



HAL
open science

De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? À propos du droit de l'Union entendu comme le droit commun des Etats membres

Rostane Mehdi, Estelle Brosset

► To cite this version:

Rostane Mehdi, Estelle Brosset. De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? À propos du droit de l'Union entendu comme le droit commun des Etats membres . B. Bonnet. Traité des rapports entre ordres juridiques, LGDJ, pp. 669-695, 2016. halshs-01448860

HAL Id: halshs-01448860

<https://shs.hal.science/halshs-01448860v1>

Submitted on 31 Jan 2017

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

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

De quoi le droit de l'Union est-il le nom ?

À propos du droit de l'Union entendu comme le droit commun des Etats membres

Rostane Mehdi

Professeur de droit public
Chaire Jean Monnet *ad personam*
Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires (CERIC) - DICE UMR 7318
Professeur au Collège d'Europe de Bruges
Directeur de Sciences Po Aix

Estelle Brosset

Maître de conférences HDR en droit public
Chaire Jean Monnet
Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires (CERIC) - DICE UMR 7318
Aix Marseille Université

De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? La question en ancienne, mais toujours aussi abyssale. Ne convient-il pas de partir de l'hypothèse qui nous est proposée par l'initiateur de cet ouvrage¹, celle qui consiste à entendre le droit de l'Union européenne comme le droit (commun ?) des Etats membres ?

La réponse n'est pas de celle qui s'impose avec une forme d'automaticité. Le droit, élément d'un univers socio-politique complexe, ne se laisse que rarement (pour ne pas dire jamais) capturer dans les rets d'une figuration binaire. Les modèles purs ne sont pas de ce monde là. Le droit de l'Union européenne n'échappe en rien à ce constat, bien au contraire. Marqué par un principe d'autonomie², il n'est pas pourtant « une monade isolée »³. Issu des droits nationaux dont il s'inspire fortement, il est également partie du droit international qui lui fournit certains de ses fondements et de ses techniques de fonctionnement. Il possède ainsi « un patrimoine génétique (...) enraciné dans le droit international (...) qui, par définition, perdure »⁴ et des organes issus d'une « nomogreffé »⁵ avec les droits nationaux. Ainsi, le droit de l'Union européenne n'est sans doute pas tout à fait un droit autonome ou un droit « de dépendance » ; il n'est pas non plus tout à fait un droit des Etats ni parfaitement un droit « venu de l'extérieur ». Sans doute, est-il concomitamment l'un et l'autre⁶.

La tentation est grande de solliciter ici la notion de commun et de droit commun afin de trouver le point de liaison entre ces deux modèles. Il faut dire que, dans le sillon du droit

¹ Auteur lui-même d'une remarquable contribution au débat, B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso éditions, 2013.

² Voir sur ce sujet, D. SIMON, Les fondements de l'autonomie du droit communautaire *in Droit international, droit communautaire : perspectives actuelles*, Pedone, 2000, p. 207.

³ P. REUTER, La CJCE et le droit international, *Mélanges Guggenheim*, Genève, IHEI, 1968, p. 670.

⁴ D. SIMON, Les fondements de l'autonomie du droit communautaire *in Droit international, droit communautaire : perspectives actuelles*, *op. cit.*, p. 228. Voir aussi J-L. GAUTRON ET L. GRARD, Le droit international dans la construction de l'Union européenne, *in Droit international, droit communautaire : perspectives actuelles*, *op. cit.*, p. 11.

⁵ L. DUBOIS, Introduction *in* Mélanges en hommage à L. DUBOIS *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, la Documentation française, Paris, 2000, p. 11.

⁶ Sur la question de la qualification du droit de l'Union comme droit des Etats voir : C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, 684 p. ; P. MABAKA, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Bruylant- Sakkoulas, 2006, 631 p. ; B. NABLI, *L'exercice des fonctions d'Etat membre de la Communauté européenne. Etude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire. Le cas français*, Paris, Dalloz, 2007, 669p.

international à propos duquel la notion a été très tôt employée⁷ et continue de l'être⁸, l'emploi des notions de « droit commun » ou de « commun » à propos du droit de l'Union est importante. La disparition du terme de « droit communautaire » dont les faux⁹ airs de famille avec cette notion sont pourtant patents ne supprime pas les occurrences. Citons l'article 1^{er} du traité CECA qui déjà énonçait: « Par le présent traité, les Hautes Parties Contractantes instituent entre elles une Communauté du Charbon et de l'Acier fondées sur un marché commun, des objectifs communs et des institutions communes ». Dans le traité actuel, les articles évoquant le « commun » sont également nombreux, depuis ceux relatifs au marché commun jusqu'à ceux consacrés aux stratégies, actions et position communes en matière de PESC en passant par les valeurs communes et les principes communs de protection des droits fondamentaux. La Cour s'est elle-même prêtée au jeu de la récurrence ayant par exemple qualifié la Communauté de « pouvoir public commun »¹⁰.

Il faut dire que la notion s'imbrique parfaitement à l'objectif même d'intégration qui sous tend la construction de l'Union européenne, celui « de rapprocher les Etats (...) jusqu'à les fondre en une unité englobante »¹¹. Certes, on a pu considérer que seuls les règlements ou encore les décisions pouvaient être considérés comme consacrant des « règles communes », tandis que les directives ne le feraient pas ; mais d'une façon fonctionnelle, quelque soit le type d'actes retenus, le processus d'harmonisation a pour vocation de construire un commun juridique, même si sa profondeur peut varier. D'ailleurs, en cas de politique commune, de son exercice, ces règles communes sont « incompatibles avec la liberté que les Etats membres pourraient se réserver », par exemple « en invoquant une compétence parallèle, afin de poursuivre la satisfaction de leurs intérêts propres (...) au risque de compromettre une défense efficace de l'intérêt global de la Communauté »¹² ou encore en appliquant « de manière incomplète ou sélective les dispositions d'un règlement de la Communauté, de manière à faire échec à certains éléments de la législation communautaire à l'égard desquels il aurait manifesté son opposition ou qu'il estimerait contraires à certains intérêts nationaux »¹³. Le principe de primauté tout autant que celui de coopération loyale entre les institutions et les Etats membres révèlent également cet objectif « prométhéen »¹⁴ de construire le commun. L'ensemble de cette construction juridique « repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque Etat membre partage avec tous les autres Etats membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE »¹⁵. Bref, « la notion de commun est consubstantielle

⁷ M. BOUMGHAR ET V. DURAND, *Les échelles du commun*, Larcier, 2013.

⁸ B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP* 1985, CNRS, 1988, p. 121 s., spéc.p. 124 (le droit coutumier international est parfois à la source d'« un véritable droit commun des nations »).

⁹ L'action commune des Etats membres ne pouvait pas en effet être confondue avec l'action communautaire, notamment dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune. Il n'empêche, la distinction n'est toujours simple : voir CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus*, Req. n° 45036/98.

¹⁰ Délibération 1/78 du 14 novembre 1978, *Rec.* p. 2151, spéc. pt 27.

¹¹ M. VIRALLY, Définition et classification des organisations internationales in G. ABI SAAB, *Le concept d'organisations internationales*, Paris, UNESCO, 1980, p. 55. P. Pescatore, L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans les Etats membres, *Mélanges P-H. Teitgen*, Pedone, 1984, p. 356.

¹² CJCE, 11 novembre 1975, *Arrangement concernant une norme pour les dépenses locales*, Avis 1/75, *Rec.*, 1355. Voir pour exemple, plus récemment : CJUE, 20 avril 2010, *Commission c/ Suède*, aff. C-246/07, *Rec.* p. I-3317. Dans l'arrêt, la Cour a considéré que les Etats membres, agissant dans un domaine de compétence partagée, pourraient être soumis à l'obligation de s'abstenir d'entreprendre une action individuelle sur le plan international.

¹³ CJCE, 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, 39/72, *Rec.*, 101. V. également CJCE, 29 novembre 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, *Rec.*, 2347 CJCE, 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, 39/72, *Rec.*, 101.

¹⁴ R. MEHDI, *Primauté du droit communautaire*, JurisClasseur Europe Traité, 03,2006, Fasc. 196, *Ordre juridique communautaire*, point 3.

¹⁵ CJUE, ass. plén., avis 2/13, 18 déc. 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, pt 168.

au droit de la Communauté européenne, chevillée à cette dernière »¹⁶. Il n'est dès lors pas surprenant de lire, il y a plus de deux décennies, que se formaient les linéaments d'un véritable « droit commun européen »¹⁷ et de relire, plus récemment que le droit de l'Union n'en a « pas encore fini avec la notion de commun »¹⁸.

Ainsi, le droit de l'Union européenne serait le nom du droit commun des/aux Etats membres. Une interrogation se profile immédiatement : une telle expression est-elle éclairante ? N'est-elle que l'autre nom du droit de l'Union sans rien y ajouter ou a-t-elle une vertu explicative ? Si l'on considère le droit de l'Union comme un droit commun -de façon « statique »- parce que, par nature, les Etats membres partagent des règles proches, alors, l'expression n'est pas très utile, elle rend uniquement possible un constat. En revanche, si l'on considère le droit de l'Union comme un droit commun du fait de l'action dynamique de rapprochement de règles dissemblables autour de règles partagées, alors l'expression permet effectivement de (re)penser le droit de l'Union européenne. Les vertus explicatives que l'on prête à cette expression qui a « résisté aux outrages du temps »¹⁹ tiennent certainement moins à sa complétude qu'à sa ductilité. Le droit commun désigne d'abord le droit qui a vocation à s'appliquer « partout et pour tous et pour tout »²⁰, « qui s'applique, qui appartient ou incombe à toutes les personnes ou à toutes les choses d'un ensemble considéré »²¹, bref le droit général, en opposition aux droits spéciaux. Le plus souvent, sous cette signification, l'expression n'est pas utilisée seule : le droit commun apparaît toujours comme « le droit commun de », plutôt que « le droit commun tout court »²². Mais, à chaque fois, « le droit commun fait figure de deuxième jambe dont chaque domaine du droit a besoin pour tenir debout. »²³. Parce que ce qui est commun désigne aussi ce qui est banal, ordinaire, courant, le droit commun peut également désigner un « droit accessible à tous » (par opposition au droit savant)²⁴. Enfin, d'un point de vue international, l'expression désigne le plus souvent le droit construit en commun par plusieurs Etats membres dans la perspective d'une convergence.

À propos du droit de l'Union européenne, la plasticité est certes moins importante. Il faut dire que la relation du droit de l'Union avec les droits nationaux n'est en aucune manière celle du droit commun avec les droits spéciaux sauf à vouloir faire primer le droit interne (« spécial ») sur le droit de l'Union (« commun ») ou à reconnaître une option entre les deux en contradiction complète avec ce qu'implique l'intégration²⁵. Elle n'est pourtant pas supprimée. Si le droit de l'Union peut en effet correspondre à l'idée d'un droit commun des Etats, les significations restent nombreuses. Le droit est-il commun car conçu en commun par les Etats ou l'est-il car valable d'une manière identique pour tous les Etats ? Ou s'agit-il d'un « (bon) temps perdu de la Communauté dont on serait, plus ou moins consciemment, à la

¹⁶ P.-Y. MONJAL, À la recherche d'une notion perdue : le « commun » in P.-Y. MONJAL ET E. NEFRAMI, *Le commun dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p. 7

¹⁷ B. OPPETIT, Retour à un droit commun européen in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 73 s., spéc. p. 81-82. V. aussi M.-F. RENOUX-ZAGAME, Le droit commun européen entre histoire et raison, *Droits* 1991, n° 14, p. 27 et s. Voir aussi J. RIVERO, Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 389 et s.

¹⁸ V. P.-Y. MONJAL ET E. NEFRAMI, « Avant-propos », in *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1 s., spéc. p. 1-2.

