

"Le Conseil d'État, un juge particulier de droit commun du droit de l'Union européenne",

Article paru dans l'ouvrage "Cohérence et pluralité du contentieux administratif européen", Cahiers Jean Monnet, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.

Julie TEYSSÉDRE, Docteure en droit public, Université Toulouse 1 Capitole.

Résumé :

À l'instar de l'ensemble des juges nationaux des États membres de l'Union européenne, le Conseil d'État a été érigé en juge de droit commun du droit de l'Union sans que l'europanisation de son office n'aboutisse à une dilution de sa singularité. Refusant en effet de réceptionner de manière passive les exigences mises à sa charge, le Conseil d'État entend au contraire contribuer à esquisser les contours de son office de juge de droit commun et il n'hésite pas, par ailleurs, à projeter ses conceptions internes dans la mise en œuvre du droit de l'Union.

Abstract :

Like all the national judges of the Member States of the European Union, the French Council of State has become a common law judge of European Union law, without being diluted in its singularity by the Europeanization of its office. Refusing to accept the requirements passively placed upon it, the Council of State intends, on the contrary, to contribute to outlining the contours of its office as a judge of ordinary law and, furthermore, does not hesitate to project its internal conceptions into the implementation of Union law.

Si les rapports entretenus par le Conseil d'État avec l'ordre juridique de l'Union semblent, aujourd'hui, de prime abord apaisés¹, il n'en a pas toujours été ainsi et l'intégration par la Haute juridiction administrative de son office de juge de droit commun du droit de l'Union ne s'est pas faite sans heurts².

La réticence opposée par le Conseil d'État, aux origines des Communautés, aux exigences tirées de cet ordre juridique s'explique, en premier lieu, par le fait que cet office de juge de droit commun, qui confère aux juridictions nationales une « plénitude de compétence³ », a affermi la position des juridictions ordinaires. La Cour de justice a en effet forgé une jurisprudence tendant à relativiser leur dépendance hiérarchique à l'égard des Cours suprêmes, en leur conférant une liberté pour procéder au renvoi préjudiciel⁴ et en leur octroyant la faculté de faire abstraction des décisions des juridictions supérieures qui ne seraient pas compatibles avec le droit de l'Union⁵. Si les juridictions administratives inférieures se sont finalement peu emparées des potentialités de la liberté qui leur a été conférée⁶, il y a tout lieu de penser que le Conseil d'État n'a pas accueilli avec enthousiasme cette œuvre prétorienne en ce qu'elle était susceptible de dénaturer son rôle de gardien de l'unité de la jurisprudence⁷. Le refus du Conseil d'État d'intégrer certaines exigences du droit de l'Union s'explique, en second lieu, par la mise en cause des équilibres traditionnels du droit interne que l'exercice de cet office était susceptible d'occasionner. Le souci de préserver sa souveraineté juridictionnelle et de protéger la conception française de la séparation des pouvoirs⁸ a ainsi conduit le Conseil

¹ La constatation par la Cour de justice d'un manquement du Conseil d'État imputable à sa pratique préjudicielle a ravivé le spectre de la guerre des juges (CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c/ France*, aff. C-416/17, EU:C:2018:811).

² Sur l'office de juge de droit commun du droit de l'Union voir A. Barav, *La fonction communautaire du juge national*, thèse dactylographiée, Strasbourg, 1983 ; O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001 ; R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976 ; F. Niang, *La fonction européenne du juge national*, LGDJ, 2013.

³ A. Barav, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 1.

⁴ V. CJCE, 16 janv. 1974, 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, EU:C:1974:3 ; CJCE, gr. ch., 16 déc. 2008, C-210/06, *Cartesio*, EU:C:2008:723 ; CJUE, gr. ch., 9 mars 2010, C-378/08, *ERG e.a.*, EU:C:2010:126 ; CJUE, gr. ch., 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli*, EU:C:2010:363.

⁵ V. CJUE, gr. ch., 5 oct. 2010, C-173/09, *Elchinov*, EU:C:2010:581 ; CJUE, gr. ch., 15 janv. 2013, C-416/10, *Križan e.a.*, EU:C:2013:8.

⁶ Dans son étude consacrée à la pratique préjudicielle du Conseil d'État, Claire Vocanson relève qu'à l'inverse de certains de leurs homologues européens les « juges administratifs du fond n'ont jamais utilisé le renvoi préjudiciel afin de remettre en cause la jurisprudence du Conseil d'État ». C. Vocanson, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014, p. 407.

⁷ Le Conseil d'État est très attaché à ce rôle, comme l'atteste la permanence de la pratique de la « troïka » (D. Labetoulle, « Une histoire de troïka », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 83). Sur la discipline qui prévaut au sein de l'ordre juridictionnel administratif voir D. Chabanol, « Le dialogue des juges administratifs entre eux : discipline contentieuse et indépendance », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 167.

⁸ En vertu de laquelle il ne lui appartient point d'être le censeur de la loi.

d'État, durant plusieurs décennies, à revêtir les habits d'un juge de droit commun peu soucieux de garantir l'effectivité du droit de l'Union et la protection juridictionnelle effective des droits tirés de cet ordre juridique⁹.

La reconfiguration des relations de la Haute juridiction administrative avec l'ordre juridique de l'Union a été le fruit d'un long processus, qui s'est matérialisé par des revirements jurisprudentiels en cascade à la fin des années 1980¹⁰ puis, à nouveau, au milieu des années 2000¹¹. Cette évolution résulte de la nouvelle appréhension de cet office juridictionnel, dont l'exercice a permis au Conseil d'État non seulement d'accroître ses compétences et pouvoirs au sein de l'ordre juridique national, mais également de revaloriser son pouvoir normatif¹². Tout en considérant que sa compétence pour mettre en œuvre le droit de l'Union est fondée sur la Constitution¹³, le Conseil d'État reconnaît être un juge de droit commun du droit de l'Union¹⁴ et il a su adapter sa jurisprudence aux exigences de ce droit. Bien plus que cela, l'exercice de cet office singulier a généré un processus de rapprochement des juges en Europe ayant fait émerger un espace européen partagé¹⁵ qui se veut être un lieu de comparaison¹⁶, le berceau

⁹ Ce constat mérite néanmoins d'être nuancé dans la mesure où, durant les premières décennies d'existence des Communautés, le Conseil d'État a pu rendre des arrêts pleinement conformes aux exigences du droit communautaire. Pour une analyse en ce sens voir J-C. Bonichot, « Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1989, p. 579 ; B. Genevois, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 201.

¹⁰ CE, ass., 3 fév. 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052, *Rec.* p. 44 ; CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Rec.* p. 190.

¹¹ CE, ass., 11 déc. 2006, *Société De Groot en Slot Allium BV*, n° 234560, *Rec.* p. 512 ; CE, ass., 8 fév. 2007, *Gardedieu*, n° 279522, *Rec.* p. 78 ; CE, ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110, *Rec.* p. 55 ; CE, 18 juin 2008, *Gestas*, n° 295831, *Rec.* p. 230 ; CE, ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *Rec.* p. 407.

¹² Comme le relève Paul Cassia, émerge alors un processus de « donnant-donnant : le droit communautaire fait l'objet d'un traitement spécifique de la part du juge administratif ; le juge administratif voit ses pouvoirs renforcés par le droit communautaire ». P. Cassia, « La mise en œuvre du droit communautaire dans le contentieux administratif », in *Droit administratif européen*, J-B. Auby et J. Dutheil De La Rochère (dir.), Bruylant, 2007, p. 793, spéc. p. 795.

