

**PRIMAUTE, LA FIN D'UN MYTHE ?  
AUTOUR DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE**

Hélène GAUDIN

*Professeur à l'Université de La Rochelle  
LASAPE*

Ainsi posée, la question, pour être provocante, n'en paraît pas complètement nouvelle. Déjà, sur le même registre, certains auteurs avaient pu s'interroger sur la primauté, « *mythe ou réalité ?* »<sup>1</sup> ou bien sur la primauté comme « *valeur relative ?* »<sup>2</sup>. Il est vrai que, principe à la lisière de l'ordre juridique communautaire et des ordres juridiques nationaux, la primauté oscille entre son affirmation par la Cour de justice des Communautés européennes et sa mise en œuvre par les juridictions nationales<sup>3</sup>.

Certes, il découlait de la signification de la primauté, règle de résolution de conflits de normes au profit du droit communautaire, d'amener une résistance des juges nationaux. Sa contestation et sa relativisation sont intrinsèquement liées à la double face qui est la sienne et sont apparues en même temps que son affirmation par la Cour de justice.

Pour autant, s'il est un principe phare du droit communautaire à côté de celui de l'effet direct, c'est bien la primauté. Elle bénéficie à ce titre de divers qualificatifs qui en soulignent toute l'importance parmi lesquels celui de « *principe existentiel* »<sup>4</sup> n'est évidemment pas le moindre.

Condition de l'émergence, de l'existence et du maintien du droit communautaire<sup>5</sup>, garantie de l'uniformité d'application de celui-ci<sup>6</sup>, le principe de primauté a été mis en avant et affermi par la Cour de justice, dans des formulations très fermes, passant de la règle d'inopposabilité du droit national contraire, à l'octroi de nouveaux pouvoirs aux juges nationaux. A ce titre, il y a eu une véritable expansion de la

---

<sup>1</sup> V. Constantinesco, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », *Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1983, p. 109.

<sup>2</sup> J.-V. Louis, « La primauté, une valeur relative ? », *CDE* 1995, p. 23.

<sup>3</sup> On se permettra ici de renvoyer à notre étude « Primauté absolue ou primauté relative ? », in *Droit constitutionnel-droit communautaire, Vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Aix-en Provence, Economica-PUAM, 2001, p. 97.

<sup>4</sup> P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, P.U. de Liège, 1973, sp. p. 227.

<sup>5</sup> R. Lecourt, « Quel eût été le droit communautaire sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in *Mélanges Boulouis*, Paris Dalloz, 1991.

<sup>6</sup> V. notamment, CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, 29/69, *Rec.* p. 419.

primauté, la Cour ayant pu explorer toutes les potentialités de cette règle de conflit de normes<sup>7</sup>.

Il revient à l'arrêt *Costa / Enel* d'avoir posé, outre les justifications à la primauté, la signification centrale de celle-ci, à savoir l'inopposabilité du droit national contraire. « Cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de sources communautaires et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de se prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable, le droit né du traité ne pouvant en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »<sup>8</sup>.

Ses effets, en termes d'obligations, sur les juges nationaux ont été posés par la jurisprudence *Simmmenthal*. « Le juge national, chargé d'appliquer dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire 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 constitutionnel »<sup>9</sup>.

Les obligations des juges nationaux s'accompagnant de l'octroi à ceux-ci de nouveaux pouvoirs, la Cour de justice a pu révéler une nouvelle facette de la primauté dans une jurisprudence s'égrenant de *Factortame*<sup>10</sup> à *Franovich et Bonifaci*<sup>11</sup> et leurs suites<sup>12</sup>.

Couronnant cette jurisprudence, comme le lien intrinsèque entre la primauté et le droit communautaire, l'avis 1/91 reconnaît une valeur particulière à celle-ci en lui octroyant une protection y compris à l'encontre du pouvoir de révision<sup>13</sup>.

Alors oui, face à ces jurisprudences, la question initiale paraît inutilement provocante, et vouée à l'échec ! Tout au plus pourrait-on débattre de la valeur absolue ou relative de la primauté, ce qui en soi n'est déjà pas si facile. Car remettre en cause la primauté c'est aussi remettre en question l'ordre juridique communautaire, son autonomie et le principe d'intégration.

