l'aspect prioritaire. Par ailleurs, les cours et tribunaux ne peuvent être empêchés de refuser l'application d'une loi contraire au droit européen doté d'un effet immédiat, malgré la confirmation de sa constitutionnalité par la justice constitutionnelle. Sur ce point, le Conseil constitutionnel français souligne que les prérogatives des juges ordinaires ne sont, en fait, pas incompatibles avec ce type de contentieux, puisque celui-ci permet de contrôler les lois nationales avec des normes de références différentes, de sorte que les compétences des juges constitutionnels n'en sont pas amoindries⁶⁵.

L'identité nationale n'est donc pas un moyen d'attaquer la **primauté du droit européen**, elle permet d'en nuancer les implications sur les systèmes politiques et constitutionnels internes, au moment de

61 *Idem*, pt. 81.

62 *Idem*, pt. 79 et 80.

63 C.J., *Simmenthal*, 9 mars 1978, C-106/77, pt. 24.

64 C.J., *Melki & Abdeli*, 22 juin 2010, C-188/10, pt. 47.

65 J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 899 ; Cons. const., n° 2010-605, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, 12 mai 2010.

l'application des règles européennes. Cela signifie que l'observation de l'identité ne revient pas à nier la compétence normative de l'Union dans une matière, de sorte que le droit de l'Union peut valablement primer les règles nationales. Comme il ressort des travaux concernant le défunt Traité constitutionnel, auquel l'actuelle clause d'identité a survécu « *il a été indiqué que cette disposition ne constituait pas une clause dérogatoire. Les États membres demeurent tenus de respecter les dispositions des traités. Cet article ne constituerait donc pas une définition des compétences des États membres (...). L'objectif consiste à rendre plus visible et plus opérationnel le principe existant selon lequel l'Union, dans l'exercice de ses compétences, est soumise à l'obligation de respecter les identités nationales des États membres* »⁶⁶.

III) Volet fonctionnel. Cependant, un lien entre l'identité structurelle et la primauté paraît exister, dans la mesure où les structures fondamentales des États sont liées à leurs fonctions essentielles. En effet, les institutions qui sont chargées de ces fonctions, entre autres, la justice et la défense, sont des institutions essentielles, respectivement, la police et l'armée. On voit ainsi le parallèle entre la préservation des structures essentielles et des activités régaliennes. D'ailleurs, elles coexistent dans les termes de l'article 4.2 du TUE « [L'Union respecte] *leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* »⁶⁷. La relation avec la primauté vient du fait que l'intégrité des fonctions essentielles est en rapport avec le **principe d'attribution**, qui est même rappelé dans l'article 4.1 du TUE, à un pas de la clause d'identité « *Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* »⁶⁸.

Comme en témoignent d'autres dispositions des traités, telles que les articles 51 et 62 du TFUE, qui empêchent le marché intérieur d'affecter les activités liées à l'exercice de la puissance publique, les « *fonctions essentielles de l'État* » sont des domaines placés hors du périmètre des compétences de l'Union⁶⁹. On le remarque nettement dans l'article 72 du TFUE, à propos de l'espace de liberté, de sécurité et de justice « *Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui*

66 Groupe de travail V « Compétences complémentaires » de la Convention européenne, Rapport du Président du Groupe de travail V « Compétences complémentaires » aux Membres de la Convention, CONV 375/1/02 – REV 1 – WG V 14, 4 novembre 2002, p. 11.

67 S. MARTIN, *op. cit.*, p. 24.

68 C. BLUMAN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2019, p. 79.

69 *Ibidem*, p. 77 et 79.

incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ». En plus de ceci, l'article 276 insiste « *la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ». Cependant, d'autres prévisions dans le droit primaire sèment la confusion, car l'Union s'est vue reconnaître des compétences sur plusieurs questions qui devraient ressortir de la politique nationale⁷⁰. Mentionnons la matière monétaire qui, pour la plupart des pays membres de l'Union, dépend principalement de la BCE, alors que la politique monétaire est un aspect fondamental de la souveraineté nationale. Si on peut analyser ces dernières comme des **incohérences**, il est possible de les regarder comme des exceptions à la clause d'identité, en tant qu'elle est relative aux missions régaliennes de l'État. Dans cette hypothèse, les exceptions à un principe de l'intégrité des fonctions essentielles seraient contenues dans les traités européens. En cela, l'article 4.2 du TUE aurait un rang supérieur au droit dérivé, lequel est conditionné par des dispositions liées à la clause d'identité, et dont on vient de donner quelques exemples.

IV) Relativité de l'identité structurelle. Néanmoins, l'identité nationale inhérente aux structures « *fondamentales politiques et constitutionnelles* », lorsqu'elle est prise isolément, n'a pas une valeur prédéterminée dans la hiérarchie des normes européennes, même à l'égard du droit dérivé. Il est surtout question d'un **principe** ou d'un **intérêt**, devant être mis en balance avec les libertés garanties en droit européen, et les principes généraux pertinents, en particulier, celui de l'égalité des États membres devant les traités, dans la mesure où l'utilisation déraisonnable de l'identité structurelle, peut engendrer des déséquilibres significatifs dans la construction européenne. La clause d'identité doit également respecter le principe de proportionnalité, même si les États bénéficient d'une marge d'appréciation importante quant aux bases de leur organisation politique. À cela, s'ajoute le devoir de coopération loyale, qui leur impose de tenir compte des intérêts de l'Union, même en l'absence de compétence européenne⁷¹.

Puisqu'il n'y a théoriquement aucune disposition du droit de l'Union dont l'application pourrait être absolument impossible en raison de l'identité nationale structurelle, la seule question qui semble se poser à Luxembourg est la mesure dans laquelle l'effet du droit européen doit être garanti. À cet

⁷⁰ *Ibidem*, p. 80.

⁷¹ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 508.

égard, l'influence du principe d'effectivité sur les juridictions internes ne représente pas toutes les pièces du puzzle.

Arrêt *Fratelli Costanzo* (1989). Avec l'arrêt *Simmenthal*, nous avons indiqué que Luxembourg garantit l'effectivité en amont, malgré l'existence de remèdes indirects au non-respect du droit de l'Union. Ceci est d'autant plus vrai, que la Cour de justice a impliqué les autorités administratives dans le contrôle des actes nationaux. En effet, depuis l'arrêt *Fratelli Costanzo*, l'administration est aussi obligée de refuser l'application des actes contraires au droit européen doté d'un effet direct⁷². Cela pose plusieurs problèmes. Premièrement, le rapport entre les pouvoirs politiques est perturbé, le gouvernement et l'administration étant notamment tenus d'ignorer la loi, alors qu'elle est censée primer les actes de l'exécutif⁷³. Il y a là une atteinte à l'identité institutionnelle, mais également, à l'État de droit (*infra*). Deuxièmement, le refus d'application d'une administration est plus important que celui d'une juridiction ordinaire qui, dans les affaires civiles, rend des décisions revêtues d'une autorité relative, c'est-à-dire limitée à la situation sur laquelle le juge est sollicité. Lorsque le refus d'appliquer est administratif, le refus est toujours *erga omnes*, étant donné que ce sont les autorités administratives qui appliquent, au premier chef, les actes juridiques. C'est en cela que le professeur Patrick Goffaux estime que l'inapplication d'un acte administratif par l'administration, correspond à un retrait de cet acte qui, dans les faits, ne peut plus exister dans l'ordonnement juridique, même s'il n'a pas été formellement retiré de celui-ci. Pourtant, sur le retrait d'acte, la Cour de justice n'a pas écarté les principes d'équivalence et d'effectivité⁷⁴. Dès lors, le juge européen s'est invité dans le contrôle des actes internes, à propos d'une technique qui, en raison de son auteur, à des effets similaires à une autre technique, pour laquelle elle fait preuve de déférence. Par ailleurs, la doctrine souligne que l'administration ne peut interroger Luxembourg sur l'état du droit de l'Union. Enfin, son indépendance et son impartialité sont très réduits par rapport à ce qu'on peut attendre d'une juridiction⁷⁵.