¹³ Dans ses conclusions dans l'affaire *Association des Américains Accidentels*, Alexandre Lallet, après avoir souligné qu'il appartient au juge administratif de garantir la primauté du droit de l'Union relève que le Conseil d'État « est aussi et d'abord un juge statuant au nom du peuple français et dont la référence ultime est la Constitution ». A. Lallet, conclusions sur CE, ass., 19 juill. 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216, *RFDA*, 2019, p. 891.

¹⁴ Dans son arrêt *Perreux*, le Conseil d'État reconnaît pour la première fois qu'il est « juge de droit commun de l'application du droit communautaire » (CE, ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, *Rec.* p. 407). Puis, il substituera à cette formule celle de « juge de droit commun du droit de l'Union européenne » (CE, 26 juin 2015, *Association France Nature environnement*, n° 360212, *T.* p. 577).

¹⁵ Les liens formels et informels tissés par les juges au sein de l'Union européenne ont donné corps à un espace européen partagé, à la constitution duquel le Conseil d'État participe activement. V. J. Teysse, *Le Conseil d'État, juge de droit commun du droit de l'Union européenne*, thèse dactylographiée, Toulouse, 2019, p. 277 et s.

¹⁶ Les réseaux de juges européens, et tout particulièrement l'ACA-Europe, permettent aux juges nationaux de prendre connaissance des particularités des systèmes juridictionnels étrangers.

d'une circulation du droit¹⁷, mais également, désormais, une enceinte de réflexion portant sur les voies de la préservation du droit au juge, en tant qu'élément de l'État de droit¹⁸.

La richesse des relations tissées par le Conseil d'État avec l'ordre juridique de l'Union, au-delà même de la stricte mise en œuvre de ce droit, ne doit pas pour autant occulter que le juge administratif est loin de toujours se comporter comme « un bon élève du droit de l'Union¹⁹ ». À cet égard, s'il convient d'observer que son usage de la procédure préjudicielle s'est considérablement renforcé²⁰ et diversifié²¹, la jurisprudence du juge administratif reste parfois empreinte d'une réticence à solliciter le juge de l'Union. De plus, le Conseil d'État n'hésite pas, par l'entremise de ses membres, à critiquer les raisonnements de la Cour de justice lorsque ces derniers lui semblent contestables. Ainsi, dans ses conclusions dans les affaires portant sur la portée matérielle du droit au déréfèrement, Alexandre Lallet relevait que la décision rendue par la Cour de justice consacrait « définitivement les arrêts de règlement parmi les sources du droit de l'Union²² ». Parallèlement, il convient de relever que Bruno Lasserre est beaucoup moins enclin que son prédécesseur à mettre en exergue l'europhilie du Conseil d'État et son attachement aux relations fécondes qu'il entretient avec la Cour de justice. Il nous semble que cette évolution résulte, en premier lieu, de l'absence de satisfaction par le Cour de justice des prétentions du Conseil d'État dans plusieurs décisions préjudicielles qui avaient été

¹⁷ Nous sommes alors en présence d'une circulation spontanée du droit entre les ordres juridiques qui se matérialise lorsqu'un juge national s'approprie une méthode ou une technique contentieuse utilisée par d'autres juges nationaux ou par la Cour de justice ou lorsqu'il s'inspire de solutions étrangères pour faire évoluer l'interprétation d'une norme nationale ou, enfin, lorsque le juge national décide de ne plus cantonner l'application du droit de l'Union à son champ d'application.

¹⁸ Dans un discours prononcé lors d'une édition des dialogues franco-italien, le 20 juin 2019, Bruno Lasserre soulignait l'importance du rôle des juges nationaux européens dans la promotion de l'indépendance de la justice et de la garantie du respect de l'État de droit (B. Lasserre, intervention, « Quel avenir pour l'Europe ? Le point de vue de la France et de l'Italie », disponible sur le site du Conseil d'État). Pour un état des lieux de la garantie, au sein des États membres de l'Union, de l'État de droit voir le rapport publié par la Commission le 30 septembre 2020, COM(2020) 580 final.

¹⁹ Pour reprendre ici les termes employés par Dominique Ritleng dans un commentaire portant sur la décision *SCEA du Chéneau*. D. Ritleng, « Le juge français se veut bon élève de l'Union », *RTDE*, 2012, p. 135.

²⁰ Le dernier rapport annuel de la Cour de justice fait état de 149 renvois préjudiciels du Conseil d'État sur la période 1952-2019. La Cour de cassation a pour sa part introduit 140 renvois (Cour de justice de l'Union européenne, Rapport annuel 2019, activité judiciaire, p. 185). En comparaison, au 1er janvier 1990, tandis que la Cour de cassation avait posé 38 questions préjudicielles, le Conseil d'État avait seulement renvoyé 7 questions.

²¹ Le Conseil d'État peut parfois plébisciter ce mécanisme de coopération afin d'influencer la Cour de justice dans son interprétation du droit de l'Union. À titre d'exemple, il a décidé, dans l'affaire *ANODE*, d'interroger la Cour de justice à titre préjudiciel afin qu'elle infléchisse l'approche qu'elle avait antérieurement adoptée et que soient ainsi préservés les tarifs réglementés du gaz, mais plus largement l'ensemble de ces tarifs (CE, 15 déc. 2014, *ANODE*, n° 370321, inédit au recueil).

²² Le rapporteur public se réfère à l'interprétation donnée par la Cour de justice au droit de déréfèrement applicable aux données relatives aux condamnations pénales. A. Lallet, conclusions sur CE, 6 déc. 2019, *Mme Chupin e.a.*, n° 391000 e.a, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

sollicitées afin que soit infléchi sa jurisprudence²³ et, en second lieu, de la constatation d'un manquement juridictionnel imputable au Conseil d'État dans une décision du 4 octobre 2018. La Cour de justice s'est en effet départie de la réserve qui la conduisait à ne point constater de manière ostensible un manquement juridictionnel²⁴ en jugeant que le Conseil d'État avait manqué aux obligations qui lui incombent en refusant de lui transmettre une question préjudicielle portant sur les conditions de la restitution de précomptes mobiliers qui avaient été perçus en violation du droit de l'Union²⁵.

Si les relations entretenues par le Conseil d'État avec le droit de l'Union sont loin d'être linéaires, l'histoire européenne de la Haute juridiction administrative française révèle néanmoins une permanence : la singularité de l'exercice de son office de juge de droit commun du droit de l'Union. Ainsi, le respect des obligations lui incombant et la mise en œuvre des pouvoirs lui ayant été octroyés ont de tout temps été tributaires de particularités qui, elles-mêmes, résultent de la préservation d'une autonomie de raisonnement fondée sur l'ancrage du Conseil d'État dans une histoire nationale singulière. C'est donc au nom de la préservation d'une spécificité que le juge administratif entend définir le périmètre de son office de juge de droit commun du droit de l'Union (I) et procéder à une mise en œuvre singulière de ce droit (II).

I - Le Conseil d'État : artisan de la détermination du périmètre de son office de juge de droit commun

La jurisprudence du Conseil d'État recèle une volonté de définir le périmètre de l'office lui ayant été attribué afin que soient conciliées les exigences européennes et les spécificités internes (A). Si cette détermination est parfois le fruit d'une collaboration avec la Cour de justice, le Conseil d'État définit souvent de manière autonome le contour de cet office (B).

