

**LA JURISPRUDENCE *SIMMENTHAL* DANS LA FORCE DE L'AGE. VERS UNE
COMPLETUDE DES COMPETENCES DU JUGE NATIONAL?¹**

Brunessen BERTRAND²

INDEX

**1. LES INCIDENCES DE LA PRIMAUTE SUR L'APPLICABILITE IMMEDIATE DU
DROIT DE L'UNION**

1.1 L'atténuation possible de l'exigence d'immédiateté

1.2 L'élargissement potentiel de l'effet d'éviction

**2. LES CONSÉQUENCES DE LA PRIMAUTÉ SUR LA HIÉRARCHIE
JURIDICTIONNELLE INTERNE**

2.1 L'insubordination du pouvoir d'appréciation du juge national

2.2 L'autonomisation de la compétence préjudicielle du juge national

Depuis plus de trente ans, la jurisprudence *Simmenthal*³ s'est imposée avec la force de l'évidence, sans que la Cour de justice ait réellement eu à la réaffirmer. Le « contentieux de deuxième génération » a clairement mis en relief « les conséquences qu'il appartient aux juridictions nationales de tirer de cette exigence existentielle du droit communautaire »⁴

¹ Reproduction de l'Etude paru sur la *Revue Française de Droit Administratif*, n. 2/2011, p. 367 - 376 - Rubrique *Droit Administratif de L'union Européenne* sous la direction de Louis DUBOUIS .

² Docteur en droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

³ CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, Rec. CJCE p. 629.

⁴ D. Simon, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, p. 481.

qu'est la primauté. Aussi, la « plénitude de compétence »⁵ du juge national en sa qualité de juge de droit commun de l'Union européenne semble parfaitement intégrée par les juridictions nationales, qui ont toutes développé le réflexe européen nécessaire au bon fonctionnement du système juridictionnel décentralisé de l'Union⁶. Dans ces conditions, pourquoi revenir sur une jurisprudence trentenaire dont les prémisses n'ont jamais été remises en cause? Peut-être parce qu'un mouvement de contestation de la primauté⁷ pourrait faire douter de sa pérennité. L'appel à l'identité constitutionnelle nationale par certaines juridictions suprêmes a pu donner le sentiment que des exceptions à cette plénitude de compétence étaient à terme inévitables. Mais, à rebours de ce mouvement de reflux du principe de primauté⁸, un certain nombre d'arrêts récents, d'ailleurs pour la plupart rendus en Grande chambre, se réclament de la solution *Simmmenthal* pour imposer des solutions souvent assez audacieuses pour la compétence du juge national. Dans un intervalle de temps très réduit, des arrêts importants tels que *Cartesio*⁹, *Filipiak*¹⁰, *Küçükdeveci*¹¹, *Melki et Abdeli*¹², *Purrucker*¹³, *Winner Wetten*¹⁴ et *Elchinov*¹⁵, sont ainsi

⁵ A. Barav, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de J. Boulouis*, Dalloz, 1992, p. 1, spéc. p. 15.

⁶ V. par ex., CE, ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, Lebon p. 407.

⁷ D. Ritleng, De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union, RTD Eur. 2009. 677.

⁸ H. Gaudin, « Primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de Justice », in *Mélanges en l'honneur de P. Manin*, Pédone, 2010, p. 639, spéc. p. 641. A. Levade, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de P. Manin*, op. cit., p. 109.

⁹ CJCE 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, Rec. CJCE p. I-9641.

¹⁰ CJCE 19 nov. 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, Rec. CJCE p. I-11049.

¹¹ CJUE 19 janv. 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07.

¹² CJUE 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10.

venus préciser ou approfondir l'office européen du juge national sur le fondement de l'arrêt *Simmenthal*. Cet atavisme affiché mérite une explication.

La reprise, souvent *in extenso*, des considérants *Simmenthal* dans cette série d'arrêts récents est-elle un aveu d'échec, la preuve de l'inconséquence d'une jurisprudence qui n'a pas su, en l'espace de trente ans, imposer ses solutions¹⁶ ou faut-il y voir au contraire le signe d'une vitalité jamais démentie? Si la pédagogie commence par la répétition, la réitération de la solution *Simmenthal* témoigne-t-elle d'une méconnaissance, par certaines juridictions nationales, de ses prémisses ou n'est-ce là que le rappel solennel d'une jurisprudence qui fait autorité depuis plus de trois décennies et fait partie de ces rares jurisprudences qui n'ont jamais été modifiées? C'est qu'en effet, et contrairement à beaucoup d'autres, la solution *Simmenthal* n'a pas varié d'une syllabe¹⁷ : pas d'exception à

¹³ CJUE 15 juill. 2010, *Purrucker*, aff. C-256/09, non encore publiée (nep).

¹⁴ CJUE 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, nep.

¹⁵ CJUE 5 oct. 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, nep.

¹⁶ Au regard de la clarté de l'arrêt *Simmenthal*, « il peut surprendre que, trente ans plus tard, des États membres et des cours nationales s'efforcent encore de combattre cette jurisprudence » (D. Sarmiento, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. L'arrêt *Melki* : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française RTD Eur. 2010. 588).

¹⁷ V., par ex., CJCE 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, Rec. CJCE p. I- 2433, pts 18 et 20 ; CJCE 4 juin 1992, *Debus*, aff. jtes C-13/91 et C-113/91, Rec. CJCE p. I-3617, pt 32 ; CJCE 22 oct. 1998, IN. CO. GE'90, aff. jtes C-10/97 à C-22/97, Rec. CJCE p. I-6307, pt 20 ; CJCE 28 juin 2001, *Larsy*, aff. C-118/00, Rec. CJCE p. I-5063, pt 51 ; CJCE 20 sept. 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, Rec. CJCE p. I-6297, pt 25 ; CJCE 17 sept. 2002, *Muñoz et Superior Fruិតicola*, aff. C-253/00, Rec. CJCE p. I-7289, pt 28 ; CJCE 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, aff. C-187/00, Rec. CJCE p. I-2741, pt 73 ; CJCE 3 mai 2005, *Berlusconi*, aff. C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. CJCE p. I-3565, pt 72.

ses principes, pas de solution emportant un subtil *distinguishing*¹⁸, la solution de 1978 est restée intacte au fil du temps. Pourtant, il semble qu'elle ait évolué, en s'élargissant souvent, en se limitant peut-être aussi, mais en s'imposant toujours en définitive quand un juge national se laissait tenter par les arguments de certaines parties.

La revitalisation de la solution *Simmenthal* opérée par cette série d'arrêts paraît alors résulter de la force des choses et ne semble pas être liée à un possible affaiblissement du principe de primauté.

L'arrêt *Winner Wetten*¹⁹ le réaffirme trop solennellement pour que cela puisse être le cas, d'autant que la solution *Simmenthal* n'a pas seulement été rappelée, elle a été renforcée aussi bien directement qu'indirectement. Elle s'est ainsi trouvée consolidée par le principe de protection juridictionnelle effective, principe général du droit de l'Union qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, et consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce principe résulte désormais aussi de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En vertu de ce principe, il incombe aux juridictions des États membres, par application du principe de coopération loyale, d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union²⁰. Le traité de Lisbonne va dans le même sens, puisque l'article 19, § 1, alinéa 2, du Traité sur l'Union européenne (TUE) dispose que « les États membres établissent les voies de recours

¹⁸ En dépit de la fréquence du recours à cette technique. V. L. Coutron, *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, RTD Eur. 2009. 643.

¹⁹ « Il ne saurait en effet être admis que des règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union » (CJUE 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, nep, pt 61).

²⁰ CJCE 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, Rec. CJCE p. I-2271, pts 37 et 38.

nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

Par ricochet, ce mouvement renforce la solution *Simmenthal*²¹, dès lors que la protection juridictionnelle des particuliers est « le pendant barométrique de l'effectivité du droit communautaire »²² ; les justiciables « ont un droit au juge investi de la plénitude de compétence pour apprécier librement la conformité au droit communautaire 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 »²³. Depuis toujours, la Cour de justice fait confiance à la « vigilance des particuliers » pour assurer l'effectivité du droit communautaire²⁴. Dans ces conditions, la consolidation dont la solution *Simmenthal* fait l'objet prend une dimension particulière. Le courant jurisprudentiel actuel tend à réaffirmer autant qu'à renforcer la jurisprudence trentenaire quant à la plénitude de compétence du juge national. Cet affermissement des conséquences de la primauté sur l'office du juge national permet de penser que l'on aurait peut-être atteint une complétude de la définition des compétences du juge national en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne. Dans l'arrêt *Simmenthal*, le juge avait « fait preuve d'un très grand pragmatisme » en se limitant

²¹ V., en ce sens, P. Manin, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne, AJDA 2010. 1023.