La jurisprudence *Fratelli Costanzo* semble s'inscrire dans un phénomène connu des spécialistes du droit européen, à savoir, la **prépondérance du pouvoir exécutif**⁷⁶. Il souligne non seulement que le pouvoir exécutif occupe une position centrale dans l'élaboration et la mise en œuvre des normes de

72 C.J., *Fratelli Costanzo*, 22 juin 1989, C-103/88, pt. 33.

73 Commission de Venise, p. 23.

74 P. GOFFAUX, E. SLAUTSKY, J. SOHIER, *Les grands arrêts du droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 803.

75 R. VANDERBECK, « Le retrait et le refus d'application de l'acte administratif unilatéral de portée individuelle contraire au droit européen », *Administration publique*, 2017, p. 326.

76 L. POTVIN-SOLIS (dir.), *op. cit.*, p. 484.

l'Union, mais aussi que celle du pouvoir législatif est marginale. D'une part, on sait qu'à l'échelle européenne, les responsables ministériels nationaux ont une place incontournable dans l'adoption du droit dérivé. D'autre part, les mêmes personnalités assument, au niveau national, avec les services administratifs liés au pouvoir exécutif, la mission de prendre et d'appliquer les mesures d'exécution de la majorité des règles européennes. À cet égard, il serait faux de croire que la transposition des directives s'opère nécessairement par voie législative. D'ailleurs, les rédacteurs du Traité sur l'UE n'ont pas mentionné une telle responsabilité dans les fonctions des parlements nationaux, alors qu'il devrait s'agir d'une attribution de premier plan, à côté de la participation aux procédures de révision des traités⁷⁷. De surcroît, les États dépendent également de l'exécutif dans le contentieux européen. Avec ces éléments, on peut donc douter du bénéfice d'une jurisprudence qui fragilise davantage les parlements nationaux face à leur gouvernement et l'administration. En effet, les ministres peuvent ignorer les lois de leur pays, au moyen des règles qu'ils négocient à Bruxelles, et ce, sans demander l'éclairage d'un tribunal indépendant et impartial, qui est habilité à poser des questions à la Cour de justice. En outre, ce problème peut aussi concerner les Constitutions nationales, puisque selon le haut juge européen, les actes de l'Union sont supérieurs à toutes les normes de droit interne, y compris celles de rang constitutionnel (*infra*).

Autorités administratives indépendantes. L'influence européenne est encore plus claire quand les institutions communautaires pensent un cadre commun d'application. Plusieurs textes de droit dérivé prévoient ainsi une obligation pour les États membres de créer des autorités administratives indépendantes. La directive 2009/72/CE prévoit par exemple, à son article 35, paragraphes 1 et 4 « *Chaque État membre désigne une seule autorité de régulation nationale au niveau national* » et que ceux-ci « *garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente* »⁷⁸.

En droit constitutionnel, le problème pour beaucoup d'États est que ces autorités disposent souvent de **prérogatives unilatérales**. Dans le cas des régulateurs nationaux imposés dans le secteur de l'électricité, la directive 2009/72/CE dispose, en son article 37.4 « (...) *l'autorité de régulation se voit confier au moins les compétences suivantes : a) prendre des décisions contraignantes à l'égard des entreprises d'électricité ; d) infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des entreprises d'électricité qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent en vertu de la présente directive ou des décisions juridiquement contraignantes applicables de*

77 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 650 ; TUE, art. 12.

78 Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.*, 14 août 2009.

l'autorité de régulation ou de l'agence, ou proposer qu'une juridiction compétente inflige de telles sanctions (...) ». Or, l'indépendance accordée à ces institutions, empêche de rattacher l'exercice de la puissance publique aux représentants de la nation. Dans les droits allemand et belge, l'exercice des pouvoirs doit être relié au Parlement, c'est pourquoi le gouvernement doit non seulement rendre compte de l'utilisation de son pouvoir, mais aussi de l'emploi du pouvoir qu'il n'exerce pas lui-même. Pour cela, l'exécutif détient un contrôle de tutelle sur les autorités personnalisées, lequel est à la source d'une influence et donc, d'une responsabilité dans la conduite de l'action administrative décentralisée⁷⁹. C'est ce que l'Allemagne a soutenu à Luxembourg, lorsqu'elle était accusée par la Commission, de violer la directive 95/46/CE, sur la protection des données personnelles⁸⁰. La raison est que l'État allemand avait placé le régulateur imposé par la directive sous tutelle administrative, afin de garantir un contrôle démocratique par l'intermédiaire du gouvernement. Néanmoins, la législation allemande sera condamnée. D'après la Cour de Justice, le lien avec le Parlement n'est pas inexistant, puisque les élus définissent le cadre légal du régulateur et décident de la composition de ses organes⁸¹. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'indépendance vis-à-vis de l'exécutif, ne dispense pas du contrôle des juges compétents. Il y a donc deux contre-arguments, l'influence parlementaire et le contrôle juridictionnel⁸².

Si la jurisprudence constitutionnelle n'a pas contredit Luxembourg, bien au contraire ... Ce n'est pas le cas d'une partie de la doctrine, qui souligne que le maintien de ces relations institutionnelles ne pourrait pallier à l'absence d'un contrôle politique direct, dans les systèmes qui n'ont pas encore constitutionnalisé une exception au principe de **l'unité du pouvoir exécutif**. En droit belge, le professeur Michel Pâques a répondu aux thèses de Luxembourg, dans son commentaire d'un arrêt de la juridiction constitutionnelle belge, prononcé peu après celui qui opposait la Commission et l'Allemagne, et qui en reprend une partie de la motivation, afin de défendre la constitutionnalité de l'autorité chargée de superviser le marché de l'électricité en Belgique⁸³. À propos de l'influence parlementaire, la fonction législative est certes nécessaire, mais pas suffisante, puisqu'il ne peut exister un rôle actif dans le chef des élus, sans que les ministres interpellés ne puissent s'adresser à un service chargé d'une mission d'intérêt général, de sorte que le Parlement est tout à fait mis à l'écart de ce qui se passe après l'adoption d'un texte, dont le contenu est, il ne faut pas l'oublier, largement prédéterminé⁸⁴. Ensuite, le contrôle juridictionnel s'avère aussi incomplet en l'absence

79 P. GOFFAUX, E. SLAUTSKY, J. SOHIER, *op. cit.*, p. 523 et 524.

80 C.J., *Commission c. Allemagne*, 9 mars 2010, C-518/07, pt. 40.

81 *Idem*, pt. 44.

82 *Idem*, pt. 42.

83 C.C., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.5.

d'un véritable contrôle politique⁸⁵. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs amoindrit le pouvoir du juge quant à l'examen de l'appréciation et de l'opportunité des décisions administratives. Sur ces points, le contrôle de la légalité interne se limite à l'erreur manifeste, pour tenir le juge éloignés des débats politiques, lesquels se confondent avec des questions de principes juridiques, lorsque celles-ci ne s'en démarquent pas assez. En dehors d'un problème d'une nature clairement juridique, c'est-à-dire d'un abus ou d'un détournement de pouvoir, le contrôle du fond d'un acte administratif revient donc uniquement à l'administration hiérarchique, ou à une autorité de tutelle. En outre, la Cour constitutionnelle belge ajoutait, par rapport à la motivation qu'elle a emprunté, un argument tiré de l'article 34 de la Constitution qui, en Belgique, fonde l'autorité du droit européen sur le droit national « *Dans la mesure où ce qui précède ne suffirait pas pour justifier que les personnes qui font l'objet d'une décision de la C.R.E.G. "ne jouissent pas de la garantie de voir la décision prise par une autorité administrative dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif", cette situation est justifiée, en vertu de l'article 34 de la Constitution, par les exigences découlant du droit de l'Union européenne* »⁸⁶. Cette façon de mobiliser le principe de primauté est doublement intéressante. D'une part, et comme Michel Pâques le remarque, le juge constitutionnel ne semble lui-même pas vraiment satisfait de la jurisprudence européenne⁸⁷. D'autre part, si la juridiction n'était pas entièrement convaincue, le droit européen a eu pour effet d'évincer les principes constitutionnels qui auraient pu empêcher une telle modification des caractéristiques de l'administration nationale.