A) UN OFFICE DE JUGE DE DROIT COMMUN RESPECTUEUX DES SPECIFICITES INTERNES

²³ V. not. CJUE, 28 juill. 2016, *Association France Nature Environnement*, aff. C-379/15, EU:C:2016:603 (à propos de la faculté des juges nationaux de moduler les effets des annulations prononcées en raison d'une violation du droit de l'Union).

²⁴ La Cour de justice a consacré la manquement judiciaire dans une décision du 9 décembre 2003 et l'a constaté, pour la première fois, dans une décision ans un arrêt *Commission c/ Espagne* du 12 novembre 2009 (CJCE, 9 déc. 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, EU:C:2003:656; CJCE, 12 nov. 2009, *Commission c/ Espagne*, aff. C-154/08, EU:C:2009:695). Ses réserves résultent de sa volonté de ne point porter atteinte à l'indépendance des juges nationaux et à l'autorité de leurs décisions, qui serait susceptible d'altérer la coopération entre elle et les juridictions nationales.

²⁵ CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c/ France*, aff. C-416/17, EU:C:2018:811.

Lorsqu'il esquisse le périmètre de son office de juge de droit commun, le Conseil d'État tente de préserver les spécificités contentieuses internes (1) et le dogme juridique de la suprématie constitutionnelle (2).

1 - La préservation des spécificités contentieuses internes

La jurisprudence du Conseil d'État relative à la responsabilité de l'État du fait des lois constitue, à notre sens, l'exemple le plus révélateur de la conciliation des obligations tirées du droit de l'Union et des spécificités des régimes juridiques qu'il a façonnés. Face à l'inaptitude des régimes traditionnels de la responsabilité de l'État du fait des lois à garantir l'effectivité du droit de l'Union²⁶, le Conseil d'État a consenti, dans son arrêt *Gardedieu*, à édifier un nouveau régime de responsabilité en cas de méconnaissance d'un engagement international²⁷. Si plusieurs auteurs ont estimé qu'avec cette décision le juge administratif avait consacré un régime de responsabilité pour faute²⁸, nous considérons que tel n'est point le cas. Le Conseil d'État a en réalité ménagé un équilibre entre les exigences du droit de l'Union et la conception traditionnelle qu'il retient de son office, celle d'être incompétent pour reconnaître la faute du législateur²⁹. L'arrêt *Gardedieu*, lu à la lumière des conclusions rendues par Luc Derepas³⁰, consacre donc un régime de responsabilité *sui generis* qui, tout en empruntant des éléments d'un régime de responsabilité pour faute³¹, n'est pourtant point fondé sur elle. La volonté du

²⁶ Le régime de responsabilité sans faute issu de la jurisprudence *Société des produits laitiers La Fleurette* (CE, ass., 14 janv. 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*, n° 51704, *Rec.* p. 25), ne permettait pas de répondre aux prescriptions du droit de l'Union en raison des conditions restrictives de sa mise en œuvre.

²⁷ CE, ass., 8 fév. 2007, *Gardedieu*, n° 279522, *Rec.* p. 78. Si la mise en œuvre de ce régime n'est pas cantonnée au champ d'application du droit de l'Union, nous partageons l'analyse de Marc Blanquet qui estime qu'« il est bien évident que c'est la pression de la jurisprudence de la Cour de justice sur la responsabilité pour violation du droit de l'Union européenne qui en a été le facteur déclenchant et explicatif ». M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 11^{ème} éd., Sirey, 2018, pp. 640-641.

²⁸ Voir M-C. Rouault, « L'État doit réparer les préjudices dus à l'application d'une loi contraire à la convention EDH », *JCP G*, 14 mars 2007, p. 54 ; J.-P. Marguénaud, « La responsabilité du fait des lois contraires à la convention EDH », *RTD civ.*, 2007, p. 297 ; F. Melleray, « Les arrêts *GIE Axa Courtage* et *Gardedieu* remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques ? », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 489.

²⁹ Si le Conseil d'État avait pu, dans son arrêt *Arizona Tobacco Product et SA PhilipMorris France*, accorder la réparation du préjudice causé par une loi incompatible avec le droit communautaire, le Conseil d'État avait pris le soin d'imputer la responsabilité à l'autorité administrative ayant pris sur le fondement de cette loi un acte réglementaire, qui est venu s'intercaler entre l'administré et l'acte législatif (CE, ass., 28 fév. 1992, *Arizona Tobacco Product et SA PhilipMorris France*, n° 87753, *Rec.* p. 78).

³⁰ Après avoir exclu la possibilité de consacrer un régime de responsabilité pour faute, Luc Derepas proposait de instituer un principe de responsabilité *sui generis*. L. Derepas, conclusions sur CE, ass., 8 fév. 2007, *Gardedieu*, *RFDA*, 2007, p. 361. Depuis, plusieurs rapporteurs publics ont souligné que le régime issu de l'arrêt *Gardedieu* n'était pas un régime de responsabilité pour faute. Voir F. Doré, conclusions sur TA Paris, 7 fév. 2017, n° 1505725/3-1 et 1507681/3-1, *AJDA*, 2017, p. 698 ; M. Sirinelli, conclusions sur CE, ass., 24 déc. 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren, M. Laillat*, n° 425981, n° 425983 et n° 428162, *RFDA*, 2019, p. 136.

³¹ En ce qu'il permet de réparer l'intégralité du préjudice et qu'il tisse un lien entre la violation du droit conventionnel et l'illégalité.

Conseil d'État de ne point appliquer à la loi le droit auquel est soumis l'administration s'est d'ailleurs à nouveau manifestée lors de la consécration d'un régime de responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles³². Ainsi, tout en ayant consenti à faire évoluer son rapport à la loi dans le cadre de l'exercice de son office de juge de droit commun³³, l'œuvre prétorienne du juge administratif en matière de responsabilité démontre qu'il entend maintenir une ultime déférence envers le législateur.

Le Conseil d'État a par ailleurs développé des outils lui permettant de garantir l'effectivité du droit de l'Union, tout en préservant certaines particularités procédurales. Ainsi, bien qu'ayant implicitement consacré son incompétence pour saisir la Cour à titre préjudiciel dans le cadre d'une demande d'avis contentieux³⁴, la Haute juridiction administrative a su adopter une démarche permettant de sauvegarder l'autonomie d'interprétation du droit de l'Union. Lorsque la question qui lui est transmise soulève une difficulté sérieuse d'interprétation, le Conseil d'État invite parfois, dans son avis, les juridictions inférieures à interroger la Cour de justice³⁵. S'il lui arrive d'interpréter de manière autonome le droit de l'Union, alors même que le sens qui doit lui être attribué est loin d'être évident³⁶, le fait d'inciter les juges administratifs à poser une question à la Cour de justice démontre que la Haute juridiction administrative sait prendre acte de la responsabilité qui lui incombe dans la garantie de l'efficacité du droit de l'Union, comme l'atteste également sa jurisprudence tendant à concilier le respect de la primauté du droit de l'Union et la garantie de la suprématie constitutionnelle.