¹⁹ V. DURAND, Propos introductifs in M. BOUMAGHAR ET V. DURAND (Dir.), *Les échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 8.

²⁰ Le « commun » est en effet un terme tout à fait polysémique : il désigne ce qui appartient à plusieurs, voire à tous mais également ce qui est réalisé ensemble par un travail commun, soit ce « qui est propre ou incombe à un ensemble donné ».

²¹ N. BALLAT, *Essai sur le droit commun*, Thèse, Paris 2, 2014, p. 45.

²² *Ibidem*, p. 112.

²³ F. GRUA, Les divisions du droit, *RTD civ.* 1993, p. 59 s., n° 10

²⁴ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Ed. du Seuil, 1994.

²⁵ *Ibidem*, p. 90.

recherche»²⁶ ? Le droit est-il commun par un effet de domination ou par un effet de persuasion? Il semble que, et c'est l'intérêt de l'expression, toutes ces significations sont valables à l'endroit du droit de l'Union. Il se caractérise en effet, dans sa conception comme dans son exécution, par des phénomènes d'emprises successives assurant, selon les configurations, l'efficacité des disciplines communes ou, à l'inverse, la préservation des intérêts particuliers. En cela, le droit de l'Union est bien un droit commun entendu comme droit de la mitoyenneté dont la viabilité est garantie au long cours par sa capacité unique à absorber les chocs inhérents à un système polycentré tout en intériorisant la nécessité de prendre en considération, en tant que de besoin, les attentes de chacun. Dit autrement, l'Union européenne forme un espace de conflictualité assumée autant qu'encadrée en ce qu'il rend en principe impossible toute dérive et acceptant, au risque d'une rétraction du droit, que nécessité (nationale) puisse faire loi. Le droit de l'Union est comme le mur mitoyen, un droit tout à la fois intermédiaire, partagé, mais propre à chacun. Il ne peut se maintenir que grâce à une harmonie acceptable entre intérêt commun et intérêt singulier. Cet équilibre « spontané » ou « séquentiel » caractérise tant la conception du droit de l'Union que ses modalités d'application et d'exécution. Là, dans cette nécessaire oscillation, réside sans doute le commun. À l'hybridation entre le droit de l'Union et le droit des Etats membres (I) répond l'imprégnation du tissu juridique national par le droit de l'Union (II)

I- L'hybridation entre le droit de l'Union et le droit des Etats membres

L'hybridation ou le métissage²⁷ entre le droit de l'Union et les droits des Etats membres est intense bien avant le moment de l'exécution. Au stade même de la conception du droit de l'Union, le droit de l'Union entretient en effet avec les droits nationaux des rapports étroits. Dès ce stade, le droit de l'Union ne peut pas être considéré comme extérieur au droit national ; l'osmose est déjà constituée. Ce qui paraît important est de bien considérer la nature profondément multidirectionnelle de ces rapports. Le processus d'hybridation n'est pas en effet linéaire, « géométrique »²⁸, il est au contraire un processus varié et séquentiel. À la projection du droit des Etats membres dans le droit de l'Union s'ajoute la diffraction du droit de l'Union en droit des Etats membres. Dans les deux cas, le mouvement est pendulaire, la projection comme la diffraction, loin d'être continue, s'expriment d'une manière séquentielle.

A- La projection du droit des Etats membres dans le droit de l'Union

La projection du droit des Etats membres dans le droit de l'Union est une chose bien connue. Et pour cause, le droit de l'Union prend racine dans l'accord, le consentement des Etats, consentement qui est exprimé et recherché tout au long de la chaîne normative. Or, ces consentements initiaux puis répétés, combinés entre eux, emportent naturellement une projection des droits des Etats membres en droit de l'Union. Naturelle, la projection est pourtant « dirigée » par les particularités du consentement que les Etats membres à une œuvre d'intégration. L'hybridation est tout autant réalisée qu'amortie.

- 1- Une projection impliquée par l'impératif du consentement des Etats au projet européen

²⁶ G. SOULIER, Les notions de commun/communauté dans l'histoire in P-Y. MONJAL ET E. NEFRAMI, *Le commun dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p. 63.

²⁷ I. RADUCU ET N. LEVRAT, Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique), *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 113

²⁸ *Ibidem.*, p. 146.

La recherche – et l’expression – du consentement des Etats fondent le droit de l’Union. Les « racines constitutionnelles »²⁹ des traités de l’Union sont tellement connues qu’il ne paraît pas nécessaire d’y revenir. La consécration du droit de retrait dans le traité, à l’article 50 TUE, a d’ailleurs fait figure de piqûre de rappel. Le retrait est certes encadré par le traité, mais son caractère inconditionnel est avéré. « Le consentement est donc initial lors de l’adhésion, puis réputé continu jusqu’à l’exercice éventuel du droit de retrait. Il est également obligatoire en cas de révision puisque l’article 48 TUE exige le « commun accord » des Etats membres. Ainsi, l’Etat maîtrise pleinement son consentement au projet européen »³⁰. D’ailleurs, l’article 1^{er} du TUE prévoit que les Hautes Parties contractantes instituent entre elles une Union européenne « à laquelle les Etats membres attribuent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs ». « On ne saurait mieux dire que les objectifs de l’Union ne sauraient être rien d’autre que les objectifs des Etats »³¹. Que certains modèles juridiques nationaux aient influencé le contenu du droit primaire n’est dès lors guère surprenant. On se souvient de l’influence du droit français pour la détermination des règles de procédure et de fonctionnement de la juridiction ou les modalités d’organisation des voies de droit dans l’Union. Que certaines prescriptions du traité prévoient l’usage des droits nationaux ne l’est pas plus. L’article 6 § 3 TUE énonce ainsi que les droits fondamentaux érigés en tant que principes généraux seront ceux qui « résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », l’article 340 TFUE que la responsabilité non contractuelle de l’Union devra s’effectuer « conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres », l’article 52 §4 de la Charte que lorsque « les droits fondamentaux (...) résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec ces traditions ».

Initiale, la recherche du consentement est ensuite réitérée au moment de la formation du droit dérivé. La part de l’accord entre Etats dans les processus normatifs dans l’Union- au sein du Conseil des ministres, au sein du Conseil européen, ou, de manière plus discrète, mais tout aussi efficace au sein des différents comités de représentants des Etats membres- demeure absolument déterminante, parfois même quelque peu « obsédante »³². L’identification de l’intérêt commun au fondement du droit dérivé est ainsi toujours le fruit d’une transaction entre les intérêts étatiques dont la réalisation est rendue possible par un dispositif institutionnel idoine. D’ailleurs, lorsque ce n’est pas le cas, se développent des négociations directes entre Etats membres en marge du traité³³. « La persistance des relations diplomatiques entre Etats membres sur le territoire européen est attestée » et « le phénomène diplomatique intra-européen aurait même tendance à s’accroître »³⁴. Comme le souligne très justement L. Azoulai, « l’autorité de l’Union est une autorité relative, instituée, limitée » ; l’Union restant elle-même « dans une large mesure le produit et le cadre d’un échange de consentement unilatéraux »³⁵. À nouveau, la projection du droit des Etats membres dans le

²⁹ V. CONSTANTINESCO, Des racines et des ailes : Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel in *Mélanges en l’honneur de L. Dubouis*, Au carrefour des droits, Dalloz, 2002, p. 309 et s.

³⁰ P-E. LEHMANN, *Réflexions sur la nature de l’Union européenne à partir du respect de l’identité nationale des Etats membres*, thèse de doctorat, Université de Lorraine, 2013, p. 52.

³¹ A. RIGAUX, Derrière les rideaux de fumée du traité de Lisbonne : le « retour » des Etats ? in *La France, l’Europe et le Monde*, Mélanges en l’honneur de Jean Charpentier, Pedone, 2008, p. 458.

³² P. MANIN, La méthode communautaire, changement et permanence in *Mélanges en hommage de Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, T1, PUSS, 2005, p. 22

³³ Voir pour un exemple la signature de deux traités en 2012, le traité instituant le mécanisme européen de stabilité (par 17 Etats membres) et le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (par 25 Etats membres).

³⁴ L. AZOULAI, Appartenir à l’Union, liens institutions et liens de confiance dans les relations entre Etats membres in *Europe(s), Droit(s) européen(s), une passion d’universitaire*, Liber Amicorum en l’honneur du Professeur Vlad Constantinesco, Bruylant, 2015, p. 25

³⁵ L. AZOULAI, Les fondements de l’autorité de l’Union in L. AZOULAI ET L. BURGORGUE-LARSEN (Dir.), *L’autorité de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 280 p., p. 13.

droit dérivé de l'Union en découle quasi-mécaniquement. Par exemple, la préparation d'une directive visant au rapprochement des législations des Etats membres est toujours précédée d'une analyse comparatiste scrupuleuse, « mesure de précaution intellectuelle (...) d'évidence dès lors que le repérage des points de convergence (ou de divergence) entre droits nationaux facilitera d'autant les négociations politiques se nouant ensuite³⁶. Il n'est guère alors étonnant de retrouver ensuite dans la règle commune des fragments de ces droits nationaux préalablement comparés. On remarquera que, parfois d'ailleurs, on retrouve intégralement les droits nationaux. Tel est le cas en cas de recours au principe de reconnaissance mutuelle entre règles juridiques nationales par exemple pour l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ou encore dans le domaine pénal³⁷. Principe d'origine jurisprudentiel, utilisé dans le droit dérivé de l'Union, ce principe implique en effet par définition le respect de l'intégrité de chaque système national supposé équivalent à un autre. « Il n'est pas question de corriger, d'annuler les dispositifs consolidés des États membres ou de leur substituer des normes supérieures uniformes (...) bien au contraire, il faut les reconnaître en leurs particularités »³⁸, même si, par la mise en contact des droits nationaux, l'évolution n'est pas impossible.

La recherche du consentement est également au cœur de la jurisprudence de la Cour. Très tôt, la Cour avait expliqué que, pour résoudre des questions non réglées par le droit communautaire, elle s'inspirerait « des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des Etats membres »³⁹. Depuis lors, la promotion -déjà bien décrite⁴⁰- de la méthode comparative par le juge de l'Union s'est poursuivie. En matière de protection des droits fondamentaux, il est tout à fait avéré que les principes fondamentaux des droits nationaux ont « formé ce *substratum* philosophique, politique et juridique commun aux Etats membres à partir duquel se dégage de façon prétorienne un droit communautaire non écrit dont l'un des buts essentiels est précisément d'assurer le respect des droits fondamentaux de l'individu »⁴¹. Le recours au droit comparé dans la jurisprudence de la Cour est encouragé par un certain nombre de facteurs, notamment les prescriptions du traité ou le mode de composition de la Cour qui provoque la « diffusion des us et coutumes nationaux (...) juges et avocats généraux, chacun arrivant à la Cour riche de son expérience nationale »⁴². Le recours est toutefois surtout une option délibérée de la Cour dont l'objectif est l'adhésion (soit le consentement) des Etats⁴³. Par l'approche comparative, la Cour s'efforce en effet de conférer à l'ordre juridique de l'Union un « socle d'acceptabilité auprès des ordres juridiques nationaux »⁴⁴. C'est ainsi clairement « l'acceptation de l'autorité du droit de l'Union » qui est

³⁶ R. MEHDI, Le recours par la Cour de justice de l'Union européenne au droit comparé, Exigence méthodologique et variations des usages, *Future of comparative study in law : the 60 th anniversary of the Institute of comparative law in Japan, Chuo University, Series of the Institute of comparative law in Japan*, Tokyo, 2011, pp. 397-423.

³⁷ Voir l'article 67-3 TFUE dans lequel est confirmé l'usage de la reconnaissance mutuelle en matière pénal complétée si nécessaire par une harmonisation des législations nationales. Voir comme première illustration la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen (Décision 2002/584 JAI du Conseil du 13 juin 2002, JOCE, 18 juillet 2002, L.190/1)

³⁸ L. AZOULAI, Autonomie et antinomie du droit communautaire: la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux, *Les Petites Affiches*, 5 octobre 2004, n° 199, p. 4.