En droit européen, le centre des débats autour de ce type d'institution est le volet institutionnel de l'**autonomie institutionnelle** et procédurale⁸⁸. En effet, afin d'assurer l'effet de son droit, l'Union commande d'aménager ce qui existe au niveau national, comme nous l'avons montré avec les arrêts *Simmenthal* et *Fratelli Costanzo*. Ici, l'Union franchit un nouveau degré d'ingérence, puisqu'elle ne vient pas seulement changer la façon dont les autorités internes fonctionnent, mais qu'elle exige la création de nouvelles autorités publiques chargées de faire respecter sa réglementation, y compris pour les États membres qui n'auraient pas encore constitutionnalisés de telles institutions. Le côté paradoxal de l'autonomie institutionnelle est qu'elle n'est pas censée être relative, alors qu'elle ne paraît pas bénéficier d'une portée juridique⁸⁹. C'est pour cela que la doctrine s'intéresse à d'autres

84 M. PÂQUES, « décentralisation, régulation et contrôle démocratique. L'arrêt 130/2010 en question », *Liber amicorum M. Boes*, Bruges, Die Keure, 2011. p. 423.

85 M. PÂQUES, « Chaire Francqui : Incertitude et pouvoir discrétionnaire », disponible sur <https://www.youtube.com>, 24 mars 2020, 101^e minute.

86 C.C., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.8.1.

87 M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 423.

88 L. POTVIN-SOLIS (dir.), *op. cit.*, p. 476.

89 *Ibidem*, p. 466 et 472.

principes pour l'accompagner, tels que les principes de subsidiarité et de proportionnalité, que les règles européennes établissant leur propre cadre d'application doivent respecter, mais également celui de l'identité nationale inhérente aux structures essentielles des États, que l'application du droit de l'Union ne peut ignorer⁹⁰. De surcroît, lorsqu'elle est combinée aux **fonctions essentielles** des États, leur identité relative à ces fonctions pourrait rentrer en compte, puisqu'un grand nombre d'autorités administratives indépendantes utilisent des prérogatives unilatérales et obligatoires pour les tiers, dans le cadre d'une mission de contrôle.

V) Aspect démocratique. Ces problèmes d'ingérence ne sont pas nouveaux, mais ils persistent malgré l'affirmation de l'identité dans le traité de Maastricht, puis celui de Lisbonne⁹¹. Au final, si l'identité nationale a bien vocation à protéger les systèmes nationaux, elle peut s'avérer très relative, et sa valeur juridique, bien que existante, est encore loin d'être évidente. Elle est au moins plus importante que celle du principe d'autonomie, que l'identité vient en partie aider, mais la Cour de Justice ne semble pas décidée à lui donner une portée particulière. Pourtant, le rejet du **Traité établissant une Constitution pour l'Europe**, auquel la clause d'identité a survécu, contrairement à la consécration de la primauté, devrait amener Luxembourg à changer son paradigme, en ce que les référendums français et hollandais, ont montré que l'Union ne profitait pas de l'appui démocratique nécessaire pour surmonter les États⁹².

Chapitre 2. L'Identité constitutionnelle

Pour commencer, ce chapitre va distinguer l'identité constitutionnelle de l'identité nationale, sur le champ d'application et la portée juridique (**I et II**). Dans un troisième temps, nous insisterons sur le fonctionnement de la protection, en prenant l'exemple de la Cour constitutionnelle allemande (**III**). À l'occasion, il conviendra de souligner qu'on imagine difficilement la Cour de justice s'inscrire dans un vrai dialogue avec la juridiction constitutionnelle d'un État membre, lorsqu'il est question de la primauté et de la validité des règles de l'Union.

I) Contenu. Commençons par souligner que, à l'instar de la relation entre l'autonomie et l'identité nationale, l'identité constitutionnelle est plus **précise** que l'identité nationale, de sorte que le concept constitutionnel de l'identité ne peut pas entièrement recouvrir l'identité inhérente aux « *structures*

90 *Ibidem*, p. 473 et 474.

91 La clause d'identité était ainsi établie par l'article F du Traité de Maastricht « *L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques* ».

92 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 92.

fondamentales politiques et constitutionnelles ». En effet, l'identité constitutionnelle est seulement comprise dans l'identité nationale, il ne s'agit pas de synonymes. Pour s'en convaincre, remarquons que l'identité nationale d'un pays ne dépend pas uniquement des institutions et de la Constitution, ce qui explique que la notion puisse protéger des éléments d'ordre culturel, ou qui ne bénéficient pas nécessairement d'une disposition constitutionnelle⁹³.

Ensuite, il ne faut pas imaginer que l'identité constitutionnelle est plus souvent utilisée que l'identité nationale, au motif que la première ne dépend pas de la jurisprudence européenne⁹⁴. Effectivement, notre aperçu des controverses concernant les administrations indépendantes, montre que la justice constitutionnelle peut s'avérer ouverte à la construction européenne. Bien que la Cour suprême belge soit connue pour l'être davantage que ses homologues français et allemand, il reste que les différends entre les juridictions constitutionnelles et Luxembourg, se révèlent moins catégoriques que les opinions de certains auteurs sur les arrêts de la Cour de Justice. En droit constitutionnel belge, le professeur Yves Poulet s'est ainsi rangé du côté du professeur Pâques dans le débat sur la constitutionnalité des autorités administratives indépendantes, en plus de dénoncer la jurisprudence *Fratelli Costanzo*⁹⁵, dont la méthodologie suscite également l'étonnement des spécialistes du droit administratif, comme le professeur Patrick Goffaux⁹⁶. Pourtant, la Cour constitutionnelle belge n'a pas manifesté d'oppositions aux arrêts que la haute juridiction européenne a prononcés sur chacune de ces thématiques.

L'identité constitutionnelle est en fait un outil que les juges constitutionnels n'utilisent qu'en **dernier recours**, pour protéger l'intégrité des éléments essentiels de leur Constitution⁹⁷. Bénéficier d'une reconnaissance constitutionnelle est donc une condition nécessaire pour obtenir la protection de l'identité constitutionnelle, mais ce n'est pas suffisant. Ce sont seulement les dispositions les plus importantes d'une constitution qui forment l'identité de l'État. La doctrine s'est même demandée si l'identité constitutionnelle devait juste reposer sur des règles échappant au risque d'être réformées constitutionnellement⁹⁸. Aujourd'hui, il faut répondre par la négative, car cette limitation réduirait la protection à des situations très rares, voire inexistantes. En effet, tous les pays n'ont pas une clause d'éternité à l'allemande. Notons que d'après le Conseil constitutionnel français, le droit européen

93 S. MARTIN, *op. cit.*, p. 25.

94 M. LOUGHLIN, « The erosion of sovereignty », *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2016, p. 76.

95 Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 132 et 392.

96 P. GOFFAUX, E. SLAUTSKY, J. SOHIER, *op. cit.*, p. 803.

97 S. MARTIN, *op. cit.*, p. 26 et 29.

98 *Ibidem*, p. 21.

« ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »⁹⁹.

II) Portée. Qualitativement, le contenu de l'identité constitutionnelle se démarque par le fait que dans une Constitution, elle ne se limite pas aux aspects organiques. En Allemagne, outre la structure fédérale et les Länder, l'identité repose sur une série de compétences dont le transfert est impossible, sous peine de porter atteinte à un principe de démocratie, qui doit permettre aux citoyens allemands de continuer d'influencer la conduite des affaires publiques par leur vote, ce qui serait impossible sans que les représentants de la nation allemande conservent des **fonctions essentielles**, comme la définition des infractions pénales, le monopole de la force publique, les décisions sur les recettes et les dépenses publiques et le droit familial¹⁰⁰. L'identité constitutionnelle est ainsi liée au **principe d'attribution** et à la **primauté du droit européen**. En plus, la protection concerne l'application des actes dérivés et la modification des traités¹⁰¹.

Concrètement, le contact avec les normes européennes se fait, en premier lieu, à l'occasion de leur **réception dans l'ordre interne**. En effet, c'est d'abord lors du contrôle des lois d'assentiment aux traités ou de transposition des directives, que les juges constitutionnels ont l'occasion de connaître des dispositions européennes vouées à intégrer leur système juridique. Sur ces lois, la conséquence logique de l'autonomie et de l'identité nationale, n'offre pas d'immunité quant aux procédures et aux règles de compétences internes¹⁰². En revanche, elles profitent d'une immunité avec le contrôle de constitutionnalité concernant les autres règles d'une constitution, exceptées celles formant l'identité fondamentale de l'État. Ainsi, dans son contrôle des actes législatifs de transposition, le Conseil constitutionnel français vérifie le respect des normes constitutionnelles qui sont indépendantes de la politique européenne, comme la séparation des domaines de compétences respectifs du Parlement et de l'exécutif¹⁰³. Mais sur le fond, le Conseil estime « En l'absence de mise en cause [d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France], le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou

99 *Ibidem*, p. 22 ; Cons. const., n° 2006-540, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information*, 27 juillet 2006.

100 S. PEREZ, *Les États membres de l'Union européenne : adéquation et résistance*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 638 et 639 ; BVerfG 89, 155, *Maastricht Treaty*, 12 octobre 1993 ; BVerfG 123, 267, *Lisbon Treaty*, 30 juin 2009 ; Sur la jurisprudence concernant les droits fondamentaux, Voy. p. 33.

101 S. MARTIN, *op. cit.*, p. 21.

102 J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *op. cit.*, p. 897.

103 E. DEBOUT, *op. cit.*, p. 242 et 243.

des dispositions d'un règlement de l'Union européenne »¹⁰⁴. Néanmoins, il faut dire que toutes les règles européennes ne sont pas secondées d'une loi d'assentiment ou de transposition, ce qui ne les empêche pas de pouvoir être impliqués dans les éléments d'un dossier ouvert devant la juridiction constitutionnelle d'un État membre. Dès lors que celle-ci accepte, dans certaines circonstances, de contrôler le fond d'un acte législatif répétant le droit européen, un acte européen devrait donc lui-même pouvoir être évalué à l'égard de l'identité constitutionnelle de l'État concerné. Mais une question demeure, si les actes européens sont accompagnés d'actes internes qui ne ressortent pas de la compétence d'une juridiction constitutionnelle, comme des actes administratifs. Dans ces cas, d'autres juridictions pourraient-elles contrôler la constitutionnalité de la mesure dans laquelle ces actes se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises du droit de l'Union ? Pour autant qu'il s'agisse d'une autre juridiction suprême, ceci paraît possible dans des pays tels que la France, où le Conseil d'État applique, dans son contrôle des décisions administratives d'exécution du droit européen, un régime similaire à celui dessiné par le Conseil constitutionnel, s'agissant des actes législatifs recevant des règles européennes¹⁰⁵. De l'autre côté du Rhin, la Cour de Karlsruhe estime que la compétence de refuser l'application du droit européen lui revient entièrement, et qu'un recours spécifique devrait d'ailleurs être prévu devant elle, afin de garantir le respect de l'identité constitutionnelle¹⁰⁶.

En Belgique, c'est à l'occasion d'un recours en annulation contre la loi d'assentiment au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, mieux connu par l'abréviation TSCG, que la Cour constitutionnelle semble avoir rejoint ses homologues français et allemand, en avertissant, implicitement, qu'elle pourrait refuser l'application de règles européennes « *l'article 34 de la Constitution ne peut être réputé conférer un blanc-seing généralisé, ni au législateur, lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées, lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées. L'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles (...)* »¹⁰⁷. Malgré cette opinion, la Cour n'a pas censuré l'acceptation du traité en droit belge, elle a rejeté le recours pour défaut d'intérêt. La menace n'a donc pas dépassé l'encre et le papier, mais encore fallait-il qu'elle existe. La raison de cette évolution est un risque d'atteinte globale à la souveraineté budgétaire du parlement belge, dans la mesure où le Traité donne certaines compétences à la Commission et la Cour de justice pour

104 *Ibidem*, p. 243 ; Cons. const., n° 2021-940, *Société Air France*, 15 octobre 2021.

105 J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *op. cit.*, p. 897 et 898.

106 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 1036 ; BVerfG, *précité*, 30 juin 2009.

107 C.C., 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.7, 2^e partie.

se prononcer sur les politiques publiques des États, lorsque leurs finances publiques ne respectent pas la règle d'équilibre budgétaire¹⁰⁸.

Cet arrêt du 28 avril 2016 retient l'attention à plusieurs égards. D'abord, on observe que même une juridiction suprême très ouverte à la construction européenne peut avoir ses limites, étant donné que cette jurisprudence refuse d'utiliser l'article 34 de la Constitution pour négliger d'autres règles constitutionnelles sans distinction, ce qui nuance la portée de notre analyse de son arrêt du 18 novembre 2010. Ensuite, on peut y voir une condamnation d'un arrêt du Conseil d'État belge qui, en dépit d'une position prudente sur la constitutionnalité des autorités administratives indépendantes – la section de législation du Conseil ayant exprimé des doutes avant que la Cour constitutionnelle soit saisie – avait tranché, en tant que section du contentieux administratif, en faveur d'une portée indéterminée de la primauté européenne sur la Constitution « *Considérant que l'article 34 de la Constitution permet que l'exercice de pouvoirs déterminés soit attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public ; que bien que cette disposition soit postérieure à l'adoption du Traité de Rome, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, elle fournit un fondement constitutionnel aux mécanismes institutionnels que ce Traité a instaurés notamment en vue d'assurer son interprétation uniforme dans l'ensemble des pays membres de l'Union européenne ; que cet article ne détermine nullement les pouvoirs qui peuvent être attribués, et ne les limite donc nullement* »¹⁰⁹. Par son arrêt n°62/2016, le juge constitutionnel s'est ainsi adressé aux institutions nationales, y compris juridictionnelles. Dès lors, l'identité constitutionnelle ne vise pas uniquement les institutions européennes, l'ordre constitutionnel s'imposant également aux pouvoirs politiques nationaux, dont le Parlement. Néanmoins, on ne peut ignorer la façon dont ce juge s'est aligné sur d'autres juges suprêmes européens. Celui-ci n'a pas entendu s'écarter du droit primaire dans les termes de son arrêt, lesquels font directement référence à l'article 4.2 du Traité sur l'UE. La Cour de justice ayant le monopole de l'interprétation des traités européens, cette formalisation de l'identité constitutionnelle peut souligner que la Cour suprême belge souhaite s'inscrire dans un vrai dialogue avec Luxembourg¹¹⁰.