²² A. Barav, « Le juge et le justiciable », *Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milan, Giuffrè, 1998, vol. II, p. 1, spéc. p. 4.

²³ A. Barav, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de J. Boulouis*, Dalloz, 1992, p. 1, spéc., p. 15.

²⁴ Pour la Cour en effet, « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles ex-169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres » (CJCE 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff C-26/62, Rec. CJCE p. 3). Il existe « un lien fort entre les idées d'unité du droit communautaire et de protection juridictionnelle des particuliers » de sorte que ces deux objectifs sont « interdépendants » pour la Cour de Justice (O. Dubos, Les juridictions nationales, juge communautaire, Dalloz, 2001, p. 119).

« à considérer que le juge ne doit pas appliquer la norme nationale contraire, sans développer les conséquences pour l'ordonnement juridique interne de cette "inapplicabilité" »²⁵. La jurisprudence *Simmenthal* serait aujourd'hui dans la force de l'âge en ce qu'elle aurait enfin déployé la totalité de ses effets, dont certains seraient restés en germe pendant toutes ces années. L'enracinement des compétences du juge national est en effet passé par certaines adaptations qui rendent nécessaire de prendre la mesure des incidences de la primauté sur l'applicabilité immédiate du droit de l'Union. Plus encore, il ne fait guère de doute que le juge est allé au-delà de cette simple réaffirmation et s'est attaché à en tirer de nouvelles conséquences.

Aussi bien l'« émancipation du juge interne au regard du droit national, par l'auto-appropriation de sa part de certains pouvoirs »²⁶ qui résulte de l'arrêt *Simmenthal*, est poussée plus avant. On note ainsi un nombre significatif de solutions qui ont en définitive pour effet d'affaiblir l'autorité des juridictions supérieures, de sorte qu'il semble important d'évaluer les conséquences nouvelles de la primauté sur la hiérarchie juridictionnelle interne.

1. LES INCIDENCES DE LA PRIMAUTE SUR L'APPLICABILITE IMMEDIATE DU DROIT DE L'UNION

La Cour de justice affirmait en 1978 que l'applicabilité directe « signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets d'une manière uniforme dans tous les États membres »²⁷. L'idée était que les dispositions du droit

²⁵ O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, op. cit., p. 61.

²⁶ E. Dubout, Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire, *RTD Eur.* 2007. 427.

²⁷ CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, Rec. CJCE p. 629, pt 14.

communautaire devaient être « une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elle concerne », à savoir aussi bien le juge que les particuliers²⁸. La Cour de justice souligne donc avec constance l'incompatibilité avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union de toute disposition d'un ordre juridique national ou de toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union²⁹. L'application dans le temps de la solution *Simmenthal* s'est stabilisée autour d'un certain équilibre. D'un côté, l'atténuation de l'exigence d'immédiateté paraît possible; d'un autre côté, l'effet d'éviction, qui résulte de la primauté, pourrait être élargi dans des situations particulières.

1.1. L'atténuation possible de l'exigence d'immédiateté

L'arrêt *Simmenthal* est itérativement réaffirmé avec force. Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel³⁰. Dans le même temps, la Cour de justice admet que des assouplissements sont possibles. Si la question du maintien provisoire d'une loi inconstitutionnelle n'est pas encore résolue, celle de l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité montre bien que les exigences posées par l'arrêt *Simmenthal* peuvent occasionnellement être adoucies.

La question du maintien provisoire d'une loi inconstitutionnelle

²⁸ *Ibid.*, pts 14 à 16

²⁹ *Ibid.*, pt 22

³⁰ *Ibid.*, pts 21 et 24.

L'arrêt *Winner Wetten*³¹ soulevait la question de savoir si l'effet d'éviction de la réglementation nationale jugée contraire au droit de l'Union, découlant du principe de primauté, pouvait être suspendu le temps nécessaire à la mise en conformité de cette réglementation avec le traité. En d'autres termes, le juge national peut-il continuer à appliquer à titre exceptionnel et transitoire sa réglementation nationale et donc déroger à l'obligation imposée par la jurisprudence *Simmenthal* pour éviter un vide juridique? Pour y répondre, la Cour commence par reprendre point par point l'arrêt *Simmenthal*. Ce rappel « particulièrement pédagogique » était d'ailleurs « assorti d'une leçon de coopération juridictionnelle destinée à préciser les modalités selon lesquelles doit être assurée la protection juridictionnelle effective des droits des justiciables »³².

Il est assez remarquable que tous les États membres ayant présenté des observations se soient ralliés à l'idée d'un principe qui autoriserait, dans des circonstances exceptionnelles, le maintien provisoire des effets d'une norme nationale jugée contraire à une norme du droit de l'Union directement applicable. Cette idée reposait sur un argument tiré de l'analogie avec la jurisprudence développée par la Cour sur le fondement de l'article 264, alinéa 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui permet de maintenir provisoirement les effets d'actes de droit dérivé dont elle a prononcé l'annulation en vertu de l'article 263 du TFUE ou constaté l'invalidité en vertu de l'article 267 du TFUE. En vertu de l'article 264, alinéa 2, du TFUE, la Cour bénéficie d'un pouvoir d'appréciation pour indiquer, dans chaque cas particulier, ceux des effets d'un acte de l'Union qu'elle annule ou déclare invalide qui doivent être considérés comme définitifs³³. La Cour peut ainsi suspendre les effets de l'annulation ou du constat d'invalidité d'un tel

³¹ CJUE 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, nep

³² D. Simon, Effet d'exclusion du droit national, Europe n° 12, déc. 2010, comm. 397.

³³ CJCE 22 déc. 2008, *Régie Networks*, aff. C-333/07, Rec. CJCE p. I-10807, pt 121.

acte jusqu'à l'adoption d'un nouvel acte remédiant à l'illégalité constatée³⁴. La justification de cette prérogative est d'éviter un vide juridique³⁵ en cas de considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts, tant publics que privés, en jeu. Dans ses conclusions, l'avocat général Bot refusait d'admettre une telle analogie. Il excluait donc la possibilité d'une dérogation à l'obligation posée par la jurisprudence *Simmenthal*, au motif que le maintien en vigueur d'une telle réglementation, fût-ce à titre transitoire, porterait atteinte à la primauté du droit communautaire et au droit à un recours juridictionnel effectif³⁶. Aussi, « la transposition de la possibilité » prévue à l'article 264, alinéa 2, du TFUE « à des règles de droit interne contraires à une norme de droit communautaire directement applicable se heurte à des obstacles de principe difficilement franchissables »³⁷. Il faisait valoir en particulier que la possibilité d'aménager dans le temps les effets du droit de l'Union sur le droit national n'avait été envisagée que *ex tunc*³⁸.

Si l'existence d'une telle dérogation à *Simmenthal* n'a pas été clairement admise par la Cour dans l'affaire *Winner Wetten*, elle n'est pas non plus totalement écartée. Reprenant une formulation qui évoque celles qui ont prévalu pour l'hypothèse d'une

³⁴ CJCE 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. CJCE p. I-6351, pts 373 à 376.

³⁵ CJCE 5 févr. 2004, *Rieser Internationale Transporte*, aff. C-157/02, Rec. CJCE p. I-1477, pt 60.

³⁶ Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 26 janvier 2010 sur *Winner Wetten*, pt 84. « D'autre part, à supposer même qu'une dérogation à l'obligation imposée par la jurisprudence *Simmenthal*, puisse être envisagée dans des circonstances exceptionnelles, elle ne saurait être appliquée lorsque, comme dans la présente affaire, d'une part, la réglementation litigieuse est inapte à atteindre ses objectifs et, d'autre part, les motifs pour lesquels elle est contraire au droit communautaire découlent d'un arrêt préjudiciel rendu plus de 18 mois avant l'adoption des actes contestés dans le recours au principal » (*Ibid.*).