³⁹ CJCE, *Algera*, aff. 7/56 et 7/57, *Rec.* p. 81.

⁴⁰ K. LENAERTS, Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, *RTDE*, 2001, p. 487. P. PESCATORE, Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, *RID comp.* 1980.352. J. SCHWARZE, Introduction, les sources et principes du droit administratif européen in J-B. AUBY ET J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (Dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., 2014, p. 470.

⁴¹ Voir les conclusions de l'avocat général M. Dutheillet de Lamothe rendues dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, *Rec.* p. 1125, p. 1149).

⁴² L. COUTRON, L'intégration dissimulée du pluralisme dans la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes in M. LEVINET (Dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, n° 91, 2010.

⁴³ R. MEHDI, Le recours par la Cour de justice de l'Union européenne au droit comparé, Exigence méthodologique et variations des usages, *op. cit.*, p. 414.

⁴⁴ K. LENAERTS, Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, *RTDE*, 2001, p. 487.

au fondement de la « convergence des niveaux de protection »⁴⁵ en matière de droits fondamentaux.

Bien d'autres illustrations pourraient être ajoutées. Mais l'idée essentielle ne serait pas changée : le droit de l'Union est irrigué par les droits nationaux. C'est clairement « en puisant dans ses vis-à-vis (notamment) au sein des systèmes normatifs et institutionnels nationaux (...) »⁴⁶ qu'il advient.

2- Une projection dirigée par les particularités du consentement à une œuvre d'intégration

Quoique nette, la projection est concomitamment amortie. Il faut dire que le consentement des Etats présente des particularités qui impliquent un tel amortissement. D'abord, l'engagement, par l'échange des consentements respectifs des Etats, est sans terme fixe. Les traités sont conclus pour une durée illimitée, ce que la reconnaissance d'un droit de retrait ne remet nullement en cause. Ensuite, un tel engagement concerne la création d'une Union qui excède la collectivité des États qui la composent. Par leur consentement, les États ont accepté de « limiter, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains » au profit d'un ordre juridique nouveau « dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants »⁴⁷. D'ailleurs, le cadre institutionnel de l'Union a été construit précisément pour permettre l'absorption du choc des intérêts nationaux. La méthode communautaire, même si sa signification exacte suscite, à raison, des débats⁴⁸, désigne cette tentative de synthèse entre l'intergouvernementalisme et la supranationalité dont les critères sont bien identifiés (compétence de la Commission, règle de vote à la majorité qualifiée, fonction législative du Parlement). Le résultat est qu'entre l'acte d'initiative et l'acte d'adoption, « la production de la norme donne lieu à une multiplicité de consentements et à l'association d'une multiplicité d'auteurs »⁴⁹, parmi lesquels, les Etats et l'expression de leur consentement ne sont qu'une partie. D'ailleurs, y compris lorsqu'ils s'expriment, les Etats ne sont pas formellement titulaire du pouvoir qui est au contraire « conféré non à la collectivité des Etats membres mais au Conseil en tant qu'institution »⁵⁰ : bref, le droit de l'Union est « un droit d'essence institutionnelle et non contractuelle »⁵¹. Enfin, au-delà des différents consentements étatiques, le droit de l'Union est caractérisé par des « propriétés impulsives »⁵² propres. Elles sont le résultat des multiples processus d'extension des compétences au contact des différents objectifs à caractère transversal consacrés par le traité. Elles sont également reliées à la déconnexion -sans cesse rappelée par le juge- entre le champ d'application du droit de l'Union et le périmètre de compétence de l'Union. Le juge de l'Union considère en effet, de

⁴⁵ D. RITLÉNG, Les Constitutions nationales et la Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne *in Europe(s), Droit(s) européen(s), une passion d'universitaire*, Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco, Bruylant, 2015, p. 493 et p. 496.

⁴⁶ L. AZOULAI, Autonomie et antinomie du droit communautaire: la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ Voir, notamment, arrêts *van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1, p. 23, et *Costa c/ Enel*, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158, ainsi que avis 1/09, EU:C:2011:123, point 65.

⁴⁸ S. BARBOU DES PLACES, Plaidoyer pour une approche rénovée des « méthodes de la construction communautaire » *in La France, l'Europe et le Monde*, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier, Pedone, 2008, p. 248 et s. Voir également J-P. Jacqué, Guerre des méthodes dans l'Union *in* C. BOUTAYEB (Dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit*, Mélanges en l'honneur de J-C. Maslet, PUS, 2013, pp. 661-673.

⁴⁹ L. AZOULAI, Autonomie et antinomie du droit communautaire: la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux, *Les Petites Affiches*, 5 octobre 2004, n° 199, p. 4.

⁵⁰ CJCE, 18 février 1970, *Commission c/ Italie*, 38/69, *Rec.* p. 47, pt 10.

⁵¹ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration, Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, rééd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 64.

⁵² R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, Genève, Institut universitaire des Hautes Études Internationales, 1970, p. 67.

façon constante, que les libertés du traité constituent, que la matière relève ou non du champ de compétence de l'Union, « un cadre de comparution »⁵³ y compris dans des domaines les plus emblématiques des compétences retenues⁵⁴. Il considère aussi que les autorités nationales sont soumises au respect des droits fondamentaux y compris lorsque l'Union européenne n'est pas compétente pour intervenir dans le domaine ou la situation concerné⁵⁵. Et l'article 51 § 2 de la Charte des droits fondamentaux qui indique qu'elle « n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union » n'a pas empêché la Cour d'exiger le respect des droits fondamentaux dans des situations relevant des compétences réservées⁵⁶. Contrairement à ce que pourrait impliquer un consentement dans son sens classique, « il n'y a tout simplement pas de noyau de souveraineté que les États membres peuvent invoquer, comme tel »⁵⁷ et au contraire, « l'appartenance à l'ensemble communautaire implique que les gouvernements s'engagent à coopérer dans un esprit de loyauté et de solidarité, jusque dans la conduite des politiques relevant de leurs compétences réservées »⁵⁸.

On le pressent, du fait de ces particularités, la projection des droits des États membres dans le droit de l'Union est nécessairement séquencée, en aucun cas continue. L'une des illustrations les plus emblématiques peut être trouvée du côté de la jurisprudence et du recours fondamentalement sélectif au droit comparé. Il est très clair que l'usage du droit comparé par la Cour a fait l'objet d'un usage tout à fait variable du droit comparé. Pour preuve, parfois une solution minoritaire a pu être privilégiée, parce que considérée comme convenant le mieux aux exigences du système communautaire⁵⁹ et au but judiciaire qu'elle permettait de satisfaire. Dans d'autres cas, au contraire, le juge a pu exiger une convergence des droits nationaux pour accueillir (ou non) la réception en droit de l'Union⁶⁰. Le recours au droit comparé apparaît donc le plus souvent comme une « stratégie », c'est-à-dire « une façon particulière de proposer ou d'imposer une voie »⁶¹. Surtout, de manière constante, la Cour considère qu'« il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de droit communautaire, qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, doivent normalement trouver dans toute la Communauté une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi

⁵³ L. AZOULAI, Le rôle constitutionnel de la CJCE tel qu'il se dégage de sa jurisprudence, *RTDE*, 2008, pp. 35-36.

⁵⁴ L. AZOULAI, The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law ? *European Journal of Legal Studies*, Volume 4, Issue 2 (Autumn/Winter 2011), p. 192-219.

⁵⁵ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925, point 42.

⁵⁶ CJUE, avis 1/09, 8 mars 2011, *Rec.* 2011 I-01137. – CJUE, ass. plén., avis 2/13, 18 déc. 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁵⁷ K. LENAERTS, Constitutionnalism and the Many Faces of Federalism, *American Journal of Comparative Law*, 1990, n° 38, p. 220.

⁵⁸ L. AZOULAI, La formule des compétences retenues devant la CJCE in E. NEFRAMI, Objectifs et compétences dans l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 344.

⁵⁹ Qu'il suffise, pour s'en convaincre, de rappeler l'exemple du « Vertrauensschutzprinzip » (principe de confiance légitime) consacré en droit communautaire alors que seul le droit allemand le connaissait.

⁶⁰ CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM c/ Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume d'Espagne*, C-120/06 P et C-121/06 P ; L. COUTRON, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM », *RFDA*, 2009, p. 229 : dans l'arrêt, la Cour a refusé d'admettre que la responsabilité de la Communauté puisse être engagée en dehors de tout acte illicite. Elle a constaté « que, si l'examen comparatif des ordres juridiques des États membres a permis à la Cour de procéder très tôt au constat [...] en ce qui concerne une convergence de ces ordres juridiques dans la consécration d'un principe de responsabilité en présence d'une action ou d'une omission illégale de l'autorité, y compris d'ordre normatif, il n'en va nullement de même en ce qui concerne l'existence éventuelle d'un principe de responsabilité en présence d'un acte ou d'une omission licites de l'autorité publique, en particulier lorsque ceux-ci sont d'ordre normatif » (pt. 170).

⁶¹ A. LYON-CAEN, Réflexions liminaires sur la comparaison des droits dans l'élaboration du droit communautaire in S. ROBIN-OLIVIER ET D. FASQUELLE, *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire, une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008, p. 11.

par la réglementation en cause »⁶². « Ainsi, le sens « interne » doit céder devant le sens « communautaire »⁶³. La recherche d'une « d'autarcie interprétative »⁶⁴ du côté du juge de l'Union est très nette. Bref, concomitamment à la projection, la séparation entre le droit de l'Union et les droits nationaux est clairement réalisée, tout au moins recherchée.

« Lentille convergente sur des rayons lumineux »⁶⁵, le droit de l'Union a pour vocation de rapprocher les droits des Etats membres. Au passage, il absorbe de manière séquencée certains éléments des droits nationaux. La comparaison peut sans aucun doute être poursuivie. Le droit de l'Union n'est-il pas caractérisé concomitamment par la convergence et par la diffraction ?

B- Les diffractions nationales du droit de l'Union

La diffraction désigne le comportement des ondes lorsqu'elles rencontrent un obstacle ou une ouverture ; en ce cas on assiste à la diffusion d'une onde en plusieurs. Un tel phénomène convient bien au droit de l'Union. Le dogme de l'unité n'a jamais été en correspondance avec la réalité de l'Union et de son droit⁶⁶ : depuis longtemps, les phénomènes de « différenciation »⁶⁷ nationale existent. Ils se sont d'ailleurs développés. L'hybridation emprunte ici une forme inversée à la première, mais avec un objectif semblable, celui de la protection des modèles juridiques nationaux et par là, celui de l'adhésion des Etats à la règle commune. De manière également semblable, la diffraction, comme la projection, est tout à la fois promue et intégrée au cœur même du droit de l'Union et par là-même canalisée.

1- La constance des diffractions nationales en vue de l'adhésion des Etats au développement du droit de l'Union

Depuis l'origine, les diffractions nationales sont permises et elles ont pour objectif l'adhésion des Etats. Et pour cause, s'agissant des libertés de circulation, ont d'emblée été ménagés des possibilités pour les Etats d'y faire exception pour protéger leurs intérêts essentiels. Avec la théorie des exigences impératives d'intérêt général et des raisons impérieuses d'intérêt général⁶⁸, les possibilités de justifications à disposition des Etats ont d'ailleurs cru d'une manière exponentielle⁶⁹, toujours avec pour objectif, eu égard à l'extension, par la jurisprudence, de la catégorie de l'entrave⁷⁰, de la préservation de l'acceptabilité des Etats.