III) Fonctionnement. Les autres juridictions constitutionnelles européennes ne sont toutefois pas fermées à la discussion. Plusieurs raisons l'expliquent. Premièrement, les juges dont les décisions ne

108 *Idem*, B.8.7, 1^{ère} partie ; Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, fait à Bruxelles le 2 mars 2012, art. 3 et 8.

109 C.E., 5 novembre 1996, n° 62.922, *Orfinger*.

110 L. VERVIER, *Identité nationale et primauté du droit communautaire : La Cour constitutionnelle belge suit-elle ses sœurs européennes ?* Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, Université de Liège, 2018. Prom. M. WATHELET, p. 60.

sont pas susceptibles de recours, ont une obligation d'interroger la Cour de Justice, en particulier, s'il s'agit de contester la validité du droit européen. Deuxièmement, l'identité constitutionnelle se recoupant avec l'identité nationale, mentionnée à l'article 4.2 du Traité sur l'UE, le dessin de cette notion devrait relever de la Cour de Justice, laquelle dispose du monopole de l'interprétation des traités. De plus, à défaut de saisir Luxembourg en ce sens, la Cour EDH, sur pied du droit d'accès au juge, demande aux juridictions suprêmes de suffisamment motiver l'absence de renvoi préjudiciel¹¹¹. Mais au-delà de ces contraintes, les notions d'identité nationale et d'identité constitutionnelle sont, en effet, étroitement liées, malgré plusieurs nuances. En conséquence, la Cour de Justice est tenue d'écouter ce que les juges constitutionnels ont à dire des caractéristiques de l'identité de leur État, sur lesquelles la justice européenne peut seulement se prononcer dans le cadre d'un concept abstrait, qui ne peut permettre à l'Union de juger le droit interne¹¹².

Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande (2020). Avant d'activer son contrôle, la plus haute juridiction allemande soutient qu'elle doit demander à la Cour de justice de se prononcer. Ce n'est que si celle-ci rend une position avec une motivation insuffisante ou incompréhensible, que la juridiction suprême allemande se réserve la possibilité de sanctionner, dans le chef des institutions européennes, un dépassement évident de compétences, ou une atteinte à l'identité constitutionnelle de l'Allemagne¹¹³. L'exception *ultra vires* est aussi liée à la souveraineté du Parlement allemand et au principe de démocratie, le fait pour l'Union de s'approprier des compétences non transférées revenant à s'ingérer sur le domaine normatif des représentants de la nation allemande. Cela étant, il reste que la motivation d'une juridiction constitutionnelle refusant d'appliquer le droit de l'Union ne fait aucune différence pour la Cour de Justice, qui garde ses précautions. En effet, comme rappelé dans l'arrêt *Randstad Italia*, l'arrêt d'un juge suprême allant à l'encontre du droit européen, peut non seulement engager la responsabilité de l'État membre de ce juge, mais aussi aboutir à une procédure en manquement, dans le cas où la jurisprudence constitutionnelle n'est pas ignorée dans l'ordre interne. Néanmoins, la Cour de Karlsruhe a tenté d'appliquer sa méthodologie, dans le contexte d'un nouveau programme visant à racheter des obligations publiques. Après l'introduction de recours constitutionnels concernant le **programme de rachat de titres dans le secteur public (PSPP)**, le juge suprême d'Allemagne s'est adressé une nouvelle fois à Luxembourg, avant de lui-même se prononcer sur la validité des choix de la Banque centrale européenne. Bien que l'explication de Luxembourg fut sensiblement la même que dans sa décision de 2015, notamment à propos de la

111 E. DEBOUT, *op. cit.*, p. 229.

112 S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 607 et 617.

113 M. DONY et C. BRIÈRE, *Droit de l'Union européenne*, 8^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université Libre de Bruxelles, 2022, p. 315 ; BverfG 126, 286, *Honeywell*, 6 juillet 2010.

nature du contrôle juridictionnel dont l'action de l'institution bancaire européenne doit faire l'objet, lequel se limite à sanctionner le caractère manifestement disproportionné de cette action (*supra*), son arrêt de 2017 fût, sur ce point, moins bien reçu par Karlsruhe¹¹⁴. Effectivement, la Cour suprême allemande a estimé qu'un tel contrôle se révèle largement insuffisant en l'espèce, contenu des effets économiques significatifs du programme PSPP, lesquels le rendrait beaucoup plus assimilable à la politique économique qu'à la politique monétaire. Du fait de la carence du contrôle européen de la politique monétaire, la mesure dans laquelle celle-ci déborde sur la politique économique des États membres, reviendrait à porter une atteinte grave au principe d'attribution, et donc à la souveraineté budgétaire du Parlement allemand¹¹⁵. En conséquence, la Cour constitutionnelle a jugé que l'arrêt de la Cour de Justice était arbitraire, de sorte qu'il devait être considéré sans effet. Quant à la Banque centrale européenne, les magistrats supérieurs allemands lui ont donné un délai de trois mois pour mieux justifier son action. Après cet arrêt du 5 juin 2020, la Commission européenne a fait pression sur l'Allemagne, en entamant une procédure en manquement. Celle-ci ayant été classée sans suite, il faut croire que le prototype d'un contrôle de constitutionnalité des règles européennes n'en a pas eu davantage¹¹⁶.

Malgré les enjeux économiques majeurs dans lesquels s'inscrit cette affaire, et qui ont probablement été plus décisifs que les questions juridiques, on ne peut pas dire que la jurisprudence européenne était dénuée de toute logique. Effectivement, bien que le rapprochement entre la proportionnalité et l'attribution soit un argument valable, étant donné l'intense liaison entre les politiques en cause, on peut tout aussi bien le reformuler pour soutenir l'action de Francfort, puisque, encore une fois, la politique monétaire est étroitement liée à la politique économique. De plus, le contrôle manifeste de l'action de la BCE est identique à celui exercé vis-à-vis de l'action d'autres institutions européennes lorsqu'elles disposent d'une marge d'appréciation, de sorte que la Cour de Justice ne pourrait se voir reprocher d'être moins exigeante avec Francfort, d'autant que son domaine d'action est complexe et dynamique¹¹⁷.

Position de la Cour de justice. Nonobstant les moyens de l'arrêt ci-dessus, Luxembourg n'est pas disposé à questionner la primauté du droit de l'Union, en tout cas, pas sur le fond (*supra*). La Cour de Justice a une part de responsabilité dans l'affirmation des juges constitutionnels. Relevons par exemple que dans le domaine des **droits fondamentaux**, la Cour de Justice avait, en 2013,

114 C.J., *Heinrich Weiss*, 11 décembre 2018, C-493/17, pt. 61.

115 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 1046 et 1047 ; BverfG 154, 17, *PSPP*, 5 mai 2020.

116 M. DONY et C. BRIÈRE, *op. cit.*, p. 316.

117 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 1047 et 1048.

répété « *qu'en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union, le fait pour un État membre d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union* »¹¹⁸, s'arrogeant ainsi le pouvoir de limiter la portée des libertés constitutionnelles, qui ne pourraient être interprétés pour permettre aux États membres d'adopter des standards nationaux entravant ceux de la Charte ou la primauté du droit européen¹¹⁹. Dans son arrêt d'avril 2016, c'est d'ailleurs en répondant à l'arrêt *Melloni*, que la Cour Constitutionnelle belge ne s'est pas simplement limitée à citer l'article 4.2 du TUE « *L'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte (supra) ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit* »¹²⁰. Ceci peut signifier que le juge constitutionnel belge est moins prêt à discuter des libertés fondamentales du peuple belge, que d'autres éléments formant l'identité belge. L'arrêt *Melloni* est d'autant moins anecdotique, que c'est en matière de droits fondamentaux, que la Cour constitutionnelle allemande a, pour la première fois, parlé de l'identité constitutionnelle. En effet, dans son arrêt *Solange I*, la juridiction suprême d'Allemagne s'est trouvée compétente pour contrôler les actes de l'Union européenne au titre des libertés consacrées dans la Loi fondamentale allemande, tant que le droit de l'Union ne permet pas d'assurer une protection équivalente des droits fondamentaux. C'est après les évolutions du droit et de la jurisprudence de l'Union en la matière, que la Cour constitutionnelle allemande a décidé, dans son arrêt *Solange II*, qu'elle n'exercera plus un contrôle vis-à-vis des libertés de la Loi fondamentale, tant que la Cour de justice garantit une protection équivalente¹²¹.