³⁷ Conclusions de l'avocat général Bot, présentées le 26 janvier 2010 sur *Winner Wetten*, pt 94.

³⁸ *Ibid.*, pt 85.

responsabilité sans faute avant l'arrêt *FIAMM*³⁹, la Cour a affirmé que « à supposer même que des considérations similaires à celles sous-jacentes à ladite jurisprudence, développée en ce qui concerne les actes de l'Union, soient de nature à conduire, par analogie et à titre exceptionnel, à une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci, une telle suspension, dont les conditions ne pourraient être déterminées que par la seule Cour, est à exclure d'emblée, en l'occurrence, eu égard à l'absence de considérations impérieuses de sécurité juridique propres à justifier celle-ci »⁴⁰.

La formule est à tout le moins équivoque; si la Cour refuse toute application transitoire de la loi nationale en l'espèce, elle n'écarte pas la possibilité d'admettre à l'avenir une telle hypothèse. L'expérience en matière de responsabilité sans faute montre que cette hypothèse pourrait très bien ne jamais voir le jour⁴¹. Si celle-ci devait néanmoins être reconnue, on pressent que cela ne pourrait être qu'à des conditions drastiques, puisqu'il s'agirait là d'une exception à l'exigence d'immédiateté posée par l'arrêt *Simmenthal*. Une telle solution pourrait porter atteinte à l'impératif d'application uniforme du droit de l'Union, de sorte que la Cour se réserve l'appréciation « exclusive »⁴² d'une telle modulation. Ainsi, elle paraît avoir dénié aux juges nationaux la possibilité d'opérer un tel maintien transitoire du droit national contraire, à l'image de la compétence qu'elle s'est

³⁹ CJCE 9 sept. 2008, *FIAMM*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, Rec. CJCE p. I-6513.

⁴⁰ CJUE 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, pt 67.

⁴¹ CJCE 25 mars 2010, *Sviluppo Italia*, aff. C-414/08P, pt 141.

⁴² « Embarrassée par ce type de raisonnement par analogie qu'elle a elle-même développé dans le passé, la Cour n'a pas exclu purement et simplement le principe d'une telle suspension provisoire qui devrait être exceptionnel et relever de l'appréciation exclusive de la Cour » (F. Picod, *Pas de maintien provisoire d'une réglementation contraire au droit de l'Union*, JCP 2010, n° 39, p. 1792).

réservée dans l'arrêt *Foto- Frost*⁴³ s'agissant de l'appréciation de validité des actes de l'Union européenne⁴⁴, alors même qu'est ici en cause un acte national. Si une telle lecture devait se confirmer, la situation serait des plus délicates. Si l'on peut comprendre que des impératifs d'application uniforme du droit de l'Union permettent de refuser aux juges nationaux de décider seuls du maintien des effets d'une loi inconstitutionnelle, il est particulièrement difficile de concevoir que l'application d'une loi nationale ne dépende que de la Cour de Justice. Si la répartition des compétences juridictionnelles a encore un sens, l'application de la loi nationale ne relève pas de l'appréciation de la Cour de justice. Et si l'objet du renvoi en interprétation relève largement de la fiction juridique en ce sens que l'arrêt de la Cour conditionne souvent totalement la validité de la loi nationale, cette fiction juridique doit être maintenue; c'est au juge national qu'il revient de tirer les conséquences d'un arrêt rendu à titre préjudiciel sur la validité de la loi nationale, même si, ce faisant, sa compétence est en réalité fortement liée. Il faut alors souhaiter que l'arrêt *Winner Wetten* soit à interpréter de telle sorte que la Cour de justice se contenterait de poser les conditions, même strictes, pour que le juge national puisse décider un tel maintien temporaire des effets d'une loi inconstitutionnelle, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Factortame*⁴⁵.

L'instauration d'une obligation de renvoi préjudiciel, pour permettre à la Cour de décider de la possibilité de maintenir provisoirement la loi nationale contraire, ne devrait cependant avoir que de faibles conséquences pratiques; en plus de trente ans d'application de la jurisprudence *Simmmenthal*, la question ne s'est guère posée qu'une fois. Ceci est d'autant plus vrai que, à supposer qu'elle soit admise, la possibilité de maintenir les effets d'une loi nationale contraire ne serait possible qu'en présence de considérations impérieuses de sécurité juridique.

⁴³ M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, Chronique de jurisprudence de la CJUE, AJDA 2010. 2305. (42) CJCE 22 oct. 1987, aff. C-314/85, Rec. CJCE p. 4199.

⁴⁴ CJCE 22 oct. 1987, aff. C-314/85, Rec. CJCE p. 4199.

⁴⁵ CJCE 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, Rec. CJCE p. I-2433.

L'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité

En dépit de son absence d'ambiguïté, la jurisprudence *Simmenthal* a parfois dû être rappelée, signe que les juridictions nationales peuvent encore éprouver des difficultés à appliquer une solution si radicale⁴⁶. Il peut ainsi être étonnant de constater que des juges posent encore à la Cour de justice la question de savoir s'ils doivent laisser inappliquée une législation contraire au droit communautaire, d'autant que ces questions ne proviennent pas que des juridictions des nouveaux États membres⁴⁷. On peut cependant voir dans ce type de question un moyen pour le juge national de légitimer l'arrêt à venir en confortant sa solution par un rappel solennel de *Simmenthal* par la Cour de justice. On peut peut-être aussi interpréter ces demandes comme des tentatives pour introduire des exceptions à cet arrêt au nom d'impératifs de sécurité juridique ou de confiance légitime. Si elle l'exprime avec constance, la Cour n'applique pas toujours la solution *Simmenthal* avec une grande rigidité, comme le montre l'admission conditionnée du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité en France.

La solution *Simmenthal* permettait légitimement de douter de la compatibilité du mécanisme français de la question de constitutionnalité, notamment du fait de son caractère prioritaire⁴⁸. La validation apportée par l'arrêt *Melki*⁴⁹ apparaît donc implicitement mais

⁴⁶ « Un étudiant de licence sait que cette question est déjà tranchée depuis longue date, mais le fait qu'elle soit encore posée à la Cour de justice montre la gêne que continuent d'éprouver les juridictions nationales sur ce point » (E. Dubout, L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux, Le « bateau ivre » a-t-il sombré ?, RTD Eur. 2010. 277).

⁴⁷ V. par ex., CJUE 19 janv. 2010, *Küçükdeveci*, aff. C-555/07.

⁴⁸ « Les formulations utilisées par la Cour en 1978 paraissent s'opposer à tout mécanisme qui, à l'instar de la priorité constitutionnelle, entraverait l'immédiateté d'application du droit de l'Union européenne » (P. Cassia, Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, AJDA 2009. 2193). « Même si l'on peut avoir des doutes sur la pertinence d'une vision maximaliste de la jurisprudence *Simmenthal*, force est de constater que la décision commentée laisse ouverte la possibilité d'une contestation de la conformité au droit communautaire de la loi organique en tant qu'elle ferait obstacle, non à la primauté de ce droit, mais à son

nécessairement comme une inflexion de cette jurisprudence⁵⁰. La lettre du considérant de principe ne change pas mais sa lecture semble adoucie et l'impératif d'immédiateté relativisé.

Classiquement, est incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union « toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union »⁵¹. L'expression « au moment de son application » paraissait

applicabilité directe » (B. Genevois, Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. À propos de la décision n° 2009-595-DC du 3 décembre 2009, RFDA 2010. 1). « En cas de concurrence entre l'obligation de renvoi préjudiciel en matière constitutionnelle et celle de renvoi préjudiciel communautaire, le juge national doit privilégier la seconde : le point 22 de l'arrêt *Simmenthal* est dépourvu d'ambiguïtés à cet égard. L'idée de cette préséance réside dans le fait qu'il faut coûte que coûte assurer l'effectivité du droit communautaire, même de façon temporaire » (L. Burgorgue-Larsen, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61, § 1, de la Constitution, RFDA 2009. 787). « En retardant l'examen de la communautarité de la loi, le caractère prioritaire de la QPC pourrait bien être contraire à la jurisprudence *Simmenthal* » (M. Gautier, La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010, RFDA 2010. 449). V. aussi, D. Simon, Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61- 1 de la Constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ?, Europe, 2009, repère 5.