⁶² CJCE, 18 janvier 1984, *Ekro*, 327/82, *Rec.* p. 107, point 11 ; arrêts du Tribunal du 18 décembre 1992, *Díaz García/Parlement*, T-43/90, *Rec.* p. II-2619, point 36 et du 28 janvier 1999, *D/Conseil*, T-264/97, *Rec.* p. I-A-1 et II-1, points 26 et 27, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour du 31 mai 2001, *D et Suède/Conseil*, C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.* p. I-4319.

⁶³ D. SIMON, Les « notions autonomes » en droit de l'Union in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Oberdorff*, LGDJ, 2015, p.

⁶⁴ V. entre autres : J. BOULOUIS, *Interprétation (Méthodes)*, *Répertoire droit communautaire*, 1982 ; J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la CJCE*, *Cah. Dr. Eur.* 1985, p. 5 et P. PESCATORE, Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, tome 2, Bruxelles, p. 325.

⁶⁵ P. LEGER (Dir.), *Commentaire articles par articles des traités UE et CE*, Helbing and Lichtenhahn, Dalloz et Bruylant, 2000, p. 903.

⁶⁶ S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, 878 p.

⁶⁷ E. VOS, *Differentiation, Harmonisation and Governance in The many faces of differentiation in EU law*, Intersentia, 2001, pp. 145-179.

⁶⁸ Pour un point d'étape : B. BERTRAND, Que restent-ils des exigences impératives d'intérêt général, *Europe*, janvier 2012, chron. 1, p. 5.

⁶⁹ Voir pour un bilan : V. HATZOPOULOS, *La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles*, Research Paper in Law, Collège d'Europe, 01/2013, pp. 6-8.

⁷⁰ Voir M. FALLON, 1992-2012 : état des lieux et enjeux du droit du marché intérieur in V. MICHEL (Dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur, le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruylant, 2014, pp. 17-66.

D'ailleurs, si la jurisprudence est constante ; ces exceptions n'ont « pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des Etats membres »⁷¹, « le langage du pouvoir, de la compétence et des prérogatives étatiques »⁷² est en creux de l'interprétation du juge. C'est clairement le cas lorsque la Cour considère que « la seule circonstance qu'un Etat membre ait opté pour des modalités de protection différentes de celles adoptées par un autre Etat membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la proportionnalité des dispositions nationales prises en la matière. Celles-ci doivent seulement être appréciées au regard de l'objectif en cause et du niveau de protection que l'Etat membre concerné entend assurer »⁷³. C'est encore plus le cas lorsque la Cour évoque, à propos de ces exceptions, la notion d'«intérêt légitime»⁷⁴ de l'Etat susceptible de déroger « en principe » aux libertés⁷⁵. La référence, à l'article 4-2 du TUE, au respect de l'identité nationale⁷⁶ et aux « fonctions essentielles de l'Etat » et son infiltration dans le contentieux devant la CJUE⁷⁷ a conduit à accentuer cette tendance en faveur d'une « réévaluation du statut de l'Etat dans l'Union »⁷⁸. Il faut en effet admettre que, à travers la notion d'identité nationale, la position de l'Etat se modifie : il ne s'agit plus seulement de faire exception aux libertés, mais de le faire pour permettre le respect, prévu par le droit de l'Union européenne lui-même, des identités de chacun des Etats. La démarche quitte la sphère prétendument technique pour officialiser sa dimension politique. Cela est d'autant plus important que désormais, la Cour ne saurait s'affranchir des prescriptions de l'article 4-2, TUE et que le respect de l'identité nationale est désormais un principe informant l'interprétation qu'il convient de retenir du droit de l'Union.

Bien d'autres mécanismes de diffraction peuvent être recensés, avec à chaque fois, pour objectif, la préservation de l'acceptation nationale. On pense aux différentes possibilités pour les Etats de déroger à l'harmonisation sur la base du traité ou du droit dérivé (et des clauses de sauvegarde qu'il prévoit). Outre la nécessaire réaction face à des changements de circonstances, ces clauses ont précisément pour fonction de permettre aux Etats « d'assurer une protection « renforcée » de certains intérêts particulièrement importants » et d'éviter « un abaissement du niveau de protection garanti à ces intérêts au niveau national »⁷⁹. Pour exemple, l'article 114 TFUE permet à l'Etat soit de maintenir (article 114 §4) soit d'introduire (article 114 §5) des dispositions nationales différentes de l'acte d'harmonisation (adopté à la majorité qualifiée) dès lors qu'elles sont justifiées par un certain nombre d'exigences d'intérêt général et que l'Etat démontre que sa mesure vise un niveau de protection plus élevé que celui prévu dans l'acte d'harmonisation. Le traité prévoit également⁸⁰ la possibilité d'insérer

⁷¹ CJCE, 15 décembre 1976, *Simmenthal*, aff. 35/76, *Rec.* p. 1871.

⁷² L. AZOULAI, « Sur la distinction public-privé dans le droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2011, p. 842.

⁷³ CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *Rec.* p. I-505, pt. 49.

⁷⁴ Voir l'étude de G. MARTI, La conciliation entre les droits et les libertés dans la mise en œuvre des libertés communautaires de circulation in L. POTVIN-SOLIS (Dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 284 et s.

⁷⁵ CJUE, 16 déc. 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.* 2010 I-13019, pts 65/66; Europe 2011, comm. 61, obs. A. RIGAUX : Pour la Cour, les objectifs de la lutte contre le tourisme de la drogue et les nuisances qui « se rattachent tant au maintien de l'ordre public qu'à la protection de la santé des citoyens » constituent un « intérêt légitime » de nature à justifier, en principe, une restriction à une liberté fondamentale telle que la libre prestation des services.

⁷⁶ D. RITLENG, Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale in J.-C. BARBATO ET J.-D. MOUTON (Dir.), *Vers la reconnaissance des droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 35.

⁷⁷ S. MARTIN, L'identité de l'Etat dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle", *RFDC*, n° 91, juillet 2012, pp. 13-44. Voir aussi P.-E. LEHMANN, *Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir du respect de l'identité nationale des Etats membres*, thèse de doctorat, Université de Lorraine, 2013.

⁷⁸ D. RITLENG, Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale in J.-C. BARBATO ET J.-D. MOUTON (Dir.), *Vers la reconnaissance des droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 22-47.

⁷⁹ Conclusions de l'avocat général Tesoro dans l'affaire *France c. Commission* (arrêt du 17 mai 1994), pt. 4, p. I-1833.

⁸⁰ Voir l'article 114-10 TFUE.

directement dans le droit dérivé des clauses de sauvegardes qui « autorisent un assouplissement temporaire de la légalité communautaire dès lors que les intérêts en cause sont considérés comme étant dignes de protection »⁸¹. On pense également aux différents opting out insérés dans le traité - opting out Schengen, opting out pour l'Union économique et monétaire, réserves à la Charte des droits fondamentaux, opting out concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice- tous imposés par la recherche de l'adhésion de tous aux modifications du droit primaire. La consécration dans le traité des dispositions permettant la mise en place de « coopérations renforcées »⁸² a définitivement enfoncé le clou de la différenciation⁸³ et de la possibilité pour certains Etats de sortir de la règle générale⁸⁴. La technique des coopérations renforcées permet en effet d'adopter, lorsque le Conseil l'autorise⁸⁵, des actes qui « ne lient que les États membres participants » et qui « ne sont pas considérés comme un acquis » (devant être donc accepté par les États candidats à l'adhésion à l'Union)⁸⁶. Tel est le cas s'agissant de la loi applicable en cas de divorce⁸⁷, s'agissant du brevet unitaire⁸⁸ et dans le domaine de la taxe sur les transactions financières⁸⁹. Enfin, avec les derniers traités conclus pour faire face à la crise de l'euro, la diffraction semble avoir atteint son niveau maximal puisque les Etats ont décidé d'agir, y compris dans des domaines pour lesquels l'Union est compétente⁹⁰, en dehors des traités de l'Union, établissant un système de coopération entre certains par la voie de traités disjoints. La diffraction est en effet pour le moins « déroutante » puisqu'à la flexibilité s'ajoute l'« externalisation »⁹¹, les règles étant consacrées en dehors du cadre de l'Union.

Il n'est pas étonnant que ces diffractions, quoique nécessaires – comme les projections- pour obtenir l'adhésion de tous, puissent interroger. Si la « banalisation de la flexibilité et, corrélativement, la marginalisation de l'uniformité dans son sens absolu »⁹² se développent, le droit de l'Union régulièrement dans « tous ses (E)états »⁹³ est-il véritablement commun ? La réponse exige de considérer que, quoique nombreuses, les diffractions sont canalisées précisément pour préserver le commun.

2- La canalisation des diffractions pour préserver le commun

⁸¹ « Clause de sauvegarde » in A. BARAV ET C. PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 169.

⁸² L'insertion des clauses de coopération renforcée a été particulièrement remarquée, qualifiée de « révolution copernicienne » : V. CONSTANTINESCO, Les clauses de coopération renforcée, *RTDE*, 1997, n° 4, pp. 751-762. Pour une analyse récente : F. MARTUCCI, Les coopérations renforcées, quelques années plus tard : une idée pas si mauvaise que cela ? in *Europe(s), Droit(s) européen(s), une passion d'universitaire*, Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco, Bruylant, 2015, pp. 385- 398.

⁸³ CH. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 619 p.

⁸⁴ L. AZOULAI, La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation, *RFDA* 2003 p. 859

⁸⁵ CJUE, 16 avril 2013, *Espagne et Italie c/ Conseil*, aff. Jointes C-274/11 et C-295/11, ECLI:EU:C:2013:240, pt 29 : La Cour souligne le large pouvoir d'appréciation du Conseil quant à décision à prendre de sorte que la Cour limite son contrôle à celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

⁸⁶ Article 20-4 TUE.

⁸⁷ Décision 2010/405/UE du Conseil du 12 juillet 2010, JOUE, n° L-189, 22 juillet 2010, p. 12.

⁸⁸ Décision 2011/167/UE du Conseil du 10 mars 2011, JOUE, n° L 76, 22 mars 2011, p. 53.

⁸⁹ Décision 2013/52/UE du Conseil du 22 janvier 2013, JOUE, n° L 22, 25 janvier 2013, p. 11.

⁹⁰ C'est le cas du traité sur la stabilité, la gouvernance et la coordination de l'UEM car en matière de coordination économique et de discipline budgétaire, l'Union est compétente (articles 121 et 126 du TFUE).

⁹¹ F. MARTUCCI, Amibvalence économiques et monétaires : réflexions sur deux traités in C. BOUTAYEB (Dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit*, Mélanges en l'honneur de J-C. Masclet, PUS, 2013, pp. 732-736.

⁹² S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, pp. 774-775.

⁹³ L. BURGORGUE-LARSEN, Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out in *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, Tomes 1, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, 983 p.

La canalisation de la diffraction est tout à fait manifeste. Opt out, clauses de sauvegarde ou respect de l'identité nationale, pour chacun des mécanismes, des conditions sont fixées par les textes et/ou le juge.