Par ailleurs, la rigidité de la Cour de justice concernant la position des juges constitutionnels, ne peut échapper à la critique, quand on sait qu'elle défend l'intangibilité des bases de l'ordre juridique européen devant le **droit international**, à commencer par les droits fondamentaux « *les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux* »¹²². En l'espèce, la haute juridiction a rejeté des arrêts du Tribunal de première instance, qui ne s'est pas estimé compétent pour contrôler un règlement mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unis. La doctrine

118 C.J., *Melloni*, 26 février 2013, C-399/11, pt. 59.

119 S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 561 et 562.

120 C.C., *précité*, 28 avril 2016, B.8.7. ; G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 103 et 104.

121 C. BLUMAN, *op. cit.*, p. 1033 et 1034 ; BverfG 37, 271, *Solange I*, 29 mai 1974 ; BVerfG 73, 339, *Solange II*, 22 octobre 1986.

122 C.J., *Kadi et Al Barakaat International Foundation*, 3 septembre 2008, C-402/05 et C-415/05, pt. 285.

n'a pas manqué de souligner une certaine hypocrisie¹²³, et la Cour constitutionnelle allemande a ainsi pu tirer argument du comportement de la Cour de justice pour appuyer sa propre jurisprudence « *The Court of Justice has thus, in a borderline case, placed the assertion of its own identity as a legal community above the commitment that it otherwise respects* »¹²⁴.

Luxembourg n'est donc pas exempt de reproches. Parmi ceux-ci, le plus grave est que la justice de l'Union ne tient pas suffisamment compte de l'identité nationale, en dépit des leçons qui devraient être tirées du rejet démocratique du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (*supra*). Or, l'identité nationale comprend l'identité constitutionnelle, qui comprend l'État de droit. Le fait que la Cour de Justice ne prête pas assez d'attention à l'identité des États membres, peut donc constituer un risque pour l'État de droit, en ce que la perturbation des « *structures fondamentales politiques et constitutionnelles* », peut aboutir à des déséquilibres dans la répartition des pouvoirs. Nous l'avons déjà constaté à propos de l'arrêt *Fratelli Costanzo* et du phénomène de la prépondérance du pouvoir exécutif (*supra*). Avec le droit européen, les gouvernements nationaux et l'administration interne peuvent s'affranchir des limites légales et constitutionnelles de leur action. La politique n'est ainsi plus réellement soumise au respect du droit, et c'est au moins pour cela que les juges suprêmes doivent avoir la faculté de rétablir l'identité constitutionnelle de leur État, parce qu'il est question de l'**État de droit**.

Chapitre 3. Comment obtenir un véritable dialogue ?

Après avoir souligné l'inaptitude du système à assurer l'intégrité des identités constitutionnelles des États (I), nous proposerons de mettre en place un nouveau type de dialogue entre les juridictions constitutionnelles et la Cour de Justice, basé sur un meilleur encadrement dans les traités européens (II). Pour donner un aperçu des résultats que cette solution pourrait donner, on s'intéressera à ceux de l'organisation des interactions entre Luxembourg et Strasbourg par la CDFUE, à l'occasion d'une analyse des affaires *Matthews* et *Bosphorus* (III). Avant de conclure, nous ferons une parenthèse sur le rôle des parlements nationaux dans le droit de l'Union (IV).

I) Système actuel. Afin de respecter l'État de droit et la démocratie, l'observation de l'identité constitutionnelle est essentielle (*supra*), ce qui justifie qu'une méthode contraignante soit mise en

123 F. J. MENA PARRAS, « Retour sur Kadi : de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies », *Cahiers de Droit Européen*, 2021, p. 721.

124 Voy. BVerfG, *précité*, 30 juin 2009.

place pour l'assurer. À cet égard, on peut douter que la situation actuelle soit adéquate. D'une part, les sanctions européennes dont l'application des menaces des juges constitutionnels fait l'objet, sont souvent efficaces, et régulièrement employées, de sorte que ces menaces manquent de crédibilité, et que le dialogue avec Luxembourg ne semble pas équilibré. D'autre part, les conséquences de ces menaces n'en sont pas moins graves théoriquement, car si la jurisprudence allemande devenait un précédent pour d'autres juridictions suprêmes, l'Union européenne n'existerait plus¹²⁵. Ainsi, même si on peut trouver problématique que les sanctions rendent la menace de l'utilisation d'une identité constitutionnelle peu déterminante, il n'en serait pas autant dès l'instant où plusieurs juridictions suprêmes parviendraient à imposer l'identité de leur État.

II) Formaliser le dialogue. La relation essentiellement informelle que la Cour de justice a avec les juges suprêmes nationaux, à travers le renvoi préjudiciel, ne peut aboutir qu'à deux extrêmes, à savoir, le dépeçage progressif, mais significatif, des identités constitutionnelles, ou l'effondrement brutal du droit européen. Dès lors, il paraît préférable d'encadrer les rapports entre ces juridictions, de façon plus ou moins importante, afin que le dialogue devienne vraiment fructueux, et de manière à ce qu'il puisse aboutir à des solutions qui ne profitent pas uniquement à l'un ou l'autre pôle jurisprudentiel. L'encadrement peut aller de l'introduction de nouvelles dispositions dans les traités européens, à la mise en place d'une nouvelle institution. Au vu du nombre d'acteurs et des situations, relativement fréquentes, où les principes de l'Union peuvent se confronter à l'identité d'un État, la deuxième option paraît plus pertinente. Après modification des traités et du protocole sur la Cour de Justice, on pourrait, par exemple, instituer une chambre spéciale sur ces questions¹²⁶. Lorsqu'une juridiction constitutionnelle constate, au stade de la recevabilité d'une procédure introduite devant elle, la présence d'une telle question, trois magistrats devraient se retirer du siège, pour connaître, avec trois juges européens n'ayant pas contribué à la réponse que la Cour de Justice donnerait au renvoi de la juridiction constitutionnelle, des remarques que cette juridiction ferait à la réponse de Luxembourg. Afin d'assurer une majorité, un quatrième juge européen pourrait être nommé par les juges nationaux de la Chambre, parmi les juges européens qui n'ont pas été impliqués dans l'arrêt de la Cour de Justice, à l'exclusion des trois juges européens de la Chambre et de celui de la nationalité de l'État dont l'identité est discutée. Pour permettre l'impartialité du siège, la Cour de Justice devrait éviter, sur les questions qui y seraient traitées, de statuer en formation plénière. Dans le cas d'une potentielle atteinte à l'identité d'un État par une règle européenne, la juridiction suprême de cet État

125 P. KARSTEDT, « Droit de l'Union et droit des Etats membres : la lutte pour avoir le dernier mot », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2020, p. 279.

126 Deux professeurs d'université ont proposé une solution similaire, après un diagnostic également proche du nôtre sur la situation actuelle. Voy., D. SARMIENTO et J. WEILER, « The EU Judiciary After Weiss : Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice », disponible sur <https://verfassungsblog.de>, 2 juin 2020.

pourrait ainsi s'adresser à une chambre exceptionnelle, qui permettrait de combiner les sensibilités de la justice constitutionnelle, avec celle de la justice européenne. Si cette proposition peut sembler optimiste, nous aimerions faire remarquer que l'organisation des relations entre les jurisprudences de Luxembourg et de Strasbourg, par la **Charte des droits fondamentaux de l'Union**, produit des résultats intéressants.