⁴⁹ CJUE 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, pts 52 et 53.

⁵⁰ V. aussi, en ce sens, F. Donnat, La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu, D. 2010. 1640; M. Gautier, QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes, Dr. adm., n° 10, oct. 2010, étude 19.

⁵¹ CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, Rec. CJCE p. 629, pt 22 ; CJCE 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, Rec. CJCE p. I-2433, pt 20 (nous soulignons).

signifier « à ce moment précis de l'instance » puisque la Cour de justice considérait, dans l'arrêt *Simmenthal*, comme incompatible une procédure de droit interne qui ne formerait qu'un obstacle temporaire à la pleine efficacité au droit de l'Union⁵². Dans ces conditions, il est très significatif que la Cour de justice ait admis que la question préjudicielle ou l'inapplication de la loi nationale en raison de son inconvencionnalité puissent n'avoir lieu qu'après la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité⁵³. Aussi a-t-elle précisé dans l'arrêt *Melki* que le juge national est « libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité », la Cour de justice de toute question préjudicielle. L'expression « au moment de son application » de la jurisprudence *Simmenthal* ne signifierait donc plus à ce moment précis de l'instance mais au cours de cette même instance. La pérennité de la jurisprudence *Simmenthal* passe par des adaptations nécessaires. Si elle peut à l'occasion voir ses exigences assouplies, elle peut aussi à l'inverse se trouver renforcée.

1.2. L'élargissement potentiel de l'effet d'éviction

L'effet d'éviction caractéristique de la formule *Simmenthal* trouve classiquement certaines limites, dans les litiges horizontaux qui mettent en jeu les dispositions d'une directive ou dans les litiges qui ne relèvent pas du droit de l'Union européenne. Pourtant, ces situations évoluent sous l'effet du développement de la jurisprudence *Simmenthal*. On constate ainsi une extension de l'effet d'éviction dans les litiges de droit international privé.

⁵² CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, pt 23.

⁵³ La Cour « se contente d'une situation dans laquelle le juge national ne pourra, le plus souvent... ne donner qu'une solution provisoire du point de vue du droit de l'Union. De façon raisonnable, la Cour semble ainsi accepter que l'effectivité du droit de l'Union soit suspendue ou retardée de façon raisonnable par l'enclenchement de la procédure constitutionnelle » (F. Donnat, *La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu*, art. préc., p. 1640). Aussi est-il « surprenant que la Cour de justice accepte qu'un ordre juridique national conditionne le renvoi préjudiciel à une question de constitutionnalité préalable » (D. Sarmiento, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française* RTD Eur. 2010. 588).

Par ailleurs, si le refus de l'effet d'éviction des directives dans les litiges horizontaux n'est pas remis en cause, il semble parfois contourné.

L'extension de l'effet d'éviction des règlements dans les litiges de droit international privé

Les incidences de la solution *Simmenthal* dans les litiges de droit international privé doivent être envisagées dans une double perspective; d'abord l'extension de la formule *Simmenthal* au cas particulier des « situations transfrontalières » a été un moyen pour la Cour de justice de contrôler les règles procédurales nationales et, par là même, de tenter de les écarter indirectement. Ensuite, la jurisprudence *Simmenthal* lui a permis de résoudre la question des conflits de conventions au bénéfice du droit de l'Union européenne et donc d'écarter l'application d'autres conventions lorsque les règlements n'en disposent pas autrement.

Dans la première optique, la jurisprudence *Simmenthal* a permis à la Cour de justice de pallier l'absence d'effets extraterritoriaux de certaines dispositions du règlement relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale dit « Bruxelles II bis ».

Dans l'arrêt *Purrucker*⁵⁴, le juge avait dû se résoudre à constater que les articles 21 et suivants du règlement n° 2201/2003⁵⁵ ne s'appliquaient pas aux mesures provisoires en matière de droit de garde de l'article 20 du règlement; autrement dit, ces mesures provisoires ne pouvaient bénéficier du système de reconnaissance et d'exécution prévu par le règlement et leurs effets étaient donc cantonnés au territoire de la juridiction nationale.

⁵⁴ CJUE 15 juill. 2010, *Purrucker*, aff. C-256/09, nep.

⁵⁵ Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, JOUE n° L 338, 23 déc. 2003, p. 1.

Mais la Cour de justice a souhaité aller plus avant et préciser le régime de ces mesures provisoires. Elle a voulu imposer l'idée que « compte tenu de l'importance et des enjeux des mesures provisoires en matière de responsabilité parentale, il semble indispensable que toute personne concernée, même si elle a été entendue, puisse exercer un recours »⁵⁶. L'appel à la jurisprudence *Simmenthal* lui a ainsi permis d'émettre « des réserves sur ce dispositif procédural national »⁵⁷, en particulier sur le fait que le droit national ne prévoyait aucun recours contre ces mesures provisoires. Aussi s'empresse-t-elle d'affirmer qu'il « appartient au juge national d'appliquer, en principe, son droit national tout en veillant à assurer la pleine efficacité du droit de l'Union, ce qui peut le conduire à écarter, si besoin est, une règle nationale y faisant obstacle ou à interpréter une règle nationale qui a été élaborée en ayant uniquement en vue une situation purement interne afin de l'appliquer à la situation transfrontalière en cause »⁵⁸.

Le recours à la jurisprudence *Simmenthal* a aussi été le vecteur d'une extension des effets de certaines dispositions d'autres règlements du droit international privé européen. Dans l'arrêt *Leffler*, la Cour était confrontée au fait que l'article 8 du règlement n° 1348/2000⁵⁹ ne prévoyait pas les conséquences juridiques qui découlent du refus de réception d'un acte par son destinataire, au motif que cet acte n'est pas rédigé dans une langue officielle de l'État membre requis ou dans une langue de l'État membre d'origine que ce destinataire comprend. Pour pallier cette carence, la Cour de justice fait appel à l'arrêt *Simmenthal* pour affirmer que « lorsque le règlement ne prévoit pas les conséquences

⁵⁶ L. Idot, Déplacement illicite d'enfant et reconnaissance d'une décision de mesures provisoires, Europe, n° 10, oct. 2010, comm. 350.

⁵⁷ C. Nourissat, Régime des mesures provisoires dans le règlement « Bruxelles II bis » Procédures, n° 10, oct. 2010, comm. 343.

⁵⁸ CJUE 15 juill. 2010, Purrucker, aff. C-256/09, pt 99.

⁵⁹ Règlement n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 37.

de certains faits, il appartient au juge national d'appliquer, en principe, son droit national tout en veillant à assurer la pleine efficacité du droit communautaire, ce qui peut le conduire à écarter, si besoin est, une règle nationale y faisant obstacle ou à interpréter une règle nationale qui a été élaborée en ayant uniquement en vue une situation purement interne afin de l'appliquer à la situation transfrontalière en cause »⁶⁰. À nouveau, la solution *Simmenthal* lui permet d'écarter le principe d'autonomie procédurale dans une situation de droit international privé⁶¹.

Dans une seconde perspective, la Cour de justice a recouru à la solution *Simmenthal* pour empêcher l'application concurrente d'autres conventions de droit international privé. Dans l'affaire C, la juridiction de renvoi posait la question de l'articulation entre le règlement n° 2201/2003 précité et les dispositions nationales adoptées en application de la coopération entre les États nordiques.

La Cour de justice rappelle que le juge national a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale⁶² de sorte que la loi en cause ne saurait être appliquée à une décision de prise en charge et de placement d'un enfant relevant du champ d'application du règlement n° 2201/2003.

⁶⁰ CJCE 8 nov. 2005, *Leffler*, aff. C-443/03, Rec. CJCE p. I-9611, pt 51.

⁶¹ L. Idot, Coopération judiciaire en matière civile – Premier arrêt en matière de notification et signification des actes, Europe, janv. 2006, Comm. n° 28, p. 24.