L'articulation entre les opt out et le droit de l'Union est généralement soignée, qu'elles soient établies en dehors du cadre du traité⁹⁴ ou dans le cadre des traités. Par exemple, l'usage de la technique des coopérations renforcées est soumis à plusieurs conditions importantes. La coopération renforcée doit être proposée par la Commission européenne⁹⁵, elle ne doit pas affecter l'acquis de l'Union et elle doit favoriser « la réalisation des objectifs de l'Union, à préserver ses intérêts et à renforcer son processus d'intégration »⁹⁶. Le recours aux coopérations renforcées doit également constituer une « ultima ratio » qui ne peut intervenir « qu'en dernier ressort, lorsqu'il est établi que les objectifs recherchés par cette coopération ne peuvent être atteints dans un délai raisonnable par l'Union dans son ensemble ». Cette dernière condition est, selon la Cour, d'« une importance particulière » car « [l]es intérêts de l'Union et le processus d'intégration ne seraient à l'évidence pas préservés si toute négociation infructueuse pouvait conduire à une ou plusieurs coopérations renforcées au détriment de la recherche d'un compromis permettant d'adopter une réglementation pour l'Union dans son ensemble »⁹⁷. Très nettement, le droit de l'Union ne permet donc pas « une approche « à la carte » sans limites (...) (qui) mettrait à mal les principes de solidarité entre États membres et d'égalité des États membres devant les traités, lesquels sont au cœur du projet d'intégration européenne »⁹⁸. D'ailleurs le nombre limité de coopérations renforcées est sans aucun doute la conséquence de cet encadrement substantiel dont le maniement n'est pas toujours simple⁹⁹. De la même façon, les clauses de sauvegarde sont entourées de conditions strictes¹⁰⁰ et sont soumises au (large) pouvoir d'appréciation de la Commission sous le contrôle de la Cour¹⁰¹. En cela, elles ne peuvent guère être considérées stricto sensu comme des clauses d'opting

⁹⁴ Par exemple voir l'article 2-2 du traité sur la stabilité, coordination et gouvernance dans l'Union qui énonce qu'il s'applique « dans la mesure où il est compatible avec les traités sur lesquels l'Union européenne est fondée et avec le droit de l'Union européenne. Il ne porte pas atteinte aux compétences conférées à l'Union pour agir dans le domaine de l'union économique ». La Cour elle-même a souligné que les États membres agissant collectivement dans le cadre de ces traités « ne peuvent s'affranchir du respect du droit de l'Union dans l'exercice de leurs compétences dans ce domaine » : CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, pt 69.

⁹⁵ Article 329-1 TFUE : « La Commission peut soumettre au Conseil une proposition ».

⁹⁶ Article 20 TFUE.

⁹⁷ CJUE, 5 mai 2015, *Royaume d'Espagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-146/13, ECLI:EU:C:2015:298, pt 49.

⁹⁸ Conclusions de l'avocat général Wahl présentées le 13 mai 2015, *Royaume d'Espagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-44/14, ECLI:EU:C:2015:320, pt 35.

⁹⁹ Pour preuve voir l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2015, *Royaume d'Espagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-44/14, EU:C:2015:554. Une mesure développant l'acquis de Schengen, auquel certains États membres ne participent pas, peut-elle mettre en place une forme de coopération avec ces États membres et, le cas échéant, à quelles conditions ?

¹⁰⁰ Voir par exemple l'article 114-4 TFUE. D'abord, les mesures nationales devront être « justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 TFUE ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail ». En outre, les mesures nationales devront être « justifiées » par des exigences liées à ces domaines c'est-à-dire qu'elles devront présenter un lien de causalité avec l'objectif poursuivi et être apte à le réaliser. Voir aussi l'article 114-5 TFUE : l'introduction de mesures propres ne porte que sur deux matières normatives, la protection de l'environnement ou du milieu de travail. Ensuite, deux autres conditions sont fixées. La mesure nationale introduite doit, d'abord, viser à résoudre « un problème spécifique » de l'État concerné « qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation ». Elle doit en plus être fondée « sur des preuves scientifiques nouvelles ».

¹⁰¹ Pour une illustration récente : CJUE, 9 juill. 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-360/14 P : « Pour apprécier si les conditions d'application de l'article 114, paragraphe 4, TFUE sont effectivement remplies, ce qui peut, le cas échéant, nécessiter des évaluations techniques complexes, la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation. L'exercice de ce pouvoir n'est toutefois pas soustrait au contrôle juridictionnel ». Il est considéré dans l'arrêt que l'Allemagne, qui prétendait faire usage de l'article 114, paragraphe 4 TFUE, ne pourra finalement pas déroger aux normes fixées par la directive « jouets » de 2009 (en ce qui concerne l'antimoine, l'arsenic et le mercure).

out¹⁰² car « le jeu dérogatoire (...) est loin d'être à la disposition des États »¹⁰³. De façon notable, la Cour a d'ailleurs pu, pour protéger les valeurs communes de l'Union, imposer aux Etats de faire usage de ses facultés de dérogation¹⁰⁴ avec toutefois une inconstance regrettable¹⁰⁵.

Certes, s'agissant de la clause de respect de l'identité nationale et constitutionnelle des Etats, l'encadrement ne paraît pas très strict. Le traité ne définit pas en effet ces notions. Il prévoit uniquement, en complément, que l'Union « 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 ». La liste est manifestement indicative et d'ailleurs, la Cour, lorsqu'elle s'est prononcée à propos de l'identité nationale, l'a considéré non seulement dans sa dimension constitutionnelle mais également dans sa dimension socioculturelle intégrant sous sa bannière la langue, l'enseignement, les supports culturels, la religion et le patrimoine historique et artistique, l'ordre social ou encore l'organisation des horaires de travail¹⁰⁶. Il n'en demeure pas moins qu'un encadrement peut être repéré. Il provient de la consécration même du principe de respect de l'identité constitutionnelle et nationale dans le traité. Et pour cause « le reconnaître (...) c'est aussi l'intégrer, l'appivoiser (...) l'eupéaniser »¹⁰⁷. L'intégration dans le traité de cette obligation aboutit en effet, au plan théorique, à réduire son potentiel conflictuel par une action « d'élévation » à la dignité communautaire. Elle aboutit surtout au plan pratique à la placer sous le contrôle de la Cour à qui il revient d'en délimiter les éléments principaux ce qui permet de canaliser son développement. D'ailleurs, pour l'heure, la Cour a fait un usage parcimonieux de cette clause¹⁰⁸ et, lorsqu'elle y a fait recours, lui a donné la valeur d'une simple dérogation aux règles du droit de l'Union européenne, notamment aux libertés prévues par le traité¹⁰⁹. Même si des propositions doctrinales existent en faveur de l'attribution, par le biais de ce concept, de droits fondamentaux au bénéfice de l'Etat¹¹⁰, les effets actuels semblent donc circonscrits. En

¹⁰² CJCE, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, aff. C-3/00, *Rec.* 2003, p. I-2643. La discussion s'est déroulée dans cette affaire à propos de l'article 114 §4 TFUE. Pour certains Etats, cette disposition serait « l'expression d'un "compromis politique », tendant précisément à conserver aux Etats membres, en échange de la modification des règles de vote, la liberté d'un choix différent de celui retenu au niveau communautaire » (Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Danemark c. Commission*, aff. C-3/00) et, en tant que sorte de clause d'*opting-out*, devrait être faiblement conditionnée. Au contraire, selon la Commission, une fois que le législateur communautaire a fixé le niveau de protection souhaitable, et une fois l'acte adopté, un Etat membre ne pourrait pas simplement substituer son appréciation du risque et prétendre dès lors, de ce seul fait, déroger à la réglementation d'harmonisation qui en découle à moins que précisément cet Etat ne soit pas en mesure de démontrer l'existence, auprès de la Commission, d'une situation spécifique la justifiant. La Cour, sous la forme d'un compromis, a estimé qu'un Etat membre peut fonder une demande tendant au maintien de ses dispositions nationales préexistantes sur une évaluation du risque pour la santé publique différente de celle retenue par le législateur communautaire lors de l'adoption de la mesure d'harmonisation à laquelle ces dispositions nationales dérogent sans prouver la spécificité de sa situation

¹⁰³ A. RIGAUX, Article 114, paragraphes 4 et 6, *Europe* n° 10, Octobre 2015, comm. 369.

¹⁰⁴ CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. c/ Royaume-Uni*, aff. C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905. La Cour énonce, en lieu et place d'une faculté, l'obligation pour les Etats membres de déroger aux règles en matière de traitement des demandes d'asile énoncées par le règlement Dublin en cas de risque de traitement inhumain et dégradant.

¹⁰⁵ La Cour a en effet interprété l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux comme conférant la faculté aux autorités et juridictions nationales d'appliquer les droits fondamentaux garantis par les constitutions internes dès lorsqu'ils sont plus protecteurs « *pourvu que cette application ne compromette (...) ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* » (CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, pt 60)

¹⁰⁶ P-E. LEHMANN, *Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir du respect de l'identité nationale des Etats membres*, thèse de doctorat, Université de Lorraine, 2013.

¹⁰⁷ H. GAUDIN, L'Etat vu de la Communauté et de l'Union européennes, ADE 2004, vol. II, Bruylant, 2006. 231, spéc. 25

¹⁰⁸ Pour une bilan de l'usage contentieux : P-E. LEHMANN, *Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir du respect de l'identité nationale des Etats membres*, thèse de doctorat, Université de Lorraine, 2013.

¹⁰⁹ Voir A. BAILLEUX, *Entrave et droits fondamentaux* in L. AZOULAI (Dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 233.

¹¹⁰ Voir d'une part J-D. MOUTON, Introduction : présentation d'une proposition doctrinale in J.-C. BARBATO et J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance des droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1-17, d'autre part, S. BARBOU DES PLACES, *Les droits*

tant que principe d'interprétation du droit de l'Union, ses effets devraient certainement s'accroître, mais toujours sous l'œil vigilant de la Cour.

Au total, l'hybridation entre le droit de l'Union et les droits des Etats membres apparaît avec netteté. Multidirectionnelle, cette hybridation ne contrarie pas l'autonomie du droit de l'Union, à condition de ne plus considérer l'autonomie d'un système juridique à sa capacité à être autoréférentiel¹¹¹. Au contraire, amortie, canalisée, cette hybridation donne sa consistance au droit de l'Union et assure son acceptation dans les ordres juridiques nationaux. L'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques des Etats s'interpénètrent et se nourrissent mutuellement également dans la phase d'exécution.

II- L'imprégnation du tissu juridique national

Envisagées au stade de l'exécution, les relations de systèmes se traduisent par une imprégnation européenne du tissu juridique national. En effet, l'ouverture des dispositifs constitutionnels donne lieu à de fréquentes situations d'entrelacements normatifs. Le droit de l'Union n'est pas seulement une source d'obligation de comportement à la charge des pouvoirs publics, il informe également la substance même du droit interne. Bien plus qu'un « droit venu d'ailleurs »¹¹², le droit de l'Union devient, selon une logique que rien ne paraît pouvoir inverser, le vecteur de relations juridiques, économiques ou sociales quotidiennes. Au-delà, l'application interne du droit de l'Union constitue un moment où se cristallise une relation de dépendance entre systèmes et où se révèlent parfois des effets mutagènes.

A- La « quotidienneté » du droit de l'Union européenne

Le tissu juridique national est profondément pénétré d'un droit de l'Union doté, en une intéressante combinaison, à la fois d'une autorité, dont les principaux ressorts ont été décrits précédemment, et d'une forme de quotidienneté. Tout à fait unique, si l'on veut bien se livrer à une rapide comparaison avec la situation prévalant dans le cadre d'autres organisations d'intégration régionale, ce caractère revêt diverses manifestations

1- Un droit aisément invocable

Sans revenir sur des questions amplement et inlassablement discutées en doctrine, il convient simplement de rappeler que le droit de l'Union est aisément invocable et cela dans de nombreuses configurations juridiques. L'applicabilité et la primauté sont, on le sait, intimement liées. Tout en restant une condition suffisante, l'effet direct n'est toutefois plus une exigence indispensable pour se prévaloir d'une disposition du droit de l'Union européenne devant un juge interne ou à l'encontre d'une administration voire d'un opérateur privé. On a, en effet, vu émerger, sous l'impulsion tant de la Cour que des tribunaux nationaux, une jurisprudence favorisant la diversification des formes de mobilisation du droit de l'Union, fût-il dépourvu d'effet direct, et scellant la disjonction entre cette notion et celle d'invocabilité. Cette évolution atteste du fait que l'on s'est progressivement éloigné d'une perception de l'applicabilité directe en vertu de laquelle le particulier n'était classiquement fondé à se prévaloir, en justice, d'une norme (internationale) que lorsque celle-ci avait spécifiquement

fondamentaux des Etats membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale, in J.-C. BARBATO et J.-D. MOUTON (dir.), *op. cit.*, pp. 289-326.