III) Affaires *Matthews* (1999) et *Bosphorus* (2015). Le 18 février 1999, la Cour européenne des droits de l'homme s'est déclarée compétente pour contrôler le droit primaire au titre des droits fondamentaux, en rejetant la responsabilité d'une violation de la Convention EDH par l'Union européenne sur tous les États membres de l'Union¹²⁷. L'explication est que ceux-ci ne peuvent pas contourner leurs engagements auprès du Conseil de l'Europe, en transférant des compétences à une organisation tierce à la Convention EDH. En ce qui concerne le droit dérivé, lequel peut faire l'objet de procédures devant la Cour de Justice, Strasbourg se déclare compétente à titre subsidiaire¹²⁸. Cela implique que d'une part, la Cour de Justice doit avoir l'occasion de se prononcer à propos d'un acte de l'Union, ce qui explique l'importance que la Cour EDH donne au renvoi préjudiciel (*supra*). D'autre part, que la Cour ne rejette pas la responsabilité de l'Union sur les États, aussi longtemps que Luxembourg assure un contrôle équivalent du respect des droits fondamentaux par l'Union européenne. Ceci rappelle l'arrêt *Solange II*, d'autant que Strasbourg applique une présomption d'équivalence entre les droits fondamentaux dans le droit de l'Union et les libertés de la Convention EDH, qui peut être renversée en cas d'insuffisance manifeste de la protection garantie par la Cour de Justice¹²⁹. Cette jurisprudence amènera les États à préférer une responsabilité directe de l'Union avec la Convention, d'où l'injonction des traités de préparer son adhésion¹³⁰. Le premier projet fut vivement critiqué par la Cour de justice et l'ordre du TUE est encore lettre morte, malgré la récente reprise des travaux¹³¹. Il reste que l'article 52.3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui organise les rapports entre celle-ci et la Convention EDH, a rapproché les jurisprudences des deux hautes juridictions. En effet, en raison de la correspondance entre certains droits dans la CDFUE et dans la Convention EDH, un mécanisme a été mis en place pour éviter les divergences. Au départ, le mécanisme n'a pas été ouvertement accueilli par la Cour de justice, mais elle le respecte plus formellement aujourd'hui. Ainsi, dans l'arrêt *Deutsche Bahn e.a. c. Commission*, du 18 juin 2015, la

127 S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 492 ; Cour eur. D.H., *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, pt. 33.

128 *Ibidem*, p. 493 ; *Idem*, pt. 33.

129 *Ibidem*, p. 494 ; Cour eur. D.H., *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2015, pts. 155 et 156.

130 *Ibidem*, p. 495 ; TUE, art. 6.2.

131 Avis 2/13 de la Cour de justice du 18 décembre 2014 relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH ; R. TINIÈRE et C. VIAL, *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 269.

Cour de justice observe la correspondance entre la Convention et la Charte, sans citer l'article 52.3 de la Charte¹³², alors que dans la décision du 26 décembre 2018, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, elle dit, en son point 31 « dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH (...) La Cour doit veiller à ce que l'interprétation qu'elle effectue de l'article 47, premier alinéa, de la Charte assure un niveau de protection qui ne méconnaît pas celui garanti à l'article 13 de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme »¹³³. De ce fait, le droit européen des libertés s'est renforcé. D'abord, il est plus cohérent. Ensuite, l'unité des hautes juridictions européennes se révèle dans les moyens dont elles disposent dans le cadre de leurs fonctions. En particulier, la jurisprudence strasbourgeoise, profite d'avantages non négligeables, avec la large palette des modes de saisie dont la jurisprudence luxembourgeoise lui fait bénéficier par son intermédiaire. Dans l'hypothèse d'une violation, la Cour EDH bénéficie notamment, dans ces conditions, de la jurisprudence *Francovich* et du concours de la Commission européenne.

IV) Quid des parlements nationaux ? Étant donné qu'ils sont aussi essentiels à la protection de la démocratie et de l'État de droit, peut-être que la réforme du droit primaire devrait commencer par accorder une réelle responsabilité aux parlements internes. Actuellement, les parlements nationaux ne peuvent s'opposer à l'action du législateur européen, que s'ils représentent le tiers ou la majorité d'entre eux¹³⁴. Mais quel que soit leur nombre, ils ne peuvent pas interrompre le processus législatif, il s'agit de le suspendre. Par ailleurs, l'opposition est limitée au respect du principe de subsidiarité. D'après nous, cette opposition devrait donc permettre d'empêcher l'adoption d'un acte législatif, et puis surtout, il faudrait qu'elle concerne le principe d'attribution, afin que ces parlements puissent eux-mêmes se prémunir de la prépondérance de l'exécutif (*supra*).

Conclusion intermédiaire. La lutte du dernier mot doit être évitée pour garantir l'intégrité des États membres et de l'Union. C'est pourquoi, les liens entre les ordres nationaux et l'ordre européen devraient, peut-être, nous inciter à arrêter de rechercher le juge qui aurait le pouvoir de décider à l'exclusion d'un autre, afin de reconnaître une forme de pluralisme constitutionnel, qui permettrait d'assurer la cohérence du droit dans l'Union européenne, et l'unité de toutes les hautes juridictions qui en assurent le respect.

132 C.J., *Deutsche Bahn e.a. c. Commission*, 18 juin 2015, C-583/13, pts. 46 et 47.

133 R. TINIÈRE et C. VIAL, *op. cit.*, p. 259 et 263 ; C.J., *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 26 septembre 2018, C-180/17, pt. 31.

134 Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, art. 7.2 al. 1 et 7.3 al. 1.

CONCLUSION

Pour conclure, on peut se demander si, à l'instar du principe d'attribution, la consécration dans les traités du devoir, pour l'actuelle Union européenne, de respecter l'identité des États, ne serait pas un indice que, en réalité, cette identité aurait déjà commencé à être diminuée ? Il est clair que l'Union ne pourrait former un véritable État, son évolution reposant trop sur les gouvernements nationaux. Toutefois, l'Europe s'est à ce point développée, qu'on pourrait douter que les États membres soient encore de véritables États. En effet, le rapprochement des pays européens s'est opéré sur tellement d'aspects et de domaines, que la grande majorité d'entre eux ne pourrait choisir de quitter la famille européenne, sans des réformes longues et difficiles.

Seulement, les questions qui gravitent autour de l'identité des États membres, ne doivent pas faire oublier ce qu'il en est de l'identité européenne, laquelle est, en vertu de l'article 2 du Traité sur l'UE, au moins fondée sur le respect du droit. En cela, l'Europe représente le dénominateur de chacune des identités constitutionnelles défendues dans la communauté. Partant, la bataille pour l'État de droit doit être écartée des thématiques sur lesquelles l'Union européenne peut se voir reprocher de préjudicier l'identité des États membres. Cependant, ne peut-on pas considérer que la mesure dans laquelle l'Union s'est assurée de l'effet de son droit, au préjudice de l'identité des États, l'a conduit à ne pas respecter la structure des pouvoirs qu'impose l'État de droit ? Cette question témoigne de la place prise par l'Europe dans l'ordre interne. Quelle que soit sa réponse, la légitimité de l'Union doit être repensée. On sait qu'il y a plus d'une décennie, beaucoup d'européens s'étaient opposés à l'ambition constitutionnelle de l'Europe. Pourquoi aller plus loin, en n'ignorant pas que les français, et probablement d'autres peuples de l'Union, ne sont pas d'accord ? En sachant que cette partie de la population est, au moins sur le principe, soutenue par de nombreux juristes, dont des magistrats de haut niveau, on ne peut nier le bien fondé de cette position.