⁶² CJCE 27 nov. 2007, C, aff. C-435/06, Rec. CJCE p. I-10141, pts 56 et 57. V. L. Idot, Champ d'application du règlement et mesures de protection de l'enfance, Europe, janv. 2008, Comm. n° 28, p. 27.

La problématique de l'effet d'éviction des directives dans les litiges horizontaux

L'application de la jurisprudence *Simmenthal* dans les litiges verticaux mettant en jeu une directive précise et inconditionnelle, non transposée dans les délais ou mal transposée, ne pose pas de difficultés. Dès lors qu'une directive engendre des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national, ce dernier sera alors tenu de laisser inappliquées les dispositions contraires de la loi nationale⁶³. C'est dans le cadre des litiges horizontaux que l'application de la solution *Simmenthal* est plus difficile puisque la reconnaissance d'un effet d'éviction lié à une directive reste encore problématique.

Ainsi, dans l'affaire *Mangold*⁶⁴, la réglementation nationale autorisant la conclusion de contrats de travail à durée déterminée lorsque le travailleur atteint l'âge de 52 ans était incompatible avec la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Le problème était que le litige au principal opposait deux particuliers et que le délai de transposition de la directive n'était pas encore expiré. C'est alors par le biais d'un principe général du droit, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, que la Cour est parvenue à appliquer *Simmenthal* et donc à dire au juge national d'écarter le droit national contraire; ce détour par un principe général du droit permet au juge d'appliquer directement le droit de l'Union dans le cadre d'un litige entre particuliers. Ainsi, la Cour de justice a contourné le problème en considérant que le juge national devait assurer le plein effet du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale.

Dans l'arrêt *Küçükdeveci*, la Cour de justice a confirmé que le juge national, saisi d'un litige entre particuliers, devait assurer le respect du principe de non-discrimination en

⁶³ CJCE 5 mars 1998, *Solred*, aff. C-347/96, Rec. p. I-937, pt 30.

⁶⁴ CJCE 22 nov. 2005, *Werner Mangold*, aff. C-144/04, Rec. CJCE p. I-9981, pt 77.

fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la réglementation nationale⁶⁵. Par là, la Cour tâchait de trouver une troisième voie de compensation à l'absence d'effet direct horizontal des directives, en se fondant sur les compétences du juge national en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne⁶⁶.

Au-delà de l'interprétation conforme et de l'invocabilité de réparation, l'avocat général Bot proposait un « palliatif [...] dans le découplage entre l'effet direct horizontal des directives et l'invocabilité de celles-ci en vue d'exclure le droit national contraire, y compris dans le cadre d'un litige entre particuliers »⁶⁷. Cette solution permettait de faire en sorte que, en l'absence d'effet de substitution des directives au droit national, ces dernières puissent néanmoins être invoquées pour écarter le droit national contraire. Mais cette dissociation entre l'effet de substitution et l'invocabilité d'exclusion des directives n'a été admise que dans des cas très spécifiques⁶⁸ et ne semble donc pas avoir été réellement admise par la Cour. Cela est singulier si l'on considère que l'effet de substitution est une conséquence de l'effet direct et que l'invocabilité d'exclusion n'est liée qu'à la primauté⁶⁹.

⁶⁵ CJUE 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, pt 56.

⁶⁶ Elle souhaitait ainsi « concilier sa jurisprudence constante écartant l'effet horizontal des directives avec la mission impartie au juge national, appelé à trancher un litige entre particuliers dans une situation où le droit interne est contraire au droit de l'Union » (D. Simon, *L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ?*, Europe, n° 3, mars 2010, Étude 3).

⁶⁷ Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 7 juillet 2009 sur CJUE 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, pt 63.

⁶⁸ Cas particulier d'un vice de procédure : CJCE 30 avr. 1996, *CIA Security International*, aff. C-194/94, Rec. CJCE p. I-2201 ; CJCE 26 sept. 2000, *Unilever*, aff. -443/98, Rec. CJCE p. I-7535.

⁶⁹ V. en ce sens, D. Simon, *Le système juridique communautaire*, 3e éd., PUF, 2001, p. 441 ; G. Isaac, M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 9e éd., Sirey Université, 2006, p. 290.

Cette question divise la doctrine puisque d'autres éminents auteurs estiment que l'effet d'éviction est lié à l'effet direct d'un acte⁷⁰. Tel semble bien être le cœur du problème⁷¹ et cette « hésitation illustre la difficulté qu'ont les juges à situer précisément cette forme de justiciabilité intermédiaire qui impose l'inapplication du droit de l'État sans pour autant entraîner l'application du droit de l'Union »⁷². L'arrêt ne se positionne pas clairement. D'un côté, il continue de refuser un effet d'éviction propre à la directive dans les litiges horizontaux. Cela tendrait à associer effet direct et effet d'éviction. Mais, d'un autre côté, s'il n'est pas question d'effet direct, la primauté semble au cœur du raisonnement; le juge affirme que, « en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, dont bénéficie également le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, une réglementation nationale contraire qui entre dans le champ d'application du droit de l'Union doit être laissée inappliquée »⁷³. Il semble alors que l'arrêt *Simmenthal* offre une solution commode au juge pour contourner la question centrale qui est de savoir si l'invocabilité d'exclusion est une conséquence de l'effet direct ou de la primauté.

⁷⁰ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Litec, 2010, p. 569. V. aussi, D. Ritleng, De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union, RTD Eur. 2009. 677. V. aussi D. Ritleng, Le principe de primauté du droit de l'Union, RTD Eur. 2005. 285.

⁷¹ « Le fond du problème consiste à admettre que l'invocabilité d'un acte communautaire en vue de demander au juge national d'écarter la règle nationale contraire est moins une question d'effet direct que de primauté. C'est la prévalence du droit de l'Union, telle qu'elle a été posée dans la jurisprudence *Costa c. ENEL* et *Simmenthal*, qui implique nécessairement l'obligation pour les juridictions nationales, de laisser inappliquées les règles nationales contraires » (D. Simon, L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ?, Europe, n° 3, mars 2010, étude 3).

⁷² E. Dubout, L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux, Le « bateau ivre » a-t-il sombré ?, RTD Eur. 2010. 277.

⁷³ CJUE 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, pt 54. On a d'ailleurs pu noter que « la référence au principe de primauté du droit de l'Union dans le cadre de l'invocabilité des directives est plus innovante » (E. Dubout, L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux, Le « bateau ivre » a-t-il sombré ?, RTD Eur. 2010. 277).

L'application de la solution *Simmenthal* lui permet de sortir de cette impasse conceptuelle sans pour autant la résoudre.

2. LES CONSEQUENCES DE LA PRIMAUTE SUR LA HIERARCHIE JURIDICTIONNELLE INTERNE

La plénitude de compétence du juge national a toujours eu pour conséquence une forte autonomie du juge national à l'égard des règles procédurales nationales; il semble que la complétude soit aujourd'hui atteinte avec l'idée d'une autonomie envers les juridictions suprêmes de l'ordre juridique interne. L'arrêt *Lucchini* avait montré que la solution *Simmenthal* pouvait conduire le juge national à écarter l'autorité chose jugée⁷⁴, même si l'équilibre avec la primauté ne se fait pas toujours en faveur de celle-ci⁷⁵.

Allant plus loin, la Cour de justice a, dans des arrêts récents, tiré toutes les conséquences de *Simmenthal* et montré qu'elle était « prête à s'immiscer dans l'autonomie procédurale des États membres et même, si cela s'avère nécessaire, à remettre en question la hiérarchie juridictionnelle interne »⁷⁶. Pour n'être qu'un prolongement logique de *Simmenthal*, ce « décentrement »⁷⁷ du juge national n'en paraît pas moins nouveau. L'autonomisation de la compétence du juge national à l'égard des juridictions supérieures s'opère sur deux plans même si, dans tous les cas, c'est toujours l'interprétation uniforme et l'application effective du droit qui sont en cause. D'une part, le juge national est incité

⁷⁴ CJCE 18 juill. 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, Rec. CJCE I-6199, pt 62.

⁷⁵ CJUE 22 déc. 2010, *Commission c. République slovaque*, aff. C-507/08, pt 60; CJCE 3 sept. 2009, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08, Rec. CJCE I-7501, pt 22.