Car fondatrice, la primauté l'est effectivement au même titre que l'effet direct, en cela, elle s'apparente à un mythe vers lequel il convient de revenir chaque fois que l'ordre juridique communautaire paraît menacé. Pour autant, ce principe mythique, et pour cela valorisé, a toujours coexisté avec des relations très variées et très pragmatiques entre droit communautaire et droits nationaux. La primauté n'est-elle pas alors un « produit de luxe », juridiquement attractif, qui ne vient cependant qu'à

<sup>7</sup> D. Simon, « Les exigences de la primauté du droit communautaire, continuité ou métamorphose ? », *Mélanges Boulouis, préc.*

<sup>8</sup> CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1141.

<sup>9</sup> CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629, spéc. pt 24.

<sup>10</sup> CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, *Rec.* p. I-2433.

<sup>11</sup> CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich et Bonifaci*, C-6/90 et 9/90, *Rec.* p. I-5357.

<sup>12</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, *Rec.* p. I-102309.

<sup>13</sup> CJCE, avis 1/91 du 14 décembre 1991, *EEE*, *Rec.* p. I-6079.

titre subsidiaire en tant que sanction des conflits de normes non précédemment résolus par des modes alternatifs de résolution (I) ?

Plus loin, si les années 90 peuvent être regardées comme la période d'expansion maximum de la primauté, elles sont aussi l'amorce d'un reflux général, même si c'est de manière très discrète. Ainsi faut-il lire entre les lignes des arrêts *SPUC* de 1991<sup>14</sup> ou *Schindler* de 1994 pour y trouver une atténuation de la primauté. Ainsi, à propos des loteries, la Cour estime-t-elle que « ces particularités justifient que les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comportent la protection des joueurs et, plus généralement, compte tenu des particularités socioculturelles de chaque Etat membre, la protection de l'ordre social (...) »<sup>15</sup>. L'heure de gloire côtoie donc l'heure du reflux.

Sans doute ne faut-il pas s'en étonner car les années 90 sont aussi celles de la constitutionnalisation de la Communauté européenne. Or, si la constitutionnalisation est la conséquence de l'évolution et du renforcement du droit communautaire, elle a pour suite sa rencontre toujours plus profonde avec les droits constitutionnels nationaux qui vient en retour la renforcer ; il suffit de songer à l'inscription dans les Constitutions nationales de l'appartenance aux CE et à l'UE. Sans revenir dans les détails de cette double imprégnation, c'est un simple constat de dire que tous en sortiront transformés.

Cette transformation affecte bien évidemment l'ordre juridique communautaire et ses principes constitutifs, au premier rang desquels la primauté. Que l'on nous permette de revenir ici quelque peu en arrière. Dégagée et développée comme garantie de l'uniformité d'application du droit communautaire, composante de ce que l'on a pu appeler « l'ordre public communautaire »<sup>16</sup>, la primauté apparaissait effectivement comme le meilleur instrument pour ce faire.

Mais, depuis les années 1990, et progressivement, ce postulat de départ peut-il toujours et tout le temps être vérifié ? Et si, dans certaines hypothèses, l'affirmation et l'application de la primauté, au lieu de garantir le droit communautaire, remettaient dorénavant en cause ses relations avec les droits nationaux ?

Paradoxalement, le renforcement qualitatif de la CE/UE via son affirmation constitutionnelle<sup>17</sup>, s'accompagne de l'effacement de l'un de ses principes traditionnels et essentiels. Dans ce nouveau contexte, révélateur d'un nouveau droit, constitutionnel, de la Communauté et de l'Union européennes, la primauté peut être relativisée, et, sans disparaître, parfois s'effacer (II). Loin de signaler un affaiblissement de l'ordre juridique communautaire, cette évolution de et sur la primauté traduit une nouvelle étape franchie par celui-ci, consacrant, en dépit de tout, le lien entre l'une et l'autre.

<sup>14</sup> CJCE, 4 octobre 1991, *SPUC c/ Grogan*, C-159/90, *Rec.* p. I-4685.

<sup>15</sup> CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, *Rec.* p. I-1039, sp. pt 61.

<sup>16</sup> F. Fines, « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Etudes en l'honneur de J.-Cl. Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp. 333 et s., sp. p. 334.

<sup>17</sup> Encore affirmé récemment et notamment face au droit international, CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi c/ Conseil et Commission*, C-402/05P, non encore publié au Recueil, sp. pts 202, 281 et 282.