2 - La protection du dogme de la suprématie constitutionnelle

La coexistence de hiérarchies normatives distinctes affecte particulièrement le juge national qui peut se trouver confronté à la nécessité d'articuler des normes inconciliables. Face à cette

³² CE, ass., 24 déc. 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren, M. Laillat*, n° 425981, n° 425983 et n° 428162, publiés au recueil Lebon.

³³ La consécration de sa compétence pour contrôler la compatibilité des lois avec le droit de l'Union, y compris dans le cadre des procédures en référé, et l'institution d'un régime de responsabilité de l'État du fait des lois ont reconfiguré son rapport à l'acte législatif.

³⁴ Le Conseil d'État, après avoir relevé l'existence de difficultés pour interpréter le droit de l'Union, a renvoyé le soin au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne d'apprécier si un renvoi préjudiciel devait être mis en œuvre. CE, sect., avis, 4 fév. 2000, *Mouflin*, n° 113321, *Rec.* p. 29.

³⁵ V. par ex. ; CE, avis, *SA Cédillac*, 14 juin 2006, n° 288163, *Rec.* p. 297 ; CE, avis, 23 mai 2011, *Société Santander Asset Management e.a*, n° 344678 à n° 344687, *Rec.* p. 257 ; CE, avis, 18 oct. 2017, *Société Elaborados Metalicos Emesa SL e.a*, n° 412016, *T.* p. 592.

³⁶ V. par ex. CE, avis., 29 mai 2013, *Baatarkhuu*, n° 365666, *Rec.* p. 150 ; CE, avis, 31 juill. 2019, *M. B. A*, n° 428761, mentionné aux tables du recueil Lebon.

aporie, le Conseil d'État a finalement réussi à se départir d'un prisme hiérarchique³⁷ et à élaborer une doctrine des rapports de systèmes respectueuse tant des exigences du droit de l'Union que de la préservation du dogme de la suprématie constitutionnelle. Ainsi, dans son arrêt *Arcelor*, le Conseil d'État a esquissé un modèle particulièrement sophistiqué d'articulation des normes³⁸. S'inspirant de l'approche adoptée par le Conseil constitutionnel³⁹, tout en l'adaptant aux particularités de son office, le juge administratif a estimé que devaient être définies des modalités particulières de contrôle des actes réglementaires transposant les directives dès lors que cette transposition constituait une exigence constitutionnelle. Toute l'ingéniosité du mécanisme de la translation du contrôle de constitutionnalité édifié dans cette décision résulte dans le fait que tout en permettant de concrétiser les obligations qui lui incombent au titre du droit de l'Union⁴⁰, le Conseil d'État n'abandonne pas pour autant le dogme de la suprématie constitutionnelle. Au-delà de fonder son contrôle sur l'article 88-1 de la Constitution, le juge administratif s'octroie une compétence pour contrôler, de manière indirecte, la constitutionnalité de la directive en l'absence d'un principe du droit de l'Union protégeant de manière effective le principe constitutionnel invoqué. À cet égard, sa mise en exergue d'un noyau dur constitutionnel relève davantage de la volonté de rappeler que la Constitution représente son horizon ultime, que de celle d'instituer une véritable contre-limite à la primauté du droit de l'Union. En effet, la lecture des décisions du Conseil d'État démontre que ce dernier apprécie de manière relativement souple l'existence d'une équivalence de protection au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. Tandis que dans certaines affaires l'analyse de la substance respective des principes est relativement sommaire⁴¹, dans d'autres décisions, le Conseil d'État semble considérer que la simple existence d'un principe similaire au principe constitutionnel invoqué suffit pour opérer la translation normative⁴². La doctrine des rapports de systèmes façonnée par le Conseil d'État, et la réduction du périmètre

³⁷ Celui-ci avait été plébiscité avec force dans son arrêt *SNIP* dans lequel fut consacrée la suprématie de la Constitution à l'égard du droit communautaire (CE, 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique e.a.*, n° 226514, e.a., *Rec.* p. 624).

³⁸ CE, ass., 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, n° 287110, *Rec.* p. 55.

³⁹ Cons. const., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC, *Rec.* p.101 ; Cons. const., 27 juill. 2006, *Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC, *Rec.* p.88.

⁴⁰ Lorsque est soulevé un grief d'inconstitutionnalité à l'encontre d'un acte de transposition, le juge administratif recherche si le principe constitutionnel invoqué dispose d'un équivalent dans l'ordre juridique de l'Union. Si tel est le cas, peut alors être opérée la translation du contrôle de constitutionnalité, qui consiste à déplacer le conflit normatif dans l'ordre juridique de l'Union en transformant le contrôle de constitutionnalité en un contrôle de compatibilité de la directive avec le principe du droit de l'Union équivalent au principe constitutionnel, qu'il peut mettre en œuvre avec le concours de la Cour de justice.

⁴¹ V. par ex. CE, 3 oct. 2016, *Confédération paysanne e.a.*, n° 388649, *Rec.* p. 400 (à propos du principe de précaution).

⁴² V. par ex. CE, 10 mai 2017, *Fédération des fabricants de cigarettes e.a.*, n° 401536, n° 401561, n° 401611, 401632 et n° 401668 (à propos du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'expression).

de la conflictualité normative qui en résulte, ont alors redessiné avec force le contour de son office juridictionnel⁴³.

B) LE CONSEIL D'ÉTAT : ENTRE DEFINITION COLLABORATIVE ET AUTONOME DE SON OFFICE DE JUGE DE DROIT COMMUN

Si le Conseil d'État consent parfois à interroger la Cour de justice afin que soit esquissé de manière conjointe le périmètre de son office de juge de droit commun (1), il tend à privilégier une définition autonome des modalités de mise en œuvre de ses pouvoirs et devoirs (2).

1 - Le renvoi préjudiciel : instrument d'une définition conjointe de l'office du Conseil d'État

L'usage par le Conseil d'État du mécanisme préjudiciel, dans le cadre de la détermination du contenu des obligations lui incombant, ne saurait être imputé à sa volonté de garantir la pleine effectivité du droit de l'Union. En effet, dans les affaires où il interroge la Cour de justice sur le périmètre de son office, l'interprétation qui doit être donnée au droit de l'Union est claire et ce dernier pourrait être directement appliqué par le Conseil d'État, conformément aux principes qui régissent la répartition des compétences des juges nationaux et de l'Union. En réalité, le renvoi est motivé par le souhait de conduire la Cour à infléchir son approche afin que celle-ci soit compatible avec les aspirations de la Haute juridiction administrative.

Cette stratégie a pour la première fois été plébiscitée dans le domaine de la récupération des aides d'État. Le Conseil d'État a en effet interrogé à plusieurs reprises la Cour de justice, en 1990⁴⁴, puis à nouveau dans ses décisions *CELF I* de 2006⁴⁵ et *CELF II* de 2008⁴⁶, pour que soient atténuées les obligations du juge national dans ce domaine. Après un premier refus de la Cour de limiter les hypothèses de récupération⁴⁷, le Conseil d'État a obtenu gain de cause avec la décision préjudicielle *CELF* du 12 février 2008, dans laquelle le juge de l'Union a

⁴³ Il convient de relever que la doctrine des rapports de systèmes définie par le Conseil d'État ne s'épuise pas dans la solution adoptée dans la décision *Arcelor*, mais résulte également de son œuvre prétorienne dans le domaine de la conciliation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. Au-delà d'avoir participé, avec la Cour de justice et le Conseil constitutionnel, à l'édification d'un modèle de conciliation de la QCP et des exigences du droit de l'Union, le Conseil d'État a défini un régime original d'articulation de la QPC et du renvoi préjudiciel dans l'hypothèse d'une surtransposition des directives (CE, ass., 31 mai 2016, *Marc Jacob*, n° 393881, *Rec.* p. 191).