¹¹¹ I. RADUCU ET N. LEVRAT, Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique), *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 144.

¹¹² J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 44.

pour objet de lui conférer directement des droits¹¹³. En cela, les conditions sont réunies pour que le droit de l'Union devienne bien un droit de « tous les jours » ouvrant aux particuliers des perspectives juridiques inédites. Il y a faut y voir un nouvel indice de la subjectivisation croissante d'un ordre juridique érigeant en figure centrale un individu dont la protection est clairement posée comme fin¹¹⁴. Portée par cette volonté, la Cour de justice s'est d'ailleurs attachée à renforcer le droit de toute personne à une protection juridictionnelle effective et efficace ce qui suppose le droit pour tous d'accéder à un juge « investi de la plénitude de compétence pour apprécier librement la conformité de la mesure nationale contestée devant lui, sans qu'une règle ou un principe de droit interne ne puisse l'entraver dans une telle appréciation »¹¹⁵.

2- La multiplication des champs d'emprises matérielles du droit de l'Union européenne

Ce processus d'imbibition (plus que d'incorporation) opère par l'effet des caractéristiques du droit de l'Union en même temps que par celui de l'extension de ses champs d'emprises matérielles. Il n'est plus guère de domaine échappant à ce que l'on désigne par le terme assez équivoque d'eupéanisation¹¹⁶. Il en va ainsi y compris de champs que l'on pouvait imaginer, presque par essence, hors de la portée du droit de l'Union européenne. Arrêtons-nous à titre d'exemple au cas de la politique de santé¹¹⁷. A cet égard, on peut s'interroger sur les voies par lesquelles un secteur resté, des décennies durant, aux marges du droit de l'Union a fini par être attiré dans son orbite et sur les dynamiques qui ont permis l'éclosion d'une politique publique proprement européenne en la matière. L'absence d'immunité¹¹⁸ du secteur de la santé vis-à-vis des libertés économiques constitue sans aucun doute l'une des premières dynamiques à l'œuvre. La politique de santé a, également et depuis, vu son aire s'étendre sur un mode plus positif, quoique nettement « réactionnel ». Il faut se souvenir que c'est à la suite de l'épisode tragique de la « vache folle » que les Etats membres ont décidé d'accorder à l'Union une compétence générale (bien que matériellement limitée) pour améliorer la santé publique. Répondant à une logique fonctionnaliste, la sollicitation du droit de l'Union fait incontestablement sens. Elle se traduit concrètement par un déplacement, en l'espèce partiel, du centre de gravité d'une fonction. Ce faisant l'action de l'Union s'inscrit dans un cadre opérationnel dont les desseins normatifs résultent eux-mêmes d'une approche supranationale¹¹⁹. L'un ne se conçoit pas sans l'autre. Par les objets auxquels elle s'applique, les modalités de prise de décision ou encore la complexification croissante des modes d'intervention et d'articulation de la volonté publique, la politique de santé est, à certains égards, archétypale en ce qu'elle témoigne du fait que l'Union reste un système politique atypique.

¹¹³ CPJI, arrêt, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig* [Série B, n° 15]

¹¹⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 10^{ème} éd., p. 193 et s. Notons cependant que la jurisprudence se démarque parfois de cette évolution. Ainsi, le refus de la Cour de reconnaître l'invocabilité des accords de l'OMC témoigne clairement de cette volonté de résister à la subjectivisation de l'ordre juridique de l'Union. V. en ce sens, CJCE, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM)*, aff. C-120/06 P et C- 121/06 P, *Rec.* p. I-6513.

¹¹⁵ CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the RUC*, 222/84

¹¹⁶ J.-S. BERGE & S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, Thémis, droit, PUF, 2011, sp. pp. 17 et s.

¹¹⁷ E. BROSSET (dir.), *Droit européen et protection de la santé*, Bruylant, coll. Travaux de droit international et européen, 2015, 464 p.

¹¹⁸ L. HANCHER ET W. SAUTER, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford University Press, 2012, p. 5

¹¹⁹ J.-M. SOREL, L'institutionnalisation des relations internationales in J.-M. SOREL & E. LAGRANGE, *Droit des organisations internationales*, LGDJ, Lextenso-éditions, 2013, sp. pp. 30 et s.

En élargissant spectaculairement notre horizon mental et en jetant les bases d'une intégration juridique, la construction communautaire a, par ailleurs, catalysé une évolution dont les conséquences dépassent en outre largement les frontières du seul droit public. Le droit privé, dans toute sa diversité, n'est pas resté à l'écart de ce mouvement tant il est concerné dans son ensemble par le droit communautaire¹²⁰. Ces transformations ont été rendues possibles par la combinaison des libertés fondamentales garanties par les traités tels qu'interprétés par la Cour, du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité et du principe de reconnaissance mutuelle. Ils ont, par exemple, conduit à la consécration de la libre circulation des jugements puis, progressivement, à la constitution d'un espace judiciaire européen. Les libertés d'établissement et de circulation ont non seulement favorisé l'installation d'un grand nombre de ressortissants européens dans un autre Etat membre mais aussi modifié la conception que l'on peut avoir traditionnellement des lois de police¹²¹. Les relations familiales et personnelles elles-mêmes ont été informées, en tant que de besoin, par le droit de l'Union. On relève en ce sens que, dans le souci d'assurer tout son effet utile à la libre circulation des personnes, le législateur communautaire est intervenu sur plusieurs plans en droit international privé. Ainsi, une convention a-t-elle été adoptée dès 1980 pour régler les conflits de lois mettant en jeu un contrat de travail¹²². La convention a été transformée en un règlement assurant l'uniformisation des règles de détermination de la loi applicable aux contrats présentant une dimension internationale au sein de tous les Etats membres¹²³. Autre exemple, le règlement « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003 énonce, d'une part, des règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution pour toutes les décisions impliquant la responsabilité parentale à l'égard de tous les enfants résidant habituellement sur le territoire de l'Union et pose, d'autre part, des principes visant à régler les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Certaines des questions soumises, par ailleurs, à l'examen du juge de Luxembourg touchent directement à des institutions habituellement tenues pour socialement très structurantes¹²⁴ telles que le mariage¹²⁵ ou le partenariat entre personnes du même sexe¹²⁶.

¹²⁰ H. GAUDEMET-TALLON, L'influence des libertés fondamentales garanties par le droit communautaire sur le droit privé des Etats membres : quelques exemples, *Droits*, vol. 45, 2007, p. 143.

¹²¹ *Ibidem.*, p. 155.

¹²² Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE*, L n° 266 du 9 octobre 1980, p. 1

¹²³ Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit règlement « Rome I »), *JOUE* L 177 du 4 juillet 2008, p. 6.

¹²⁴ M. FALLON, L'épreuve comparative devant la Cour de justice in S. ROBIN-OLIVIER & D. FASQUELLE, *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire, une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008, p. 20.

¹²⁵ CJCE, 31 mai 2001, *D. c. Conseil*, C-122/99 P et C-125/99 P. Après avoir relevé que le terme « mariage » répondait à une « définition communément admise par les Etats membres » et qu'un nombre croissant d'Etats membres « ont mis en place, à côté du mariage, des régimes légaux accordant une reconnaissance juridique à diverses formes d'union entre des partenaires de même sexe ou de sexe différent et donnant à ces unions certains effets identiques ou comparables à ceux du mariage, tant entre les partenaires qu'à l'égard des tiers », la Cour a néanmoins refusé d'assimiler les seconds au premier. En effet, elle a entendu tenir compte du fait que « au-delà de leur grande hétérogénéité, ces régimes d'enregistrement de relations de couple qui n'étaient jusque-là pas reconnues par la loi sont, dans les Etats membres concernés, distincts du mariage ». Ce faisant, elle témoigne de sa volonté de ne pas heurter des Etats membres qui entendent maîtriser les grands débats de société (ou au moins d'en donner l'illusion). A l'inverse, dans son arrêt du 5 octobre 2009, le Tribunal n'a, en revanche, pas hésité à considérer que la notion de « partenariat enregistré » devait, en l'absence de notion communément admise, être définie de manière autonome. Faisant pièce aux arguments développés par la Commission, il a jugé que « l'interprétation autonome de la notion de 'partenariat non matrimonial' n'affecte pas la compétence exclusive des Etats membres en matière d'état civil des personnes et de détermination des prestations qui en découlent. En effet, dans la mesure où la définition donnée se rapporte à une notion statutaire, son champ d'application est nécessairement circonscrit par le cadre du statut. Elle régit uniquement l'octroi de certains avantages sociaux accordés par ce dernier aux fonctionnaires ou aux agents des Communautés européennes, et ne produit aucun effet dans les Etats membres, lesquels déterminent librement la mise en place de régimes légaux accordant une reconnaissance juridique à des formes d'union autres que le mariage, conformément à une jurisprudence bien établie » (Trib. de l'UE, 5 octobre 2009, *Commission c. Anton Pieter Roodhuijzen*, T-58/08 P). Le Tribunal ne prend ses distances par rapport à des solutions nationales disparates que dans la stricte mesure nécessaire à la réalisation de l'effet utile des dispositions du statut

¹²⁶ Trib. FP de l'Union européenne, 14 octobre 2010, *W. c. Commission*, F-86/09

Ce sentiment d'emprise est probablement accentué encore par la conception clairement extensive que la Cour développe du champ d'application matérielle du droit de l'Union. Ainsi, le juge de l'Union considère, de façon constante, que les libertés du traité constituent, que la matière relève ou non du champ de compétence de l'Union, « un cadre de comparution »¹²⁷ » y compris dans des domaines les plus emblématiques des compétences retenues¹²⁸ et que donc doit être clairement dissocié « le champ d'application du droit communautaire étendu à l'exercice de la compétence réservée des Etats de l'aire de compétence de la Communauté qui est limitée aux compétences octroyées par les Etats »¹²⁹. Il convient également de rappeler que, si, en principe, le juge ne s'exprime pas sur les situations purement internes dépourvues de lien avec une quelconque mobilité, en réalité, il accepte de statuer dans tous les cas où des effets sur la mobilité à l'intérieur de l'Union ne peuvent pas a priori être exclus. La notion de situation purement interne est donc en voie de démonétisation. La même conception extensive est manifeste à propos de l'obligation de respect des droits fondamentaux. Au terme de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, celle-ci ne lie les Etats membres que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », c'est-à-dire, dans le « champ d'application du droit de l'Union »¹³⁰. Or, dans l'affaire *Akerberg*¹³¹, la Cour était invitée à se prononcer sur la conformité au principe *non bis in idem*, tel qu'énoncé par la Charte des droits fondamentaux, d'un dispositif législatif permettant un cumul de sanctions administratives et pénales. La question essentielle était celle de l'application de la Charte à une situation dans laquelle le droit de l'Union se limitait à imposer à l'Etat de prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à garantir la perception de l'intégralité de la TVA due sur son territoire et à lutter contre la fraude. Le lien entre cette obligation et la nature des sanctions adoptées par l'Etat était-il suffisant pour entraîner l'application de la Charte ? La Cour a choisi de retenir une interprétation de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » suffisamment compréhensive pour promouvoir une large application de la Charte.