Ne pas tenir compte de ces considérations n'est pas non-plus en faveur de l'Europe. À force de tirer sur la corde, la parole de la Cour de justice et la portée du droit européen pourraient de plus en plus perdre de la valeur, et finir par ne plus être écoutées par les juridictions suprêmes nationales. Pour contenir, mais également pour maintenir la construction européenne, son principal moteur devrait donc cesser, dans les affaires qui impliquent les bases constitutionnelles d'un État, de fonctionner de façon autonome.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

I) Droit européen.

Convention européenne des droits de l'homme, art. 6 et 13.

Traité sur l'Union européenne, art. 2, 4, 5, 6, 7, 13, 19, 42 et 49.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 51, 62, 72, 122, 123, 125, 137, 276, 291 et 352.

Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, art. 7.

Chartes des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47 et 52.

Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, fait à Bruxelles le 2 mars 2012.

Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.*, 14 août 2009.

Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, *J.O.*, 22 décembre 2020.

II) Droit belge.

Constitution, art. 33, 34, 37 et 108.

III) Droit étranger.

Loi fondamentale allemande, art. 73.

2. Jurisprudence

I) Jurisprudence européenne.

Cour eur. D.H., *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999.

Cour eur. D.H., *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2015.

C.J., *Van Gend & Loos*, 5 février 1963, C-26/62.

C.J., *Costa c. Enel*, 15 juillet 1964, C-6/64.

C.J., *Simmenthal*, 9 mars 1978, C-106/77.

C.J., *Fratelli Costanzo*, 22 juin 1989, C-103/88.

C.J., *Francovich*, 19 novembre 1991, C-6/90.

C.J., *Brasserie du Pêcheur & The Queen*, 5 mars 1996, C-46/93 et C-48/93.

C.J., *Kadi et Al Barakaat International Foundation*, 3 septembre 2008, C-402/05 et C-415/05.

C.J., *Commission c. Allemagne*, 9 mars 2010, C-518/07.

C.J., *Melki & Abdeli*, 22 juin 2010, C-188/10.

C.J., *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, C-208/09.

C.J., *Pringle*, 27 novembre 2012, C-370/12.

C.J., *Melloni*, 26 février 2013, C-399/11.

C.J., *Akerberg Fransson*, 26 février 2013, C-617/10.

C.J., *Digibet et Albers*, 12 juin 2014, C-156/13.

C.J., *Peter Gauweiler*, 16 juin 2015, C-62/14.

C.J., *Deutsche Bahn e.a. c. Commission*, 18 juin 2015, C-583/13.

C.J., *Remondis*, 21 décembre 2016, C-51/15.

C.J., *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 26 septembre 2018, C-180/17.

C.J., *Heinrich Weiss*, 11 décembre 2018, C-493/17.

C.J., *Poplawski*, 24 juin 2019, C-573/17.

C.J., *Commission c. Pologne*, 5 novembre 2019, C-192/18.

C.J., *A.B. e.a.*, 2 mars 2021, C-824/18.

C.J., *Commission c. Pologne*, 15 juillet 2021, C-791/19.

C.J., *Randstad Italia SpA c. Umana*, 21 décembre 2021, C-497/20.

C.J., *Pologne c. Parlement et Conseil*, 16 février 2022, C-157/21.

II) Jurisprudence belge.

C.C., 18 novembre 2010, n° 130/2010.

C.C., 28 avril 2016, n° 62/2016.

C.E., 5 novembre 1996, n° 62.922, *Orfinger*.

III) Jurisprudence étrangère (Pologne, France et Allemagne).

Trybunał Konstytucyjny, K 32/09, *Treaty of Lisbon*, 24 novembre 2010.

Trybunał Konstytucyjny, K 3/21, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, 7 octobre 2021.

Cons. const., n° 2006-540, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information*, 27 juillet 2006.

Cons. const., n° 2010-605, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, 12 mai 2010.

Cons. const., n° 2021-940, *Société Air France*, 15 octobre 2021.

BverfG 37, 271, *Solange I*, 29 mai 1974.

BVerfG 73, 339, *Solange II*, 22 octobre 1986.

BVerfG 89, 155, *Maastricht Treaty*, 12 octobre 1993.

BVerfG 123, 267, *Lisbon Treaty*, 30 juin 2009.

BverfG 126, 286, *Honeywell*, 6 juillet 2010.

BverfG 154, 17, *PSPP*, 5 mai 2020.

3. Doctrine

AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014.

BLUMAN C. et DUBOIS. L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2019.

BLUMAN C., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2023.

DEBOUT E., *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2021.

DONY M. et BRIÈRE C., *Droit de l'Union européenne*, 8^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université Libre de Bruxelles, 2022.

GOFFAUX P., SLAUTSKY E., SOHIER J., *Les grands arrêts du droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2021.

- GUY I. et BLANQUET N., *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Paris, Sirey, 2012.
- JANS J. H., PRECHAL A. et WIDDERSHOVEN R. J. G. M., *Europeanisation of Public Law*, 2^e éd., Groningen, Europa Law Publishing, 2015.
- KARSTEDT P., « Droit de l'Union et droit des Etats membres : la lutte pour avoir le dernier mot », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2020.
- VERVIER L., *Identité nationale et primauté du droit communautaire : La Cour constitutionnelle belge suit-elle ses sœurs européennes ?* Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, Université de Liège, 2018. Prom. M. WATHELET.
- LEJEUNE Y., *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017.
- LOUGHLIN M., « The erosion of sovereignty », *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2016.
- MARTIN S., « L'Identité de l'État dans l'Union européenne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012.
- MBONGO P., HERVOUËT F., SANTULLI C. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Paris, Berger-Levrault, 2015.
- MENA PARRAS F. J., « Retour sur Kadi : de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies », *Cahiers de Droit Européen*, 2011.
- PÂQUES M., « décentralisation, régulation et contrôle démocratique. L'arrêt 130/2010 en question », *Liber amicorum M. Boes*, Bruges, Die Keure, 2011.
- PÂQUES M., « Chaire Francqui: Incertitude et pouvoir discrétionnaire », <https://www.youtube.com>, 24 mars 2020.
- PEREZ S., *Les États membres de l'Union européenne : adéquation et résistance*, Bruxelles, Bruylant, 2020.
- POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Le statut d'Etat membre de l'Union européenne : Quatorzièmes journées Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2018.
- ROSOUX G., *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021.
- ROSSI L. S., « La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TUE : relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2020.
- SARMIENTO D. et WEILER J., « The EU Judiciary After Weiss : Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice », <https://verfassungsblog.de>, 2 juin 2020.
- TINIÈRE R. et VIAL C., *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

VANDERBECK R., « Le retrait et le refus d'application de l'acte administratif unilatéral de portée individuelle contraire au droit européen », *Administration publique*, 2017.

VAN RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016.

4. Autres

Groupe de travail V « Compétences complémentaires » de la Convention européenne, Rapport du Président du Groupe de travail V « Compétences complémentaires » aux Membres de la Convention, CONV 375/1/02 – REV 1 – WG V 14, 4 novembre 2002.

KOKOTT J., concl., 8 mai 2008, C.J., *UGT - Rioja*, 11 septembre 2008, C-428/06 à C-434/06.

Avis 2/13 de la Cour de justice du 18 décembre 2014 relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH.

Commission de Venise, Liste des critères de l'État de droit, adoptée par la Commission de Venise à sa 106^e session plénière, (Venise, 11-12 mars 2016), Strasbourg, 2016.

Communication de la Commission européenne – Rule of Law Report, COM (2022) 500 final, 13 juillet 2022.