⁴⁴ CE, ass., 26 oct. 1990, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a*, n° 69726 et n° 69727, *Rec.* p. 294.

⁴⁵ CE, 29 mars 2006, *Centre d'exportation du livre français*, n° 274923 et n° 274967, *Rec.* p. 173.

⁴⁶ CE, 19 déc. 2008, *CELF*, n° 274923 et n° 274967, *Rec.* p. 474.

⁴⁷ La Cour a jugé qu'une décision accordant une aide d'État non notifiée ne pouvait être purgée de son illégalité procédurale lorsqu'elle était rendue ultérieurement par la Commission une décision de compatibilité de l'aide avec le marché commun (CJCE, 21 nov. 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a*, aff. C-354/90, EU:C:1991:440).

admis que les juridictions nationales n'étaient pas tenues d'ordonner la récupération intégrale des aides non notifiées qui étaient par la suite reconnues compatibles avec le marché commun par la Commission⁴⁸. Elle a néanmoins refusé, dans sa décision *CELF II*, de faire droit à la demande du Conseil d'État qui souhaitait que soit étendue la liste des circonstances exceptionnelles de nature à justifier l'absence de récupération de l'aide⁴⁹.

C'est également la volonté de voir la Cour infléchir son approche qui a conduit le Conseil d'État à l'interroger sur la possibilité pour le juge national de moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union. Dans ses arrêts *Winner Wetten*⁵⁰ et *Inter-Environnement Wallonie*⁵¹, la Cour avait en effet fermement encadré la faculté des juges nationaux de faire usage d'une telle prérogative, ce qui avait conduit le Conseil d'État à s'extraire de la grille d'analyse qu'elle avait définie et à faire usage de sa jurisprudence *Association AC !*⁵² dans un sens qui n'était point conforme aux prescriptions du droit de l'Union⁵³. Puis, plutôt que de suivre les conclusions du rapporteur public qui l'invitait à ne pas faire usage de son pouvoir de modulation⁵⁴, il a décidé, dans sa décision *France Nature environnement* du 26 juin 2015, d'interroger la Cour sur ce point, en lui présentant une série d'arguments tirés de la recherche de l'efficacité du droit de l'Union au soutien d'une réorientation de sa jurisprudence⁵⁵. Sa demande d'infléchissement n'a pas été satisfaite⁵⁶ et le Conseil d'État a donc été contraint, dans la décision de réception de la réponse de la Cour, de refuser de moduler les effets de l'annulation prononcée⁵⁷. Depuis cette décision, le Conseil d'État a décidé d'œuvrer seul dans ce domaine et a fait le choix d'esquisser de manière autonome le périmètre de son office.

⁴⁸ CJCE, grde ch., 12 fév. 2008, *CELF et Ministre de la Culture et de la Communication*, aff. C-199/06, EU:C:2008:79.

⁴⁹ CJUE, 11 mars 2010, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication*, aff. C-1/09, EU:C:2010:136.

⁵⁰ CJUE, grde ch., 8 sept. 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, EU:C:2010:503.

⁵¹ CJUE, grde ch., 28 fév. 2012, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-41/11, EU:C:2012:103.

⁵² CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! e.a.*, n° 255886 e. a., *Rec.* p. 197.

⁵³ CE, 17 juin 2011, *Canal + distribution e.a.*, n° 324816 e. a., *Rec.* p. 296; CE, 23 juil. 2014, *Octapharma France*, n° 349717, *Rec.* p. 243.

⁵⁴ X. de Lesquen, conclusions sur CE, 26 juin 2015, *France Nature Environnement*, disponibles sur ArianeWeb.

⁵⁵ CE, 26 juin 2015, *France Nature Environnement*, n° 360212, *T.* p. 577.

⁵⁶ La Cour de justice a confirmé son interprétation restrictive quant à la possibilité du juge national de limiter dans le temps les effets d'une annulation d'un acte contraire au droit de l'Union (CJUE, 28 juil. 2016, *Association France Nature Environnement*, aff. C-379/15, EU:C:2016:603). Nous partageons l'analyse de Laurent Coutron qui relevait que le Conseil d'État n'était « peut-être pas la juridiction la mieux placée pour solliciter une extension de la jurisprudence *Association Inter-Environnement Wallonie et Terre wallonne*, eu égard à son comportement dans les affaires *Association Vent de colère !* et *Octapharma France* ». L. Coutron, « Limitation des effets dans le temps d'un arrêt préjudiciel : un monopole menacé de la Cour de justice ? », *RTDE*, 2017, p. 400, spéc. p. 406.

⁵⁷ CE, 3 nov. 2016, *Association France Nature Environnement*, n° 360212, *Rec.* p. 447.

2 - Le Conseil d'État et la détermination autonome du périmètre de son office de juge de droit commun

Le Conseil d'État a de nouveau fait usage de son pouvoir de modulation dans l'hypothèse d'une annulation d'un acte en raison de son incompatibilité avec le droit de l'Union dans sa décision *ANODE* du 19 juillet 2017, alors même que les conditions posées par la Cour dans ses arrêts *Inter-Environnement Wallonie* et réitérées dans l'affaire *France Nature Environnement* n'étaient pas remplies⁵⁸. Refusant de surseoir à statuer pour interroger la Cour, le juge administratif a décidé d'interpréter la jurisprudence de la Cour de justice à l'aune de sa jurisprudence *Association AC !* afin de préserver sa sphère d'autonomie dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Si cette posture jurisprudentielle est contestable, en ce qu'elle porte atteinte à l'autonomie d'interprétation du droit de l'Union, elle ne saurait néanmoins être fermement condamnée dans la mesure où la position adoptée par la Cour de justice n'instaure pas à notre sens les bases d'une coopération pleinement fructueuse avec les juges nationaux en ce qu'elle les prive de la compétence qui devrait leur échoir pour tirer les conséquences d'une incompatibilité du droit national avec le droit de l'Union⁵⁹. Le Conseil d'État a récemment forgé une nouvelle ligne jurisprudentielle portant sur la portée des annulations prononcées en raison d'une violation du droit de l'Union. Dans une décision la *CIMADE* du 31 juillet 2019, le juge administratif, après avoir refusé de moduler dans le temps les effets de l'annulation, a fait usage de sa jurisprudence *Vassilikiotis*⁶⁰, en dehors du cadre d'une annulation « en tant que ne pas », et a défini un régime supplétif applicable de manière temporaire dans l'attente des modifications législatives⁶¹. Ce faisant, le Conseil d'État a esquissé un nouveau périmètre de son office davantage compatible avec les exigences du droit de l'Union.

Si la définition par le juge administratif du périmètre de son office constitue la première facette de sa singularité, celle-ci se prolonge dans sa mise en œuvre du droit de l'Union.

⁵⁸ CE, ass., 19 juill. 2017, *ANODE*, n° 370321, *Rec.* p. 255.