B- Les rapports de système entre relation de dépendance et effets mutagènes

S'il n'est pas exclusivement un « droit des Etats », l'efficacité du droit de l'Union n'en demeure pas moins subordonnée à une sorte de validation interne. Cette perception fût-elle péjorative aux yeux des défenseurs d'une suprématie sans réserve, le droit de l'Union continue à être appréhendé invariablement comme un droit second. Il serait illusoire de croire que les Etats, entités résultant d'un processus d'autocréation¹³², auraient pu reconnaître à une organisation internationale et au droit qu'elle engendre une puissance fondatrice. Compte tenu du caractère incomplet de l'ordre juridique de l'Union lui-même, la situation ne peut qu'être imparfaite. Si le rôle des Etats membres, dans la mise en œuvre du droit et des politiques de l'Union, a longtemps été sous-estimé par la doctrine, ils ne se sont politiquement et pratiquement jamais effacés. Se forge ainsi une relation de dépendance à l'égard des structures nationales qui conforte les Etats dans une culture de résistance à l'idée même d'une prévalence d'origine purement externe¹³³. La dépendance est toutefois mesurée et

¹²⁷ L. AZOULAI, Le rôle constitutionnel de la CJCE tel qu'il se dégage de sa jurisprudence, *RTDE*, 2008, pp. 35-36.

¹²⁸ L. AZOULAI, The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law ? *European Journal of Legal Studies*, Volume 4, Issue 2 (Autumn/Winter 2011), p. 192-219.

¹²⁹ D. RITLENG, Les Etats membres face aux entraves in L. Azoulai (Dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, p. 305.

¹³⁰ Cf. not. CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, *Rec.*, p. I-11315, pt. 72.

¹³¹ CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10.

¹³² M. VIRALLY, Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes in *Mélanges H. Rolin*, Pedone, 1964, p. 494

¹³³ J.-P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne, étude comparée : Allemagne, France, Italie*, LGDJ, 2015.

s'accompagne d'effets mutagènes produits par le droit de l'Union à l'endroit des droits nationaux. Bref, au stade de l'exécution (lato sensu) du droit de l'Union européenne, on voit se dessiner les contours d'un processus de « circulation à double sens »¹³⁴ qui confirme l'intrication entre droit de l'Union et droits nationaux.

1- Une dépendance mesurée

Il faut garder à l'esprit le fait que la Cour de Justice n'a jamais qualifié la Communauté ou l'Union de souveraine, préférant évoquer les droits souverains dont elle serait attributaire¹³⁵. Tant et si bien d'ailleurs que la liberté des Etats membres reste entière et que les Etats conservent donc une existence politique autonome. Conscients du caractère fonctionnellement déraisonnable et politiquement inacceptable d'une concentration des pouvoirs aux mains des seules instances communautaires, les rédacteurs du Traité ont donc marqué leur inclination pour le procédé d'exécution indirecte et médiate du droit de l'Union. Ainsi, les Etats membres peuvent, selon les cas, prendre des mesures complémentaires de caractère individuel¹³⁶ ou général. C'est également dans cette perspective que la Cour a énoncé, *mezza voce*, le principe d'autonomie institutionnelle. A ce titre, elle considère, par exemple, que « lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux Etats membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit de l'Union, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les Etats à des organes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etat »¹³⁷.

En ce sens, la consécration du principe d'autonomie n'est que la conséquence du choix fait en faveur d'une application décentralisée du droit de l'Union européenne. Il serait cependant imprudent d'en déduire que les relations entre ordres juridiques se soient spontanément inscrites dans un registre harmonique. Le point d'équilibre (fragile) a été bien difficile à trouver. Il semble toutefois que ces rapports soient entrés, au cours des dernières années, dans une ère de rassurante clarté. Ils paraissent empreints de la sagesse que l'on prête souvent aux connivences qui se sont imposées après de longues périodes de défiance. Le principe d'autonomie ne serait finalement que l'expression d'une indifférence¹³⁸ d'autant plus confiante à l'égard des Etats membres que leur pouvoir d'auto-organisation serait encadré. En effet, tout en conceptualisant, par souci de réalisme, le principe d'autonomie, la Cour n'en a pas moins canalisé les effets potentiellement dévastateurs d'un usage débridé par ces mêmes Etats membres de leur marge de liberté. C'est ainsi qu'elle leur a imposé, au fil de sa jurisprudence, le respect des principes d'équivalence et d'effectivité.

De plus, si le traité prend acte du maintien dans la sphère régaliennne de certains domaines, aucune de ces compétences ne peut être mise en œuvre sans considération pour les exigences les plus fondamentales de l'intégration. Tout en se situant clairement en dehors du champ d'application matérielle du traité, l'exercice de ces prérogatives est contraint par la nécessité de tenir compte de l'influence connexe du droit de l'Union. Par ailleurs, lorsque le traité aménage, au profit des Etats, diverses dérogations visant à la sauvegarde de leurs intérêts

¹³⁴ Selon l'expression de L. Dubouis in *Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ?*, *Mélanges P. Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, p. 443.

¹³⁵ CJCE 15 juillet 1964 *Costa c. ENEL* 6/64, *Rec.* p. 1141.

¹³⁶ Cette forme d'intervention consiste en l'adoption de mesures concrètes et individuelles, visant à assurer, à l'égard des particuliers, la gestion matérielle et quotidienne du droit et des politiques communautaires.

¹³⁷ Nous soulignons, CJCE, 15 décembre 1971, *International fruit company*, aff. Jointes 51/71 à 54/71, *Rec.* p. 1107.

¹³⁸ L. AZOULAI, "La loi et le règlement vus du droit de l'Union européenne", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc19/ccc19somm.htm>

essentiels, les justifications avancées par ceux-ci feront toujours l'objet d'un examen calibré. Dit autrement, si chaque Etat membre demeure théoriquement libre de prendre les décisions que commande la sauvegarde de ses intérêts¹³⁹, il doit agir dans le cadre des limites imposées par le traité tel qu'interprété par la Cour. Dès lors, la notion d'ordre public doit être entendue strictement et ne peut pas être déterminée unilatéralement par chacun des États sans contrôle des institutions de l'Union.

En toute hypothèse, l'application du droit de l'Union européenne est un processus juridiquement complexe imposant simultanément le respect dû à la liberté souveraine des Etats membres et aux nécessités de l'intégration.

2- Les effets mutagènes du droit l'Union européenne

En situation de dépendance vis-à-vis des systèmes juridiques nationaux, le droit de l'Union exerce, dans le même temps, une influence sur leur agencement autant que sur leur armature. Sans prétendre à l'exhaustivité, le pourrions-nous dans le cadre nécessairement limité de cette contribution, nous porterons attention à deux aspects de ce phénomène. Il semble, d'une part, que le droit de l'Union ne reste pas sans conséquence sur les clivages structurant traditionnellement l'ordre juridique français. Il apparaît, ensuite, que l'exécution du droit de l'Union révèle d'imperceptibles mutations de la hiérarchie des normes internes.

a- La *summa divisio* fragilisée

Le droit de l'Union européenne se situe dans un « ailleurs ». *Sui generis*¹⁴⁰, il n'est pas fongible dans un agencement qui lui est, en apparence, étranger. Dénoncée comme inapte à rendre compte précisément de ce qu'est un ordre juridique ou invoquée par des juristes hurlant à sa dislocation, la distinction entre droit public et droit privé, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, n'en continue pas moins de s'imposer, du moins en droit français, comme une référence « irrécusable »¹⁴¹. Pour autant, sa centralité ne suffit pas à lui conférer le caractère d'une théorie explicitant l'architecture de l'ordre considéré. La *summa divisio* est, à l'évidence, un objet de connaissance pour ceux qui prétendent l'étudier¹⁴², il est moins sûr, compte tenu notamment du foisonnement des critères mobilisés afin de justifier le rattachement d'une matière à l'une ou l'autre de ses branches, que nous disposions là d'une théorie explicative fiable.

Le droit de l'Union européenne n'est pas sensible à la distinction « droit public – droit privé » car elle ne présente, le concernant, aucune véritable vertu heuristique. Elle n'est en rien l'une de ces institutions invisibles qui organisent en profondeur un espace social et politique. De préférence à tout autre clivage, on distinguera ici le droit institutionnel dont la syntaxe et la grammaire s'inscrivent sans nul doute dans un registre de droit public, du droit matériel dont la structure sans pouvoir ignorer le partage entre matières de droit public et de droit privé répond avant tout à une logique de nature plus fonctionnelle. S'il se rattache au droit public par ses sources ou sa constitution organique, force est donc de constater que le champ du droit de l'Union européenne ne se laisse pas prendre dans les mailles d'une démarche polarisante.

¹³⁹ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, 41/74

¹⁴⁰ F. PICOD, Le droit de l'Union européenne est-il soluble dans la *summa divisio* droit privé-droit public ? in B. BONNET ET P. DEUMIER, *De l'intérêt de la Summa divisio Droit public-Droit privé ?*, Dalloz, 2010, p. 56.

¹⁴¹ L. DUBOIS, Conclusions in B. BONNET ET P. DEUMIER, *De l'intérêt de la Summa divisio Droit public-Droit privé ?*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁴² J. B. AUBY, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 294, p. 295.

« Saisi en tant que tel »¹⁴³, le droit de l'Union s'est donc lui-même montré largement indifférent à une frontière tenue ailleurs pour fondatrice. Cette herméticité résulte du fait que ce droit a été originellement conçu comme un ordre visant d'abord à soumettre objectivement les Etats membres à un ensemble d'obligations unilatérales et placées au service d'un projet d'intégration. Rappelant, que l'attribution de compétences à l'Union s'est accompagnée d'une limitation subséquente des pouvoirs étatiques, la Cour de justice a jugé que la cohérence dicte aux États, qui ont souverainement porté sur les fonts baptismaux l'Union, d'accepter la primauté des normes qu'elle édicte comme conséquence de leur engagement initial¹⁴⁴. La prise en compte de la distinction n'a de sens que dans la mesure où elle vise, non à la structuration interne de l'ordre juridique de l'Union, mais à une identification des limites de son périmètre d'efficacité. Au-delà, la primauté lui assurant une position de surplomb (même si cette conception hiérarchisante demande à être fortement nuancée¹⁴⁵), le droit de l'Union européenne s'imisce d'une façon qui semble parfois intrusive dans des domaines dont la maîtrise continue, du moins nominale, à relever des seuls Etats membres. Il vrai que la capacité de ces derniers à garder immaculée une pelisse sérieusement mitée peut paraître désormais illusoire. Leur marge de liberté, y compris dans l'exercice de leurs compétences retenues, s'érode. En ce sens, le droit de l'Union européenne affecte à des degrés divers le droit public et le droit privé sans toutefois remettre en cause, dans les systèmes où il existe, un clivage qui « résiste tout à fait bien »¹⁴⁶. Au-delà de cette « résistance formelle », on relève pourtant, dans un certain nombre de domaines, un « glissement de fond »¹⁴⁷. Il contribue ainsi à déplacer les lignes de partage entre sphères publiques et privées. Ce faisant, le droit de l'Union européenne peut, en fonction de ses seuls impératifs, placer la frontière entre « ce qui est propre à la puissance publique, à l'ordre public » ou la « placer ailleurs que là où elle est située par les droits nationaux »¹⁴⁸. Il hâtera ainsi, par exemple, un recul du droit public à la faveur de ce que l'on décrira sans doute grossièrement comme un mouvement de privatisation de l'économie.

b- Une hiérarchie des normes en mutation

La mise en œuvre du droit de l'Union revient moins à accueillir des normes externes qu'à assister, parfois, à la transformation des catégories normatives de référence.

Les mesures nationales d'exécution du droit de l'Union jouissent, notamment sur le plan contentieux, d'un régime juridique témoignant de la singularité relative de leur positionnement dans la hiérarchie des normes. A cet égard, les actes pris pour l'exécution de normes édictées par l'Union ne sont ni la seule ni la première des catégories juridiques, objet d'un traitement particulier. Traditionnellement, il est des actes que les juges, pour différentes raisons, se refusent à contrôler¹⁴⁹. Dans d'autres hypothèses, le contrôle est plus simplement inutile. Tel est le cas s'agissant d'un acte édicté pour la mise en œuvre d'une compétence liée.