⁷⁶ D. Sarmiento, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. L'arrêt *Melki* : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française RTD Eur. 2010. 588.

⁷⁷ J.-C. Barbato, Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi, RTD Eur. 2009. 267.

(parfois tenu) à avoir une appréciation au fond indépendante des autres juridictions. D'autre part, le juge national doit être pleinement libre d'exercer sa compétence préjudicielle comme il l'entend, sans être entravé par l'appréciation divergente de juridictions supérieures.

2.1. L'insubordination du pouvoir d'appréciation du juge national

Sous l'effet de la jurisprudence *Simmenthal*, la Cour de justice a développé des solutions qui visent explicitement à affranchir le juge national de l'autorité des juridictions supérieures. C'est le cas en particulier de l'obligation d'écarter la solution au fond apportée par le juge suprême ou de celle d'écarter les modulations temporelles décidées par le juge constitutionnel.

L'obligation d'écarter la solution au fond apportée par le juge suprême

La jurisprudence de la Cour de justice a eu pour effet d'amoindrir l'autorité que le juge national doit accorder aux arrêts rendus par des juridictions supérieures. En particulier, l'arrêt *Elchinov*⁷⁸ a très clairement confirmé la possibilité pour le juge national d'écarter les décisions rendues par le juge suprême. À la question de savoir si le juge national pouvait valablement être lié par des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, s'il estimait que ces appréciations n'étaient pas conformes au droit de l'Union, la Cour de justice a réaffirmé avec force la jurisprudence *Simmenthal*. Il en résulte que le juge national ayant exercé un renvoi préjudiciel est lié par l'interprétation donnée par la Cour et doit donc écarter les appréciations de la juridiction supérieure s'il estime qu'elles ne lui sont pas conformes⁷⁹. Dans cette affaire, la Cour rappelait d'ailleurs que, en vertu d'une « jurisprudence bien établie », le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de

⁷⁸ CJUE 5 oct. 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, nep.

⁷⁹ *Ibid.*, pt 30.

ces dispositions en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition nationale contraire, à savoir, en l'occurrence, l'article 224 du code de procédure administrative bulgare qui dispose que les instructions de la Cour suprême administrative relatives à l'interprétation et à l'application de la loi ont, lors de l'examen ultérieur de l'affaire par le tribunal administratif, un caractère contraignant à l'égard de ce dernier⁸⁰.

En jugeant ainsi, la Cour de justice n'a pas suivi son avocat général, qui préconisait une solution plus respectueuse de l'autonomie procédurale et de « la structure judiciaire interne de chaque État membre, dont le schéma et l'équilibre ne doivent pas être modifiés sans raison »⁸¹. Les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón faisaient en effet valoir que l'évolution de la jurisprudence permettait de confier de nouvelles responsabilités au juges nationaux. Elles soulignaient ainsi que « contrairement à la situation des années 1970 », le droit de l'Union a « atteint un degré de maturité qui lui permet de garantir son effectivité pratique à l'égard des juridictions nationales, avec une incidence pour l'autonomie des juridictions nationales »⁸². Pourtant, l'avocat général commençait ses conclusions en précisant que toutes les questions posées par le juge national étaient déjà tranchées par la jurisprudence mais que « l'adhésion à l'Union de nouveaux États membres... soulève des questions quant à l'applicabilité d'une jurisprudence conçue et développée à une époque antérieure à l'élargissement »⁸³. Il ne faut toutefois pas s'y tromper. Cette réaffirmation n'est pas qu'un simple rappel à l'égard d'un juge moins familier de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de justice; la solution

⁸⁰ *Ibid.*, pt 31.

⁸¹ Conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalón présentées le 10 juin 2010 sur *Elchinov*, aff. C-173/09, pt 32.

⁸² *Ibid.*, pt 31.

⁸³ *Ibid.*, pt 2.

pourrait aussi apparaître comme un avertissement à l'égard des juges d'États fondateurs tentés d'accorder plus de poids à d'autres juridictions qu'à la Cour de justice⁸⁴.

Si la Cour de justice n'a pas suivi l'idée d'un assouplissement de sa jurisprudence, il apparaît qu'elle a sans doute eu conscience de la radicalité de sa solution et cherché à en atténuer quelque peu la portée. Cela transparaît dans la reformulation de la question du juge national qui, à l'origine, était de savoir si le juge du fond était lié par les appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, lorsqu'il a des raisons de supposer que ces appréciations ne sont pas conformes au droit de l'Union. Constatant que la question posée par le juge national n'excluait pas l'hypothèse où il envisagerait de statuer sans renvoi préjudiciel en s'écartant des appréciations en droit portées dans la même affaire par la juridiction nationale supérieure, qu'il jugerait non conformes au droit de l'Union, la Cour de justice affirme que, puisque tel n'est pas le cas en l'espèce, la question doit être reformulée de façon plus restrictive. De la sorte, la solution exigeante de la Cour de justice ne vaut que pour l'hypothèse où une juridiction nationale serait liée par des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure contraires à l'interprétation qu'elle a sollicitée de la Cour⁸⁵.

La Cour de justice tempère la portée de sa solution en déplaçant le débat; il s'agirait moins d'annihiler l'autorité des juridictions supérieures que de d'assurer l'autorité des arrêts rendus à titre préjudiciel pour la solution du litige au principal. Mais, s'il ne s'agit peut-être là que d'un rappel « des principes essentiels à la structuration de l'ordre juridique

⁸⁴ En effet, « prononcé trois mois après l'arrêt *Melki et Abdeli* cité à plusieurs reprises, cet arrêt pourrait être transposé à la question prioritaire de constitutionnalité en France, en ce sens que le juge national ne devrait pas être lié par une décision du Conseil constitutionnel s'il apparaît, au vu de l'interprétation donnée par la Cour de justice, qu'une telle décision est contraire au droit de l'Union » (F. Picod, *Le juge national doit suivre la Cour de justice plutôt qu'un juge national supérieur*, JCP n° 43, 25 oct. 2010, p. 1061).

⁸⁵ CJUE 5 oct. 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, pts 23 à 25..

de l'Union »⁸⁶, il n'en induit pas moins une forme de « déhiérarchisation » des juges nationaux à l'égard de leur système juridictionnel. Et si cette solution ne fait que tirer les conséquences de l'arrêt *Simmenthal*, il faut bien en mesurer l'impact. La Cour de justice s'appuie sur les juridictions inférieures pour atténuer l'autorité des juridictions suprêmes et, par là même, asseoir l'autorité de sa propre jurisprudence. Or, écarter une règle procédurale est une chose, passer outre l'autorité de chose jugée d'une juridiction supérieure en est une autre. Aussi, le juge national pourrait se retrouver dans des situations délicates, d'autant que cet arrêt n'est pas le seul à préconiser d'écarter des solutions de juridictions supérieures.

La nécessité d'écarter les modulations temporelles décidées par le juge constitutionnel.

Le juge national doit écarter la loi inconstitutionnelle, en dépit du maintien temporaire de ses effets décidé par le juge constitutionnel. S'il ne s'agit là encore que d'une conséquence naturelle de la solution *Simmenthal*, la jurisprudence de la Cour de justice n'est explicite que depuis les affaires *Winner Wetten*⁸⁷ et *Filipiak*⁸⁸. C'est l'arrêt *Filipiak* qui a le premier imposé l'idée que « la primauté du droit communautaire impose au juge national d'appliquer le droit communautaire et de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles »⁸⁹. De la même façon, l'affaire *Winner Wetten* nuance l'autorité sur le juge national de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale

⁸⁶ V. Michel, Les règles procédurales nationales ne peuvent pas priver les juridictions internes de leur faculté de renvoi, Europe n° 12, déc. 2010, comm. 402.

⁸⁷ CJUE 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, nep, pts 61 et 62. V. F. Picod, Pas de maintien provisoire d'une réglementation contraire au droit de l'Union, JCP 2010, n° 39, p. 1792.

⁸⁸ CJCE 19 nov. 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, Rec. CJCE p. I-11049.