⁵⁹ Tout en ayant récemment étendu la liste des motifs permettant exceptionnellement maintenir les effets de l'acte annulé, en incluant la sécurité de l'approvisionnement en électricité dans les raisons impérieuses susceptibles d'être invoquées par les autorités nationales, la Cour maintient une interprétation restrictive de cette prérogative des juges nationaux. V. CJUE, grde ch., 29 juill. 2019, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-411/17, EU:C:2019:622 ; CJUE, grde ch., 25 juin 2020, *A e.a.*, aff. C-24/19, EU:C:2020:503.

⁶⁰ CE, ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, n° 213229, *Rec.* p. 303.

⁶¹ CE, 31 juill. 2019, *Association la CIMADE*, n° 428530, *Rec.* p. 334.

II - Le Conseil d'État : promoteur d'une mise en œuvre singulière du droit de l'Union

L'interprétation et l'application singulières du droit de l'Union européenne offrent au Conseil d'État une liberté dans l'exercice de son office (A) lui permettant de préserver les caractéristiques internes auxquelles il attache un intérêt particulier (B).

A) L'INTERPRÉTATION ET L'APPLICATION SINGULIÈRES DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Tout en ayant, pour l'essentiel, intégré les exigences du droit de l'Union, le Conseil d'État entend préserver une autonomie de raisonnement dans l'interprétation des causes exonératoires de renvoi (1) et dans l'application de certaines normes européennes (2).

1 - Le Conseil d'État et l'interprétation autonome des causes exonératoires de renvoi

Les hypothèses de l'interprétation autonome par le Conseil d'État du droit de l'Union européenne sont nombreuses quand ce dernier se trouve astreint, d'une part, à respecter les décisions rendues par le juge de l'Union et, d'autre part, à interroger la Cour de justice dès lors que subsiste un doute sur la manière d'interpréter le droit de l'Union. À cet égard, si la théorie de l'acte éclairé autorise le Conseil d'État à se délier de son obligation préjudicielle lorsque le sens de la norme invoquée dans son prétoire a d'ores et déjà été révélée par une décision de la Cour de justice, cette cause exonératoire de renvoi ne saurait justifier qu'il puisse interpréter de manière constructive les arrêts de la Cour⁶², ni qu'il se fonde sur d'autres sources que la jurisprudence du juge de l'Union pour qualifier de clair le sens devant être attribué à la norme invoquée⁶³. Pourtant, le Conseil d'État n'hésite pas dans certaines affaires à interpréter le droit de l'Union à la lumière d'autres sources que des arrêts du juge de l'Union. À deux reprises, le Conseil d'État a ainsi pu se fonder sur des actes de la Commission, auxquels il a conféré une interprétation extensive, afin de juger de la conformité de l'introduction de contrôles aux

⁶² Le Conseil d'État sollicite parfois de manière abusive les arrêts de la Cour, soit en étendant le champ des dispositions interprétées par le droit de l'Union (v. par ex. CE, sect., 10 avr. 2008, *Conseil National des Barreaux e.a.*, n° 296845 et n° 296907, *Rec.* p. 129), soit en tenant pour claire une interprétation donnée par la Cour qui méritait d'être précisée (v. par ex. CE, sect., avis, 22 juill. 2015, *Société Praxair*, n° 388853, *Rec.* p. 255), soit, enfin, en interprétant un arrêt de la Cour dans un sens très éloigné de la solution qu'elle avait adoptée (v. par ex. CE, ass., 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426, *Rec.* p. 119).

⁶³ La Cour de justice a circonscrit la possibilité de se prévaloir de cette théorie à l'existence d'une jurisprudence bien établie, qu'il s'agisse d'une décision préjudicielle (CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake NV e.a.*, aff. jtes. 28 à 30/62, EU:C:1963:6) ou d'un arrêt rendu dans le cadre d'une autre procédure (CJCE, 6 oct. 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, EU:C:1982:335).

frontières au code frontières Schengen⁶⁴ et à la directive 2004/38 lue à la lumière de l'article 20 du TFUE⁶⁵. Parallèlement, alors que le Conseil d'État se refuse traditionnellement à mentionner dans le corps de sa décision des arguments de droit européen comparé, il peut, dans certaines hypothèses, interpréter le droit de l'Union à la lumière de solutions étrangères afin que soit légitimée l'absence de renvoi préjudiciel dans des affaires où des incertitudes demeurent quant à la portée des normes invoquées. L'objectif poursuivi étant alors de relever que la France se situe dans un moyenne raisonnable, pour ensuite en déduire une absence d'incompatibilité des normes nationales avec le droit de l'Union. Ainsi, dans une ordonnance rendue le 14 février 2020, le Conseil d'État jugeait que les distances de sécurité définies dans l'arrêté contesté pour l'utilisation de produits phytopharmaceutiques à proximité des habitations étaient compatibles avec les normes de droit dérivé invoquées par les requérants⁶⁶. Or, cette solution, au lieu d'être fondée sur une comparaison de la substance et de la portée des normes nationale et européenne, repose en réalité sur le constat de l'absence d'institution, au sein des autres États européens, de distances de sécurité supérieures à celles prévues dans l'acte national contesté⁶⁷.

Il convient par ailleurs de relever que ce processus d'interprétation autonome du droit de l'Union se prolonge dans les décisions dans lesquelles le Conseil d'État tient pour claire l'interprétation du droit de l'Union, alors même que des doutes sur son sens substituent. La Haute juridiction administrative considère en effet que seule une difficulté sérieuse d'interprétation peut la conduire à surseoir à statuer et cette pratique peut l'amener à adopter des décisions qui se révéleront ultérieurement incompatibles avec le droit de l'Union. Ainsi, dans un arrêt *Accor* du 3 juillet 2009, le Conseil d'État a refusé d'inclure dans son renvoi préjudiciel une question portant sur le champ d'application de la directive 90/435/CEE relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents. Il a en effet jugé qu'il résultait clairement des termes de la directive que ses dispositions n'avaient vocation à s'appliquer qu'aux distributions de bénéfices et non à leur redistribution⁶⁸. Cette interprétation a été clairement démentie par la Cour de justice qui a jugé que la directive s'appliquait non seulement lorsque l'imposition de la société mère avait pour fait générateur la

⁶⁴ CE, 28 déc. 2017, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers e.a.*, n° 415291, *Rec.* p. 400.

⁶⁵ CE, ord. réf., 2 juin 2020, *Ligue des droits de l'Homme*, n° 440449, inédit au recueil.

⁶⁶ CE, ord. réf., 14 fév. 2020, *Collectif des maires antipesticides*, n° 437814, inédit au recueil.

⁶⁷ Sur l'invocation par le Conseil d'État d'exemples européens étrangers au soutien de la légitimation d'une décision potentiellement incompatible avec le droit de l'Union v. également CE, ass., 4 avril 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, req. n° 362785 e.a, *Rec.* p. 63.

⁶⁸ CE, 3 juill. 2009, *Société Accor*, n° 317075, *Rec.* p. 248.

réception des bénéficiaires, mais également leur redistribution⁶⁹. Or, comme le révèle un rapport de l'Inspection générale des finances⁷⁰, l'interprétation donnée par le Conseil d'État à cette directive, sur le fondement d'une conception extensive de la théorie de l'acte clair, a fait naître, en 2012, la croyance d'une compatibilité de la contribution additionnelle de 3% avec le droit de l'Union, alors même qu'elle ne l'était pas dans la mesure où cette dernière, comme le précompte en cause dans l'affaire *Accor*, était exigible lors de la redistribution de dividendes⁷¹. Cette affaire est une illustration probante des répercussions en cascade pouvant résulter de l'interprétation extensive du droit de l'Union par le Conseil d'État, qui entend également préserver son autonomie de raisonnement dans l'application du droit de l'Union.