¹⁴³ J.-S. BERGE, La *summa divisio* droit privé – droit public et de le droit de l'Union européenne : un question pour qui ? Une question pour quoi ? in B. BONNET & P. DEUMIER, *De l'intérêt de la Summa divisio Droit public-Droit privé ?*, op. cit., p. 51.

¹⁴⁴ D. SIMON, Les fondements de l'autonomie du droit communautaire in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, sp. pp. 219 et s.

¹⁴⁵ B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso éditions, 2013, sp. pp. 73 et s.

¹⁴⁶ J.-B. AUBY, « La distinction du droit public et du droit privé », op. cit., p. 300.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Ainsi en va-t-il des mesures ne concernant que la vie intérieure de l'administration et ne s'adressant pas directement aux administrés. Elles sont, en principe, dénuées de valeur normative et le plaideur ne saurait s'en prévaloir utilement à l'appui d'une action en annulation. Si le juge retient, au moment de l'examen de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir la qualification de mesure d'ordre intérieur, l'administration est assurée du bénéfice d'une véritable immunité juridictionnelle. Pour d'autres motifs, tel est également le traitement réservé aux actes de gouvernement, catégorie dont on sait toutefois qu'elle n'a cessé de s'étier au fil du temps. Incompétentes, les juridictions ne peuvent ni ne veulent en connaître.

La censure d'une décision que l'administration n'avait pas d'autre choix ne pas prendre serait vaine¹⁵⁰. Même fondés, les moyens tirés de la légalité interne ou externe sont alors immanquablement voués au rejet pour inopérance. Cette dernière situation n'est pas sans évoquer, dans ses grandes lignes, celle qui nous retient ici. Lorsque les autorités nationales mettent en œuvre un acte de l'Union, leur marge d'appréciation peut s'avérer matériellement très étroite. Assumant leur mission d'exécution conformément aux prescriptions contenues dans la matrice européenne, les organes de l'Etat membre pourraient, de ce fait même, être conduits à méconnaître certaines normes supérieures du droit interne. On assisterait alors à un « heurt de règles »¹⁵¹, manifestation d'une illégalité complexe caractérisée par le rapport dual et contradictoire qu'entretient simultanément l'acte d'exécution avec la règle européenne et le reste du droit national.

Toutes les antinomies sont envisageables. A cet égard, l'examen de la jurisprudence nous permet de penser que la mesure nationale d'exécution peut, indifféremment, enfreindre une composante du bloc de constitutionnalité ou de légalité. Il revient alors au juge national, saisi d'un recours dirigé contre cette mesure, de « substituer à la collision de droit un système de priorité »¹⁵². Dans l'impossibilité de donner, en même temps, effet à l'acte national de mise en œuvre, et à travers lui à la réglementation européenne de base, et à la norme de droit interne bafouée, il doit trouver la voie d'une conciliation acceptable et au besoin trancher. Ne pas sanctionner la contradiction, revient à consacrer, au détriment des seconds, un profond hiatus entre cet acte et les éléments les plus divers de la légalité étatique. A l'inverse, annuler, dans ces conditions, la mesure d'exécution comporte le risque d'une atteinte à la primauté et à l'uniformité d'application du droit de l'Union. Le choix est difficile mais la réponse est dictée par les impératifs de l'ordre juridique de l'Union sans doute tempérés par les exigences de l'identité nationale.

En cela, la qualité de mesure nationale d'exécution induit l'application d'un régime contentieux partiellement spécifique, conséquence logique de la symbiose entre la norme appliquée et la norme appliquant(e). L'une bénéficiant de l'immunité qui est habituellement reconnue à l'autre. Cela signifie-t-il pour autant qu'il y ait un déplacement vers le sommet de la pyramide normative d'un acte naturellement appelé à être cantonné à sa base ou du moins à un échelon inférieur? Une loi, un décret ou un arrêté d'exécution seraient-ils ainsi exceptionnellement élevés, par la seule volonté des institutions communautaires, à un niveau hiérarchique supérieur, de telle façon qu'ils échapperaient au traitement auquel ils sont normalement soumis? Il ne faut se méprendre ni sur la portée du phénomène ni même sur l'autorité du droit de l'Union.

Tout d'abord, cette immunité reste limitée. Ainsi, le Conseil constitutionnel ne dit pas autre chose lorsqu'il précise que l'exigence de transposition 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 »¹⁵³. Traduction d'une exigence constitutionnelle (l'article 88-1 est expressément visé par le Conseil), les actes nationaux d'exécution (quel que soit leur rang hiérarchique) jouissent donc d'une présomption de conformité à la constitution. Le Conseil se garde donc d'exercer un contrôle sur la constitutionnalité d'une loi de transposition dès lors qu'il devrait apprécier la validité de la norme européenne alors même que le principe

¹⁵⁰ A.-S. MESCHERIAKOFF, *La compétence liée permet-elle à l'administration de violer la loi?*, RA, 1983, p. 575.

¹⁵¹ P. FORTIERS, Les antinomies en droit in *La pensée juridique de Paul Fortiers*, travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, éd. E. Bruylant, 1982, vol. 2, p. 439, spécialement p. 441.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 445.

¹⁵³ Cons. const., 27 juill. 2006, déc. n° 2006-540 DC et Cons. const., 30 nov. 2006, déc. n° 2006-543 DC. V. également, M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, spéc. p. 339.

éventuellement en cause serait consacré au niveau européen et protégé par la Cour de justice. Dès lors que la contrainte serait spécifique à l'ordre constitutionnel français, c'est-à-dire absolument insusceptible d'être appréhendé par le prisme de l'équivalence des protections, le juge constitutionnel retrouverait sa latitude d'action. Ce faisant, le Conseil a emboîté le pas de cours constitutionnelles européennes qui développent, depuis longtemps, des jurisprudences minorant, à cet égard, la portée du principe de primauté.

Le Conseil d'État lui-même a refusé de renoncer, par principe, à la possibilité d'exercer un contrôle de la légalité (ou de la constitutionnalité) du droit interne d'exécution et donc, par extension, de la norme européenne de référence¹⁵⁴. Puisant à la source du raisonnement déployé par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Bosphorus*, le Conseil d'État reste en retrait dès lors que la Constitution et le droit primaire, tel qu'interprété par la Cour, offrent une égale protection. En cas d'équivalence, l'éventuelle contradiction se ramènera à un conflit opposant la directive à la norme européenne supérieure dont il appartiendra à la seule Cour de justice de dessiner la solution. Dans cette perspective, le juge français s'en tiendra à l'appréciation de la Cour de justice et veillera à écarter le moyen tiré d'une violation par l'acte de transposition du principe constitutionnel considéré¹⁵⁵. Tout en demeurant théoriquement possible, le conflit entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union devient alors très improbable. Toutefois, et en tout état de cause, le Conseil d'État a rappelé que l'obligation de loyauté ne saurait affranchir les autorités nationales du respect des règles de procédures. Les juges conservent ainsi un moyen efficace de bloquer, ou au moins de freiner, la pénétration du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne¹⁵⁶. En effet, la conformité matérielle de l'acte national¹⁵⁷ à la norme européenne ne saurait garantir en toutes circonstances la légalité du premier.

Ensuite, cette immunité plus que relative résulte probablement moins de qualités intrinsèques du droit national d'exécution que de l'autorité des normes habilitantes. Par exemple, quand une directive est régulièrement transposée, elle s'efface presque totalement derrière les mesures édictées, par l'État membre, pour sa transposition. En considérant qu'elle ait été correctement exécutée par décret, une loi qui, adoptée postérieurement à cette opération, interviendrait dans son champ d'application devrait, dans l'hypothèse d'une contrariété, être écartée par le juge. Cette situation surprenante et à nulle autre pareille dans un contexte strictement interne, ne saurait être perçue comme la preuve de la subite élévation hiérarchique du décret, mais plutôt comme celle de la survivance de la primauté d'un acte de l'Union par nature évanescents mais encore capable d'empêcher, en vertu du principe, la « formation valable » d'un acte national contraire.

Contestable, peut-être parce que difficilement intelligible, l'originalité de la situation des mesures nationales d'exécution du droit de l'Union est pourtant bien réelle. On ne peut désamorcer la difficulté, sur un plan théorique, qu'en considérant que ces règles d'exécution du droit de l'Union ou du droit étatique, en dépit d'appellations identiques, ressortissent à des segments différenciés de l'ordonnement juridique interne. Sans véritablement susciter

¹⁵⁴ CE, ass., 8 févr. 2007, n° 287110, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et a.*

¹⁵⁵ CE, 3 juin 2009, n° 287110, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*

¹⁵⁶ CE, sect., 11 juill. 1988, n° 50638, *Conseil départemental de l'Ordre des médecins des Alpes-Maritimes c/ BoucqRec*. CE 1988, p. 291, concl. Mme Moreau

¹⁵⁷ A laquelle le juge administratif est évidemment très attentif. CE, sect., 10 avr. 2008, n° 296845, n° 296907, *Conseil national des Barreaux et a. v. H. LABAYLE ET R. MEHDI*, Le Conseil d'État et la protection communautaire des droits fondamentaux, observations sur l'arrêt Conseil national des Barreaux, *RFDA* 2008, p. 737. Cette décision témoigne clairement du fait que la « prescriptivité » du droit de l'Union est désormais non seulement admise sans réserve par le juge administratif mais parfaitement garantie.

l'apparition d'échelons nouveaux, la mise en œuvre du droit de l'union paraît encourager l'enrichissement de la hiérarchie des normes. La pyramide sans s'étirer vers le haut, par adjonction d'étagements supplémentaires se densifie et s'élargit.

*
* *

Le droit de l'Union : « droit des Etats » ou droit s'imposant aux Etats ... ? La question reste sans doute largement (et peut-être indéfiniment) ouverte. Il nous semble surtout que ces débats qui, comme tous ceux qui ont trait aux conséquences qu'il convient de tirer de la spécificité (réelle ou supposée) de l'ordre juridique l'Union, ont inévitablement « conduit à des prises de positions subjectives sur sa nature qui ne sont pas indépendantes soit des préférences politiques et idéologiques, soit des réserves que suscite la construction communautaire »¹⁵⁸. Tenons-nous en plus prudemment aux faits. Or, il semble bien qu'une lecture dépassionnée des rapports de systèmes se soit progressivement imposée au fil des quinze dernières années. La mitoyenneté du droit de l'Union et des droits des Etats membres, à tous les stades, de la formation à la réalisation du droit de l'Union, est désormais assez largement admise. Cette évolution a été rendue possible par le fait que tous (en particulier les juges) s'accordent à considérer que les relations entre les systèmes s'arriment solidement à une communauté de valeurs qu'il faut animer dans un constant souci de confiance mutuelle. L'impératif catégorique d'une protection optimale des droits fondamentaux a sans aucun doute permis de faire apparaître ces valeurs communes.

Il n'est pourtant pas certain que le navire continue à voguer très longtemps sur des eaux apaisées. En effet, alors que les valeurs semblaient être devenues un ciment incontesté de loyautés, l'Union doit affronter des crises qui révèlent, comme jamais, la fragilité de cette adhésion. Pour la première depuis sa fondation, l'Union voit son devenir menacé non plus par des luttes d'intérêts entre Etats mais par des divergences portant sur l'essentiel. L'équilibre qu'elle était parvenue à atteindre entre sophistication juridico-institutionnelle et ambition d'un projet politique conçu comme universel pourrait être rompu à brève échéance. Il n'est pas certain que ce qui fût une expérience unique résiste à la tourmente. Le droit de l'Union, en tant que droit commun des Etats membres, cesserait d'exister. Ne resteraient plus alors que « les » droits des Etats membres ...

¹⁵⁸ J.-C. GAUTRON, La qualification de l'ordre juridique communautaire » in H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel, Droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica, PUAM, 2001, p. 364