⁸⁹ CJCE 19 nov. 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, Rec. CJCE p. I-11049, pt 85.

allemande de maintenir à titre transitoire les effets de la réglementation interne. Cette décision du juge constitutionnel ne saurait faire obstacle à ce qu'une juridiction nationale qui constaterait que cette même réglementation méconnaît des dispositions du droit de l'Union décide, conformément au principe de primauté du droit de l'Union, de ne pas appliquer ladite réglementation dans le cadre du litige dont elle est saisie⁹⁰. En France, l'application de cette jurisprudence pourrait se révéler problématique⁹¹. La portée d'une modulation des effets dans le temps de sa décision par le Conseil constitutionnel sur le juge ordinaire est en effet régie par l'article 62 de la Constitution⁹². Même si la Cour de justice a pris soin de rappeler qu'« il ne saurait en effet être admis que des règles de droit national, fussentelles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union », il n'est pas sûr qu'un tel conflit puisse se résoudre si facilement. Pourtant, l'inconventionnalité du maintien d'une loi contraire au droit de l'Union ne fait aucun doute⁹³: une telle décision a les mêmes effets qu'une « validation temporaire »⁹⁴ qui

⁹⁰ CJUE 8 sept. 2010, Winner Wetten, aff. C-409/06, nep, pts 61 et 62.

⁹¹ « Étant donné que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les juridictions administratives et judiciaires, celles-ci, dans l'une ou l'autre des deux hypothèses, pourraient s'estimer contraintes de continuer d'appliquer la loi aussi longtemps que la date fixée pour son abrogation n'est pas arrivée ou d'appliquer certains effets de la loi déterminés par le Conseil constitutionnel. Elles pourraient donc s'estimer empêchées, dans le cas où la loi serait également incompatible avec le droit de l'Union, de la déclarer inapplicable au litige » (P. Manin, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne, op. cit., p. 1023).

⁹² « Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

⁹³ La même remarque vaut pour la modulation des effets de l'annulation d'un acte administratif. Le juge semble toutefois en tenir compte. V., D. Casas, L'annulation de certaines dispositions du code des marchés publics et ses conséquences ; conclusions sur Conseil d'État, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics e. a, RFDA, 2005, p. 483. Le rapporteur public soulignait ainsi, pour cantonner la jurisprudence AC! au droit interne, « qu'en faisant application de la jurisprudence *Association AC!* à l'occasion de la violation d'une règle de droit communautaire », le Conseil d'État se mettrait « dans la situation d'être accusé d'avoir... manqué au respect du droit communautaire. Cette objection ne repose pas sur une hypothèse d'école ».

s'accomode mal avec la jurisprudence de la Cour de justice⁹⁵. L'hypothèse pourrait rapidement se produire, comme l'illustre le droit français. Le Conseil constitutionnel utilise en effet fréquemment cette technique dans le cadre des décisions « questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) »⁹⁶. Plus encore, la Cour de cassation accepte d'appliquer une loi inconstitutionnelle pour tenir compte de la jurisprudence constitutionnelle⁹⁷, ce qui ne va pas dans le sens de l'autonomie souhaitée par la Cour de justice. L'affranchissement a toutefois pour conséquence une autonomie ambivalente du juge national, puisqu'il a pour contrepartie des obligations renforcées en matière préjudicielle et donc une plus forte allégeance du juge national à l'égard de la Cour de justice.

⁹⁴ B. Mathieu, Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité, JCP n° 47, 22 nov. 2010, chron. 1163.

⁹⁵ D. Simon, Effet d'exclusion du droit national, Europe, n° 12, déc. 2010, comm. 397.

⁹⁶ Le Conseil constitutionnel recourt assez largement aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution aux termes desquelles « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». V. par exemple, Cons. const., n° 2010-1-QPC, 28 mai 2010, Consorts L. (Cristallisation des pensions), JO 29 mai 2010, p. 9728; Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2-QPC, Mme Vivianne L. (Loi dite « anti-Perruche »), JO 12 juin 2010, p. 10847; Cons. const., n° 2010-10-QPC, 2 juill. 2010, Consorts C. (Tribunaux maritimes commerciaux), JO 3 juill. 2010, p. 12120; Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22-QPC, M. Daniel W. (Garde à vue), JO 31 juill. 2010, p. 14198; Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-45-QPC, M. Mathieu P. (Noms de domaines Internet) ; V. P. Puig, Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC, RTD civ. 2010. 517.

⁹⁷ Par référence à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 (Cons. const., n° 2010-14/22-QPC, 30 juill. 2010, M. Daniel W. (Garde à vue), préc.), la Cour de cassation a admis l'application d'une loi inconstitutionnelle, en l'occurrence contraire aux dispositions de la CEDH, en se fondant sur le principe de sécurité juridique et de la bonne administration de la justice (Crim. 19 oct. 2010, n° 10-82.902, D. 2010. 2809). V. E. Dreyer, La Cour de cassation suspend l'application de l'article 6, § 3, de la Convention européenne jusqu'au 1er juillet 2011, D. 2010. 2809.

2.2. L'autonomisation de la compétence préjudicielle du juge national

L'autonomisation de la compétence du juge national passe par la mise à l'écart de l'obligation faite aux juridictions inférieures, lorsque leur décision de renvoi a fait l'objet d'un appel, de suspendre, voire de rapporter leur demande de décision préjudicielle. La volonté de rendre les juges nationaux plus indépendants des juridictions supérieures s'incarne aussi dans l'élargissement, certes modéré, de l'obligation qui leur est faite de poser une question préjudicielle.

L'indépendance du juge national pour poser une question préjudicielle

Un autre aspect de la jurisprudence *Simmenthal* a été réexaminé. L'arrêt de 1978 avait affirmé que la Cour se considère comme saisie d'une demande à titre préjudiciel « aussi longtemps que cette demande n'a pas été retirée par la juridiction dont elle émane, ou mise à néant, sur recours, par une juridiction supérieure »⁹⁸. Dans l'affaire *Cartesio*⁹⁹, la Cour de justice s'est penchée sur la procédure de l'appel prévu par le droit national hongrois, qui pouvait être formé contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel devant la Cour. Selon le droit national, la juridiction d'appel ainsi saisie avait le pouvoir de réformer cette décision, d'écarter le renvoi préjudiciel et d'enjoindre au premier juge de poursuivre la procédure de droit interne suspendue. Classiquement, la Cour de justice ne s'oppose pas à ce que les décisions des juges nationaux restent soumises aux voies de recours normales prévues par le droit national mais l'issue d'un tel recours ne saurait restreindre leur compétence de la saisir s'ils considèrent qu'une affaire soulève des questions relatives à l'interprétation de dispositions de droit de l'Union¹⁰⁰. La Cour ajoute

⁹⁸ CJCE 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. CJCE p. 629, pt 10.

⁹⁹ CJCE 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, Rec. CJCE p. I-9641.

¹⁰⁰ CJCE 16 janv. 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, aff. 166/73, Rec. CJCE p. 33; CJCE 12 févr. 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, aff. C-146/73, Rec. CJCE p. 139.

dans l'arrêt *Cartesio* que l'application de règles nationales relatives au droit d'appel contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel, dès lors que seule la décision de renvoi fait l'objet de l'appel, peut affaiblir « la compétence autonome de saisir la Cour que l'article 234 CE confère au premier juge »¹⁰¹ ; l'autonomie de la compétence du juge national serait remise en cause si, en réformant la décision ordonnant le renvoi préjudiciel, en l'écartant et en enjoignant à la juridiction ayant rendu cette décision de poursuivre la procédure suspendue, la juridiction d'appel pouvait empêcher la juridiction de renvoi d'exercer la faculté de saisir la Cour qui lui est conférée par le Traité¹⁰². En effet, l'appréciation de la pertinence et de la nécessité de la question préjudicielle relève de la seule responsabilité de la juridiction qui ordonne le renvoi préjudiciel. Ainsi, il incombe à ce seul juge de tirer les conséquences d'un jugement rendu dans le cadre d'un appel contre la décision ordonnant le renvoi préjudiciel et, en particulier, de conclure qu'il convient soit de maintenir sa demande de décision préjudicielle, soit de la modifier, soit de la retirer. L'autonomisation de la compétence du juge national est ici liée à l'idée que, lorsqu'elle pose une question préjudicielle, la juridiction nationale « devient une partie à un débat sur le droit communautaire sans dépendre d'autres autorités ou instances juridictionnelles nationales. Il n'a pas été dans l'intention des rédacteurs du traité qu'un tel dialogue soit filtré par une quelconque autre juridiction nationale, quelle que puisse être la hiérarchie des tribunaux dans l'État membre concerné »¹⁰³. De la même façon, l'avocat général Maduro défendait la thèse selon laquelle la relation nécessairement bilatérale entre la Cour et le juge national auteur d'une question ne pouvait s'accommoder de l'intervention d'une juridiction

¹⁰¹ CJCE 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, Rec. p. I-9641, pt 95.