2 - Le Conseil d'État et l'application singulière du droit de l'Union

L'analyse de la mise en œuvre du principe de proportionnalité permet de mesurer l'importance accordée au Conseil d'État à la préservation de sa souveraineté juridictionnelle dans l'exercice de son office de juge de droit commun du droit de l'Union. En effet, si dans sa structure son raisonnement est proche de celui de la Cour de justice, dont la jurisprudence a d'ailleurs été une source de l'influence de l'évolution du contenu et de la portée du principe national de proportionnalité⁷², le Conseil d'État entend rester maître de l'application du droit de l'Union. Ainsi, dans une décision rendue le 13 mars 2020, le juge administratif a considéré que la perte du statut de citoyen de l'Union occasionnée par le retrait de la naturalisation française était compatible avec le traité et proportionnée dès lors que la nationalité avait été accordée par fraude⁷³. Ce faisant, le Conseil d'État s'est écarté de la grille d'analyse définie par la Cour de justice qui indiquait, dans un arrêt de Grande chambre du 12 mars 2019, que de telles mesures ne pouvaient être proportionnées qu'à la condition que les règles nationales permettent un examen individuel des conséquences de la perte de nationalité. Elle ajoutait que les juges nationaux étaient dans ces circonstances tenus de rechercher, de manière circonstanciée, si cette perte de nationalité était conforme aux principes de la Charte des droits fondamentaux, et particulièrement à l'article 7⁷⁴. En relevant que même si la perte de nationalité était

⁶⁹ En l'espèce était interprétée la directive 2011/96/UE qui a procédé à la refonte de la directive 90/435/CEE interprétée par le Conseil d'État dans l'affaire *Accor* (CJUE, 17 mai 2017, X, aff. C-68/15, EU:C:2017:379).

⁷⁰ M-C. Lepetit, A. Chouc et J. Gazzano, IGF, *Mission d'enquête : La contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés de 3% sur les revenus distribués (dividendes)*, novembre 2017, p. 17, disponible sur le site de la direction générale des finances publiques.

⁷¹ En vertu de l'interprétation conférée par la Cour à la directive 2011/96/UE (CJUE, 17 mai 2017, *Association françaises des entreprises privées e.a.*, aff. C-365/16, EU:C:2017:378).

⁷² Le Conseil d'État a adopté le triptyque dégagé par la Cour. V. CE, ass., 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image e.a.*, n° 317827 e.a., *Rec.* p. 505.

⁷³ CE, 13 mars 2020, *Mme E.*, n° 429022, mentionné aux tables du recueil.

⁷⁴ CJUE, grde ch., 12 mars 2019, *Tjebbes e.a.*, aff. C-221/17, EU:C:2019:189.

« susceptible de porter atteinte au droit au respect de [la] vie privée », le décret attaqué ne pouvait « être regardé comme ayant porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de leur vie privée », le Conseil d'État a fait le choix de s'écarter de la voie tracée par la Cour, portant ainsi atteinte à l'autorité de son arrêt⁷⁵. Cette tendance à opérer un contrôle restreint, voire très bienveillant, du respect du principe de proportionnalité s'est développée ces dernières années. Dans plusieurs affaires, le Conseil d'État a pu juger qu'une norme nationale était proportionnée, quand l'analyse *in concreto* révèle au contraire l'existence d'une disproportion manifeste, ou tout du moins la présence d'une difficulté sérieuse devant être résolue par la Cour de justice⁷⁶. Ainsi, dans une décision *La Quadrature du Net* du 4 novembre 2020, le Conseil d'État a sèchement relevé que la reconnaissance faciale mise en œuvre par l'application Alicem, qui permet de s'authentifier auprès de certains organismes publics et privés, était nécessaire et n'a pas jugé utile d'interroger la Cour de justice à titre préjudiciel⁷⁷, quand tant l'avis de la CNIL⁷⁸ que les conclusions du rapporteur public⁷⁹ mettent en évidence les doutes qui persistent quant à l'adéquation de ce dispositif au droit de l'Union sur le terrain de la proportionnalité de la mesure, mais également de la légalité du recueil de consentement⁸⁰.

Dans ce contexte, se pose la question de savoir quels sont les motifs qui sous-tendent cette mise en œuvre singulière du droit de l'Union.

B) UNE SINGULARITE DESTINEE A PRESERVER LES SPECIFICITES INTERNES

S'il est légitime d'admettre que les juges nationaux puissent interpréter et appliquer de manière singulière les normes du droit de l'Union dans la mesure où cette opération est nécessairement le fruit d'une projection des conceptions enracinées dans leur ordre juridique interne, cette particularité ne saurait aller jusqu'à remettre en cause la caractère premier du

⁷⁵ CE, 13 mars 2020, *Mme E.*, n° 429022, mentionné aux tables du recueil.

⁷⁶ V. par ex. CE, 28 déc. 2017, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers e.a.*, n° 415291, *Rec.* p. 400 ; CE, ass., 18 mai 2018, *Société Engie et ANODE*, n° 413688 et n° 414656, *Rec.* p. 204.

⁷⁷ CE, 4 nov. 2020, *La Quadrature du net*, n° 432656, inédit au recueil.

⁷⁸ Dans son avis portant sur le projet de décret, la CNIL relevait que « la nécessité de recourir à un dispositif biométrique pour vérifier l'identité d'une personne dans le but d'atteindre le niveau de garantie élevé de l'identité numérique, au sens du règlement e-IDAS, n'a pas été établie, compte tenu notamment de la possibilité de recourir à des dispositifs alternatifs de vérification ». Délibération n° 2018-342 du 18 oct. 2018.

⁷⁹ Alexandre Lallet admet d'ailleurs qu'« il est vrai qu'on peut faire l'économie de ce traitement de données, tout en proposant les mêmes fonctionnalités d'authentification, en recourant aux modalités alternatives suggérées par la CNIL ». A. Lallet, conclusions sur CE, 4 nov. 2020, *La quadrature du net*, n° 432656, disponibles sur ArianeWeb.

⁸⁰ Le rapporteur public relève d'ailleurs que la CNIL « tant dans l'avis qu'elle a rendu [...] que dans ses observations devant vous, considère que les modalités de recueil du consentement ne garantissent pas son caractère libre ». *Ibid.*

droit de l'Union, qui est d'être un droit commun aux États membres. On constate à cet égard que la liberté que s'octroie le Conseil d'État à l'égard du droit de l'Union est parfois loin d'être raisonnable et qu'il n'hésite pas à adopter des solutions empreintes d'une défiance à l'égard de ce droit lorsque ses prescriptions sont de nature à remettre en cause les spécificités de son office (1) ou susceptibles d'aboutir à une annulation de dispositifs nationaux particuliers (2).

1 - La préservation des spécificités de l'office du Conseil d'État

L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État démontre que ce dernier est particulièrement réticent à surseoir à statuer pour interroger la Cour dans les affaires où il statue en tant que juge de cassation. Dans cette hypothèse, le juge administratif peut alors donner une interprétation du droit de l'Union bien éloignée de celle qui devrait prévaloir. Ainsi, dans une décision du 6 mai 2019, le Conseil d'État a pu juger que l'article L. 556-1 du CESEDA n'était pas incompatible avec les dispositions de la directive 2013/33/UE qu'il transpose⁸¹, en tant qu'il ne définissait pas les critères objectifs permettant d'apprécier si la demande de protection internationale avait été demandée dans le seul but de retarder ou de faire échec à l'exécution d'une mesure d'éloignement⁸². Ce faisant, le Conseil d'État a adopté une interprétation du droit national clairement incompatible avec le droit de l'Union dans la mesure où l'article 8, paragraphe 3, d) de la directive invoquée prévoit expressément que les États sont tenus de définir ces critères.

Cette réticence à saisir la Cour se manifeste plus fermement encore dans le cadre de l'exercice par le Conseil d'État de son office de juge du référé car il considère que les particularités de cet office ne lui permettent point de procéder à un renvoi préjudiciel⁸³. Si la jurisprudence du juge de l'Union autorise bien le juge du référé-suspension à se délier de toute obligation de renvoi dans la mesure où cette procédure est l'accessoire d'une décision au fond⁸⁴, l'interprétation autonome que confère le Conseil d'État au droit de l'Union dans le cadre du référé-liberté est plus contestable dès lors qu'elle ne sera pas nécessairement révisée, ce qui peut alors engendrer une fracture dans l'application uniforme du droit de l'Union. L'ordonnance rendue par le Conseil d'État le 19 juin 2020 dans l'affaire portant sur la plateforme Health Data Hub est révélatrice des problèmes susceptibles de résulter de cette

⁸¹ Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

⁸² CE, 6 mai 2019, *M. A. B.*, n° 416088, mentionné aux tables du recueil.

⁸³ V. CE, ord. réf., 18 oct. 2006, *Djabrailova*, n° 298101, *Rec.* p. 431.

⁸⁴ CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche*, aff. 107/76, EU:C:1977:89.

pratique⁸⁵. Au-delà d'avoir interprété de manière autonome les règles relatives à la protection des données de santé, quand le sens de certaines d'entre elles auraient dû, à notre sens, être éclairées par la Cour, la Haute juridiction administrative a considéré que le fait d'avoir choisi la société Microsoft pour héberger ces données sensibles était compatible avec le droit de l'Union. Le Conseil d'État relevait en effet que la société figurait sur la liste des entités adhérentes au « bouclier de protection des données UE-EU », qui était, pour reprendre ses termes, « toujours valide à la date de la présente décision ». L'invalidation, un mois plus tard, par la Cour de justice de la décision d'exécution 2016/125 de la Commission⁸⁶ démontre que les doutes portant sur la légalité de cet acte étaient sérieux et révèle l'incompatibilité manifeste de l'ordonnance rendue par le Conseil d'État avec les droits et libertés numériques tirés de l'ordre juridique de l'Union⁸⁷.

La mise en œuvre du droit de l'Union par le Conseil d'État matérialise également sa volonté de sauvegarder de l'annulation certains dispositifs nationaux.

2 - Une mise en œuvre singulière destinée à préserver de l'annulation des dispositifs nationaux

L'analyse des décisions rendues par le Conseil d'État démontre que la mise en œuvre singulière du droit de l'Union peut résulter, en premier lieu, d'une volonté de préserver des actes adoptés dans le cadre de l'exercice par les autorités nationales de leur prérogatives régaliennes. Cette volonté se manifeste de manière emblématique dans la décision *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers* rendue le 28 décembre 2017⁸⁸. Dans cette affaire, le Conseil d'État a jugé que la réintroduction d'un contrôle temporaire aux frontières intérieures de l'espace Schengen était compatible avec le droit de l'Union et proportionné à l'objectif de protection de l'ordre public et de la sécurité publique. Il a à ce titre considéré que les contrôles d'identité dans les zones frontalières ne permettaient pas d'atteindre les finalités poursuivies d'une manière aussi efficace, alors même que ce dispositif avait été renforcé par une loi du 30 octobre 2017 afin d'offrir une alternative aux contrôles aux frontières intérieures.

⁸⁵ CE, ord. réf., 19 juin 2020, *Association le Conseil national du logiciel libre e.a.*, n° 440916, inédit au recueil.

⁸⁶ CJUE, grde ch., 16 juill. 2020, *Facebook Ireland et Schrems*, aff. C-311/18, EU:C:2020:559.

⁸⁷ Dans son ordonnance, rendue le 13 octobre 2020, le Conseil d'État a tiré les conséquences de la décision de la Cour en reconnaissant que les données de santé collectées par la plateforme ne peuvent être transférées aux États-Unis. CE, ord. réf., 13 oct. 2020, *Association le Conseil national du logiciel libre e.a.*, n° 444937, inédit au recueil.

⁸⁸ CE, 28 déc. 2017, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers e.a.*, n° 415291, *Rec.* p. 400.

En second lieu, la mise en œuvre singulière du droit de l'Union peut résulter de la volonté du Conseil d'État de préserver les caractéristiques du droit interne, auxquelles il attache un intérêt particulier, comme l'illustre la solution adoptée dans l'arrêt *Quintanel*⁸⁹, qui a depuis été réitérée⁹⁰. En effet, dans cette décision le Conseil d'État a jugé conforme au droit de l'Union le régime de bonification pour enfant applicable aux pensions civiles et militaires, et ce, au mépris de l'interprétation donnée par la Cour de justice au droit de l'Union dans son arrêt *Leone*⁹¹. Jean-Marc Sauvé reconnaissait d'ailleurs que le Conseil d'État s'était sciemment écarté de l'appréciation de la Cour de justice car elle portait atteinte à la conception française des principes d'égalité et de non-discrimination⁹².

Si jusqu'à une période récente, le Conseil d'État avait réussi à ménager un équilibre entre la préservation d'une singularité et le respect des obligations du droit de l'Union, il nous semble que la balance est depuis quelques années dangereusement en train de pencher dans le sens le moins favorable à la garantie de l'efficacité du droit de l'Union. En renouant avec la tradition d'une protection exacerbée de sa souveraineté juridictionnelle, le Conseil d'État fragilise l'esprit de coopération qui doit prévaloir entre juges alors même que ces liens devraient être renforcés afin que puisse être préservée l'essence même de l'Union de droit qui se trouve de plus en plus malmenée.

⁸⁹ CE, ass., 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426, *Rec.* p. 119.

⁹⁰ V. CE, 26 avr. 2018, *M. Ravat*, n° 400477, mentionné aux tables du recueil.

⁹¹ CJUE, 17 juill. 2014, *Leone*, aff. C-173/13, EU:C:2014:2090.

⁹² J-M. Sauvé, Intervention, « L'autorité du droit de l'Union européenne: le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA), Trèves, 19 octobre 2017, disponible sur le site du Conseil d'État. Dans ses conclusions, Bertrand Dacosta relevait pour sa part que « cette différence d'approche entre principe d'égalité et principe de non-discrimination ne saurait être réduite à une question de technique juridique. Est en jeu un débat de philosophie politique, puisque la notion même de discrimination peut conduire à saisir l'être humain non individuellement, mais à travers le groupe auquel il appartient, et tend, pour ses promoteurs, à remettre en cause ce qui ne serait qu'une égalité formelle au bénéfice d'une égalité dite réelle... ». B. Dacosta, conclusions sur CE, ass., 27 mars 2015, *Quintanel*, *RFDA*, 2015, p. 550.