¹⁰² CJCE 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, Rec. p. I-9641, pt 95.

¹⁰³ Conclusions de l'avocat général Poiras Maduro présentées le 22 mai 2008 sur l'arrêt *Cartesio*, pt 19

supérieure¹⁰⁴. Le résultat est que l'arrêt *Cartesio* « est de nature à inciter le juge du premier degré à user des prérogatives – discrétionnaires, serait-on tenté d'écrire – qui lui sont accordées par le droit communautaire »¹⁰⁵. Cependant, il n'est pas sûr que le juge national assumera pleinement les potentialités de cette autonomie¹⁰⁶.

L'affirmation de l'autonomie du juge national peut donner le sentiment que la jurisprudence *Simmenthal* « a été écornée »¹⁰⁷ par l'arrêt *Cartesio* au sujet de la prise en compte des recours internes contre un renvoi préjudiciel. Mais, si l'attendu 10 de l'arrêt *Simmenthal* a en effet été fortement nuancé, c'est peut-être pour appliquer avec plus de force son attendu 21, avec toujours cette idée de plénitude de compétence du juge national. Poussée au maximum, la complétude semble se muer en autonomie de la compétence du juge national.

¹⁰⁴ « Il incombe à la Cour de décider de la recevabilité d'une demande de décision préjudicielle et non à une juridiction nationale qui, dans le contexte procédural interne, occuperait un degré supérieur à celui de la juridiction de renvoi » (Conclusions Poiras Maduro présentées le 22 mai 2008 sur l'arrêt *Cartesio*, pt 20).

¹⁰⁵ C. Nourissat, De quelques précisions sur les relations entre la procédure d'appel et le renvoi préjudiciel en interprétation, *Procédures*, n° 3, mars 2009, comm. 83.

¹⁰⁶ « Il semble incertain que des juridictions nationales arguant des compétences que leur offre le droit communautaire aillent braver l'obéissance hiérarchique qu'elles doivent aux juridictions nationales d'un degré supérieur. Cela implique d'heurter de front les dispositions procédurales d'un ordre juridique au sein duquel elles sont insérées et qui constitue, pour ainsi dire, leur milieu naturel. C'est d'autant plus improbable que l'absence de hiérarchie organique dans les relations entretenues entre le juge national et le juge communautaire, dans le cadre de l'article 234 TCE, ne permet pas de contrebalancer cette exigence » (J.-C. Barbato, *Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi*, *RTD Eur.* 2009. 267).

¹⁰⁷ F. Donnat, *Chronique annuelle 2008 de jurisprudence communautaire*, *RJEP* n° 666, juill. 2009, chron. 3.

L'élargissement de l'obligation pour le juge national de poser une question préjudicielle

Dans l'arrêt *Küküçdeveci*, la Cour de justice a refusé de déduire de la jurisprudence *Simmenthal* une obligation de poser la question préjudicielle avant de procéder à l'inapplication d'une loi inconstitutionnelle, estimant « probablement qu'une telle obligation constituerait un obstacle qui finirait par faire perdre de son attrait à l'application de la jurisprudence *Simmenthal* »¹⁰⁸. L'*obiter dictum* de l'arrêt *Melki* a néanmoins offert à la Cour de justice une nouvelle occasion d'imposer une obligation spécifique de renvoi préjudiciel. Sa justification est que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union pourrait porter atteinte à la compétence qui est la sienne de constater l'invalidité d'un acte de l'Union¹⁰⁹. En effet, si le caractère prioritaire de l'exception d'inconstitutionnalité aboutit à l'abrogation d'une loi de transposition d'une directive « impérative » en raison de sa contrariété à la Constitution¹¹⁰, la Cour de justice ne pourrait plus contrôler la validité de la directive par voie préjudicielle¹¹¹. C'est la raison pour laquelle la Cour de justice a écarté la priorité accordée à l'exception d'inconstitutionnalité à la faveur d'une question préjudicielle en appréciation de validité dans ce cas précis. Elle impose ainsi une nouvelle obligation de renvoi ; avant le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive, les « juridictions

¹⁰⁸ D. Sarmiento, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. L'arrêt *Melki* : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française RTD Eur. 2010. 588.

¹⁰⁹ CJUE 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, pt 54.

¹¹⁰ Même si le Conseil constitutionnel a entendu prévenir une telle situation : Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-79-QPC, *Kamel D.* ; Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605-DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne.

¹¹¹ *Ibid.*, pt 55.

suprêmes sont tenues d’interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n’ait elle-même choisi de saisir la Cour de justice de cette question »¹¹².

L’invitation adressée au Conseil constitutionnel de s’engager dans la coopération préjudicielle paraît assez évidente¹¹³, et le refus du Conseil constitutionnel de saisir la Cour de justice pourrait à terme se révéler problématique. L’arrêt *Simmenthal* nous enseigne que l’effet utile du traité « serait amoindri si le juge était empêché de donner, immédiatement, au droit communautaire, une application conforme à la décision ou à la jurisprudence de la Cour »¹¹⁴. Il est d’ailleurs assez remarquable que la Cour invalide le principal argument qui avait été soulevé par le Conseil constitutionnel en 2006¹¹⁵ en précisant que « l’encadrement dans un délai strict de la durée d’examen par les juridictions nationales ne saurait faire

¹¹² *Ibid.*, pt 56.

¹¹³ V. H. Labayle, Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ?, art. préc.

¹¹⁴ CJCE 9 mars 1978, aff. C-106/77, Rec. CJCE p. 629, pt 20.

¹¹⁵ Cons. const., n° 2006-540-DC, 27 juill. 2006, Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information, Rec. Cons. const. p. 88, consid. 20 : « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l’article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l’article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu’il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l’article 88-1 de la Constitution qu’une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu’elle a pour objet de transposer ; qu’en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel ». Cette impossibilité concernait le contrôle a priori qui conditionne l’entrée en vigueur de la loi ; si l’on peut comprendre la nécessité de ne pas ralentir l’intervention du Conseil constitutionnel dans ce cadre, le refus de saisir la Cour de Justice dans le cadre de l’article 61-1 paraît plus difficile à justifier.

échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive »¹¹⁶. La Cour souhaite sans doute éluder la concurrence potentielle qui pourrait résulter des décisions du Conseil constitutionnel.

Cette invitation montre aussi que l'indépendance du juge national à l'égard d'autres juges internes ne suffit pas et que c'est en réalité une allégeance plus forte à sa propre jurisprudence qui est recherchée. Ainsi, l'autonomisation du juge national s'accompagne d'une extension de ses compétences, quelle que soit sa place dans la hiérarchie juridictionnelle. Surtout, la valorisation des juges ordinaires a peut-être pour contrepartie une certaine banalisation des juridictions supérieures.

Dès 1978, la Cour de justice a vu dans le juge national la pierre angulaire de l'effectivité et de l'application uniforme du droit communautaire. Points de rencontre entre le droit et le fait, les juridictions nationales sont appelées à l'orthodoxie juridique autant qu'à la créativité intellectuelle, à l'allégeance autant qu'à l'audace. Outil d'émancipation du juge national à l'égard des règles procédurales nationales, la jurisprudence *Simmenthal* devient aujourd'hui l'argument de son autonomie envers les juridictions suprêmes et d'une subordination à la Cour de justice. Pas de révolution donc, juste quelques prolongements. La solution *Simmenthal* s'affirme avec la sérénité des arrêts qui ont fait leurs preuves. Fruit de cette immuable cohérence, les questions nouvelles d'aujourd'hui sont résolues par un retour aux fondamentaux. C'est peut-être là la force du destin.

¹¹⁶ CJUE 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, pt 56 ; V. sur ce point, D. Sarmiento, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen..., art. préc., p. 588.